

*...nel ricordo di Francesca Miglio*





**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
*UFFICIO DEL MASSIMARIO*

**Rassegna**  
**della giurisprudenza di legittimità**

**Gli orientamenti delle Sezioni Civili**

Anno 2018

**VOLUME I**





# La giurisprudenza delle Sezioni Civili

*Anno 2018*

DIRETTORE: *Camilla Di Iasi*

DIRETTORE AGGIUNTO: *Maria Acierno*

COORDINATORE: *Paola D'Ovidio*

hanno collaborato alla redazione

*Irene Ambrosi, Fabio Antezza, Giovanni Armone, Paolo Bernazzani, Stefania Billi, Dario Cavallari, Aldo Ceniccola, GianAndrea Chiesi, Marina Cirese, Vittorio Corasaniti, Francesco Cortesi, Paolo Di Marzio, Luigi Di Paola, Milena D'Oriano, Giovanni Fanticini, Ileana Fedele, Giuseppe Fichera, Fulvio Filocamo, Paolo Fraulini, Vincenzo Galati, Chiara Giammarco, Rosaria Giordano, Gianluca Grasso, Stefano Giame Guizzi, Luigi La Battaglia, Salvatore Leuzzi, Laura Mancini, Anna Chiara Massafra, Anna Mauro, Maria Elena Mele, Roberto Mucci, Angelo Napolitano, Aldo Natalini, Andrea Penta, Stefano Pepe, Francesca Picardi, Valeria Pirari, Eleonora Reggiani, Stefania Riccio, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Donatella Salari, Antonella Filomena Sarracino, Antonio Scarpa, Paolo Spaziani, Andrea Venegoni.*



# **INDICE GENERALE**



# VOLUME PRIMO

## PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE

### PARTE INTRODUTTIVA

#### I) LA NOMOFILACHIA ED IL DIRITTO EUROPEO: LA CORTE DI CASSAZIONE PROTAGONISTA DEL DIALOGO SOVRANAZIONALE.

*(di Milena d' Oriano)*

1. La Corte di cassazione, garante della nomofilachia nazionale. ....	1
2. La Corte di Giustizia UE, monopolista della nomofilachia europea.....	3
3. Il primato del diritto dell'Unione e la centralità del giudice nazionale. ....	4
4. I parametri unionali: criticità e questioni aperte.....	6
4.1. La Carta di Nizza: l'ambito di applicazione.....	6
4.2. Il rinvio pregiudiziale.....	8
4.3. Gli effetti processuali ed extraprocessuali delle sentenze della Corte di Giustizia UE.....	10
4.4. La questione del giudicato interno.....	11
4.5. La responsabilità risarcitoria dello Stato. ....	13
5. Il diritto europeo nella giurisprudenza di legittimità.....	17
5.1. Il richiamo alle fonti ed alla giurisprudenza europea.....	17
5.2. I principi generali dell'Unione. ....	20
5.3. Le decisioni interpretative della CGUE. ....	24
5.4. La disapplicazione.....	26
6. Il ruolo della Consulta: la svolta di cui alla sentenza n. 269 del 2017.....	27
6.1. Le prime ricadute nelle pronunce della Suprema Corte.....	32

#### 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. Il diritto di famiglia. ....	47
3.2. Il cittadino straniero. ....	48
3.3. La detenzione e il divieto di trattamenti inumani. ....	50
3.4. Le sanzioni amministrative. ....	52
3.5. Il diritto tributario. ....	54

## PARTE PRIMA

### I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

#### CAPITOLO I

##### I) I DIRITTI DI NUOVA EMERSIONE

*(di Giovanni Armone)*

1. I diritti di nuova emersione. ....	57
2. Il prisma del diritto all'identità personale. ....	58
3. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale. ....	61

##### II) IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA ANCHE ALLA LUCE DEL NUOVO REGOLAMENTO UE

*(di Marina Cirese)*

1. Premessa. ....	67
2. Il diritto alla riservatezza: brevi cenni alle origini. ....	67

3. La tutela della “privacy” nell’ordinamento italiano.....	68
4. Il Regolamento UE n. 2016/679 e l’adeguamento della normativa nazionale.....	69
5. I dati personali ed i dati sensibili. ....	70
6. Il trattamento dei dati personali. ....	72
7. Il diritto all’oblio.....	74
8. Il trattamento dei dati personali da parte di forze di polizia...	76
9. Profili processuali.....	77

## CAPITOLO II

### LE RELAZIONI FAMILIARI E GENITORIALI

*(di Giovanni Maria Armone, Paolo Di Marzio, Chiara Giammarco ed  
Eleonora Reggiani)*

1. Giurisdizione internazionale e residenza abituale del minore. ....	80
2. L’unione matrimoniale: profili critici in tema di validità/nullità. ....	82
3. La separazione personale dei coniugi. ....	83
3.1. L’addebito, il contributo al mantenimento del coniuge e la riconciliazione.....	83
3.2. Profili processuali.....	86
4. Il divorzio.....	87
4.1. L’assegno divorzile, la porzione della pensione di reversibilità e la quota dell’indennità di fine rapporto. ....	88
4.2. Profili processuali.....	90
5. Il regime patrimoniale della famiglia.....	93
5.1. Comunione legale dei beni, fondo patrimoniale, donazioni tra coniugi e impresa familiare. ....	93
5.2. Comunione legale dei beni e processo. ....	99
6. Il mantenimento dei figli. ....	100
7. Il destino della casa familiare nello scioglimento della coppia. ....	104
8. Il sepolcro gentilizio. ....	108
9. La protezione dei soggetti bisognosi. ....	108
10. Questioni in materia di matrimonio concordatario. ....	111
11. Le unioni civili e la l. n. 76 del 2016. ....	113
12. Matrimonio tra persone dello stesso sesso, stato civile e giurisdizione del giudice ordinario.....	115
13. Le convivenze di fatto all’indomani della l. n. 76 del 2016.	115
14. Relazione omosessuale e protezione internazionale (rinvio).....	117

15. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice. ....	117
16. La regolamentazione dell'affidamento (rinvio). ....	120
17. I provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale nei "procedimenti separativi". ....	120
18. Alcune caratteristiche dei "procedimenti separativi". ....	122
18.1. La competenza territoriale. ....	122
18.2. Il ruolo del Pubblico Ministero. ....	122
19. La novità del curatore speciale del minore nei "procedimenti separativi" nei casi di conflittualità che influisce sulla capacità genitoriale. ....	124
20. Le misure sanzionatorie previste dall'art. 709 <i>ter</i> c.p.c. ....	126
21. La tutela dei rapporti dei minori con gli ascendenti e i loro conviventi. ....	127
22. La privazione del potere di rappresentanza legale e di gestione del patrimonio del minore. ....	129
23. Procedimenti <i>ex</i> art. 336 c.c. e questioni processuali. ....	129
23.1. Limiti di operatività della competenza per attrazione del giudice ordinario. ....	130
23.2. I genitori come parti necessarie del procedimento. ....	130
23.3. La partecipazione del minore e la nomina del curatore speciale. ....	131
24. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi. ...	133
24.1. Aspetti processuali. ....	133
24.2. Lo stato di abbandono. ....	137
24.3. L'adozione in casi particolari. ....	140
24.4. Il riconoscimento delle sentenze straniere di adozione, l'ordine pubblico e l'interesse del minore. ....	141
25. Lo stato di figlio. ....	142
26. Il bilanciamento tra <i>favor veritatis</i> e genitorialità intenzionale dopo Corte cost. n. 272 del 2017. ....	146
27. Altre questioni ancora aperte in tema di azioni di stato filiale. ....	149
27.1. La prova nei giudizi relativi al riconoscimento dello stato di figlio. ....	150
27.2. I rapporti tra le diverse azioni di stato. ....	151



## CAPITOLO III

### I DIRITTI DEI CITTADINI STRANIERI

(di Marina Cirese, Fulvio Filocamo, Chiara Giammarco, Aldo Natalini, Eleonora Reggiani e Donatella Salari)

1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale. ....	153
1.1. Questioni di giurisdizione. ....	154
1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011: forma dell'atto introduttivo, produzione di nuovi documenti e audizione del ricorrente. ....	155
1.3. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017. ....	157
1.4. Le modifiche alla sospensione feriale dei termini introdotte dal d.l. n. 13 del 2017. ....	160
1.5. La definizione del campo di indagine del giudice di merito. ....	160
1.6. Il rito di cui al d.l. n. 13 del 2017 in generale. ....	161
1.7. Le modifiche alla disciplina dell'udienza. ....	162
1.8. Il dovere di allegazione del richiedente, la valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni e il dovere di cooperazione del giudice. ....	165
2. Cenni sulla protezione internazionale in generale. ....	169
3. I presupposti positivi e le cause di esclusione del riconoscimento dello <i>status</i> di rifugiato e della protezione sussidiaria. ....	170
4. Il diritto alla protezione umanitaria: premessa. ....	177
4.1. La protezione umanitaria. ....	179
4.2. Le ragioni umanitarie. ....	181
4.3. Organi competenti e struttura. ....	186
4.4. La nuova protezione umanitaria. ....	188
5. Il rimpatrio del cittadino straniero irregolare. ....	189
5.1. L'espulsione amministrativa. ....	190
5.2. I casi d'inespellibilità. ....	194
5.2. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative. ....	198
6. Il minore straniero. ....	201
6.1. Le fonti. ....	201
6.2. I minori stranieri non accompagnati. ....	203
6.3. Cenni alla disciplina di cui alla legge n. 47 del 2017. ....	203
7. L'unità familiare. ....	205
7.1. Segue: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana. ....	207
7.2. Il ricongiungimento familiare. ....	212

7.3. Autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare. ....	213
8. Apolidia e cittadinanza in generale. ....	219
8.1. L'apolide. ....	220
8.2. I modi di acquisto della cittadinanza. ....	221
8.3. Le preclusioni all'acquisto della cittadinanza. ....	222
8.4. La revoca della cittadinanza <i>ex art. 10 bis</i> l. n. 91 del 1992 e gli altri casi di perdita della cittadinanza. ....	222
8.5. La rinuncia alla cittadinanza. ....	223
8.6. Il riacquisto della cittadinanza. ....	223

## PARTE SECONDA

### I DIRITTI A CONTENUTO ECONOMICO

*(coordinata da Dario Cavallari, Giannandrea Chiesi e Gianluca Grasso)*

#### CAPITOLO IV

#### I DIRITTI REALI E IL POSSESSO

*(di Gian Andrea Chiesi)*

1. Proprietà pubblica. ....	225
1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione. ....	228
2. Le servitù pubbliche (o di uso pubblico). ....	230
2. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati. ....	232
3.1. (Segue) Le distanze legali. ....	233
4. Le azioni a tutela della proprietà: a) la rivendicazione. ....	237
4.1. (Segue) b) la " <i>negatoria servitutis</i> ". ....	239
4.2. (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini. ....	241
4.3. d) (Segue) Le immissioni. ....	243
5. Comunione di diritti reali. ....	244
5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria. ....	247
6. Usufrutto, uso e abitazione. ....	248
7. Servitù prediali. ....	250
7.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù. ....	253
8. Tutela ed effetti del possesso. ....	254
8.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie. ....	257

## CAPITOLO V

### COMUNIONE E CONDOMINIO

*(di Vittorio Corasaniti - Valeria Pirari)*

1. Premessa.....	261
2. Le parti comuni nel condominio di edifici.....	261
3. Il godimento della cosa comune. ....	267
4. Le innovazioni. ....	269
5. La responsabilità del condominio. ....	271
6. Il regolamento di condominio.....	272
7. La ripartizione delle spese condominiali. ....	273
8. L'amministratore. ....	275
9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni.....	279
assembleari. ....	279

#### *APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

### LESIONE DELLA PROPRIETÀ, NEGAZIONE DEI DANNI NON PATRIMONIALI E DANNI PATRIMONIALI IN RE IPSA

*(di Antonio Scarpa)*

1. Premessa.....	283
2. La irrisarcibilità del danno non patrimoniale alla proprietà..	283
3. La risarcibilità automatica del danno patrimoniale alla proprietà – .....	287

## CAPITOLO VI

### LE SUCCESSIONI E DONAZIONI

*(di Dario Cavallari)*

1. La delazione ereditaria.....	289
2. L'accettazione di eredità.....	291
3. Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni. ....	292
4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata. ....	293
5. Il testamento.....	295
6. Il legato.....	299
7. La divisione ereditaria.....	301
8. Il retratto successorio. ....	306
9. La collazione.....	306
10. Le donazioni. ....	307

PARTE TERZA  
OBBLIGAZIONI, CONTRATTI E  
RESPONSABILITA'

*(coordinata da Irene Ambrosi, Paola D'Ovidio e Paolo Spaziani)*

CAPITOLO VII

LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE

*(di Fabio Antezza)*

1. Premessa. ....	311
2. Buona fede e correttezza: “contatto sociale qualificato” e responsabilità. ....	312
3. Obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza quale fonte di autonomo dovere giuridico. ....	313
4. La natura contrattuale dell'obbligazione indennitaria ex lege in favore di soggetti detenuti o internati. ....	314
5. Adempimento secondo diligenza e rapporti con i doveri di correttezza e buona fede dell'altro contraente. ....	315
6. Correttezza, buona fede e solidarietà: inadempimento e valutazione della domanda risarcitoria. ....	315
7. Dovere di correttezza e buona fede quale parametro per l'esercizio non abusivo del diritto. ....	317
8. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale: parcellizzazione della domanda giudiziale e condanna per mala fede nel comportamento processuale. ....	318
9. La compensazione. ....	320
10. Disciplina dell'indebito oggettivo, compensazione e relativa eccezione. ....	321
11. Compensazione e <i>datio in solutum</i> . ....	322
12. La novazione. ....	323

CAPITOLO VIII

IL CONTRATTO IN GENERALE

*(di Francesco Cortesi)*

1. Brevi premesse. ....	325
2. L'accordo delle parti. ....	326
3. La causa. ....	327
3.1. La teoria della “causa concreta”. ....	327
3.2. Causa concreta e meritevolezza degli interessi. ....	329

3.3. Causa concreta e collegamento negoziale.....	330
4. La forma.....	331
5. Trattative e responsabilità precontrattuale.....	332
6. Buona fede nell'esecuzione della prestazione.....	333
6.1. In generale.....	333
6.2. Buona fede in pendenza della condizione. ....	335
6.3. Applicazioni del principio di buona fede nell'esecuzione della prestazione.....	336
7. Interpretazione ed integrazione del contratto. ....	337
8. Contratto preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.....	338
9. Risoluzione e recesso.....	340
9.2. Operatività della risoluzione giudiziale.....	340
9.2. Risoluzione stragiudiziale e suoi presupposti. ....	342
9.3. Recesso ed altre ipotesi di scioglimento.....	343
10. Invalidità ed inefficacia.....	344
10.1. Invalidità del contratto e poteri del giudice. ....	344
10.3. Inefficacia del contratto e delle singole clausole.....	345

*APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE.

*(di Luigi La Battaglia e Antonella Sarracino)*

1. Il danno da perdita di <i>chance</i> : caratteri e specificità della figura.....	347
2. La <i>chance</i> come bene giuridico: la concezione c.d. ontologica. ....	349
3. Perdita di <i>chance</i> e nesso causale: la concezione c.d. eziologica.....	352
4. Il danno non patrimoniale da perdita di <i>chance</i> . ....	354
5. I recenti approdi della giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale da perdita di <i>chance</i> . ....	356
7. Il danno da perdita di <i>chance</i> nella giurisprudenza “lavoristica” del 2018. ....	359
8. Conclusioni.....	363

CAPITOLO IX

I SINGOLI CONTRATTI

*(di Stefania Billi e Stefano Pepe)*

1. Il contratto di appalto privato. ....	367
--	-----

1.1 Gli atti amministrativi autorizzatori dell'opera e la loro rilevanza ai fini della efficacia del contratto di appalto.	371
2. Il contratto di assicurazione.	372
2.1. L'assicurazione della responsabilità civile.	377
2.2. L'assicurazione obbligatoria r.c.a.	379
3. Il comodato tra figure tipiche e atipiche.	384
4. I contratti agrari, la <i>denunciatio</i> , natura e forma.	386
5. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie.	388
6. La locazione di immobili abitativi e non abitativi.	391
6.1 Sulla responsabilità del locatore per fatto del conduttore - ipotesi di responsabilità per fatto altrui.	392
6.2 Locazione a uso commerciale – clausola contrattuale di rinuncia a indennità di avviamento – Nullità - Limiti.	393
7. Il mandato.	394
8. La mediazione.	396
9. Il mutuo.	398
10. La transazione.	401
11. Il Trasposto.	404
12. La Vendita	405
12.1. Vizi del consenso e garanzia per i vizi.	406
12.2. Azioni di annullamento e di risoluzione e azioni risarcitorie e azione di simulazione.	407
12.3. I diversi tipi di vendita.	409
12.4. Il contratto preliminare di vendita.	410
12.5. La vendita di beni immobili.	414

## CAPITOLO X

### LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE

(di Fabio Antezza)

1. Premessa.	417
2. La ripetizione d'indebito: portata ed onere probatorio.	417
3. La rilevanza della mala fede nella ripetizione dell'indebito.	418
4. Ripetizione d'indebito e prescrizione.	419
5. Ripetizione d'indebito ed espropriazione.	420
6. Mancanza di una <i>causa acquirendi</i> , ripetizione d'indebito oggettivo e principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.	420
7. Prestazione contraria al buon costume.	421
8. L'arricchimento senza causa.	423

9. Domande di adempimento contrattuale e di indennizzo per ingiustificato arricchimento. ....	425
---	-----

## CAPITOLO XI

### LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

*(di Giovanni Arnone, Laura Mancini e Luigi La Battaglia)*

1. L'ingiustizia del danno. ....	429
2. La colpa. ....	431
3. La legittima difesa. ....	432
4. Il nesso di causalità. ....	432
5. Il concorso di colpa del danneggiato. ....	435
6. La responsabilità solidale. ....	441
7. Il danno patrimoniale. ....	443
7.1. La determinazione del danno risarcibile. ....	443
7.2. Il danno da perdita di "chance" a carattere patrimoniale. .	451
7.3. Il danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria. ....	453
7.4. Allegazione e prova del danno patrimoniale. ....	455
7.5. Il danno patrimoniale futuro. ....	457
8. Il danno non patrimoniale. ....	460
8.1. Nozione e caratteri del danno non patrimoniale. ....	460
8.2. La prova del danno non patrimoniale. ....	465
8.2.1. Il danno da perdita di "chance" a carattere non patrimoniale. ....	470
8.3. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione. ....	472
9. La liquidazione del danno non patrimoniale. ....	476
9.1 La liquidazione in via equitativa: casistica. ....	478
9.2. La liquidazione del danno biologico. ....	479
9.3 Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano. ....	481
10. Le responsabilità speciali. ....	484
10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.) ....	484
10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.) ....	485
10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.) ....	486
10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.) ....	486
10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.) ....	490
10.6. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.) ....	491
10.7. La responsabilità per danno da prodotto difettoso. ....	493

*APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

L'EVOLUZIONE DIACRONICA DELLA FIGURA DEL DANNO NON PATRIMONIALE NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.

*(di Paolo Spaziani)*

1. Il danno non patrimoniale nel codice civile del 1942.....	495
2. Danno non patrimoniale e valori costituzionali. L'emersione del danno alla persona (Corte Cost. n. 184/1986).....	496
3. Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.....	497
4. Le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008. La configurazione unitaria e omnicomprensiva del danno non patrimoniale e la sua liquidazione. Il sistema tabellare e il suo fondamento. Le proposte di legge all'esame del Parlamento. ....	502
5. Nuove linee evolutive del danno non patrimoniale. Le pronunce del 2018.....	510

CAPITOLO XII

LE RESPONSABILITÀ PROFESSIONALI

*(di Irene Ambrosi)*

1. Premessa. ....	515
2. La responsabilità del medico. ....	515
3. La responsabilità dell'avvocato. ....	523
4. La responsabilità del notaio.....	525
5. La responsabilità del commercialista.....	526
6. La responsabilità dell'intermediario finanziario. ....	527

*APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

LA DISTRIBUZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA DEL NESSO CAUSALE NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

*(di Irene Ambrosi)*

1. Posizione del problema.....	531
2. Assetti consolidati della giurisprudenza di legittimità in tema di distribuzione dell'onere della prova del nesso causale.....	532
2.1. Sul versante della responsabilità contrattuale,.....	532



2.2. Sul versante della responsabilità professionale sanitaria, ...	533
2.3. Sul versante della responsabilità nell'ambito della intermediazione finanziaria,.....	534
2.4. Nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale, ....	536
3. Indirizzi attuali e tecniche di riequilibrio dell'onere probatorio nella responsabilità medica.....	539
3.1. ( <i>segue</i> ) L'impatto della nuova disciplina della responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie.	546
4. Indirizzi attuali e tecniche di alleggerimento dell'onere probatorio del nesso causale nei rapporti di intermediazione finanziaria.....	549
5. Linee di tendenza e possibili prospettive. ....	552

## VOLUME SECONDO

### PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE

#### PARTE QUARTA

#### IMPRESA E MERCATO

*(coordinata da Aldo Ceniccola e Giuseppe Fichera)*

##### CAPITOLO XIII

##### I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

*(di Vincenzo Galati)*

1. Confondibilità di marchi e brevetti.....	3
2. Decadenza e nullità del marchio. ....	7
3. Cessione del diritto d'autore e contratto di edizione.....	13
4. Configurabilità dell'opera di ingegno.....	16
5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale.....	17
6. L'azione di classe.....	23
7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.....	24

## CAPITOLO XIV

### IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

*(di Eleonora Reggiani)*

1. Le società in generale. ....	31
1.1. Società e comunione a scopo di godimento. ....	31
1.2. La clausola compromissoria statutaria. ....	32
1.3. Le vicende estintive e modificative delle società. ....	33
2. Le società di persone. ....	37
2.1. I diritti patrimoniali del socio. ....	37
2.2. La responsabilità del socio per i debiti della società. ....	39
2.3. Il socio accomandante nella società in accomandita semplice. ....	41
2.4. Lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio. ....	42
3. Le società di capitali. ....	43
3.1. L'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie. ....	43
3.2. Il recesso del socio di società a responsabilità limitata. ....	46
3.3. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci. ....	48
3.4. L'amministrazione delle società di capitali. ....	52
3.5. Le azioni di responsabilità. ....	58
4. Particolari società di capitali. ....	61
4.1. Le società con azioni quotate in borsa. ....	62
4.2. Le società cooperative. ....	63

## CAPITOLO XV

### IL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

*(di Paolo Fraulini)*

1. Conto corrente bancario. ....	65
2. I contratti bancari. ....	67
3. L'intermediazione finanziaria. ....	68
4. I titoli di credito. ....	71
4.1. Assegni. ....	71
4.2. Azioni. ....	73

## CAPITOLO XVI

### LE PROCEDURE CONCURSUALI

*(di Salvatore Leuzzi e Angelo Napolitano)*

1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. ....	75
---	----

1.2. Le società cancellate e l'estensione del fallimento. ....	77
1.3. Il procedimento.....	79
1.4. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto. ....	84
2. Gli organi delle procedure concorsuali. ....	87
2.1. I reclami endoconcorsuali. ....	91
3. Le azioni di inefficacia in generale. ....	93
3.1 Le revocatorie fallimentari: i presupposti. ....	96
3.2. La revocatoria dei pagamenti.....	99
4. I rapporti pendenti.....	105
5. La formazione dello stato passivo. ....	108
5.1. Le prove documentali.....	114
5.2. Le prelazioni. ....	117
5.3. Le prededuzioni. ....	120
6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo, le revocazioni.....	124
7. La liquidazione dell'attivo. ....	128
8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. ....	129
9. Il concordato fallimentare.....	132
10. Il concordato preventivo in generale.....	135
10.1. L'ammissione alla procedura e la sua revoca.....	138
10.2. L'omologa e le impugnazioni. ....	144
11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.....	147
12. Il sovraindebitamento.....	150

## PARTE QUINTA

### IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

*(coordinata da Ileana Fedele e Milena D'Oriano)*

#### SEZIONE PRIMA

##### Il rapporto di lavoro privato

#### CAPITOLO XVII

##### OBBLIGHI, RESPONSABILITA' E DIRITTI DEL DATORE E DEL PRESTATORE DI LAVORO

(di Antonella Filomena Sarracino)

1. Premessa.....	154
2. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro.....	158
2.1. Il limite del rischio cd. elettivo.....	158
2.2. Il riparto degli oneri della prova in tema di responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. nonché in tema di comportamenti datoriali discriminatori.....	159
2.3. La tutela dei lavoratori, risarcitoria ed in forma specifica...	161
2.4. La clausola della buona fede anche <i>a latere praestatoris</i> .....	163
3. Il mobbing e lo straining.....	163
4. Le novità legislative in tema di ius variandi e di demansionamento.....	164
4.1. I limiti all'esercizio dello <i>ius variandi</i> .....	166
4.2. L'onere della prova e gli effetti del demansionamento.....	167
4.3. Il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione in caso di demansionamento.....	168
5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: gli obblighi datoriali (corresponsione del trattamento retributivo corrispondente e riconoscimento del superiore livello).....	169
5.1. La complessità delle mansioni parametro di valutazione della diligenza del lavoratore.....	173
5.2. Il tratto distintivo fra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica. Il grafico redattore ordinario.....	174
5.3. Le conseguenze dell'assegnazione a mansioni diverse da quelle previste nel patto di prova e la verifica della legittimità del patto.....	174
6. Il trasferimento del lavoratore.....	176
6.1. Il trasferimento per incompatibilità ambientale ed i limiti al sindacato giurisdizionale su detto atto.....	176
6.2. La forma del provvedimento di trasferimento ed il mancato rispetto del termine di preavviso.....	177
6.3. La libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori nell'ambito della unità produttiva.....	178
6.4. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento o da un distacco illegittimi.....	179
6.5. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento.....	182
7. La retribuzione ed il TFR. L'imputazione dei pagamenti.....	182
7.1. La presunzione di onerosità della prestazione.....	183
7.1.1. L'inesistenza di un principio generale di omnicomprensività della retribuzione.....	184

7.1.2. Il principio dell'assorbimento in materia di retribuzione.....	185
7.2. Il riparto degli oneri della prova in tema di retribuzione con riguardo al lavoro straordinario ed alla indennità di rischio da radiazioni.....	185
7.3. I trattamenti economici per servizio estero e per il caso di trasferimento. ....	187
7.4. La ripetibilità da parte del datore delle ritenute fiscali in caso di riforma della sentenza di condanna.....	188
7.4.1. L'esclusione dalla retribuzione imponibile delle somme di incentivazione all'esodo.....	190
7.5. La derogabilità del principio di immutabilità <i>in peius</i> della retribuzione in materia di società cooperative. ....	190
7.6. La determinazione del compenso in tema di lavoro giornalistico.....	191
7.7. La natura retributiva della indennità sostitutiva delle ferie.	193
7.8. La retribuzione e la contrattazione collettiva. ....	194
7.9. Il TFR.....	196
8. L'eterodirezione, ai fini della delimitazione del "tempo lavoro" e quindi della subordinazione.....	198
8.1. I controlli datoriali allo svolgimento della prestazione lavorativa.....	201
8.2. L'inadempimento datoriale delle forniture di vestiario. ....	202
9. La forma dei negozi giuridici in materia di lavoro. ....	203
10. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale e gli effetti ai fini retributivi; la tempestività del recesso del lavoratore in caso di giusta causa.....	204

## CAPITOLO XVIII

### IL LAVORO FLESSIBILE

*(di Ileana Fedele)*

1. Premessa.....	207
2. Le innovazioni del cd. "decreto dignità".....	208
3. Lavoro flessibile e precario. ....	211
4. Il contratto di lavoro a tempo determinato. ....	211
4.1. Gli oneri di forma. ....	211
4.2. L'indicazione e la valutazione delle causali per la legittima opposizione del termine. ....	212
4.3. L'assunzione a termine nel settore postale. ....	213
4.4. Rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità. ....	215
4.5. Decadenza dall'impugnazione del termine. ....	215

4.6. Azione di nullità del termine e precedente giudizio di impugnazione del licenziamento. ....	215
4.7. Conversione giudiziale del rapporto e novazione. ....	216
4.8. Vicende successive all'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine ed alla conseguente trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.....	217
4.9. Regime prescrizione dei crediti. ....	218
4.10. Contratto di arruolamento. ....	218
4.11. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato.....	219
5. La somministrazione di lavoro.....	221
5.1. La verifica circa l'effettività della causale indicata. ....	221
5.2. Frode alla legge. ....	221
5.3. Conseguenze della mancata comunicazione alle OO.SS. ...	222
5.4. Decadenza dall'impugnazione della serie dei contratti. ....	222
5.5. Obblighi di prevenzione e protezione del lavoratore. ....	222
6. L'indennità ex art. 32 l. n. 183 del 2010.....	223
6.1. Natura. ....	223
6.2. Ambito di applicazione.....	224
7. Risoluzione del rapporto per mutuo consenso.....	224
8. Contratto di lavoro a tempo parziale. ....	226
9. Altre forme contrattuali flessibili. ....	227
10. Appalto genuino e fenomeni interpositori. ....	229
10.1. La responsabilità solidale del committente ex art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003.....	233
11. Cessione ed affitto di azienda, codatorialità e successione nel rapporto lavorativo. ....	234

## CAPITOLO XIX

### IL CONTRATTO DI AGENZIA

*(di Ileana Fedele)*

1. Premessa. ....	239
2. Configurabilità del rapporto di agenzia.....	239
3. Obblighi e diritti dell'agente e del preponente.....	240
4. Recesso e preavviso.....	241
5. Indennità di fine rapporto. ....	242

## CAPITOLO XX

### IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO

(di Luigi Di Paola)

1. Potere disciplinare.....	243
2. Licenziamento individuale. ....	249
2.1. Riconoscimento di un atto quale licenziamento o meno...	250
2.2. La comunicazione del licenziamento.....	251
2.3. La rinnovazione e la reiterazione del licenziamento.....	251
2.4. La revoca del licenziamento. ....	252
2.5. Non necessità di un nuovo licenziamento in caso di rimozione del titolo giudiziale di ricostituzione del rapporto. ....	252
2.6. L'impugnazione del licenziamento e la decadenza. ....	253
2.7. La tempestività del licenziamento.....	256
2.8. La motivazione <i>per relationem</i> . ....	257
2.9. L'onere della prova concernente la sussistenza del licenziamento.....	257
2.10. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.....	259
2.11. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.....	269
2.12. Licenziamento discriminatorio, ritorsivo o in frode alla legge.....	273
2.13. Periodo di comportamento e licenziamento. ....	275
2.14. Divieti di licenziamento. ....	279
2.15. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. ....	279
2.16. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro.....	283
2.17. Il licenziamento del dirigente. ....	284
2.18. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile.....	284
2.19. Il preavviso. ....	286
2.20. Applicazioni della legge "Fornero". ....	286
12. Licenziamenti collettivi. ....	291

## SEZIONE SECONDA

### Il rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato

#### CAPITOLO XXI

#### IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

*(di Stefania Billi)*

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Brevi premesse. Giurisdizione e lavoro a tempo determinato: rinvio.....	299
2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni e altri tipi di contratti. ....	299
3. Vicende del rapporto di lavoro. ....	305
3.1. Classificazione del personale, categorie, qualifiche e mansioni. ....	306
3.2. Retribuzione e altri trattamenti economici. ....	311
3.3. Infermità, equo indennizzo ed applicazioni della l. n. 104 del 1992.....	314
4. Passaggio del personale tra amministrazioni. ....	315
5. Diritti sindacali. ....	317
6. Patologie del rapporto di lavoro: responsabilità del lavoratore e procedimento disciplinare.....	319
7. La cessazione del rapporto di lavoro.....	326
8. La dirigenza. ....	329
9. Il personale docente. ....	335

## SEZIONE TERZA

### Il diritto della previdenza sociale

#### CAPITOLO XXII

#### LA PREVIDENZA SOCIALE

*(di Annachiara Massafra)*

1. Premessa. ....	339
2. L'obbligazione contributiva.....	339
2.1 Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati.....	340
2.2. La retribuzione imponibile. ....	345



2.2.1. Inclusioni ed esclusioni. ....	346
2.3. Il minimale contributivo. ....	348
3. I benefici contributivi: l'esposizione all'amianto. ....	349
4. Gli sgravi contributivi. ....	351
4.1. Gli aventi diritto. ....	351
4.2. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione. ....	352
4.3. L'onere della prova. ....	356
4.4. La disciplina di dettaglio. ....	357
5. Le esenzioni dal pagamento dei contributi. ....	358
6. Le agevolazioni contributive. ....	360
7. Accertamento e riscossione. ....	361
7.1 Le condotte sanzionabili. ....	363
7.2. Le sanzioni civili. ....	364
8. La prescrizione dei crediti contributivi. ....	366

## CAPITOLO XXIII

### LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

(di Annachiara Massafra e Stefania Riccio)

1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS. ....	371
1.1. La decadenza dall'azione giudiziaria. ....	371
1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa. ....	372
1.3. Le prestazioni pensionistiche. ....	375
1.4. Riscatto e neutralizzazioni. ....	381
1.5. CIG ed indennità di mobilità. ....	382
1.6. Indennità di disoccupazione ed L.S.U. ....	384
1.7. L'indennità di maternità. ....	386
2. Le prestazioni assistenziali. ....	387
2.1. Danni da trattamenti sanitari. ....	387
2.1.1. Danni post-trasfusionali. ....	387
2.1.2. Danni irreversibili da vaccinazioni. ....	388
2.1.3. Danni da somministrazione di talidomide. ....	390
2.2. Le prestazioni di invalidità civile. ....	391
2.2.1. L'indennità di accompagnamento. ....	393
2.2.2. Profili processuali. ....	395
2.3. Prestazioni in favore delle vittime del dovere e degli ex ....	396
combattenti. ....	396
2.4. Le misure in favore dei soggetti portatori di disabilità. ....	398
2.5. Prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica. ....	398
3. La <i>compensatio lucri cum damno</i> : aspetti rilevanti nella materia previdenziale e assistenziale. ....	399
3.1. Infortunio <i>in itinere</i> . ....	400

3.2. Indennità di accompagnamento. ....	402
3.3. Pensione di reversibilità. ....	403

## CAPITOLO XXIV

### LA TUTELA INAIL

*(di Stefania Riccio)*

1. Le malattie professionali. ....	407
2. Gli infortuni sul lavoro. ....	412
3. La revisione della rendita. ....	414
4. I contributi assicurativi INAIL. ....	415
5. L'azione di regresso. ....	416

## CAPITOLO XXV

### LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

*(di Stefania Riccio)*

1. Cassa Nazionale Forense. ....	419
2. Cassa Dottori Commercialisti. ....	422
3. Cassa Ingegneri e Architetti. ....	423
4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti. ....	425
5. ENPALS. ....	426
6. ENPAF. ....	427
7. La previdenza integrativa. ....	427

## PARTE SESTA

### I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

*(coordinata da Roberto Mucci)*

## CAPITOLO XXVI

### ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

*(di Roberto Mucci)*

1. Premessa. ....	431
2. La giurisdizione. ....	431
3. Effetti dell'espropriazione per i terzi. ....	433
4. La determinazione dell'indennità di espropriazione. ....	433
4.1. <i>(segue)</i> . B) La stima. ....	435
4.2. <i>(segue)</i> . C) Le aree agricole. ....	436
5. L'indennizzo per la reiterazione dei vincoli. ....	436

6. L'opposizione alla stima.....	438
7. La determinazione consensuale dell'indennità. ....	440
8. La retrocessione. ....	440
9. Le espropriazioni illegittime.....	441
9.1.( <i>segue</i> ). L'acquisizione "sanante". ....	443

## CAPITOLO XXVII

### APPALTI PUBBLICI

(di *Stefano Pepe*)

1. Appalto pubblico, premessa. ....	445
1.1. Il quadro normativo.....	445
1.2. La giurisdizione: cenni.....	446
2. Appalto pubblico e rilevanza degli atti estranei al contenuto del contratto adottati dalla P.A. Responsabilità dell'ente appaltante: natura e limiti. ....	447
3. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso.....	449
4. Appalto di opere pubbliche, subappalto. Disciplina applicabile. ....	452

## CAPITOLO XXVIII

### LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(di *Eleonora Reggiani*)

1. Intervento pubblico nell'economia e società a partecipazione pubblica in generale.....	453
2. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.....	455
3. I tratti distintivi della società <i>in house providing</i> prima e dopo il recepimento delle direttive UE del 2014. ....	457
4. L'azione di responsabilità contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti delle società <i>in house</i> . ....	462
5. Il fallimento delle società <i>in house</i> . ....	466
6. L'azione di responsabilità <i>ex art.</i> 146 l.fall. ....	468
7. Altre questioni. Rinvio.....	469

## CAPITOLO XXIX

### SANZIONI AMMINISTRATIVE

(di Dario Cavallari, Maria Elena Mele ed Aldo Natalini)

1. Principi generali in materia di opposizioni a sanzioni amministrative.....	471
2. Struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali generali.....	473
3. Giurisdizione, pregiudiziale amministrativa e connessione obiettiva a reato. ....	475
4. Competenza ed incompetenza.....	477
5. Altri vizi procedurali: difetto di motivazione, inosservanza del termine e mancata audizione. ....	480
6. Elemento psicologico e cause di giustificazione.....	481
7. Prescrizione. ....	483
8. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: cd. doppio binario e sua compatibilità con il principio del <i>ne bis in idem</i> convenzionale ed euro unitario.....	484
9. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito. ....	488
10. Sanzioni amministrative e responsabilità dei sindaci e dei consiglieri di amministrazione delle società. ....	489
11. Decorrenza e natura del termine per contestare l'illecito amministrativo in ambito finanziario.....	490
12. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e la loro generale compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto euro unitario.....	492
13. Sanzioni in ambito bancario e finanziario e principio del contraddittorio.....	494
14. Illeciti attinenti al riciclaggio e relativo obbligo di denuncia.....	495
15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.....	496
16. Sanzioni amministrative previste dal codice della strada: profili processuali. ....	498
16.1. Competenza e rapporto fra giudizio penale, giudizio civile e opposizione a sanzione amministrativa. ....	498
16.2. La rappresentanza in giudizio. ....	501
16.3. L'opposizione, i suoi effetti, il termine di proposizione ed i poteri del giudice. ....	502

16.4. L'appello: legittimazione, termini e rito. ....	503
17. L'obbligo del proprietario del veicolo di comunicare i dati del conducente. ....	504
18. La sospensione della patente di guida. ....	506
19. L'accertamento e la contestazione delle infrazioni al codice della strada. ....	507
19.1. Le modalità. ....	507
19.2. L'individuazione del destinatario delle sanzioni e del responsabile solidale. ....	508
20. Il pagamento delle sanzioni inflitte per infrazioni al codice della strada e la loro riscossione. ....	508
21. Le sanzioni diverse da quelle comminate per infrazioni al codice della strada. ....	509
21.1. I dispositivi medici. ....	509
21.2. I prodotti alimentari. ....	510
21.3. Le altre sanzioni. ....	511

## CAPITOLO XXX

### EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

*(di Rosaria Giordano)*

1. Premessa.....	515
2. Legittimazione attiva.....	515
3. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso.....	516
4. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione .....	519
5. Procedimento monitorio e fase di opposizione .....	521
6. Determinazione e durata “ragionevole” del giudizio presupposto. ....	523
7. Diritto all'indennizzo .....	525
8. Altre questioni processuali.....	528

## CAPITOLO XXXI

### LA RIPARAZIONE DEL DANNO DA DETENZIONE DISUMANA E DEGRADANTE

*(di Giovanni Arnone)*

1. La sentenza <i>Torreggiani c. Italia</i> della Corte EDU e i rimedi introdotti dal d.l. n. 92 del 2014. ....	531
2. La natura del rimedio riparatorio. ....	532
3. La prescrizione del diritto. ....	532

4. Oneri di allegazione e prova.....	533
5. I presupposti per l'attivazione del rimedio riparatorio. ....	534
6. Il <i>quantum</i> del rimedio compensativo. ....	535

## CAPITOLO XXXII

### I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(di Gianluca Grasso)

1. Premessa. ....	537
2. La responsabilità disciplinare dei magistrati. ....	537
2.1. Gli illeciti disciplinari.....	538
2.1.1. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.....	538
2.1.2. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario. ....	539
2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. ....	541
2.1.4. L'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza. ....	544
2.1.5. Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni.....	544
2.1.6. La violazione del dovere di riservatezza. ....	545
2.2. La condotta disciplinare irrilevante. ....	545
2.3. La misura cautelare del trasferimento ad altra sede e funzione o la destinazione ad altre funzioni. ....	546
2.4. La revisione della sentenza disciplinare divenuta irrevocabile. ....	547
2.5. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale. ....	548
3. La responsabilità disciplinare degli avvocati.....	548
3.1. Gli illeciti disciplinari.....	548
3.2. Il procedimento disciplinare.....	550
3.3. Il ricorso per cassazione.....	551
3.4. Il nuovo codice deontologico e il principio del <i>favor rei</i> . ....	553
4. La responsabilità disciplinare dei notai. ....	557
4.1. Gli illeciti disciplinari.....	557
4.2. Il procedimento disciplinare.....	559

## CAPITOLO XXXIII

### ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

*(di Roberto Mucci)*

1. Premessa.....	563
2. I diritti di elettorato. A) Elettorato passivo. ....	563
2.1. <i>(segue)</i> . B) Elettorato attivo. ....	566
3. Il contenzioso elettorale. ....	567

## VOLUME TERZO

### PRINCIPI DI DIRITTO PROCESSUALE

*(coordinato da Rosaria Giordano)*

## PARTE INTRODUTTIVA

### I) L'EFFETTIVITA' DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

*(di Stefano Giaime Guizzi)*

1. Premessa.....	3
2. Effettività della tutela e giudizio civile: una questione non solo processuale. ....	5
3. Fondamento e contenuto dell'effettività della tutela: un "personaggio in cerca di autore"?.....	8
4. La conformazione del fatto al diritto come questione "metodologica". ....	11

### II) LA NULLITA' DEGLI ATTI PROCESSUALI

*(di Laura Mancini)*

1. Il principio di strumentalità delle forme processuali alla luce dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza ed effettività della tutela giurisdizionale. ....	15
2. La sanatoria dell'atto nullo per raggiungimento dello scopo. ....	18

3. Nullità degli atti digitali e scopo della disciplina del processo civile telematico.....	22
4. Principio di conservazione degli atti e inammissibilità del ricorso per cassazione per manifesta infondatezza delle censure relative alla violazione dei principi regolatori del giusto processo ex art. 360-bis, n. 2, c.p.c. ....	25
5. Principio di conservazione e inesistenza dell'atto processuale. ....	28
6. Inammissibilità, improcedibilità e sanatoria. ....	30

## CAPITOLO I

### LA GIURISDIZIONE IN GENERALE

*(di Angelo Napolitano)*

1. Premessa. ....	35
2. Regolamento preventivo di giurisdizione. ....	37
3. Eccezione di difetto di giurisdizione e rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione. ....	42
4. La cd. Translatio iudicii.....	44

## CAPITOLO II

### IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

*(di Stefania Billi)*

1. Premessa. ....	47
2. Attività negoziale della P.A.....	47
3. Indennità, canoni, altri corrispettivi e procedure di rimborso. ....	49
4. Sovvenzioni e finanziamenti. ....	53
5. Appalti.....	55
6. Rapporti concessori e procedure ad evidenza pubblica.....	56
7. Concessioni di beni. ....	57
8. Domande nei confronti della P.A. di accertamento della titolarità o per la tutela possessoria su beni immobili. ....	58
9. Domande risarcitorie.....	59
10. Enti pubblici economici.....	63
11. Lodo arbitrale.....	63
12. Società: rinvio.....	64
13. <i>Status</i> della persona. ....	64
14. Il rapporto di lavoro privatistico e quello presso le pubbliche amministrazioni. ....	64



### CAPITOLO III

#### LA GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE DELLE ACQUE PUBBLICHE

*(di Stefania Billi)*

1. Premessa..... 65
2. Criteri di riparto delle controversie tra tribunale delle acque e giudice ordinario. .... 66
3. Criteri di riparto tra tribunale delle acque pubbliche e giudice amministrativo. .... 68

### CAPITOLO IV

#### LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI

*(di Dario Cavallari)*

1. Premessa..... 71
2. L'azione di responsabilità..... 71
3. Il giudizio di conto..... 73
4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico..... 74
5. I limiti della giurisdizione erariale. .... 76
6. Profili processuali..... 78

### CAPITOLO V

#### IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO

*(di Stefania Billi)*

1. Premessa..... 81
2. Giurisdizione nelle cause di scioglimento del matrimonio e di responsabilità genitoriale. .... 83
3. Giurisdizione nelle controversie transnazionali di carattere negoziale..... 84
4. Controversie in tema di risarcimento dei danni. .... 85
5. Immunità Stati esteri dalla giurisdizione civile. .... 86
6. Diritto dei cittadini stranieri e giurisdizione. .... 86

### CAPITOLO VI

#### LA COMPETENZA

*(di Maria Elena Mele)*

1. Competenza per materia. .... 89
- 1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace. .... 89

1.2. Le controversie di competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.....	90
1.3. Le controversie di competenza del tribunale per i minorenni. ....	91
1.4. Le controversie di competenza sezioni agrarie. ....	91
1.5. Le controversie di competenza della Corte d'Appello.....	92
1.6. La competenza per la liquidazione dei compensi al difensore nel patrocinio a spese dello Stato. ....	92
2. Competenza per valore. ....	93
3. Competenza per territorio. ....	95
3.1. Il foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione. ....	96
3.2. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati. ....	97
3.3. Il cd. foro del consumatore. ....	97
3.4. Convenzione di deroga della competenza per territorio. ....	98
4. Eccezione di incompetenza.....	99
5. Rilievo d'ufficio dell'incompetenza. ....	101
6. Regolamento di competenza. ....	102
6.1. Il procedimento. ....	104
6.2. Regolamento di competenza necessario.....	104
6.3. Regolamento di competenza d'ufficio. ....	105

## CAPITOLO VII

### LE DISPOSIZIONI GENERALI

*(di Laura Mancini)*

1. Il giudice. Astensione e ricusazione.....	109
2. Ausiliari. ....	110
2.1. Il diritto al compenso.....	111
2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari.....	113
3. Litispendenza e continenza. ....	114
4. Le parti ed i difensori. ....	115
5. Successione nel processo. ....	119
6. Successione nel diritto controverso.....	120
7. L'interesse ad agire. ....	122
8. La legittimazione ad agire. ....	127
9. I termini. ....	131
9.1. La rimessione in termini. ....	131
10. Le notificazioni. ....	134
11. Processo civile telematico. Rinvio. ....	143

## CAPITOLO VIII

### LE SPESE E LA RESPONSABILITÀ PROCESSUALE AGGRAVATA

*(di Donatella Salari)*

1. La condanna alle spese.....	145
1.1. Il principio di soccombenza.....	145
1.2. Liquidazione delle spese.....	148
2. Compensazione delle spese.....	150
3. Distrazione delle spese.....	151
4. Responsabilità processuale cd. aggravata.....	152

## CAPITOLO IX

### IL PROCESSO LITISCONSORTILE

*(di Angelo Napolitano)*

1. Premessa.....	157
2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica.....	159
2.1. Diritti reali.....	159
2.2. Comunione legale tra coniugi.....	162
2.3. Lavoro.....	163
2.4. Persone, famiglia e successioni.....	164
3. Litisconsorzio necessario in fase di gravame.....	166
3.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione.....	169
4. Conseguenze del rilievo del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame.....	170
5. 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.....	171
6. Litisconsorzio facoltativo.....	174

## CAPITOLO X

### LE PROVE

*(di Andrea Penta)*

1. Il principio di non contestazione.....	179
2. Il disconoscimento delle scritture private, delle fotocopie e delle riproduzioni meccaniche.....	181
3. La querela di falso.....	188
4. La confessione.....	191
5. Il giuramento.....	194

6. La prova testimoniale.....	194
6.1. L'incapacità a testimoniare. ....	195
6.2. Le modalità di articolazione della prova testimoniale. ....	196
7. La consulenza tecnica d'ufficio. ....	198

## CAPITOLO XI

### IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

*(di Andrea Penta)*

1. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria.	203
2. Il difetto di rappresentanza o di autorizzazione. ....	206
3. La mutatio e la emendatio libelli. ....	208
3.1. Controversie anteriori alla novella di cui alla l.n.353 del 1990.....	212
4. La concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. ....	213
5. Il regime giuridico delle ordinanze istruttorie. ....	215
6. Le preclusioni istruttorie. ....	216
7. La rimessione in termini. ....	219
8. Gli interventi volontari.....	221
9. La natura dei provvedimenti del giudice istruttore.....	222
10. La fase decisoria.....	223
11. La deliberazione.....	225
12. La condanna generica.....	227
12.1. Sentenze non definitive. ....	228
13. La decisione a seguito di trattazione orale.....	228
14. L'ultrattività del mandato alle liti. ....	230
15. La correzione dei provvedimenti giudiziali. ....	231
16. La tutela del contumace. ....	232
17. La sospensione del processo.....	234
18. L'interruzione del processo.....	237
19. L'estinzione del processo.....	244

#### *APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

### L'ESAME DELLE QUESTIONI TRA ORDINE LOGICO E PRINCIPIO DELLA "RAGIONE PIU' LIQUIDA"

*(di Paolo Bernazzani – Andrea Venegoni)*

1. Premessa. ....	247
2. Correlazioni con la giurisprudenza sul giudicato implicito....	250
3. Ragione più liquida e ricadute applicative. In particolare, i corollari in tema di ricorso incidentale condizionato.....	254

## CAPITOLO XII

### LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

*(di Gian Andrea Chiesi)*

1. Profili generali.....	261
2. La soccombenza.....	261
2.1.(Segue). La soccombenza, tra spese di lite e raddoppio del contributo unificato.....	263
3. I termini di impugnazione: il termine cd. breve .....	265
3.1. (Segue) Termine breve e sopravvenienze.....	268
3.2. (Segue) Il termine cd. lungo.....	269
3.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione. ....	271
3.4. Le impugnazioni incidentali.....	275
4. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione. ....	277
5. Il contumace involontario.....	280

#### *APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

### INAMMISSIBILITA' E IMPROCEDIBILITA'

*(di Anna Mauro)*

1. Premessa.....	281
2. Inammissibilità: profili generali. ....	283
2.1. Inammissibilità e procura alle liti. ....	284
2.2. Inammissibilità per tardività del ricorso.....	287
2.3. Inammissibilità per difetto di tassatività e specificità dei motivi del ricorso per cassazione.....	290
2.4. Inammissibilità e specificità dei motivi di appello. ....	295
2.5. Inammissibilità e mutatio ed emendatio libelli.....	297
3. Improcedibilità: profili generali. ....	300
3.1. Improcedibilità dell'appello. ....	301
3.2. Improcedibilità del ricorso per cassazione.....	302
4. Rinunzia al ricorso e declaratoria di improcedibilità o di inammissibilità.....	304
5. Conseguenze della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità.....	305

## CAPITOLO XIII

### L'APPELLO

*(di Luigi La Battaglia)*

1. Caratteri generali del processo d'appello.....	309
---	-----

2. I provvedimenti impugnabili.....	310
3. Forme e termini dell'impugnazione.....	314
4. L'oggetto dell'impugnazione.....	317
5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione ex art. 346 c.p.c. ....	318
6. Le parti e il contraddittorio. ....	322
7. I <i>nova</i> in appello.....	323

## CAPITOLO XIV

### IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

*(di Salvatore Saija)*

1. Il ricorso per cassazione. Le novità normative. Evoluzione applicativa.....	329
2. Il procedimento. ....	335
2.1. Notificazione del ricorso (o del controricorso). ....	336
2.2. Onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c.....	340
2.3. L'interesse ad impugnare. ....	344
2.4. La legittimazione attiva. ....	344
2.5. L'impugnazione incidentale.....	345
2.6. I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso). ....	347
2.7. Vizi denunciabili. ....	357
2.8. Ulteriori questioni procedurali.....	366
3. Il giudizio di rinvio. ....	377

#### *APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

### L'EVOLUZIONE DEL SINDACATO SULLA MOTIVAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE

*(di Antonio Scarpa)*

1. Premessa. ....	385
2. Il difetto di motivazione in senso formale.....	386
3. La nozione di "fatto" ex art. 360, n. 5, c.p.c.....	387
4. L'omesso esame degli elementi istruttori.....	388
5. Il fatto noto da cui è desunto quello ignoto.....	390
6. Il fatto «decisivo».....	391
7. Il fatto «oggetto di discussione tra le parti».....	391
8. L'errore sul fatto «non oggetto di discussione tra le parti». ..	392

9. Il «doppio conforme omesso esame circa un fatto».....	392
--	-----

## CAPITOLO XV

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

(di Fulvio Filocamo, Angelo Napolitano ed Eleonora Reggiani)

1. Premessa.....	395
2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione.....	396
3. Le decisioni escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost.....	397
4. I requisiti dei provvedimenti impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione.....	398
5. I provvedimenti riguardanti l'esercizio e la titolarità della responsabilità genitoriale.....	399
6. Le statuizioni in materia successoria.....	404
7. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione.....	405
8. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere.....	407
9. Le ordinanze sull'inammissibilità dell'appello <i>ex art. 348 ter</i> c.p.c.....	409
10. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare e possessoria.....	412
11. La statuizione d'inammissibilità dell'azione di classe.....	413
12. La condanna alla pena pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 <i>bis</i> , del d.lgs. n. 28 del 2010.....	414
13. La liquidazione delle spese nel procedimento <i>ex art. 696 bis</i> c.p.c.....	415
14. L'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione del giudice.....	415
15. Altri provvedimenti non impugnabili.....	416
16. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge.....	417
16.1. Il ricorso del Procuratore Generale.....	418
16.2. Il potere officioso della Corte.....	419
16.3. L'enunciazione dei principi di diritto più rilevanti nell'interesse della legge.....	420

## CAPITOLO XVI

### GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

*(di Valeria Pirari)*

1. Premessa. ....	423
2. Revocazione. ....	423
2.1. Dolo di una delle parti. ....	423
2.2. Acquisizione di documenti. ....	424
2.3. Errore di fatto cd. revocatorio. ....	425
3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione. ....	427
4. Questioni procedurali. ....	432
5. Opposizione di terzo. ....	436

#### *APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

### LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ'

*(di Francesca Picardi)*

1. Premessa. ....	439
2. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2, e 336 c.p.c. ....	440
3. Le impugnazioni e le preclusioni. ....	442
4. Il giudicato ed il primato del diritto europeo. ....	447

## CAPITOLO XVII

### IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

*(di Giovanni Arnone)*

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro. ....	451
1.1. Il rapporto d'impiego pubblico privatizzato. ....	451
1.2. Personale in regime di diritto pubblico. ....	454
1.3. Prestazioni previdenziali e assistenziali. ....	455
1.4. Rapporti con la giurisdizione contabile. ....	456
1.5. Rapporti di lavoro all'estero e giurisdizione. ....	458
2. La competenza del giudice del lavoro. ....	458
2.1. La competenza per materia. ....	458
2.1.1. Controversie di lavoro e procedure concorsuali. ....	459
2.1.2. Altre questioni di competenza. ....	460
2.2. La competenza territoriale. ....	461
3. La fase introduttiva del giudizio. ....	463
3.1. La decadenza. ....	463
3.2. Gli atti introduttivi. ....	463



3.3. L'ampliamento del <i>thema decidendum</i> e <i>probandum</i> .....	465
4. Contenuti ed esecutorietà della sentenza ex art. 429 c.p.c. ...	467
5. L'appello.....	468
6. Il ricorso per cassazione.....	471
7. Il cd. rito Fornero. ....	472
8. Le controversie in materia di assistenza e previdenza.	
Questioni generali.....	477
8.1. L'opposizione a cartella esattoriale.....	478
8.2. L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis c.p.c. ...	481

## CAPITOLO XVIII

### IL PROCESSO DI ESECUZIONE

(di Raffaele Rossi)

1. Titolo esecutivo.....	483
2. Espropriazione presso terzi. ....	486
2.1. ( <i>segue</i> ). Accertamento dell'obbligo del terzo.....	488
3. Espropriazione immobiliare. ....	490
3.1. ( <i>segue</i> ). La distribuzione del ricavato: rapporti tra esecuzione individuale, credito fondiario e fallimento.....	492
4. Espropriazione di beni indivisi: il giudizio di divisione.....	494
5. Le spese nell'espropriazione forzata.....	496
6. Opposizioni esecutive: profili comuni. ....	498
7. Opposizione all'esecuzione.....	502
8. Opposizione agli atti esecutivi.....	504
9. Opposizione di terzo all'esecuzione. ....	508

### APPROFONDIMENTO TEMATICO:

#### IL "PROGETTO ESECUZIONI" DELLA TERZA SEZIONE CIVILE DELLA SUPREMA CORTE

(di Giovanni Fanticini)

1. Il recupero della funzione nomofilattica.....	513
2. L'interrogazione preventiva del giudice della nomofilachia nell'ordinamento italiano e in altri ordinamenti.....	515
3. La <i>pilot-judgment procedure</i> della Corte europea diritti dell'uomo. ....	516
4. La "buona prassi" del Progetto.....	517
5. Ulteriori prospettive.....	519

## CAPITOLO XIX

### I PROCEDIMENTI SPECIALI

*(di Andrea Penta)*

1. Procedimento d'ingiunzione. Giurisdizione e competenza...	521
1.1. Il procedimento monitorio cd. puro: i crediti professionali.....	523
1.2. Notificazione del decreto ingiuntivo.....	524
1.3. Giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.....	525
1.4. Esecutorietà del decreto ingiuntivo.....	527
1.5. Opposizione tardiva.....	530
2. Il procedimento per convalida di licenza e sfratto.....	530
3. Procedimenti cautelari.....	531
4. Procedimento sommario di cognizione.....	532
4.1. Istruttoria.....	533
4.2. Impugnazione dell'ordinanza conclusiva.....	534
4.3. Procedimento sommario esclusivo in tema di liquidazione dei compensi professionali.....	535
5. Procedimenti possessori.....	537
6. Procedimenti in camera di consiglio.....	538
7. Inventario.....	539
8. Giudizio di scioglimento delle comunioni.....	540

## CAPITOLO XX

### L'ARBITRATO

*(di Fabio Antezza)*

1. Premessa.....	543
2. Controversie deferibili ad arbitri.....	543
3. Distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale.....	544
4. La clausola compromissoria.....	544
5. Arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale.....	547
6. Arbitrato ed appalto di opere pubbliche.....	549
7. Arbitrato societario.....	550
8. Arbitrato in materia di lavoro.....	552
9. Gli arbitri.....	553
10. Procedimento arbitrale.....	555
11. Nullità del lodo.....	557

11.1. Nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U. del 2016 al possibile <i>prospective overruling</i> .....	560
12. Giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale.....	562
13. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria.....	564
14. Regolamento preventivo di giurisdizione ed arbitrato estero.....	566



## PRESENTAZIONE

Puntuale ad un appuntamento che si rinnova con continuità ormai dal 2004, l'Ufficio del Massimario ha dedicato le prime settimane di quest'anno, oltre che all'abituale e prevalente attività di studio e massimazione, anche alla preparazione della rassegna relativa alla giurisprudenza dell'anno appena trascorso, sia con riferimento al settore civile che a quello penale.

Con particolare riguardo al civile, l'emersione, nello scorso anno, di problematiche connesse anche ad un sensibile aumento del contenzioso, oltre che ad un corrispondente aumento del numero di decisioni, ha esasperato alcune peculiarità del settore, imponendo all'Ufficio una riflessione sul proprio ruolo, in particolare volta alla riconsiderazione degli strumenti e delle modalità finora utilizzate per fornire un'adeguata e funzionale informazione sul precedente. La rassegna in presentazione, nella sua impostazione e nei suoi contenuti, è anche frutto di questa riflessione.

L'ingente aumento dei ricorsi civili (soprattutto in materia tributaria e di protezione internazionale) ha infatti imposto l'adozione di misure legislative e organizzative che hanno comportato e sempre più comporteranno un ulteriore cospicuo aumento della produzione giurisprudenziale della Corte di legittimità, perciò la necessità, per l'Ufficio del Massimario, di veicolare la conoscenza nel modo più incisivo, posto che un significativo aumento della produzione giurisprudenziale moltiplica il rischio di contrasti anche inconsapevoli, quindi, per converso, aumenta il numero di ricorsi "esplorativi" e perciò, in una spirale perversa, il numero di processi sopravvenienti, così smarrendo l'efficacia disincentivante di orientamenti consolidati.

In tale situazione si rischia la progressiva e irreversibile obsolescenza della funzione nomofilattica attribuita alla Corte di cassazione dall'Ordinamento Giudiziario, trattandosi di funzione delicata e complessa che per la sua piena esplicazione richiede impegno costante, posto che l'intensità del corrispondente vincolo dipende dalla coerenza delle decisioni della Corte, dalla chiarezza delle relative motivazioni nonché dall'affidabilità ed efficacia degli strumenti utilizzati per rendere noti gli orientamenti giurisprudenziali espressi.

Peraltro, il carico di lavoro eccessivo, il considerevole aumento del numero di magistrati e la diminuzione dell'età di accesso alla

Corte comportano che sempre più spesso la Cassazione non costituisca più l'ultima tappa della carriera di un magistrato ma solo un momento di passaggio in vista di altri obiettivi, e tale circostanza, unitamente alla evidenziata difficoltà di conoscere e “governare” una giurisprudenza esorbitante, rischia di far venire a mancare la coscienza dell'appartenenza ad una istituzione che nella sua collegialità, non nell'eccellenza dei singoli, esprime la funzione di nomofilachia che -sembra utile rammentarlo- è prevista dal legislatore non già come mezzo di conformazione giurisprudenziale bensì come primo e fondamentale strumento di realizzazione dell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

Queste ed altre serie considerazioni hanno indotto l'Ufficio del Massimario a cercare i mezzi più idonei per adeguare la propria attività alle peculiarità del momento, quindi ad individuare gli strumenti, i tempi e le modalità di informazione e riflessione sui precedenti della Corte più idonei a conferire nuovo vigore alla funzione nomofilattica, scongiurando l'irreversibilità di una crisi del giudizio di legittimità che, in mancanza di significative contromisure, rischia di aggravarsi sempre più nel futuro.

Si è ben consapevoli infatti che nell'attuale situazione non può più ritenersi sufficiente il monitoraggio attento e continuo delle decisioni della Corte, la massimazione dei principi nuovi con indicazione delle conformità, difformità e contiguità riscontrate e la segnalazione dei contrasti eventualmente rilevati: il compito dell'Ufficio del Massimario sta cambiando ed è sempre più destinato e mutare nel tempo, non solo in relazione alla costante evoluzione dei mezzi di trasmissione delle informazioni utilizzati ed alle complesse problematiche connesse (secondo le note teorie della scuola di Toronto), ma anche - soprattutto nel medio e breve periodo - in relazione al già evidenziato aumento (oggi in certa misura non del tutto controllabile, soprattutto in funzione proiettiva) del numero di decisioni emesse dalla Corte, che impone all'Ufficio di sperimentare le strategie più idonee a veicolare una conoscenza “effettiva” del precedente di legittimità, che sia *tendenzialmente* corretta, tempestiva e mirata, così da rendere più agevole il controllo della mole di informazioni esaminate e diffuse attraverso il sistema Italgire, dovendo peraltro pur sempre sottolinearsi che trattasi di ambiziosi obiettivi prudentemente “tendenziali”, in considerazione dei numerosi compiti di cui sono gravati i magistrati addetti al Massimario, delle scoperture di organico e della mole di decisioni da esaminare nonché di massime e relazioni da redigere.

In proposito va sottolineato che nell'ultimo anno l'Ufficio del Massimario, tra i vari e numerosi strumenti utilizzati per realizzare al meglio i propri compiti di istituto, ha riscontrato grande utilità nella predisposizione di rassegne di giurisprudenza mirate e frequentemente aggiornate, che, rispetto alla sola informazione fornita dal sistema Italgire, pongono l'utente in condizione di conoscere cosa cercare e, a seconda delle caratteristiche delle differenti rassegne, forniscono anche diverse chiavi di lettura suscettibili di suggerire nuovi angoli visuali e diversificati approcci all'informazione.

Accanto alla rassegna annuale della giurisprudenza civile e penale di legittimità (unica rassegna prevista fino al 2017), nell'anno 2018 appena trascorso l'Ufficio del Massimario ha perciò realizzato numerose altre rassegne, più agili perché più frequentemente aggiornate o più specifiche perché relative a singole materie ovvero a particolari settori o problematiche.

E a tale proposito è doveroso sottolineare che si è trattato di un lavoro molto impegnativo -soprattutto se si ha riguardo al numero ed alla qualità delle rassegne realizzate in rapporto al gravemente carente organico dell'Ufficio- che è stato possibile solo grazie al sacrificio di colleghi motivati e preparati che hanno partecipato con entusiasmo alla realizzazione di alcuni progetti veramente ambiziosi (si pensi alla rassegna della giurisprudenza di legittimità in materia tributaria, di cui in prosieguo, che allo stato rappresenta, in rapporto ad alcune peculiarità che la caratterizzano, un unicum nel suo genere).

In particolare, fin dallo scorso mese di maggio si è prevista la redazione di una *rassegna mensile* di tutta la giurisprudenza civile di legittimità (divisa per sezioni, quanto al diritto sostanziale, e proposta secondo un indice tematico quanto al diritto processuale), distribuita per posta elettronica a tutti i magistrati della Corte ed immediatamente e gratuitamente fruibile mese per mese da tutti gli interessati in quanto immessa sul sito della Corte di cassazione e sul portale del Massimario.

Si è poi ritenuto che, in relazione ad alcune particolari emergenze giurisprudenziali connesse a specifici settori, l'immediata fruibilità di una rassegna monotematica veloce ed organica riportante, in riferimento al periodo considerato, tutta la relativa giurisprudenza, avrebbe potuto essere di grande utilità. E' nata così la *rassegna della giurisprudenza di legittimità sul processo civile telematico*, pubblicata on line prima dell'estate sul portale del

Massimario nonché sul sito della Corte, e successivamente aggiornata all'inizio di quest'anno.

E' stata inoltre realizzata la rassegna giurisprudenziale in materia di protezione internazionale.

Un notevole lavoro ha poi richiesto la già citata *rassegna semestrale della giurisprudenza tributaria*, che ha visto la luce all'inizio dell'autunno, anch'essa accessibile a tutti sul sito della Corte e sul portale del Massimario (in modo da creare anche una sorta di "ponte" tra la giurisprudenza di legittimità e la giurisprudenza di merito in materia). Ed è in corso di preparazione la rassegna relativa al secondo semestre.

E' infine prevista per l'inizio dell'estate una rassegna completa della giurisprudenza di legittimità in materia di processo di esecuzione.

Il mutato contesto come sopra descritto impone dunque di dare ragione della conservazione della *rassegna annuale della giurisprudenza civile di legittimità*, oggetto di presentazione in questa sede, ed eventualmente delle sue mutate caratteristiche rispetto al passato.

Occorre in proposito innanzitutto osservare che già nella presentazione della rassegna relativa all'anno 2017 si era evidenziato che il carattere strumentale di essa imponeva il progressivo adeguamento delle relative modalità di redazione alle caratteristiche della giurisprudenza di legittimità siccome eventualmente mutate nel tempo, e si era sottolineato che l'impostazione e l'organizzazione della rassegna nel futuro avrebbero dovuto adattarsi ai mutamenti in corso, soprattutto in relazione al prevedibile, considerevole aumento del numero di decisioni della sezione tributaria.

Va tuttavia sottolineato che, se è vero che la lievitazione del numero di sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione e la necessità di governare la difficile situazione anche attraverso l'attenta individuazione di strumenti di conoscenza più frequenti, specifici e mirati, ha indotto l'Ufficio del Massimario nel corso di quest'anno a prevedere una diversificazione delle informazioni periodiche sulla giurisprudenza di legittimità, è anche vero che resta comunque (e a maggior ragione) ferma la necessità di una rassegna annuale, non più finalizzata alla mera informazione sul precedente ma piuttosto intesa a tirare le fila del più ampio discorso giurisprudenziale sviluppatosi nel corso dell'anno.

La rassegna in presentazione acquisisce dunque più profonda e significativa attualità, configurandosi come lettura critica e



sistematica della giurisprudenza relativa ad un significativo lasso di tempo, utile per cogliere ed evidenziare tendenze e spinte evolutive attraverso l'analisi argomentata dei percorsi ermeneutici seguiti e delle relative dinamiche.

A tale scopo si evidenzia che la rassegna, sia nella parte sostanziale che in quella processuale, prevede anche l'inserimento di alcuni importanti approfondimenti tematici che consentono una lettura dinamica e "trasversale" delle relative problematiche.

Infine, va sottolineata un'altra significativa novità della rassegna in presentazione, costituita dal fatto che (come già accaduto per la rassegna tributaria presentata lo scorso autunno), alla sua redazione hanno contribuito non solo i magistrati del Massimario ma anche, su invito dal direttore, alcuni consiglieri della Corte, così testimoniando la forza di un progetto culturale che vede i magistrati del Massimario e della Corte insieme impegnati, nonostante i carichi di lavoro esorbitanti e le disfunzioni del sistema, a conservare l'efficienza del giudizio di legittimità e l'effettività della funzione di nomofilachia.

E il valore anche simbolico di questo impegno comune riempie il cuore e la mente di emozione e fierezza.

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

La collega Paola D'Ovidio ha curato il coordinamento generale della rassegna.

Alla redazione della rassegna hanno collaborato (alcuni come autori, altri anche o solo come coordinatori di singoli capitoli o parti, secondo quanto specificato nelle relative sedi) i colleghi Irene Ambrosi, Fabio Antezza, Giovanni Armone, Paolo Bernazzani, Stefania Billi, Dario Cavallari, Aldo Cennicola, 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, Fulvio Filocamo, Paolo Fraulini, Vincenzo Galati, Chiara Giammarco, Rosaria Giordano, Gianluca Grasso, Stefano Giame Guizzi, Luigi La Battaglia, Salvatore Leuzzi, Laura Mancini, Anna Chiara Massafra, Anna Mauro, Maria Elena Mele, Roberto Mucci, Angelo Napolitano, Aldo Natalini, Andrea Penta, Stefano Pepe, Francesca Picardi, Valeria Pirari, Eleonora Reggiani, Stefania Riccio, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Donatella Salari, Antonella Filomena Sarracino, Antonio Scarpa, 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.

A tutti va un sincero ringraziamento, perché solo con il contributo attento partecipe di ciascuno è stata possibile la realizzazione di questo lavoro.

Alla redazione di quest'opera avrebbe dovuto partecipare anche la collega Francesca Miglio: aveva insistito per dare il suo contributo di studio e ricerca benché già stesse male.

Purtroppo se n'è andata prima di riuscire a realizzare il suo intento, lasciando a noi un esempio alto di forza, coraggio e amore per il proprio lavoro, ma anche il ricordo struggente della dolcezza elegante e vaga che ha accompagnato il suo passaggio lieve e troppo breve al nostro fianco.

Questa rassegna è dedicata da tutti noi a Francesca.

Roma, febbraio 2019

Camilla Di Iasi    Maria Acierno

# **Volume Primo**

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE  
NEL DIRITTO SOSTANZIALE



# PARTE INTRODUTTIVA

## I) LA NOMOFILACHIA ED IL DIRITTO EUROPEO: LA CORTE DI CASSAZIONE PROTAGONISTA DEL DIALOGO SOVRANAZIONALE.

(DI MILENA D'ORIANO)

Sommario: 1. La Corte di cassazione, garante della nomofilachia nazionale. - 2. La Corte di Giustizia UE, monopolista della nomofilachia europea. - 3. Il primato del diritto dell'Unione e la centralità del giudice nazionale. - 4. I parametri unionali: criticità e questioni aperte. - 4.1. La Carta di Nizza: l'ambito di applicazione. - 4.2. Il rinvio pregiudiziale. - 4.3. Gli effetti processuali ed extraprocessuali delle sentenze della Corte di Giustizia UE. - 4.4. La questione del giudicato interno. - 4.5. La responsabilità risarcitoria dello Stato. - 5. Il diritto europeo nella giurisprudenza di legittimità. - 5.1. Il richiamo alle fonti e alla giurisprudenza europea. - 5.2. I principi generali dell'Unione. - 5.3. Le decisioni interpretative della CGUE. - 5.4. La disapplicazione. - 6. Il ruolo della Consulta: la svolta di cui alla sentenza n. 269 del 2017. - 6.1. Le prime ricadute nelle pronunce della Suprema Corte.

### 1. La Corte di cassazione, garante della nomofilachia nazionale.

L'apertura alle fonti sovranazionali costituisce da tempo per il giudice nazionale una inesauribile occasione di arricchimento ed uno stimolo all'ampliamento delle garanzie nella tutela dei diritti fondamentali che l'ordinamento italiano già assicura, efficacemente, affidandone alla Corte costituzionale un controllo equilibrato, bilanciato ed uniforme.

Il dialogo multilivello, che ha portato alla massima espansione i livelli minimi di tutela dei diritti, ha assunto negli anni forme complesse, trovando espressione ora in pacifici richiami costruttivi ora in manifestazioni di dissenso, garbatamente palesi o abilmente occulte.

Mentre la funzione di protezione dei diritti svolta dalla Corte EDU ha carattere sussidiario, rispetto a quella assicurata dagli organi giurisdizionali nazionali, ed un eventuale contrasto tra norma nazionale e norma convenzionale è destinato ad essere risolto sempre previa mediazione della Corte costituzionale, grazie al meccanismo del controllo accentratore di cui all'art. 117 Cost., il rapporto con le fonti europee si presenta diretto ed immediato in quanto fondato sul principio della cd. primauté del diritto dell'Unione che, in combinato disposto con il principio dell'effetto diretto, sancisce la prevalenza del diritto europeo rispetto ai diritti nazionali degli Stati membri.

La fluidità della relazione tra diritto nazionale e diritto eurounitario se ha determinato una repentina apertura, specie dal basso della giustizia di merito, alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza europea, dall'altro, con maggiore evidenza negli ultimi anni caratterizzati da una crescente apertura ai cd. principi generali dell'Unione e ai principi e diritti desumibili dalla cd Carta di Nizza, ha favorito una situazione di tensione che ha trovato espressione ai massimi livelli della giurisprudenza costituzionale.

L'improvvisa virata, da un clima di armonica collaborazione ad un atteggiamento di circospetta difesa, ha trovato la sua massima espressione nella nota sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017 con cui la Corte costituzionale ha reagito ad un paventato rischio di marginalizzazione riaffermando la sua primazia nel controllo accentrato di costituzionalità in materia di diritti fondamentali, seppure "in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)" ( vedi punto 5.2. della sentenza)

In tale articolato contesto la Corte di cassazione, come garante della nomofilachia nazionale, è chiamata ad assolvere un ruolo fondamentale, quale referente privilegiato del giudice comune ed interlocutore qualificato della Corte UE e della Corte costituzionale.

Ruolo che, come si cercherà in seguito di evidenziare, ha ritenuto di assolvere da protagonista consapevole ma equilibrata, attraverso un uso prudente della disapplicazione, attenta ad evitare il cd. utilizzo extra districtum della CDFUE e ad resistere alla tentazione di procedere. in autonomia. ad un controllo diffuso di costituzionalità sfruttando l'efficacia diretta, già più volte affermata, di importanti principi generali dell'Unione.

In ossequio alla consolidata giurisprudenza comunitaria e costituzionale, la Corte di legittimità si è dimostrata solerte nell'adeguamento delle sue decisioni alle statuizioni della Corte UE; in presenza di sospette antinomie, la prima opzione resta quella dell'interpretazione conforme, seguita dall'utilizzo dell'istituto del rinvio pregiudiziale.

Da ultimo non si è sottratta ad un vivace confronto con il nuovo assetto proposto dalla richiamata sentenza n. 269 del 2017, instaurando ora un dialogo diretto e propositivo con la Corte costituzionale, ora optando per il ricorso prioritario alla pregiudiziale comunitaria.

## **2. La Corte di Giustizia UE, monopolista della nomofilachia europea.**

Protagonista della nomofilachia europea è senza dubbio la Corte di Giustizia UE che con le sue pronunce ha proceduto negli anni non solo a garantire l'uniforme e corretta interpretazione delle fonti comunitarie di natura sostanziale, ma anche a costruire un articolato e condiviso sistema di regole e principi nel tentativo di dare una forma intellegibile ai delicati rapporti istituzionali tra ordinamento europeo ed ordinamenti nazionali.

Si tratta di “lavori in corso”, in continuo divenire, che possono fare affidamento sulle solide fondamenta dei principi di natura costitutiva, sempre di matrice giurisprudenziale ma ormai consolidati, che emergono dallo spirito e dal sistema dei Trattati e quindi direttamente dal diritto primario dell'Unione - quali il principio del primato e supremazia del diritto comunitario, il principio dell'efficacia diretta, il principio dell'effettività delle sue norme, il principio della leale collaborazione tra istituzioni dell'Unione e Stati membri, il principio della responsabilità risarcitoria degli Stati - ma che nello stesso tempo richiedono continui interventi di aggiustamento e di mediazione, laddove si trovano ad incidere nel campo dei principi generali comuni agli ordinamenti giuridici e costituzionali degli Stati membri, per la cui individuazione è necessario procedere ad una comparazione giuridica critico-valutativa tra tali ordinamenti.

Opera quest'ultima resa ancora più ardua e scivolosa a seguito della rivoluzione avvenuta con la nuova formulazione dell'art. 6 del TUE, introdotta dal Trattato di Lisbona entrato in vigore l'1 dicembre 2009, che ha determinato da un lato l'assimilazione ai Trattati della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ( cd. Carta di Nizza, ove è stata approvata il 7 dicembre 2000, per poi essere adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 ), e dall'altro l'esplicita qualificazione come principi generali dell'Unione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU e di quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri.

Lo strumento che negli anni ha consentito alla CGUE di essere l'ispiratrice del processo continuo di integrazione delle diverse sensibilità istituzionali, politiche, culturali e sociali degli Stati nazionali è senza dubbio il rinvio pregiudiziale.

Il giudice nazionale, mentre è sovrano nell'interpretazione della norma interna, non ha analogo potere sulle norme comunitarie: nel caso in cui si trovi di fronte ad un dubbio applicativo spetterà

esclusivamente alla Corte di Giustizia UE il compito di fornire l'interpretazione corretta di tali disposizioni, o di decidere in ordine alla loro validità.

La pregiudiziale comunitaria ha la finalità di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario nell'ambito dell'Unione e consente alla Corte di Giustizia di attuare indirettamente un controllo di conformità degli atti interni; con la pregiudiziale interpretativa la CGUE fornisce la "lettura ufficiale" del testo comunitario, di cui ha il monopolio dell'interpretazione, e contribuisce attivamente, avvalendosi della collaborazione diffusa di ogni giudice nazionale, alla costruzione del diritto dell'Unione.

### **3. Il primato del diritto dell'Unione e la centralità del giudice nazionale.**

Il primato del diritto europeo costituisce un principio cardine dell'Unione, la cui funzione è quella di assicurare una protezione uniforme dei cittadini da parte del diritto europeo su tutto il territorio dell'UE.

Analogamente al principio dell'efficacia diretta e ad altri principi generali dell'Unione, non è contemplato nei Trattati ma è stato introdotto in via giurisprudenziale dalla Corte europea che ne ha affermato l'esistenza già nella lontana sentenza Costa c/o Enel del 15 luglio 1964, causa 6/64, per poi ribadirlo con la sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, van Gend en Loos, e consacrarlo nella sentenza Simmenthal, 9 marzo 1978, causa 106/77.

Gli artefici della supremazia del diritto comunitario rispetto agli ordinamenti interni sono i giudici nazionali, definiti "giudici comunitari di diritto comune" o anche "giudici decentrati del diritto comunitario", cui è affidata l'interpretazione e l'applicazione delle norme dell'ordinamento UE nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

La principale espressione del primato va infatti individuata nel potere di disapplicazione della norma interna incompatibile, che la Corte di giustizia ha riconosciuto ai giudici nazionali quale strumento cardine nella risoluzione delle antinomie tra norma nazionale e norma europea.

L'art. 4, n. 3, TUE (già art. 10 TCE) impone agli Stati membri un obbligo generale di leale cooperazione al fine di garantire la piena efficacia dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme dell'Unione: il giudice nazionale, in quanto espressione dello Stato, come ogni altra autorità pubblica, è tenuto ad attuare tale obbligo con lo specifico



compito di “vigilare sull’applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell’ordinamento giuridico nazionale.”

Al giudice, quale articolazione dello Stato membro, compete non solo il compito di dare piena applicazione alla norma europea ma anche, qualora ritenga esistente un conflitto tra una norma nazionale ed una norma europea provvista di effetto diretto, il potere di procedere alla disapplicazione della prima.

Già nella sentenza *Simmenthal*, manifesto del ruolo dei giudici come organi dell’Unione, la Corte europea afferma che l’esigenza di assicurare su tutto il territorio dell’Unione un’applicazione rapida, diffusa ed uniforme del diritto europeo richiede che tale funzione sia svolta da tutti i giudici ordinari, di qualunque grado, senza che la stessa possa essere riservata alle Corti costituzionali che, pur potendo eliminare dall’ordinamento interno le norme incompatibili con efficacia *erga omnes*, operano con tempi e meccanismi troppo lunghi per poterla validamente garantire.

La disapplicazione non costituisce però l’unica manifestazione della supremazia; vari sono infatti gli strumenti attraverso i quali il diritto dell’Unione esercita la sua pressione esterna sugli ordinamenti nazionali, sempre in vista di un obiettivo di uniformità e quindi di uguaglianza tra i cittadini europei.

Il riferimento è all’obbligo di interpretazione conforme, alla responsabilità risarcitoria dello Stato da inadempimento comunitario, estesa anche agli organi giurisdizionali, all’obbligo di rinvio pregiudiziale per gli organi giurisdizionali di ultima istanza, alla procedura di infrazione per lo Stato inadempiente.

La posizione dei giudici nazionali, che è paritaria quanto all’utilizzo degli istituti dell’interpretazione conforme e della disapplicazione, risulta diversificata rispetto allo strumento del rinvio pregiudiziale a seconda che avverso le loro decisioni sia possibile esperire un rimedio impugnatorio; nel primo caso, il giudice ha una mera facoltà di rinvio (ex art. 267, comma 2, TFUE) nel secondo, un vero e proprio obbligo di rinvio (ex art. 267, comma 3).

Per gli organi giurisdizionali di ultima istanza, in presenza di un dubbio interpretativo sulla portata di una norma europea, sussiste infatti uno stringente obbligo di rinvio; la distinzione tra obbligo e facoltà è estremamente rilevante in quanto solo la violazione dell’obbligo da parte di un giudice di ultima istanza potrà determinare una eventuale responsabilità dello Stato membro, nei cui confronti potrà essere intrapresa la procedura d’infrazione ex art. 258 TFUE o presentato dai singoli un ricorso per risarcimento dei danni causati dalla violazione del diritto dell’Unione.

Come affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 30 settembre 2003 C- 224/01, Kobler, e poi nella sentenza 13 giugno 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo ed in Commissione c. Italia 24 novembre 2011, C-379/10, la violazione del diritto europeo fonte di responsabilità per lo Stato può derivare anche da una decisione di un organo giurisdizionale, sempre che la decisione provenga da un organo di ultimo grado, che la norma violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, che la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese.

Tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale, nell'accertare l'esistenza di una violazione manifesta del diritto comunitario va valutata, come ipotesi specifica, anche la "la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE"; in ogni caso sussiste violazione allorché una        intervenga ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte UE.

#### **4. I parametri unionali: criticità e questioni aperte.**

Il sistema delle regole elaborato dalla nomofilachia europea ha dunque un unico obiettivo, ottenere l'uniforme ed effettiva applicazione del diritto dell'Unione, perseguito attraverso la valorizzazione del ruolo dei giudici nazionali e la messa a punto di meccanismi di soluzione delle antinomie e di dissuasione da possibili violazioni.

La complessità dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello sovranazionale europeo continua tuttavia a creare situazioni di tensione, a volte risolte in modo omogeneo dalle Corti protagoniste del dialogo, a volte ancora foriere di contrasti.

##### **4.1. La Carta di Nizza: l'ambito di applicazione.**

Il giudice nazionale prima di attingere al coacervo di norme europee, al fine di dedurre il contrasto con la normativa nazionale, è tenuto a verificare che la controversia sottoposta al suo esame abbia un oggetto che rientri nell'ambito di competenze che il TFUE assegna all'Unione.

Quando l'antinomia si pone tra norma interna ed un atto emanato da una istituzione eurounitaria (ad es. un regolamento o una direttiva dettagliata o una sentenza della Corte di Giustizia ), la cd. normazione secondaria, tale operazione risulta agevole, in quanto

sarà sufficiente accertare la sussumibilità della fattispecie concreta in quella astratta disciplinata.

L'indagine diviene più complessa quando il possibile contrasto si pone rispetto ai cd. principi generali dell'Unione o ai principi e diritti desumibili dalla cd. Carta di Nizza, in considerazione della portata ontologicamente generale degli stessi e del loro ambito applicativo.

Sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sia quella della Corte costituzionale, pur a seguito dell'entrata in vigore delle modifiche all'art. 6 del Trattato, concordano nell'escludere rilevanza ai principi generali, anche se riconosciuti nella Carta, al di fuori dell'ambito UE.

Secondo la costante giurisprudenza della CGUE i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse. Ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, ma abbia rilievo esclusivamente interno, la Corte UE non è competente e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza. (ex plurimis, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson e, più recentemente, sentenza 6 ottobre 2016, Paoletti e a., causa C-218/15; ordinanza 26 ottobre 2017, causa C-333/17, Caixa Económica Montepio Geral contro Carlos Samuel Pimenta Marinh e altri).

Anche la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato, a partire dalla sentenza n. 80 del 2011, ed ancora nella sentenza n. 63 del 2016 che "A norma del suo art. 51 (nonché dell'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato sull'Unione europea e della Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona) e di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le disposizioni della Carta sono applicabili agli Stati membri solo quando questi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione" (nello stesso senso sentenza n. 111 del 2017).

Da ultimo nella sentenza n. 194 del 2018, la Corte cost., rilevata l'assenza di disposizioni del diritto dell'Unione che impongano specifici obblighi agli Stati membri, ed all'Italia in particolare, nella materia dei licenziamenti illegittimi, disciplinata dal censurato art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, ha escluso che la CDFUE fosse applicabile alla fattispecie e che l'art. 30 della stessa Carta potesse essere invocato, quale parametro interposto, nella relativa questione di legittimità costituzionale.

La Corte di cassazione si è sempre allineata alle posizioni delle due Corti, affermando ripetutamente l'irrelevanza della Carta dei diritti fondamentali nelle materie non regolate dal diritto UE, tanto al fine di respingere sia istanze di rinvio pregiudiziale, per evidente irrilevanza del richiamo rispetto alla controversia, sia richieste di disapplicazione di norma interne. per presunta contrarietà a diritti e principi riconosciuti nella Carta.

In continuità **Sez. 5, n. 23272/2018, Perrino, Rv. 650691-01**, afferma che la nozione di «attuazione del diritto dell'Unione», contemplata dall'art. 51 della Carta, richiede l'esistenza di un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra, e che quindi per stabilire se una normativa nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione, occorre verificare, tra le altre cose, se essa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa; in assenza di disposizioni dell'Unione che impongano obblighi agli Stati membri nella materia ha quindi ritenuto che il procedimento di accertamento delle imposte dirette esulasse dall'ambito della competenza dell'Unione.

Per **Sez. L, n. 02286/2018, Cavallaro, Rv. 647390-01**, premesso che le disposizioni della cd. Carta di Nizza non sono applicabili a fattispecie relative a periodi anteriori al 1° gennaio 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, poiché solo a partire da tale data la Carta ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione europea, non deve procedersi al rinvio pregiudiziale alla CGUE di una norma anteriore a tale data - nella specie l'art. 1, comma 777, della l. n. 296 del 2006, in tema di determinazione della retribuzione pensionabile per periodi di lavoro svolto all'estero, di cui si deduceva il contrasto con l'art. 47 della Carta - in quanto l'art. 267 TFUE presuppone che il giudice nazionale debba decidere una controversia concernente il diritto dell'Unione in concreto applicabile.

#### 4.2. Il rinvio pregiudiziale.

Procedimento incidentale non contenzioso, cd. “da giudice a giudice”, il rinvio pregiudiziale vede protagonista il giudice nazionale

a cui spetta in via esclusiva valutare la rilevanza della questione interpretativa o di validità di una norma UE, in riferimento alla controversia dinanzi a lui pendente, e quindi decidere se sottoporla o meno alla Corte, delimitare l'oggetto del procedimento pregiudiziale attraverso la redazione dell'ordinanza di rinvio e la formulazione dei quesiti, decidere la causa principale nel rispetto di quanto statuito dalla CGUE.

Da **Sez. L, n. 14828/2018, Amendola F., Rv. 648997-01**, è ricordato che non sussiste alcun diritto della parte all'automatico rinvio pregiudiziale alla CGUE ai sensi dell'art. 267 TFUE ogni qualvolta la Corte di cassazione non ne condivide le tesi difensive, bastando che le ragioni del diniego siano espresse, ovvero implicite, laddove la questione pregiudiziale sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondata.

In tale arresto si ribadisce che l'obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza di rimettere la causa alla Corte di Giustizia UE, viene meno quando non sussista la necessità di una pronuncia pregiudiziale sulla normativa comunitaria, in quanto la questione sollevata sia materialmente identica ad altra, già sottoposta alla Corte in analoga fattispecie, ovvero quando sul problema giuridico esaminato si sia formata una consolidata giurisprudenza (cfr. sul punto anche Sez. 5, n. 15041/2017, Carbone, Rv. 644554-04); che il rinvio pregiudiziale presuppone comunque che la questione interpretativa controversa abbia rilevanza in relazione al thema decidendum sottoposto all'esame del giudice nazionale e alle norme interne che lo disciplinano e che lo stesso non costituisce un rimedio giuridico esperibile automaticamente a semplice richiesta delle parti, spettando solo al giudice stabilirne la necessità.

Esprimendosi in tema di sindacato consentito alle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, **Sez. U, n. 29391/2018, De Chiara, Rv. 651807 – 01**, ha affermato che la violazione dell'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia U.E. delle questioni relative all'interpretazione delle norme dell'Unione europea non integra una questione inerente alla giurisdizione, né secondo l'accezione tradizionale, come riparto tra ordini giudiziari, non contemplando le norme sul detto riparto, tipiche ed esclusive dell'ordinamento nazionale italiano, la Corte di giustizia tra i destinatari del riparto medesimo, né secondo l'accezione funzionale della giurisdizione, nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, dato che non è la Corte di giustizia ad erogare la tutela del caso concreto, bensì il giudice di rinvio, ossia il giudice nazionale.

#### **4.3. Gli effetti processuali ed extraprocessuali delle sentenze della Corte di Giustizia UE.**

Sebbene il compito della Corte europea non sia quello di offrire la soluzione del caso concreto, né di pronunciarsi su questioni di fatto, ma solo quello di fornire al giudice a quo gli elementi interpretativi corretti della norma dell'Unione per consentirgli di applicarla conformemente nella definizione del giudizio principale, la sentenza emessa dalla stessa ha degli effetti vincolanti assoluti sul processo al cui interno è stata sollevata la pregiudiziale comunitaria, per cui, pur spettando al giudice remittente la decisione della causa principale, questi dovrà farlo dando attuazione alle statuizioni della Corte in merito ai provvedimenti consequenziali sul piano del diritto interno.

Come ricordato da **Sez. L, n. 04223/2018, Bronzini, Rv. 647269-01**, non solo l'interpretazione del diritto dell'Unione è di competenza esclusiva della Corte di giustizia ex art. 267 del TFUE, e tale competenza si estende alla valutazione di legittimità delle eventuali deroghe che alla normativa nazionale è consentito apporre alle regole sovranazionali, in relazione a specifici obiettivi di politica sociale riconducibili ai Trattati., ma, alla luce dell'art. 267 del TFUE e degli art. 4, comma 3, e 19 del TUE, neppure ad una Corte di legittimità è riconosciuto il potere di dare una interpretazione diversa da quella offerta dalla Corte di Giustizia UE, non essendo il giudizio di rinvio una sede nella quale sia possibile impugnare o contestare il *decisum* della Corte del Lussemburgo.

Da tempo poi sia la Corte costituzionale (vedi tra le tante sentenze n 285 del 1993, n. 255 del 1999, n. 62 del 2003) che la Corte di cassazione hanno riconosciuto che le sentenze pregiudiziali sono dotate di una efficacia extraprocessuale *erga omnes* e quindi destinate a prevalere sul diritto nazionale incompatibile con "il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario"; al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, hanno operatività immediata negli ordinamenti interni e "si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno con il valore di *ius superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia"

Da ultimo in Sez. 5, n. 05381/2017, Olivieri, Rv. 643292-02 è riaffermato che l'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di giustizia ha efficacia *ultra partes*, sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali che emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte

del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità.

Non meno vincolanti poi le decisioni della Commissione dell'Unione Europea che, ancorché prive dei requisiti della generalità e dell'astrattezza, costituiscono fonte di produzione del diritto e, pertanto, vincolano il giudice nazionale anche nei giudizi pendenti, in quanto *ius superveniens* incidente sul rapporto controverso (vedi **Sez. 5, n. 01325/2018, Venegoni, Rv. 646919-01**).

Per **Sez. 6-5, n. 12393/2018, Mocci, Rv. 648749-01**, le decisioni adottate dalla Commissione delle Comunità Europee, nell'ambito delle funzioni ad essa conferite dall'art. 211 (ex art. 155) del Trattato CE, sull'attuazione e lo sviluppo della politica della concorrenza, in forza degli artt. 88 e 87 (ex artt. 93 e 92) dello stesso Trattato, ancorché prive dei requisiti della generalità e dell'astrattezza, costituiscono fonte di produzione del diritto comunitario, sia pure limitatamente ai rapporti giuridici tra privati e pubblici poteri e, pertanto, vincolano il giudice nazionale nell'ambito dei giudizi portati alla cognizione dello stesso, sicché è preclusa ogni ulteriore discussione e contestazione relativa all'illegittimità o invalidità delle valutazioni compiute dalla istituzione comunitaria, ove l'atto sia divenuto inoppugnabile.

#### **4.4. La questione del giudicato interno.**

Questione da tempo dibattuta è se l'obbligo di disapplicazione sussista anche in presenza di un giudicato formatosi nel diritto interno; la CGUE sembrava aver inizialmente affermato che il primato del diritto comunitario avesse una forza tale da imporsi sul giudicato nazionale che, se formato in contrasto con il diritto comunitario, andava disapplicato.

Nella sentenza Lucchini 18 luglio 2007, C-119/05, si statuiva che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del c.c. italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva; sulla stessa linea anche la sentenza della stessa Corte UE 12 febbraio 2008, C-2/06 Kempter, in cui si affermava che la P.A. ha l'obbligo di riesaminare un atto amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario, anche quando esista ormai un

giudicato che abbia escluso l'illegittimità del provvedimento medesimo.

In successive pronunce la stessa Corte di Giustizia ha tuttavia ridimensionato gli effetti dirompenti di tali decisioni.

Già nella sentenza 3 settembre 2009 C-2/08 Fall.to Olimpclub srl, occasionata da un rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte di cassazione in materia di Iva, e poi anche successivamente, la CGUE ha ribadito l'importanza, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, del principio dell'intangibilità del giudicato e che il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto.

Rimesse le modalità di formazione della cosa giudicata e quelle di attuazione del relativo principio alle disposizioni dell'ordinamento giuridico interno dei singoli Stati, la Corte di Giustizia UE riafferma che «al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia» «le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione» (in tal senso, sentenze 22 dicembre 2010, C-507/08, Commissione europea c. Governo Slovacchia; 10 luglio 2014 C-213/13, Impresa Pizzarotti & 38 C. Spa; 6 ottobre 2015, C-69/14, T. c. Governo Romania; 21 luglio 2016, C-226/15, Apple and Pear Australia Ltd e Star Fruits; 26 gennaio 2017, C-421/14, Banco Primus SA Diffusion).

La nostra Corte di legittimità, in conformità, ha quindi affermato che il diritto dell'Unione europea, come costantemente interpretato dalla Corte di Lussemburgo, non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne da cui deriva l'autorità di cosa giudicata di una decisione, nemmeno quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione, salva l'ipotesi, assolutamente eccezionale, 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. (vedi Sez. 5, n. 02046/2017, Sabato, Rv. 642529-01; Sez. 5, n. 16032/2015, Cirillo, Rv. 636342-01; **Sez. 5, n. 18642/2018, Perrino, Rv. 649770-01**).

Questo principio è stato così applicato in relazione ad una pluralità di fattispecie in cui l'efficacia preclusiva discendente dalla



I) la nomofilachia ed il diritto europeo: la Corte di cassazione protagonista del dialogo sovranazionale.

forza del giudicato è solo la diretta conseguenza dell'osservanza delle regole sottese a ciascun modello di tutela processuale, sicché si è ritenuto che nemmeno ove possa effettivamente sussistere una violazione del diritto unionale da parte della decisione divenuta irrevocabile è possibile aver ragione delle norme che rendono inammissibili l'appello (vedi Sez. 5, n. 25320/2010, Cappabianca, Rv. 615368-01) o il ricorso per cassazione (vedi Sez. 5, n. 16032/ 2015 già cit.) perché tardivi o ancora il ricorso per cassazione (vedi Sez. 5, n. 2046/2017 già cit.) perché privo di sommarietà.

Non meraviglia poi quanto da ultimo affermato da **Sez. 1, n. 16983/2018, Marulli, Rv. 649675-01**, secondo cui non è contraria ai principi del diritto comunitario e non deve, pertanto, essere disapplicata la disciplina del codice di rito civile, come costantemente interpretata dal diritto vivente, secondo cui, nel giudizio di opposizione all'esecuzione, iniziata in base ad un titolo esecutivo giudiziale, (nella specie un decreto ingiuntivo irrevocabile in una controversia in tema di aiuti di Stato) non possono essere sollevate eccezioni che si fondino su fatti anteriori alla formazione del titolo medesimo.

#### **4.5. La responsabilità risarcitoria dello Stato.**

Anche il principio della responsabilità degli Stati membri per i danni causati ai singoli, in conseguenza di violazioni del diritto europeo ad essi imputabili, non si trova espresso nei Trattati ed ha una esclusiva matrice giurisprudenziale.

La Corte di Giustizia, a partire dalla famosa sentenza Francovich, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, seguita dalla sentenza 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame e da tante altre, ne ha definito, e nel tempo consolidato, il contenuto qualificandolo come principio “inerente al sistema dei Trattati”

Con il consolidarsi del processo di integrazione è aumentata l'esigenza di garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti i Paesi membri per evitare una situazione di discriminazione tra i cittadini; ogni violazione da parte di uno Stato membro rappresenta, infatti, un vulnus in un sistema giuridico che vede tra i suoi obiettivi fondamentali quello della parità di trattamento dei singoli all'interno dell'Unione, parità che può essere garantita solo da una interpretazione ed applicazione uniforme delle regole comuni.

La sentenza Francovich individua per la prima volta i presupposti sostanziali necessari per affermare una responsabilità degli Stati membri per i danni cagionati ai singoli, seppure limitatamente all'ipotesi più eclatante di violazione del diritto comunitario, quella in cui uno Stato membro venga meno all'obbligo, imposto dall'art 288 TFUE (ex art 249 del TCE), di adottare tutti i provvedimenti necessari a conseguire il risultato prescritto da una direttiva.

Tre le condizioni richieste:

1) che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli;

2) che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva e che quindi la violazione sia sufficientemente caratterizzata;

3) che esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

La sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame* specifica tali condizioni affermando che è sufficientemente caratterizzata la violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti dal diritto comunitario al loro potere discrezionale.

Per valutare che una violazione sia manifesta e grave il giudice competente può prendere in considerazione vari elementi quali “il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario.”

È poi una violazione certamente manifesta e grave, quella che perdura sebbene vi sia stata la pronuncia di una sentenza della Corte che abbia già accertato l'inadempimento contestato, o di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione.

Secondo le diverse qualificazioni giuridiche nazionali, spetta invece agli Stati membri, definire la competenza e le regole processuali dell'azione risarcitoria; sarà quindi il giudice interno, pur applicando le regole comunitarie, a dover accertare e liquidare il danno e a risolvere, secondo le disposizioni nazionali, tutte le

complesse questioni che possono sorgere in tema di giurisdizione, legittimazione passiva, decadenza, prescrizione, entità del risarcimento.

Nel nostro ordinamento, in assenza di una disciplina organica ed autonoma della fattispecie, si sono avute da subito delle difficoltà a ricondurre questa peculiare ipotesi di responsabilità alle note e tradizionali categorie dell'illecito contrattuale o extracontrattuale.

A partire dalla sentenza Sez. U, n. 09147/2009, Picone, Rv. 607428-01, seguita da Sez. 3, n. 10813/2011, Frasca, Rv. 617336-01, è ormai consolidato l'orientamento secondo cui l'inadempimento dello Stato ad una direttiva comunitaria, che riconosca in modo sufficientemente specifico un diritto, dà luogo ad una fattispecie di responsabilità che non nasce da un fatto illecito alla stregua dell'art. 2043 c.c., ma è "contrattuale", non già nel senso di una responsabilità da contratto, che nella specie manca, ma nel senso di un'obbligazione risarcitoria ricollegata direttamente alla violazione di una obbligazione preesistente, secondo la prospettiva dell'art. 1173 c.c., che è quella di adeguarsi all'ordinamento comunitario, violazione che è fonte di un obbligo risarcitorio nei termini fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nel corso del 2018 le sentenze di legittimità in tema di responsabilità da inadempimento hanno avuto ad oggetto il non tempestivo recepimento nell'ordinamento italiano, entro il termine del 31 dicembre 1982, della direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, in materia di corsi di specializzazione medica, e la tardiva ed incompleta trasposizione delle stesse con il d.lgs. n. 257 del 1991, che ha dato luogo negli anni ad una molteplicità di controversie, connesse essenzialmente alla mancata percezione dell'adeguata remunerazione prevista in ambito comunitario, promosse sia dai medici specializzandi che avevano frequentato corsi tra il 1983 e l'anno accademico 1990/91, che lamentavano un totale inadempimento, sia da quelli che avendo frequentato corsi tra gli anni 1991/92 e 2005/06, si sono visti applicare le disposizioni di cui al d.lgs. n. 257 del 1991 e lamentano un incompleto adeguamento rispetto a quanto disposto dal successivo d.lgs. n. 368 del 1999.

**Sez. U, n. 20348/2018, Scaldaferrì, Rv. 650269-01**, a composizione di un contrasto insorto in ordine alla sussistenza di un diritto al risarcimento del danno anche a favore di quei medici che avevano iniziato il corso di specializzazione prima del 1° gennaio 1983 - questione sulla quale la stessa Corte, con ordinanza interlocutoria n. 23581 del 21 novembre 2016, aveva effettuato un

rinvio pregiudiziale - in conformità con quanto affermato dalla CGUE nella sentenza 24 gennaio 2018, C-616/16 e C-617/16, ha riconosciuto ai medici specializzandi il risarcimento per la mancata percezione di una retribuzione adeguata anche per l'anno accademico 1982-1983, ma solo a partire dal 1° gennaio 1983, data dalla quale si era verificato l'inadempimento, e fino alla conclusione della formazione stessa.

Nello stesso senso si erano già espresse Sez. 3, n. 13773/2018, Fiecconi, Rv. 650179-01, e Sez. 6-3, n. 20186 /2018, Positano, Rv. 650476-01.

Sulla quantificazione del risarcimento, si è ulteriormente consolidato l'orientamento secondo cui la previsione di cui all'art. 11 della l. n. 370 del 1999, con la quale lo Stato italiano ha ritenuto di procedere ad un sostanziale atto di adempimento parziale soggettivo, con una sorta di aestimatio dell'obbligo risarcitorio, debba trovare applicazione anche nei confronti degli specializzandi non contemplati, sia che abbiano seguito corsi di specializzazione medica, iniziati negli anni dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990-1991 (su cui vedi **Sez. U, n. 30649/2018, Scaldaferrì, Rv. 651813 - 02**), sia che avendo iniziato il corso anteriormente all'anno accademico 1990-1991, lo abbiano proseguito in epoca successiva, non applicandosi nei confronti di questi ultimi la disciplina di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 257 del 1991, in forza dell'esclusione stabilita dall'art. 8, comma 2, del medesimo decreto legislativo (su cui **Sez. 3, n. 13759/2018, Rossetti, Rv. 649045-01**; conforme Sez. 3, n. 19884/2013, Frasca, Rv. 627589-01; difforme Sez. L, n. 02632/2012, Ianniello, Rv. 621212-01).

**Sez. 3, n. 13758/2018, Rossetti, Rv. 649044-01**, in continuità con Sez. 6-3, n. 06606/2014, Di Stefano, Rv. 630184-01, ha ribadito che tale diritto al risarcimento del danno si prescrive, per coloro i quali avrebbero potuto fruire del compenso nel periodo compreso tra il 1° gennaio 1983 e la conclusione dell'anno accademico 1990-1991, nel termine decennale decorrente dalla data di entrata in vigore (27 ottobre 1999) della l. n. 370 del 1999, il cui art. 11 ha riconosciuto il diritto ad una borsa di studio soltanto in favore di quanti, tra costoro, risultavano beneficiari delle sentenze irrevocabili emesse dal giudice amministrativo.

Questione specifica, ma non meno interessante, quella decisa da **Sez. 3, n. 17058/2018, Spaziani, Rv. 649445-02**, conforme Sez. 6-3, n. 17321/2018, Cirillo, Rv. 649840-02, secondo cui è ammissibile l'appello avverso la sentenza di condanna dello Stato italiano al risarcimento del danno derivante dalla violazione di una Direttiva

I) la nomofilachia ed il diritto europeo: la Corte di cassazione protagonista del dialogo sovranazionale.

europea, emessa dal giudice di pace nell'ambito di un giudizio di equità cd. necessaria, ai sensi dell'art. 113, comma 2, c.p.c., atteso che la ragione di impugnazione fondata sull'erronea applicazione della Direttiva rientra tra i motivi "limitati" di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c.

## **5. Il diritto europeo nella giurisprudenza di legittimità.**

Il diritto europeo costituisce un costante punto di riferimento per le decisioni della nostra Corte di legittimità, in alcuni casi come mero ispiratore di un'autonoma attività di interpretazione conforme del diritto nazionale, in altri come vincolo applicativo, laddove la questione interpretativa sia stata già esaminata e risolta dalla CGUE.

Ferma come prima soluzione quella del rinvio pregiudiziale, lo strumento della disapplicazione viene utilizzato cautamente, laddove costituisce la ricaduta necessaria dell'adeguamento al deliberato della Corte di Giustizia UE o in presenza del cd. acte éclairé, in ipotesi cioè così simili ad altre già esaminate dalla Corte che una omessa pronuncia in tal senso costituirebbe violazione manifesta del diritto eurounitario; non si rinvergono ad oggi decisioni in cui si sia proceduto direttamente alla disapplicazione di norme nazionali per contrarietà a disposizioni della CDFUE.

Tante le decisioni nella materia tributaria e del lavoro, ma non ne mancano in altri settori oggetto di normativa europea.

### **5.1. Il richiamo alle fonti ed alla giurisprudenza europea.**

Numerose pronunce si segnalano per gli ampi riferimenti alla Carta di Nizza ed alla giurisprudenza europea come argomento ad abundantiam, in funzione rafforzativa di altri valori fondamentali già rinvenibili nel nostro ordinamento, o come parametro di riferimento ai fini di un'interpretazione conforme in vista di un risultato favorevole ad una delle parti altrimenti non ritenuto possibile.

Con una decisione ispirata alle disposizioni costituzionali ed europee che sanciscono un allargamento del concetto di famiglia, al fine di assicurare una tutela preminente agli interessi dei minori, **Sez. 1, n. 19780/2018, Valitutti, Rv. 649955-02**, ha stabilito che, alla luce dei principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., il diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, previsto dall'art. 317-bis c.c., cui corrisponde lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e

di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315-bis c.c., non va riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ma anche ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico.

L'interesse del minore rileva anche in tema di procedimento per lo stato di adottabilità, ove **Sez. 1, n. 18148/2018, Sambito, Rv. 649903-01**, ha ribadito che il titolo II della l. n. 184 del 1983, nel testo novellato dalla l. n. 149 del 2001, che riflette anche principi sovranazionali (artt. 3, 9, 12, 14, 18, 21 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con l. n. 176 del 1991; artt. 9 e 10 della Convenzione Europea sui diritti del fanciullo, stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con l. n. 77 del 2003; art. 24 della Carta di Nizza), attribuisce ai genitori del minore una legittimazione autonoma, connessa ad un'intensa serie di poteri, facoltà e diritti processuali atta a fare assumere loro la veste di parti necessarie e formali dell'intero procedimento di adottabilità.

La tutela di un diritto fondamentale quale quello alla riservatezza, esce sicuramente rafforzato dal richiamo oltre al quadro normativo e giurisprudenziale nazionale (artt. 2 Cost., 10 c.c. e 97 della l. n. 633 del 1941), a quello europeo desumibile dagli artt. 8 e 10, comma 2, della CEDU e 7 e 8 della c.d. Carta di Nizza.

Da tali fonti qualificate **Sez. 1, n. 06919/2018, Valitutti, Rv. 647763-01**, ricava il principio che il diritto fondamentale all'oblio può subire una compressione, a favore dell'ugualmente fondamentale diritto di cronaca, solo in presenza dei seguenti specifici presupposti: 1) il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali); 3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica del Paese; 4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera, diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; 5) 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 pubblico.

In tale arresto si rinvia a CGUE, sentenza 13 maggio 2014, C-131/12, Google Spain, secondo cui un soggetto interessato, sulla scorta dei diritti fondamentali derivanti dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, può chiedere che informazioni non più di interesse apprezzabile per la collettività non vengano messe a disposizione del grande pubblico, dovendo il diritto all'oblio prevalere, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona, con l'unica eccezione per l'ipotesi in cui «risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi».

Chiara esempio di utilizzo dell'interpretazione conforme del diritto nazionale è invece **Sez. L, n. 06798/2018, Spena, Rv. 647606-01 e 647606-02**, in cui preliminarmente si chiarisce che ai fini della tutela del lavoratore disabile, una controversia rientra nell'ambito di applicazione della direttiva n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, ove sussista il presupposto oggettivo della attinenza della controversia stessa alle condizioni di lavoro e sia presente una condizione di "handicap", la cui nozione, ricavabile dal diritto eurounitario come interpretato dalla CGUE, presuppone la presenza di una limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche di lunga durata, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione dell'interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Individuata la condizione di handicap, se ne deriva che in tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una tale condizione, ai fini della legittimità del recesso, sussiste a carico del datore di lavoro l'obbligo della previa verifica della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro 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 direttiva 2000/78/CE, dall'interpretazione del diritto nazionale in modo conforme agli obiettivi posti dal predetto art. 5.

L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea è utilizzata anche da **Sez. 3, n. 01269/2018, Spaziani, Rv. 647359-01 e 647359-02**, per affermare che in tema di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli, l'art. 18 della l. n. 990 del 1969 (e, attualmente, l'art. 144 del d.lgs. n. 209 del 2005) deve essere interpretato nel senso che l'assicuratore non può esercitare l'azione di regresso nei confronti dell'assicurato proprietario del veicolo ove egli sia anche passeggero-vittima del sinistro, al fine di evitare che lo stesso debba restituire quanto conseguito per effetto del risarcimento, senza che possa essere opposta la clausola di esclusione dalla copertura assicurativa fondata sul fatto che il veicolo era condotto da persona non abilitata o in stato di ebbrezza, salvo che l'assicurato fosse a conoscenza della circostanza che il mezzo era stato rubato; nella stessa decisione, interpretata la disciplina di diritto interno in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia, si è ritenuto che la qualità di vittima-avente diritto al risarcimento prevale su quella di assicurato-responsabile e pertanto il proprietario del veicolo, il quale al momento del sinistro viaggiava sullo stesso come trasportato, ha diritto ad ottenere dall'assicuratore il risarcimento del danno derivante dalla circolazione non illegale del mezzo, senza che assuma rilevanza la sua eventuale corresponsabilità, salva l'applicazione, in detta ipotesi, dell'art. 1227 c.c.

## **5.2. I principi generali dell'Unione.**

Altre decisioni si caratterizzano per gli ampi richiami ai principi generali dell'Unione, come interpretati ed applicati dalla CGUE.

In riferimento alla normativa di contrasto alle società di comodo, **Sez. 5, n. 16204/2018, Venegoni, Rv. 649230-02**, ha ritenuto che il meccanismo di determinazione presuntiva del reddito di cui all'art. 30 della l. n. 724 del 1994, superabile mediante prova contraria, non si ponga in contrasto con il principio di proporzionalità, rispetto al quale, la Corte di Giustizia (sentenza 13 marzo 2007, causa C-524/04) ha affermato che una normativa nazionale che si fondi sull'esame di elementi oggettivi e verificabili per stabilire se un'operazione consista in una costruzione di puro artificio ai soli fini fiscali, e quindi elusiva, va considerata come non eccedente rispetto a quanto necessario per prevenire pratiche abusive, ove il contribuente sia messo in grado, senza oneri eccessivi,



di dimostrare le eventuali ragioni commerciali che giustificano detta operazione.

Per **Sez. 5, n. 05733/2018, Venegoni, Rv. 647279-01**, in materia di agevolazioni tributarie, la previsione dell'art. 29, comma 1, del d.l. n. 185 del 2008 (cd. "decreto anticrisi"), conv. con modif., in l. n. 2 del 2009, nella parte in cui istituisce un tetto massimo al credito d'imposta fruibile per le spese di ricerca e di sviluppo, anche con riguardo ai crediti maturati prima della sua entrata in vigore, non contrasta con il principio di legittimo affidamento, perché, come affermato dalla Corte cost. e dalla Corte di Giustizia UE, detto principio arretra quando l'intervento normativo è giustificato dalla salvaguardia di principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, tra i quali rientra la finalità di detto decreto di mantenere il bilancio dello Stato nel rispetto dei limiti approvati anche in sede europea.

Da Sez. 5, n. 04150/2018, Crucitti, Rv. 647158-02, è affrontata la questione del termine di decadenza applicabile al diritto al rimborso di imposte dichiarate incompatibili con il diritto dell'Unione, equiparate ai tributi pagati in base a norma dichiarata incostituzionale, che in quanto eliminata con effetto retroattivo dall'ordinamento rende ex post i pagamenti non dovuti, con il limite per cui il rimborso non spetta quando il pagamento si collega a un rapporto esaurito, intendendosi per tale anche quello in cui sia scaduto il termine per chiedere il rimborso, che decorre dal pagamento.

Premesso che, in mancanza di disciplina comunitaria di domande di rimborso delle imposte indebitamente prelevate, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i requisiti al ricorrere dei quali tali domande possano essere presentate, purché i requisiti in questione rispettino i principi di equivalenza e di effettività, si è ritenuto che il termine di decadenza biennale previsto dall'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, entro il quale può essere chiesto il rimborso dell'IVA indebitamente corrisposta all'Amministrazione finanziaria, trova applicazione, in mancanza di una disciplina specifica, anche ove una norma interna sia stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, in quanto detto termine, come affermato dalla stessa Corte di Giustizia, non è contrario ai principi di equivalenza e di effettività, consentendo ad un soggetto normalmente diligente di far valere i propri diritti.

Sempre in materia di rimborsi di imposte dichiarate, in epoca successiva al pagamento, incompatibili con il diritto comunitario da una sentenza della Corte di Giustizia, **Sez. 5, n. 22345/2018, Scotti**,

**Rv. 650232-01**, ha ritenuto che il termine di decadenza del diritto al rimborso, previsto dall'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973 per le imposte sui redditi, decorre dalla data del versamento (quanto ai versamenti diretti) o della ritenuta (quanto alle somme assoggettate a ritenuta alla fonte), e non da quella in cui è intervenuta la pronuncia che ne ha sancito la contrarietà all'ordinamento comunitario, senza che possano invocarsi, in senso contrario, i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di overruling per giustificare la decorrenza del suddetto termine dalla data della decisione della Corte di Giustizia, in quanto, per un verso, non vengono in rilievo regole processuali e, per un altro, vi è un'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, tanto più cogente in materia tributaria, che sarebbe compromessa dalla sostanziale protrazione a tempo indeterminato dei relativi rapporti.

In tema di successione abusiva di contratti a termine nel settore pubblico, l'art. 32 della l. n. 183 del 2010 è stato ritenuto un idoneo parametro ai fini della determinazione del danno da precarizzazione in quanto conforme ai principi di effettività ed equivalenza di cui alla direttiva n.1999/70/CE, così come interpretati dalla CGUE nella decisione 7 marzo 2018 in causa C-494/2016. (vedi **Sez. 6-L, n. 31174/2018, Spena, Rv. 651917-01**).

Il principio di non discriminazione è spesso protagonista nella materia lavoristica ove nel corso del 2018 è stato al centro di due questioni sottoposte con esiti opposti al preventivo vaglio della CGUE.

Sez. L, n. 03982/2016, Napoletano, Rv. 638852-01, nell'ambito di un giudizio in cui si contestava la legittimità di un licenziamento di un giovane assunto con un contratto di lavoro cd. intermittente, caratterizzato cioè da prestazioni discontinue, intimato esclusivamente in ragione del raggiungimento del 25° anno di età, aveva effettuato un rinvio pregiudiziale, sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età, principio generale del diritto dell'Unione che trova la sua espressione nella direttiva n. 2000/78/CE del 27 novembre 2000, in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e nell'art.21, n.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in vista di un potenziale conflitto con l'art. 34 del d.lgs. n. 276 del 2003, il cui secondo comma nella formulazione *ratione temporis* applicabile, prevedeva che il contratto di lavoro intermittente potesse essere concluso solo con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 di età o più di 45 (limite successivamente ridotto a meno di 24 anni e più di 50).

La Corte rilevava che ai sensi dell'art. 6, n. 1, comma 1, della predetta direttiva una disparità di trattamento in base all'età non costituisce discriminazione laddove essa sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari e che la normativa nazionale non effettuava alcun riferimento ad una di tali finalità.

**Sez. L, n. 04223/2018, Bronzini, Rv. 647269-02**, si è adeguata a quanto deciso dalla CGUE, con sentenza del 19 Luglio 2017, causa C-143/201 e, ritenuto che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 2, par. 1 e par. 2, lett. a), nonché l'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, che regolano la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono interpretarsi nel senso che essi non ostano ad una disposizione, quale l'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, che autorizza il datore di lavoro a concludere contratti di lavoro intermittente con lavoratori con meno di venticinque anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detti lavoratori al compimento del venticinquesimo anno, in quanto tale disposizione, perseguendo una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro, non determina una discriminazione in ragione dell'età, ha riformato sul punto la sentenza di merito, che aveva invece ritenuto la natura discriminatoria del licenziamento.

Un altro caso di discriminazione per età aveva ad oggetto il tema del prolungamento dell'età pensionabile per i lavoratori dello spettacolo appartenenti alle categorie dei tersicorei e ballerini, con un limite massimo diverso tra uomini e donne; in questo caso con l'ordinanza interlocutoria del 9 marzo 2017, n. 06101, non massimata, la Sezione lavoro, sempre in un giudizio avente ad oggetto la legittimità di un licenziamento intimato esclusivamente in ragione dell'età, aveva espresso dubbi sul potenziale conflitto con il principio di non discriminazione in base al sesso, di cui alla direttiva n. 2006/54/CE, in tema di pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, con l'art. 21 della CDFUE e con l'art.157 TFUE (ex art.141 TCE) che sancisce il principio di parità retributiva fra uomini e donne, dell'art. 3, comma 7, del d.l. n. 64 del 2010, conv. con modif. in l. n. 100 del 2000, nella parte in cui fissa il limite massimo per l'esercizio dell'opzione di permanenza in servizio, oltre l'età pensionabile fissata a

quarantacinque anni, in quarantasette anni per le donne e cinquantadue per gli uomini.

La CGUE, con ordinanza 7 febbraio 2018, C-142/17 e 143/17, Maturi e a., ha affermato che tale normativa, introduce una discriminazione diretta fondata sul sesso in quanto i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile si trovano in una situazione paragonabile per quanto attiene alle condizioni di cessazione del rapporto di lavoro, per la quale, a differenza di quanto previsto per le discriminazioni indirette, non sono possibili deroghe per finalità legittime per cui tale discriminazione è vietata dall'art 14, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2006/54, e **Sez. L, n. 12108/2018, Lorito, Rv. 649001-02**, adeguandosi, ha deciso per la diretta disapplicazione della norma in questione.

In tema di trattamento economico dei dipendenti del Ministero della Sanità, **Sez. L, n. 12804/2018, Torrice, Rv. 648735-01**, ha invece escluso che l'eliminazione dell'indennità incentivante di cui all'art. 7 della l. n. 362 del 1999, disposta dall'art. 67, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, fosse contraria ai principi di non discriminazione di cui agli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza e della direttiva n. 2000/78/CE, in quanto funzionale alle esigenze di stabilizzazione della finanza pubblica.

### **5.3. Le decisioni interpretative della CGUE.**

Diretta applicazione di decisioni interpretative della Corte di Giustizia UE in materia di Iva sono: Sez. 5, n. 25440/2018, Catalozzi, Rv. 650802-01; Sez. 5, n. 24447/2018, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 650705-01; Sez. 5, n. 23514/2018, Triscari, Rv. 650339-01; Sez. 5, n. 22333/2018, Catalozzi, Rv. 650507-01; Sez. 5, n. 20257/2018, Stalla, Rv. 650150-01; Sez. 5, n. 13119/2018, Perrino, Rv. 648514-01; Sez. 5, n. 12237/2018, Mancuso, Rv. 648368-01; Sez. 5, n. 10006/2018, Caiazzo, Rv. 648067-01; Sez. 5, n. 11140/2018, Nonno, Rv. 648065-01; Sez. 5, n. 27822/2018, Federici, Rv. 651541-01.

In tema di accise sui carburanti si è espressa **Sez. 5, n. 24326/2018, Nonno, Rv. 650524-01**; l'INVIM è l'oggetto di **Sez. 5, n. 10682/2018, Mondini, Rv. 648062-01**, mentre in tema di appalti pubblici di servizi sanitari stipulati nel vigore del d.lgs. n. 157 del 1995, nel testo anteriore alle modifiche recate dal d.lgs. n. 65 del 2000, si segnala **Sez. 1, n. 25553/2018, Mercolino, Rv. 651297-01**, che sulla base della base dei principi fissati da CGUE, sentenza 19 aprile 2018, C-65/17, ha ritenuto che la scelta del sistema della trattativa

privata non dispensa l'amministrazione aggiudicatrice dall'osservanza dell'obbligo di garantire, a pena di nullità del contratto, un adeguato livello di pubblicità della procedura imposto dalla direttiva, sempre che non si provi la sussistenza di ragioni di sanità pubblica idonee a giustificare una deroga al predetto obbligo, stante la competenza degli Stati membri a configurare i loro sistemi di sanità pubblica secondo principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza.

L'attenuazione del regime probatorio in caso di procedimenti speciali antidiscriminatori promossi nei confronti del datore di lavoro, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della direttiva CE n. 2006/54, come interpretato da CGUE nella sentenza 21 luglio 2011, C-104/10, è ribadita da **Sez. L, n. 25543/2018, Di Paolantonio, Rv. 650734-01.**

Sulla scottante tematica dell'immigrazione, di grande attualità e oggetto ormai di un consistente contenzioso, **Sez. 6-1, n. 13858/2018, Lamorgese, Rv. 648790-01**, ha chiarito che ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, a norma dell'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007, la nozione di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato, interno o internazionale, in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (sentenza 30 gennaio 2014, in causa C-285/12), deve essere interpretata nel senso che il conflitto armato interno rileva solo se, eccezionalmente, possa ritenersi che gli scontri tra le forze governative di uno Stato e 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 sussidiaria. Il grado di violenza indiscriminata deve aver 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 e sulla base di tale principio ha escluso la ricorrenza del presupposto nel caso di un cittadino del Bangladesh.

Mentre per **Sez. 6-1, n. 19819/2018, Sambito, Rv. 650342-01**, in applicazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 25 del 2008 e in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza 30 maggio 2013, causa C-534/11), il cittadino straniero richiedente asilo ha diritto di rimanere nel territorio dello Stato per tutto il tempo durante il quale la sua domanda viene esaminata, anche se è stata presentata dopo l'emissione del decreto di espulsione - fermo restando che, in presenza delle altre condizioni di legge, può comunque essere disposto il suo trattenimento, nel caso in cui la

richiesta appaia del tutto strumentale - sicché, operando il divieto di espulsione, il rigetto dell'opposizione avverso il decreto di espulsione, da lui proposta innanzi al giudice di pace, deve ritenersi illegittimo.

#### **5.4. La disapplicazione.**

Non sempre il primato del diritto dell'Unione costituisce uno strumento di espansione ed ampliamento della sfera dei diritti, nel senso che andando ad operare a tutela di interessi superiori degli Stati, può incidere, limitandoli, sui diritti dei singoli.

Tanto avviene spesso nella materia tributaria, nell'ambito della disciplina dell'Unione in materia di IVA, che, in quanto improntata alla salvaguardia del principio di neutralità dell'imposta rispetto alle varie fasi del ciclo produttivo o distributivo, ha determinato la disapplicazione di numerose norme cd. clemenziali; quasi tutte le pronunce conseguono a decisioni interpretative della CGUE.

Per **Sez. 6-5, n. 19661/2018, Napolitano, Rv. 650358-01** va disapplicato l'art. 9 bis della l. n. 289 del 2002, nella parte in cui consente di definire una controversia con l'Amministrazione finanziaria evitando il pagamento delle sanzioni connesse al ritardato od omesso versamento dell'IVA, a prescindere da specifiche deduzioni di parte e senza che possano ostarvi preclusioni procedurali o processuali (quale, nella specie, il carattere "chiuso" del giudizio di cassazione), essendo in contrasto con gli obblighi previsti dagli artt. 2 e 22 della VI direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388 CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative all'IVA, secondo l'interpretazione resa dalla Corte di giustizia nella sentenza 17 luglio 2008, causa C-132/06, che ascrive a dette norme comunitarie portata generale, poiché anche tale forma di condono cd. clemenziale, come le ipotesi di condono premiale previste dagli artt. 7 ed 8 della stessa l. n. 289 del 2002, è idonea a pregiudicare in modo significativo il funzionamento del sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto, incidendo sulla corretta riscossione di quanto dovuto.

Si è anche precisato in **Sez. 5, n. 17621/2018, Nonno, Rv. 649820-01**, che la disapplicazione, per contrasto con il diritto unionale, delle disposizioni interne sul condono in relazione all'IVA, non incide sulla proroga dei termini per l'accertamento prevista dall'art. 10 della l. n. 289 del 2002 proprio per consentire all'Amministrazione di effettuare gli adempimenti imposti dal condono senza pregiudizio per l'esercizio del potere accertativo nelle

ipotesi nelle quali, per scelta del contribuente o limitazione normativa, non possa realizzarsi la definizione premiale.

Nella materia dei rifiuti, **Sez. 2, n. 19553/2018, Criscuolo, Rv. 649995-01** ha concluso per la disapplicazione, ai sensi della sentenza CGUE 11 novembre 2004, C-457, per contrasto con l'art. 1, lett. a), della direttiva CEE n. 442 del 1975, recepito dall'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 22 del 1997, dell'art. 14 del d.l. n. 138 del 2002, conv. dalla l. n. 178 del 2002, nella parte in cui sottrae dalla categoria dei rifiuti le sostanze che possono essere riutilizzate in un diverso ciclo produttivo e che, invece, secondo la direttiva medesima, devono considerarsi rifiuti fino alla loro effettiva riutilizzazione.

**Sez. L, n. 05513/2018, Pagetta, Rv. 647663-02**, ha invece escluso che sia disapplicabile per contrasto con la direttiva n. 98/59/CE, l'impianto normativo di cui alla l. n. 223 del 1991, nel testo vigente prima delle modifiche recate dall'art. 16 della l. n. 161 del 2014, nella parte in cui esclude i dirigenti dalle procedure in tema di licenziamento collettivo, atteso che, in accordo con la giurisprudenza della CGUE che esclude l'efficacia diretta delle direttive prima della loro attuazione nei rapporti cd. orizzontali (sentenza 26 febbraio 1986, in causa C-152/84, Marshall), la disciplina dei licenziamenti collettivi è destinata a regolare interessi che attengono esclusivamente a situazioni soggettive private (del datore di lavoro e del lavoratore), né tale caratteristica viene meno in considerazione dell'impatto economico e sociale normalmente connesso all'adozione di dette procedure, per le quali è previsto il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, anch'esse soggetti privati, ovvero del mero obbligo di comunicazione all'autorità pubblica del progetto di licenziamento, insuscettibile di evidenziare l'esistenza di uno specifico e diretto interesse collettivo distinto da quello degli altri soggetti privati coinvolti.

## **6. Il ruolo della Consulta: la svolta di cui alla sentenza n. 269 del 2017.**

La Corte costituzionale ha da sempre affermato che la supremazia delle norme comunitarie, che si esprime nei vincoli imposti al legislatore e nel potere di non applicazione della norma interna in contrasto da parte del giudice nazionale, incontra comunque un limite, quello della intangibilità dei principi

fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione.

L'affermazione dell'esistenza dei cd "controlimiti" ha come premessa l'idea che permanga un ambito sottratto al primato del diritto unionale, ove resta intatta la sovranità nazionale ed il potere di disapplicazione diffuso arretra a favore di una riespansione del controllo di costituzionalità anche su fonti ad efficacia diretta.

Tale teoria è stata ribadita anche dopo l' "europeizzazione dei controlimiti" avvenuta con il richiamo contenuto nell'art. 4, comma 2, del TUE al rispetto da parte dell'Unione dell'uguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati e della "loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale politica e costituzionale" e con la riformulazione dell'art. 6, che ha determinato l'equiparazione ai Trattati della cd. Carta di Nizza e l'inserimento nei principi generali del diritto dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (si veda in Corte cost. sentt. n. 28 e n. 227 del 2010).

Il Giudice delle leggi ha così attribuito a sé il monopolio nella identificazione del concetto di "identità nazionale", che l'Unione si è impegnata a rispettare, e rifiutato l'idea che questi limiti da interni fossero divenuti esterni, e quindi incorporati da quello stesso ordinamento rispetto al quale erano stati eretti.

Mentre sino a qualche tempo fa i controlimiti sembravano avere una funzione più che altro simbolica, di mero deterrente ad una ingerenza eccessiva del diritto europolitano, si è andati molto vicino ad un loro primo utilizzo all'esito della sentenza della CGUE 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco.

Tale pronuncia ha messo a dura prova diritti e principi fondanti del nostro sistema costituzionale, quali il principio della certezza del diritto, per l'eccessiva discrezionalità lasciata al giudice nazionale nel valutare il ricorso alla disapplicazione, ed il principio di legalità, rispetto alla natura sostanziale che la prescrizione penale riveste nel nostro ordinamento.

Non meraviglia dunque che molti osservatori abbiano visto una reazione difensiva nell'ulteriore pilastro a tutela della sovranità nazionale eretto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269 del 2017, pronuncia che ha suscitato un animato e non ancora sopito dibattito.

Il precetto ivi espresso, innovativo rispetto alle di poco precedenti sentenze nn. 48 e 111 dello stesso anno, e dalle ricadute dirompenti, è contenuto in un obiter, per cui si è dubitato della sua



vincolatività; difficile comunque non tenerne conto, sia per l'autorevolezza della fonte sia per la lapidarietà dell'enunciato.

L'ordinanza di rimessione, con cui la Commissione tributaria provinciale di Roma ha sollevato una questione di legittimità costituzionale della normativa in tema di contributi imposti alle imprese per finanziare l'AGCM, poneva l'annoso problema della inadeguatezza, rispetto alle esigenze di certezza del diritto, e della difficile conciliazione con il nostro sistema a Costituzione rigida, del controllo diffuso di costituzionalità sotteso all'utilizzo della disapplicazione/non applicazione come regola di risoluzione dell'antinomia tra diritto interno e diritto dell'UE, che conduce appunto alla non utilizzazione da parte del giudice comune della norma interna incompatibile per la soluzione del caso esaminato, senza che ciò comporti l'eliminazione di quest'ultima dall'ordinamento nazionale.

La Corte, pur dopo aver ricordato che la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione europea costituisce un prius logico e giuridico rispetto alla questione di legittimità costituzionale in via incidentale, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio principale e, pertanto, la rilevanza della questione di cui ogni giudice deve farsi carico, a pena di inammissibilità, al centrale punto 5.2. precisa che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha modificato tra l'altro l'art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione europea, sono stati attribuiti effetti giuridici vincolanti alla CDFUE, per cui, fermi i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione, come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale.

Poiché “ i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)”, è possibile che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione; ebbene, nel caso una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, secondo l'innovativo principio affermato dalla Consulta, dovrà essere sollevata preliminarmente 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.

Con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale ha quindi attratto a sé la competenza nel caso la questione riguardi la violazione di diritti fondamentali della persona riconosciuti, a un tempo, dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza, pur laddove alle disposizioni di quest'ultima dovesse essere riconosciuta o fosse stata già riconosciuta l'attitudine di fonte ad efficacia diretta.

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 la normativa secondaria, inoltre data l'ampiezza delle previsioni della CDFUE è difficile ipotizzare che vi siano settori oggetto di normativa secondaria che non rientrino anche nel "cono d'ombra" della stessa; il discrimine resta dunque solo quello dell'impatto su diritti fondamentali.

In tali ipotesi, permane ad oggi priva di ostacoli ed anzi è incentivata la via del rinvio pregiudiziale; la scelta come prima via, dell'incidente di costituzionalità o del rinvio pregiudiziale, resta anch'essa rimessa alla discrezionalità del giudice nazionale, opzione che dovrà articolarsi esclusivamente sul piano dell'esistenza o meno di dubbi interpretativi sulla norma UE, sui quali sussiste il monopolio della CGUE.

L'indicazione della Corte costituzionale risulta invece innovativa rispetto al passato laddove richiede che l'incidente di costituzionalità sia prioritario rispetto alla disapplicazione; mentre in precedenza, in presenza dei presupposti per la disapplicazione, quindi dell'efficacia diretta della norma UE, la questione di legittimità costituzionale perdeva di rilevanza divenendo così inammissibile, oggi, nei casi in cui la questione impatti diritti fondamentali della persona, o sussista il solo dubbio che coinvolga uno di tali diritti, si pone come indispensabile il preventivo ricorso al Giudice delle leggi.

Come già evidenziato dalla più autorevole dottrina, fatte salve le ipotesi più agevoli in cui, preventivamente adita la Corte costituzionale la norma venga dichiarata costituzionalmente illegittima, o preventivamente adita la CGUE vengano esclusi i presupposti per la sua disapplicazione, tale soluzione pone le basi per potenziali conflitti che potrebbero coinvolgere due (Corte costituzionale e giudice comune) o tre (Corte costituzionale, Corte di Giustizia UE e giudice comune) degli interlocutori delle rispettive pregiudiziali.

Pur superato il vaglio di legittimità costituzionale, il giudice remittente potrebbe ritenere di procedere comunque alla

disapplicazione, senza ricorrere al rinvio pregiudiziale non avendo dubbi sulla portata della norma UE; ancora più complesso il conflitto nel caso in cui, effettuata successivamente la pregiudiziale comunitaria, la sussistenza dei presupposti per procedere alla disapplicazione vengano confermati dalla CGUE, con obbligo del giudice comune di conformarsi alla decisione del giudice europeo.

Ancora da chiarire la portata dell'inciso "ove per altri profili" di cui alla sentenza n. 269 del 2017, a sua volta condizionato dall'ampiezza del sindacato che la Corte costituzionale sceglierà di esercitare sul parametro europeo, trovandosi per la prima volta a scrutinare norme precise ed incondizionate dotate di efficacia diretta, rispetto alla cui interpretazione opera il vincolo del monopolio della CGUE.

Dalla lettura della sentenza n. 269 del 2017 non sembra che la Corte cost. intenda porsi limiti, in quanto affermando che "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 citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali" rivendica e riserva a sé l'armonizzazione e quindi la soluzione dei conflitti tra i parametri interni ed europei (conflitto che si determina proprio nel caso in cui la norma venga ritenuta costituzionalmente legittima ma incompatibile con il diritto UE).

L'inciso potrebbe o essere svuotato sino al punto da divenire quasi pleonastico, in quanto, autolimitando la Corte costituzionale il proprio sindacato ai profili costituzionali, la disapplicazione potrebbe sempre avvenire per il contrasto con una norma UE, dalla stessa non presa in considerazione, e non con una norma costituzionale, o caricarsi di contenuto, sino ad escludere il potere di disapplicazione del giudice comune sia rispetto alla norma UE, direttamente esaminata dalla Corte come parametro europeo, sia per quei profili in cui la norma UE va comunque a coincidere con la norma costituzionale esaminata quale parametro interno, sindacato quest'ultimo inevitabile in quanto la contemporanea infrazione della norma UE e della norma costituzionale costituisce il presupposto del preventivo ricorso alla Consulta.

Mentre in passato la nostra Corte costituzionale, con le dichiarazioni di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento a norme disapplicabili, si era sottratta volutamente ad ogni corto circuito interpretativo, oggi, seppure limitatamente alle questioni che coinvolgano diritti fondamentali, ha posto le premesse per la insorgenza di potenziali

conflitti, nel caso in cui rispetto allo stesso parametro europeo si affermi la legittimità costituzionale della norma nazionale ma la sua incompatibilità con il diritto UE.

### **6.1. Le prime ricadute nelle pronunce della Suprema Corte.**

Le criticità poste da tale pronuncia sono state prontamente stigmatizzate da **Sez. 2, n. 03831/2018, Cosentino, Rv. 647802-01 e 02**, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), nel testo originario, con riferimento ai parametri interni degli artt. 24, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, ed all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York e, infine, con riferimento agli artt. 11 e 117 Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE, norma che, sanzionando la non ottemperanza alle richieste della CONSOB o il ritardo recato all'esercizio delle relative funzioni, anche in capo al soggetto al quale, nell'esercizio di dette funzioni di vigilanza, la stessa CONSOB ascrive illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate, sembrerebbe, a giudizio del Collegio, violare il diritto inviolabile di ogni individuo di non poter essere obbligato a collaborare alla propria incolpazione.

Questione di legittimità costituzionale è stata sollevata anche per l'art. 187 sexies TUF, introdotto dall'articolo 9, comma 2, lett. a), della l. n. 62 del 2005, in relazione agli artt. 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento agli artt. 17 e 49 della CDFUE, nella parte in cui assoggetta a confisca l'equivalente della somma del profitto dell'illecito e dei mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito.

L'ordinanza al punto 11.3.6.6 esamina in modo problematico i rapporti tra il diritto fondamentale espresso nel principio *nemo tenetur se detegere*, tutelato dall'art. 47 della CDFUE, ed il dovere di prestare collaborazione alle indagini, al fine di dotare le autorità di vigilanza di strumenti e poteri idonei a garantire l'efficacia della loro azione, desumibile dall'art. 14, comma 3, della direttiva 2003/6/CE, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, anche alla luce del 37° considerando della stessa direttiva.

Ponendosi però contemporaneamente un problema di violazione di diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione che dalla CDFUE, e pur non dubitando della efficacia diretta dell'art. 47

della Carta applicabile in un ambito oggetto di disciplina dell'Unione, la S.C., in luogo di procedere ad un preliminare rinvio pregiudiziale alla CGUE ed all'esito ad una eventuale disapplicazione, in ossequio al dettato della sentenza n. 269 del 2017, ha ritenuto di adire preventivamente la Corte costituzionale e sottoposto la questione di legittimità costituzionale sia con riferimento ai parametri interni (art. 24 e 111 Cost.), ed interni come interposti (art. 117, in riferimento all'art. 6 CEDU), sia con riferimento ai parametri europei (art. 11 e 117, in riferimento all'art. 47 della Carta).

Il Collegio si interroga tuttavia, e su tanto sollecita un intervento chiarificatore della Consulta, sulle conseguenze di una eventuale declinatoria della questione di legittimità costituzionale; la questione posta è se il giudice comune, sia autonomamente perché certo dell'interpretazione delle norme UE sia all'esito di un eventuale rinvio alla CGUE, che potrebbe concludersi con un esito opposto a quello dell'incidente di costituzionalità, conservi il potere di non applicazione della norma in ogni caso o solo per profili diversi da quelli già esaminati dalla Corte costituzionale, come sembrerebbe dall'inciso utilizzato nella sentenza n. 269.

La Sezione lavoro, con due pronunce successive, ha invece scelto soluzioni diverse, procedendo in un caso alla diretta disapplicazione di una norma nazionale, che pur attingeva diritti fondamentali, ed optando in un altro, in via prioritaria, per il rinvio pregiudiziale.

**Sez L, n. 12108/2018, Lorito, Rv. 649001-02**, in materia di cessazione del rapporto per raggiunti limiti di età dei lavoratori dello spettacolo appartenenti alle categorie dei tescicorei e ballerini, ha concluso per l'immediata disapplicazione dell'art. 3, comma 7, del d.l. n. 64 del 2010, conv. con modif. dalla l. n. 100 del 2010, che introducendo una discriminazione fondata sul sesso, laddove diversifica il limite massimo di età pensionabile previsto per le donne (quarantasette anni) e per gli uomini (cinquantadue), si pone in contrasto con l'art. 14, par. 1, lett. c) della direttiva 2006/54/CE, senza ritenere necessario promuovere preventivamente l'incidente di costituzionalità, sia per la natura non obbligatoria della sentenza della Corte cost. n. 269 del 2017, sia perché, nella specie, la questione era già stata sottoposta alla Corte di Giustizia UE, che, con ordinanza 7 febbraio 2018, C-142/17 e C-143/17, si era espressa nel senso della violazione della direttiva, in assenza di richiami alla Carta di Nizza.

Il tema posto dalla Corte costituzionale è stato così eluso, evidenziando da un lato che il contrasto della normativa interna con il diritto dell'Unione europea aveva già formato oggetto di

accertamento da parte della Corte di giustizia, precedentemente investita dalla stessa Corte con rinvio pregiudiziale disposto nell'ambito di quel medesimo procedimento, e dall'altro che il precetto di cui alla sentenza n. 269 del 2017, oltre che non vincolante, in quanto espresso in un obiter, non era comunque rilevante nella fattispecie, non venendo in rilievo un contrasto tra la disposizione interna e la CDFUE, perché il diritto a non essere discriminati per sesso risultava tutelato già dalla direttiva 2006/54 e pertanto sarebbe stato sottratto al controllo accentrato di costituzionalità rivendicato dalla Corte costituzionale.

**Sez L, n. 13678/2018, Leone**, non massimata, dubitando della compatibilità di una norma interna con il divieto di discriminazione per età contenuto nella direttiva 2000/78 e nell'art. 21 della Carta di Nizza, ha proposto invece in via preliminare il rinvio pregiudiziale alla Corte europea, evocando entrambi i parametri, possibilità lasciata comunque alla scelta discrezionale del giudice nazionale anche dalla Consulta.

La scelta di non sollevare prima la questione di legittimità costituzionale della norma interna viene motivata, anche in questo caso, con la natura di obiter delle indicazioni contenute nella sentenza n. 269 del 2017, e poi sottolineando che nella specie il dialogo diretto con la Corte di giustizia doveva considerarsi «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».

Pur potendo essere una buona occasione, la S.C. non ha però ritenuto di formulare alcun quesito in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione del nuovo meccanismo della doppia pregiudizialità, costituzionale ed euro unitaria, proposto dalla nostra Corte costituzionale per la soluzione delle antinomie.

Infine ancora diversa la posizione assunta da **Sez. 2, n. 31632/2018, Cosentino**, Rv. 651762 – 02, che decidendo in base alla sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 marzo 2018 C-537/16, emessa all'esito di un rinvio pregiudiziale disposto nello stesso procedimento, ha affermato che non è compatibile con il principio del ne bis in idem di diritto convenzionale ed euro unitario e, in particolare, con l'art. 50 della cd. CDFUE, l'instaurazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio o la sua prosecuzione, eventualmente anche in sede di opposizione giurisdizionale, in relazione alla commissione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis del TUF, punito con una sanzione sostanzialmente penale,

qualora, con riferimento ai medesimi fatti storici, l'incolpato sia stato definitivamente assolto in sede penale, con formula piena, dal delitto previsto dall'art. 184 TUF.

Dopo aver messo in evidenza che il rinvio pregiudiziale era stato disposto prima dell'innovazione alla giurisprudenza costituzionale apportata dalla sentenza n. 269 del 2017, il Collegio non si sottrae al confronto, e verificato che la controversia soggiace alla disciplina della CDFUE, perché riguarda una materia rientrante nella competenza dell'Unione europea, essendo disciplinata da norme emanate in attuazione di una direttiva comunitaria, e che l'art. 50 della Carta conferisce, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte europea, un diritto direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali, ritiene che per le specifiche caratteristiche della vicenda oggetto del giudizio, l'attuazione dell'art. 50 cit., come interpretato dalla Corte di giustizia in esito al rinvio pregiudiziale, non entri in conflitto con alcuna disposizione interna, per cui non si ponga né una questione di disapplicazione di norme interne in ragione del primato del diritto dell'Unione europea, né una frizione con il principio del controllo accentratore di costituzionalità di cui all'articolo 134 Cost., sul quale si fondano le indicazioni contenute nella sentenza Corte cost. n. 269 del 2017.

L'operatività della regola iuris che la Corte di giustizia trae dall'art. 50 della CDFUE, secondo cui il giudicato penale di assoluzione impedisce di instaurare o proseguire, per gli stessi fatti, un procedimento sanzionatorio amministrativo, non interferisce, infatti, con l'art. 187 bis TUF, sia nel testo anteriore alla modifica recata dal d.lgs. n. 107 del 2018, sia nel testo successivo, che configura e punisce l'illecito amministrativo, giacché quest'ultima norma presuppone che l'illecito sia stato accertato e fa salve in questo caso le sanzioni penali.

Diverso sarebbe stato se gli stessi fatti fossero stati oggetto di un giudicato penale di condanna, in quanto un problema di interferenza tra il divieto di bis in idem di matrice euro unitaria e convenzionale e l'applicazione dell'articolo 187 bis del TUF si sarebbe posta nell'ipotesi in cui il procedimento amministrativo si fosse concluso con l'irrogazione, in conformità al disposto di detto articolo, di una sanzione amministrativa di natura sostanzialmente penale.

Nell'attesa di ulteriori sviluppi, non si può che guardare con plauso all'immediato e propositivo inserimento della Corte di legittimità nel dialogo tra le due Corti, costituzionale ed europea,

dialogo che procede ed evolve anche grazie all'indispensabile e costruttivo contributo dei giudici nazionali.



## **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. 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. Il diritto di famiglia. – 3.2. Il cittadino straniero. – 3.3. La detenzione e il divieto di trattamenti inumani. – 3.4. Le sanzioni amministrative. – 3.5. Il diritto tributario.

### **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 Corte costituzionale ha da tempo definito con chiarezza le differenze che sussistono tra il diritto comunitario, oggi dell'Unione europea, e le norme della CEDU e dei suoi protocolli.

#### **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 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 Consulta 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 principî 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

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.

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 Consulta 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. 21. 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, e 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 Consulta – 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

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.

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 torna 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 consolidata 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 Consulta (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 potere, con voto unanime, di dichiararlo 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

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.

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 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



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.

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 Consulta n. 349 del 2007.

La Corte costituzionale 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.**

La giurisprudenza della Corte di cassazione civile è conforme alle pronunce della Corte costituzionale.

**Sez. I, n. 2286/2018, Cavallaro, Rv. 647390-02** ha ribadito che in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, il giudice non può fare diretta applicazione delle disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma nazionale, ma deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 Cost.; tale assetto del sistema delle fonti non è stato modificato dal rinvio alla CEDU operato dall'art. 6, par. 3, del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, dato che tale norma disciplina il rapporto della CEDU con l'Unione europea e non quello con gli ordinamenti giuridici degli Stati membri (in senso conforme

vedi già Sez. 6 - 2, n. 27102/2013, Petitti, Rv. 628739-01; Sez. L, n. 4049/2013, Arienzo, Rv. 625344-01; Sez. U, n. 9595/2012, Macioce, Rv. 623162-01).

Secondo Sez. 5, n. 950/2015, Chindemi, Rv. 634956-01 ammettere un potere o addirittura un obbligo di non applicare la legge, in contrasto col principio costituzionale secondo cui il giudice è soggetto unicamente alla legge (art. 101 Cost.), significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale, determinando il giudice eventuali limiti di applicazione della normativa nazionale per contrasto con pronunce della Corte di Strasburgo, esorbitando dai suoi poteri. L'abrogazione della legge è vincolata alle ipotesi contemplate dall'art. 15 preleggi e art. 136 Cost., che non tollerano la disapplicazione da parte del giudice, pur dovendo essere interpretata alla luce dei principi sovranazionali.

Esulano, invece, dalle attribuzioni del giudice nazionale le questioni concernenti l'interpretazione delle sentenze della Corte EDU, spettando tale attività interpretativa, in forza degli artt. 32 e 46 della Convenzione, nonché dell'art. 79 del regolamento della Corte, in via esclusiva e definitiva alla stessa Corte (Sez. U, n. 11826/2013, Di Palma, Rv. 626214-01); ne consegue che il giudice nazionale, se ha il dovere, nell'ambito della cognizione del singolo caso, di applicare i principi enunciati dalla Corte europea sulla base della CEDU e dei relativi Protocolli, non ha invece giurisdizione al fine di stabilire se sia stata esattamente adempiuta dallo Stato italiano una specifica sentenza della Corte di Strasburgo, involgendo necessariamente tale profilo l'interpretazione del singolo dictum.

Le principali questioni che hanno portato la Corte di cassazione civile nel 2018 a confrontarsi con le norme della CEDU possono essere suddivise, a grandi linee, negli ambiti 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 e del diritto tributario.

Per l'analisi delle pronunce riguardanti l'art. 6 CEDU, sul diritto a un equo processo, si rinvia alla trattazione specifica nell'ambito di questa rassegna (Infra Cap.).

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.

### 3.1. Il diritto di famiglia.

Il primo degli ambiti in cui la Corte di cassazione civile ha avuto modo di confrontarsi col sistema convenzionale è quello del diritto di famiglia.

Si segnala, sul punto, **Sez. 1, n. 11696 del 14/05/2018, Acierno, Rv. 648562-02** in merito al matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero. Tale matrimonio, secondo l'interpretazione fatta propria dalla Corte, può essere trascritto nel nostro ordinamento come unione civile ai sensi dell'art. 32-bis della legge n. 218 del 1995, essendo trascrivibile come matrimonio solo quello contratto all'estero da due cittadini stranieri. La Corte ha escluso che tale previsione sia discriminatoria per ragioni di orientamento sessuale e in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, poiché la scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti facenti parte del Consiglio d'Europa è rimessa al libero apprezzamento degli Stati membri, purché garantisca a tali unioni uno standard di tutele coerente con il diritto alla vita familiare ex art. 8 come interpretato dalla Corte EDU. È stato così stabilito (**Sez. 1, n. 11696 del 14/05/2018, Acierno, Rv. 648562-01**) che le disposizioni della l. n. 76 del 2016, riguardante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze, e dei decreti di attuazione n. 5 e n. 7 del 2017 si applicano anche ai vincoli costituiti prima dell'entrata in vigore della predetta disciplina poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 28, della l. n. 76 del 2016, tali norme sono state espressamente formulate per garantire un trattamento giuridico uniforme a situazioni identiche sorte in tempi diversi.

Sui rapporti familiari va inoltre fatta menzione di due pronunce sul diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni.

Tale diritto, previsto dall'art. 317-bis c.c., cui corrisponde lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315-bis c.c., alla luce dei principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., come precisato da **Sez. 1, n. 19780/2018, Valitutti, Rv. 649955-02**, non va riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ma anche a ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una

relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico.

**Sez. 6 - 1, n. 15238/2018, Mercolino, Rv. 649149-01** ha chiarito che il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, coerentemente con l'interpretazione dell'art. 8 CEDU fornita dalla Corte EDU, non ha un carattere incondizionato, ma il suo esercizio è subordinato ad una valutazione del giudice avente di mira "l'esclusivo interesse del minore". La sussistenza di tale interesse – nel caso in cui i genitori dei minori contestino il diritto dei nonni a mantenere tali rapporti – è configurabile quando il coinvolgimento degli ascendenti si sostanzia in una fruttuosa cooperazione con i genitori per l'adempimento dei loro obblighi educativi, in modo tale da contribuire alla realizzazione di un progetto educativo e formativo volto ad assicurare un sano ed equilibrato sviluppo della personalità del minore.

### **3.2. Il cittadino straniero.**

Sui diritti del cittadino straniero e la sua permanenza sul territorio dello Stato, **Sez. 1, n. 23957/2018, Pazzi, Rv. 650406-01** ha confermato, in tema di espulsione, 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, in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE – anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non si trovi nelle condizioni di richiedere formalmente il ricongiungimento familiare (conforme Sez. 1, n. 15362/2015, Acierno, Rv. 637091-01). Tale interpretazione è 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, che non distingue tra vita privata e familiare, trattandosi di estrinsecazioni del medesimo diritto fondamentale tutelato dall'art. 8, che non prevede gradazioni o gerarchie.

**Sez. 6 - 1, n. 17072/2018, De Chiara, Rv. 649648-01** ha escluso che possa essere riconosciuto al cittadino straniero il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari, di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, considerando, isolatamente e

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.

astrattamente, il suo livello di integrazione in Italia. Secondo la Corte, tale diritto non può essere affermato neppure in considerazione del contesto di generale e non specifica compromissione dei diritti umani accertato in relazione al Paese di provenienza, atteso che il rispetto del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU, può soffrire ingerenze legittime da parte di pubblici poteri finalizzate al raggiungimento d'interessi pubblici contrapposti quali quelli relativi al rispetto delle leggi sull'immigrazione, particolarmente nel caso in cui lo straniero non possieda uno stabile titolo di soggiorno nello Stato di accoglienza, ma vi risieda in attesa che sia definita la sua domanda di riconoscimento della protezione internazionale (Corte EDU 8 aprile 2008, Nyianzi c. Regno Unito).

Il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, al cittadino straniero che abbia realizzato un grado adeguato di integrazione sociale in Italia, deve infatti fondarsi su una effettiva valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale, in correlazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel Paese d'accoglienza (**Sez. 1, n. 4455/2018, Acierno, Rv. 647298-01**).

In ambito previdenziale si segnala **Sez. L, n. 23763/2018, Rivero, Rv. 650547-01** che ha riconosciuto allo straniero, legalmente soggiornante nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile e in modo non episodico (a prescindere dal superamento del limite temporale quinquennale che condiziona il rilascio della carta di soggiorno), il diritto alla pensione di invalidità civile, ove in possesso degli ulteriori requisiti di legge. Secondo l'apprezzamento della Corte, tale prestazione rientra tra le provvidenze destinate al sostentamento della persona, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile è inserito che, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha espunto l'ulteriore condizione della necessità della carta di soggiorno, devono essere erogate senza alcuna discriminazione tra cittadini e stranieri che hanno titolo alla permanenza nel territorio dello Stato, pena la violazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 CEDU.

### 3.3. La detenzione e il divieto di trattamenti inumani.

Diverse sono le decisioni che hanno riguardato i rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art. 3 della CEDU nei confronti di soggetti detenuti o internati ex 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.

Il rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 1, l. n. 354 del 1975, secondo cui il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espriare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio, presuppone che l'interessato versi in condizione di restrizione in carcere e che questa abbia una durata tale da consentire l'eventuale decurtazione nella misura richiesta, mentre in tutti i casi in cui lo stato di carcerazione sia cessato, l'interessato può agire in sede civile, al fine di ottenere la provvidenza di natura indennitaria prevista dall'art. 35-ter, comma 3, stessa legge (**Sez. 3, n. 31552 del 06/12/2018, Di Florio, Rv. 651945-02**).

Il rimedio di cui all'art. 35-ter l. n. 354 del 1975 presuppone una responsabilità di tipo contrattuale, derivante dallo stretto rapporto che si instaura tra lo Stato e il detenuto, la quale dà luogo a una obbligazione indennitaria ex lege (**Sez. 3, n. 31556/2018, Fiecconi, Rv. 651946-01**); pertanto, sotto il profilo del riparto dell'onere probatorio, spetta all'amministrazione penitenziaria, chiamata a rispondere della violazione di obblighi di protezione e di norme di comportamento, provare l'adempimento conforme ai principi della Convenzione, mentre compete al detenuto fornire la dimostrazione del danno lamentato e del nesso causale tra quest'ultimo e il dedotto inadempimento. Resta salva la possibilità di avvalersi, oltre che delle presunzioni e del principio di contestazione, dei poteri integrativi e officiosi del giudice propri del rito camerale prescelto dal legislatore, quali, in particolare, il potere di assumere informazioni previsto dall'art. 738, comma 3, c.p.c., che costituisce – in funzione della salvaguardia del principio di effettività della tutela giurisdizionale di diritti di indubbia matrice costituzionale e convenzionale – un utile meccanismo riequilibratore nell'ambito di un procedimento caratterizzato da una situazione di squilibrio tra la parte pubblica, titolare della potestà punitiva, e il soggetto privato che la subisce (in senso analogo sui poteri d'ufficio del giudice si era già espressa **Sez. 1, n. 5255/2018, Acierno, Rv. 647743-01**, ritenendo sufficiente l'allegazione specifica dell'avvenuta detenzione e della sua durata).

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.

Riguardo al risarcimento del danno per insussistenza di uno spazio individuale minimo in cella collettiva, il giudice del merito deve valutare la violazione del divieto di trattamenti inumani nei confronti di soggetti detenuti o internati, stabilito dall'art. 3 della CEDU, secondo i canoni interpretativi fissati dalla Corte EDU, da ultimo con la sentenza della Grande Camera 20 ottobre 2016, Mursic contro Croazia (**Sez. 1, n. 12955 del 24/05/2018, Cristiano, Rv. 649116-01**). Pertanto, l'indagine del giudice non può essere condotta sulla scorta del mero criterio del calcolo della superficie di cui il detenuto dispone all'interno della cella ma, persino quando questa sia inferiore ai 3 mq., deve includere la valutazione di ogni altro fattore, emergente dagli atti – come, nella specie ritenuto dalla S.C., la regolare fruizione di attività ricreative e sportive, la possibilità di movimento all'esterno della cella, la condivisione di questa con un solo detenuto – che possa compensare la mancanza dello spazio vitale nella camera detentiva.

Sempre sul piano probatorio, **Sez. 1, n. 4096/2018, Lamorgese, Rv. 647236-02** ha ritenuto che qualora, in una cella collettiva, la superficie utilizzabile da ciascun detenuto risulti inferiore a 3 mq., sussiste la “forte presunzione” della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, la quale, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, può essere superata attraverso la valutazione di adeguati fattori compensativi – che si individuano nella brevità della restrizione carceraria, nell'offerta di attività in ampi spazi all'esterno della cella, nell'assenza di aspetti negativi relativi ai servizi igienici e nel decoro complessivo delle condizioni di detenzione – la cui esistenza è onere dello Stato, convenuto in giudizio, provare.

Tale diritto a una somma di denaro pari a otto euro per ciascuna giornata di detenzione in condizioni non conformi ai criteri di cui all'art. 3 della CEDU si prescrive in dieci anni, trattandosi di un indennizzo che ha origine nella violazione di obblighi gravanti ex lege sull'amministrazione penitenziaria, così come chiarito da **Sez. U, n. 11018/2018, Curzio, Rv. 648270-01** (in senso conforme **Sez. 1, n. 20528/2018, Pazzi, Rv. 650168-01**). Il termine di prescrizione decorre dal compimento di ciascun giorno di detenzione nelle su indicate condizioni, salvo che per coloro che abbiano cessato di espriare la pena detentiva prima del 28 giugno 2014, data di entrata in vigore del d.l. cit., rispetto ai quali, se non sono incorsi nelle decadenze previste dall'art. 2 del d.l. n. 92 del 2014, il termine comincia a decorrere solo da tale data.

**Sez. 1, n. 17274/2018, Di Marzio, Rv. 649514-01** ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale

dell'art. 35-ter, comma 3, della l. n. 354 del 1975, in relazione agli artt. 3 e 117 Cost. – quest'ultimo con riferimento all'art. 46, comma 1, CEDU – nella parte in cui, prevedendo un diritto al risarcimento del danno di soli otto euro giornalieri ai fini della riparazione per ingiusta detenzione, valuterebbe in termini diversi il valore giornaliero della detenzione rispetto a quello previsto per il ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive e non distinguerebbe tra i diversi gradi di gravità nei quali la lesione dell'art. 3 CEDU può manifestarsi. Per un verso, infatti, la somma stabilita dalla norma ha natura indennitaria, come tale non rapportata alla precisa entità del danno ipoteticamente cagionato, cosicché neppure ha senso – trattandosi di grandezze eterogenee - raffrontare l'entità della somma riconosciuta per la detenzione inumana o degradante con il valore giornaliero della detenzione considerato ai fini del ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive ovvero ai fini della riparazione per ingiusta detenzione; per altro verso, il rimedio introdotto con la norma in discorso è già stato giudicato non irragionevole dalla giurisprudenza della Corte EDU.

#### **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.

**Sez. 2, n. 9269/2018, Picaroni, Rv. 648084-01** ha confermato che riguardo a tali sanzioni (nella specie, per violazione dell'art. 19 del d.lgs. n. 31 del 2001 sulla fornitura di acqua destinata al consumo umano) non trova applicazione il principio di retroattività della legge successiva più favorevole (Sez. 6 - 2, n. 29411/2011, Carrato, Rv. 620859-01). Come ribadito dalla Corte costituzionale con sentenza del 20 luglio 2016 n. 193, nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU non si rinviene l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata del menzionato principio, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative né è dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso dell'applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina.

In tema di responsabilità disciplinare dei notai, **Sez. 2, n. 10872/2018, Grasso G., Rv. 648829-01** ha ritenuto che l'art. 147,



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.

comma 1, lett. a), l. n. 89 del 1913 – che definisce il sistema delle sanzioni – rispetti gli artt. 3, 25 e 117 Cost. e l'art. 7 CEDU. L'art. 147 richiamato, secondo la S.C., individua con chiarezza l'interesse meritevole di tutela (dignità e reputazione del notaio, decoro e prestigio della classe notarile) e la condotta sanzionata (comportamenti che compromettono tale interesse), il cui contenuto, sebbene non tipizzato, si ricava dalle regole di etica professionale e, quindi, dal complesso dei principi di deontologia oggettivamente enucleabili dal comune sentire di un dato momento storico. La Corte ha precisato, sul punto, che il principio di tipicità attiene, nella sua assolutezza, alla sola sanzione penale e che l'art. 147 l. n. 89 del 1913 viene integrato dal codice deontologico, il quale è rivolto a una platea di soggetti perfettamente in grado, per qualificata professionalità, di coglierne perimetro e valenza ed è elaborato dalla loro stessa categoria professionale.

Vanno inoltre richiamate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e alle sanzioni applicate dalla Consob.

**Sez. 2, n. 3831/2018, Cosentino, Rv. 647802-01** ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata – in relazione agli articoli 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 6 CEDU e all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la l. n. 881 del 1977, nonché in relazione agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento all'art. 47 CDFUE, e avuto riguardo al principio generale *nemo tenetur se detegere* – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies T.U.F. – nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della l. n. 62 del 2005 – nella parte in cui sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, ascrive illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate.

Con la stessa ordinanza è stato sollevato – in relazione agli articoli 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento agli articoli 17 e 49 CDFUE – l'incidente di costituzionalità dell'art. 187 sexies T.U.F., introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. a), della l. n. 62 del 2005, nella parte in cui assoggetta a confisca l'equivalente della somma del profitto dell'illecito e dei

mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito (**Sez. 2, n. 3831/2018, Cosentino, Rv. 647802-02**).

### **3.5. Il diritto tributario.**

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

In tema di rimborso d'imposte, **Sez. 5, n. 25464 del 12/10/2018, Dell'Orfano, Rv. 650717-01** ha ritenuto che qualora l'Amministrazione non abbia adottato alcun provvedimento di liquidazione del credito esposto nella dichiarazione dei redditi e, al contempo, siano decorsi i termini per operare la rettifica, il diritto del contribuente non si consolida automaticamente alla data di scadenza dei termini previsti per l'accertamento, restando fermo il potere di contestazione del credito da parte dell'Amministrazione, senza che, peraltro, ciò contrasti con l'art. 1 del I Protocollo addizionale alla CEDU, in quanto tale norma garantisce tutela sul piano convenzionale ai soli crediti già accertati, nonché liquidi ed esigibili, ossia a quelli che possano ritenersi parte del patrimonio dell'individuo.

**Sez. 5, n. 26417/2018, Crucitti, Rv. 650811-01**, ha respinto, in quanto manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 della l. n. 413 del 1991, in relazione all'art. 117 Cost. – quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU – nella parte in cui prevede l'assoggettamento a tassazione delle plusvalenze conseguenti alla percezione di indennità di esproprio. Secondo quanto apprezzato dalla S.C., per un verso, il “giusto equilibrio” tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e il requisito della salvaguardia del diritto fondamentale di proprietà, enunciato dall'art. 1 cit., riguarda la disciplina delle ipotesi di ingerenza dell'ente pubblico sulla proprietà privata e del quantum da corrispondere al privato spogliato del diritto di proprietà, mentre l'art. 11 cit. attiene al momento successivo dell'esercizio del potere impositivo dello Stato sui propri contribuenti, cioè a un ambito del tutto distinto dagli aspetti sostanziali-indennitari della vicenda espropriativa; per altro verso, la disciplina introdotta con la norma in questione è già stata positivamente valutata dalla giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale l'imposta del venti per cento sull'indennità di esproprio non può classificarsi come un onere “irragionevole e sproporzionato” a carico del proprietario, atteso che la cifra da versare non ha una portata tale da renderne il pagamento simile a una

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.

confisca, non intaccando l'entità in relazione al valore di mercato dei terreni.



# PARTE PRIMA

## I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

### CAPITOLO I

#### I) I DIRITTI DI NUOVA EMERSIONE

(DI GIOVANNI ARMONE)

SOMMARIO: 1. I diritti di nuova emersione. – 2. Il prisma del diritto all'identità personale. – 3. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

##### **1. I diritti di nuova emersione.**

Quando, nel 2017, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, raccogliendo l'invito della Corte EDU (sentenza Godelli c. Italia del 25 settembre 2012) e della Corte costituzionale (sentenza n. 278 del 2013), hanno riconosciuto, stante l'inerzia del legislatore, il diritto del figlio nato da parto anonimo di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, interpellando la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata (Sez. U, n. 01946/2017, Giusti, Rv. 642009-01), la dottrina ha salutato la pronuncia come il segno inequivoco dell'apertura di una nuova stagione, o meglio del definitivo disvelamento di un fermento che da tempo essa aveva preconizzato.

Nel tempo della tutela multilivello, "il fulcro del procedimento interpretativo si è venuto ormai spostando dal momento di posizione di un enunciato ai modi della sua concretizzazione nell'esperienza giurisdizionale, inducendo l'interprete a collocarsi all'interno di un processo di ricreazione del diritto nella sua portata storica concreta, vincendo i vecchi postulati della sua positività formale" (Lipari, 2017).

Il giudice si fa legislatore, contribuisce alla costruzione dei diritti della persona, non si limita a seguire i percorsi tracciati sulla mappa legislativa, ma apre egli stesso un sentiero che il legislatore dovrà formalizzare e completare. Ciò avviene nell'ottica non già di una contrapposizione tra i due formanti, ma al contrario di leale cooperazione tra di essi. Da un lato, infatti, la possibilità "*che un giudice*

*possa offrire composizione agli interessi “in conflitto” costituirebbe, sia pur per il tempo necessario al legislatore per introdurre una normativa specifica, la maggiore sicurezza che un sistema democratico possa fornire alle persone che vi risiedono. Ciò, peraltro, non eliderebbe affatto la necessità di un intervento legislativo, anzi ineludibile proprio per evitare il peggiore difetto che l’inerzia legislativa produce in ragione della possibile lesione del canone (fondamentale) dell’uguaglianza al quale aspirano le persone che vivono in una comunità statale”* (Conti, 2017).

Nel corso del 2018, questo percorso è stato ulteriormente approfondito dal giudice di legittimità.

## **2. Il prisma del diritto all’identità personale.**

Il diritto all’identità personale era tradizionalmente inteso come un carattere della persona acquisito una volta per tutte, come una sorta di gemmazione del diritto al nome, da tutelare contro i travisamenti illeciti della personalità individuale.

L’opera delle corti, in particolare della Corte EDU, ne ha ampliato i contenuti, includendovi anche il diritto a stabilire e ricostruire la sostanza della propria identità, la propria genealogia personale e familiare. Ciò implica anche una maggiore proattività del diritto. La tutela non ha carattere soltanto difensivo, inibitoria o più spesso risarcitoria, ma si arricchisce di strumenti nuovi, quale quello che consente di ricercare e ottenere informazioni sulla propria identità.

Lungo questa strada nel 2018 merita di essere anzitutto segnalata **Sez. 1, n. 03004/2018, Lamorgese, Rv. 647337-01**, che ha ribadito il principio espresso da Sez. 1, n. 15024/2016, Bisogni, Rv. 645102101, secondo cui, nel caso di cd. parto anonimo, sussiste il diritto del figlio, dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative all’identità personale della stessa, non potendosi considerare operativo, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo, il termine di cento anni, dalla formazione del documento, per il rilascio della copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica.

Ma la pronuncia più innovativa in tema è **Sez. 1, n. 06963/2018, Acierno, Rv. 647764-01**, con cui la S.C., muovendo dalla centralità del diritto all’identità personale nell’attuale sistema costituzional-convenzionale, già affermata dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 1946 del 2017, ha riconosciuto all’adottato il diritto di conoscere le proprie origini accedendo 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.

La sentenza si contraddistingue anzitutto per la messa a fuoco dei contenuti del diritto all'identità personale, di cui il diritto a conoscere le proprie origini costituisce un'espressione essenziale: *“lo sviluppo equilibrato della personalità individuale e relazionale si realizza soprattutto attraverso la costruzione della propria identità esteriore, di cui il nome e la discendenza giuridicamente rilevante e riconoscibile costituiscono elementi essenziali, e di quella interiore. Quest'ultimo aspetto, più complesso, può richiedere la conoscenza e l'accettazione della discendenza biologica e della rete parentale più prossima”*.

Dal punto di vista della tecnica interpretativa, questo approdo è stato raggiunto attraverso una lettura non riduttiva dell'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, nella parte in cui consente all'adottato, raggiunta l'età di venticinque anni, di accedere alle informazioni che riguardano “la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici”. Tale formula non è stata letta dalla S.C. come un'endiadi ridondante, ma al contrario, attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, come l'espressione della volontà del legislatore di garantire all'adottato la “scoperta della personale genealogia biologico-genetica”, funzionale appunto alla costruzione dell'identità personale ad ampio raggio.

Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie sorelle e i propri fratelli biologici non ha tuttavia, secondo la Corte, la stessa absolutezza che connota il diritto a conoscere i genitori biologici.

In quest'ultimo caso, il diritto è funzionale alla costruzione dello *status filiationis*, cioè di una condizione fondativa dell'individuo espressamente sancita nella Carta costituzionale, su cui converge un fascio di interessi, di tipo patrimoniale e non patrimoniale. Nel primo caso invece, osserva la S.C., *“può legittimamente determinarsi una contrapposizione tra il diritto del richiedente di conoscere le proprie origini, e quello delle sorelle e dei fratelli a non voler rivelare la propria parentela biologica ed a non voler mutare la costruzione della propria identità attraverso la conoscenza d'informazioni ritenute negativamente incidenti sul raggiunto equilibrio di vita”*.

Pertanto, “l'esercizio del diritto nei confronti dei genitori biologici e nei confronti degli altri componenti il nucleo familiare biologico-genetico originario dell'adottato, non può realizzarsi con modalità identiche”. Solo nel caso dei genitori, il diritto alla conoscenza delle proprie origini si può configurare alla stregua di un diritto potestativo. Nel caso delle sorelle e dei fratelli, può farsi

ricorso alla diversa modalità procedimentale già sperimentata dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 1946 del 2017, riconoscendo loro “il diritto di essere interpellati in ordine all'accesso alle informazioni sulla propria identità, trovandosi a confronto posizioni giuridiche soggettive di pari rango e di contenuto omogeneo sulle quali non vi è stata alcuna predeterminazione legislativa della graduazione gerarchica dei diritti e degli interessi da comporre, come invece previsto nei commi 5 e 6 dell'art. 28, con riferimento all'adottato maggiorenne che voglia conoscere l'identità dei propri genitori biologici”.

Quanto appena esposto rende ulteriormente significativa la sentenza. Nell'esercizio della delicata funzione “creativa” che l'inerzia del legislatore e l'integrazione sovranazionale assegnano ai giudici, la giurisprudenza tende comunque a procedere con cautela, senza tagli netti, costruendo relazioni tra i soggetti della comunità familiare, piuttosto che contrapporli, se non assolutamente necessario, nella rigida dialettica diritto potestativo-soggezione.

Lo stesso richiamo ai numerosi protocolli elaborati dai Tribunali per i minorenni dei diversi distretti giudiziari (analogo a quello fatto dalle Sezioni Unite del 2017) dimostra l'adesione da parte della S.C. a una concezione della regola giuridica come stratificata, che muove dal dato costituzionale e convenzionale, si arricchisce delle addizioni di principio delle corti superiori e trova poi declinazioni pratiche “su misura” presso i giudici di merito, che sono a stretto contatto con la realtà delle esperienze umane e familiari.

Maggiormente legata ai tratti tipici del diritto all'identità personale, ma pur sempre di spiccato rilievo, è poi **Sez. 1, n. 18006/2018, Lamorgese, Rv. 649524-01**, con cui è stata confermata la sentenza di merito che aveva condannato al risarcimento del danno per lesione della riservatezza, il giornalista che aveva divulgato la conversazione ripresa con una telecamera nascosta all'insaputa dell'interlocutore, in violazione dell'art. 2 del codice deontologico dei giornalisti, che vieta artifici e pressioni indebite nell'attività di raccolta delle notizie.

Pur ricadendosi in una fattispecie più tradizionale, di tutela risarcitoria contro il travisamento della personalità e la violazione della riservatezza (su cui v. Sezione II, § 6), anche in questo caso la S.C. ha dovuto bilanciare interessi di rango costituzionale: da un lato, la libertà di stampa, cioè la base su cui poggia l'art. 137, comma 2, del d. lgs. n. 196 del 2003, che consente il trattamento dei dati personali per finalità giornalistiche anche senza il consenso dell'interessato; dall'altro lato, i diritti inviolabili della persona, tra cui quello



all'identità personale, destinati a prevalere quando l'attività giornalistica si avvalga di mezzi scorretti e fraudolenti.

### 3. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

È difficile, in un ordinamento presidiato dagli art. 24 e 111 Cost., parlare del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva come diritto di nuova emersione

Accade tuttavia che, sulla spinta delle fonti legislative e giurisprudenziali di matrice sovranazionale, il principio di effettività assuma una posizione ancor più centrale e conosca declinazioni sempre nuove.

A tale riguardo, è sufficiente considerare che la Corte di giustizia Ue, in una sentenza del 2018, ha richiamato il principio di effettività per escludere la legittimità di una modifica normativa realizzata in uno Stato membro, che aveva condotto alla riduzione degli stipendi degli appartenenti all'ordine giudiziario, affermando: *“il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce, infatti, un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta. ... L'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto”* (Corte giust. 27 febbraio 2018, causa C- 64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses).

Nel sistema multilivello, il principio di effettività può essere dunque osservato da più angoli prospettici. Dal punto di vista funzionale, esso è diretto a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione europea nel singolo settore di intervento, ma è anche coesistente all'indipendenza del sistema giudiziario e dunque al mantenimento e alla piena realizzazione dello stato di diritto nei singoli ordinamenti nazionali. Dal punto di vista soggettivo, il principio rafforza i diritti riconosciuti dalle direttive ai singoli cittadini dell'Unione e assurge esso stesso al rango di diritto fondamentale (art. 19 del Trattato dell'Unione europea e art. 47 della Carta di Nizza).

La giurisprudenza di legittimità è consapevole da tempo del ruolo cruciale giocato dal principio di effettività. Già nel 2006, le Sezioni Unite, ragionandone alla luce della Costituzione e delle fonti sovranazionali, avevano così efficacemente concluso a proposito del

principio di effettività: *“il risultato di tali indicazioni, provenienti da norme o ordinamenti di rango superiore, è un vero e proprio effetto di irraggiamento nei confronti della disciplina legislativa che regola i modi di esercizio della tutela giurisdizionale”* (Sez. U, n. 03117/2006, Altieri, Rv. 58683001).

Nell'anno appena trascorso, l'effetto descritto ha conosciuto ulteriori forme di inveroamento.

L'occasione più importante per ribadirlo è stata offerta da uno dei temi più delicati e controversi degli ultimi anni, quello dei riflessi dell'avvento del processo civile telematico (p.c.t.) sui principi e gli schemi del processo civile tradizionale.

Investita della questione della procedibilità del ricorso per cassazione notificato come documento informatico nativo digitale e animata dall'intento di procedere alla parziale rimeditazione di un proprio recente orientamento, **Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-01, 650462-02, 650462-03**, ha preso le mosse proprio dall'attuale pervasività del principio di effettività: vi è infatti *“l'esigenza di consentire la più ampia espansione, nel perimetro di tenuta del sistema processuale, del diritto fondamentale di azione (e, quindi, anche di impugnazione) e difesa in giudizio (art. 24 Cost.), che guarda come obiettivo al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, alla cui realizzazione coopera, in quanto principio "mezzo", il giusto processo dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.), in una dimensione complessiva di garanzie che rappresentano patrimonio comune di tradizioni giuridiche condivise a livello sovranazionale (art. 47 della Carta di Nizza, art. 19 del Trattato sull'Unione europea, art. 6 CEDU)”*.

Sulla scia di Sez. U, n. 10648/2017, D'Ascola, Rv. 643945-01, che già aveva sottolineato l'impellente necessità di liberare il giudizio di legittimità da rigori formalistici, in accordo con la dottrina che aveva criticato la S.C. per la sua eccessiva attenzione a esigenze di "cronofilachia", Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-01, 650462-02, 650462-03, ha ribadito la vocazione “liberale” dell'intervento nomofilattico, vocazione che deve rimanere *“anch'essa particolarmente attenta ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità che devono orientare eventuali restrizioni del diritto della parte all'accesso ad un tribunale ... trovando rinnovata vitalità nel principio cardine di "strumentalità delle forme" degli atti del processo, siccome prescritte dalla legge non per la realizzazione di un valore in sé o per il perseguimento di un fine proprio ed autonomo, ma in quanto strumento più idoneo per la realizzazione di un certo risultato, il quale si pone come il traguardo che la norma disciplinante la forma dell'atto intende conseguire”*.

Di qui la duplice conclusione (per il cui approfondimento v. parte II): che la mancata sottoscrizione con firma digitale dell'atto nativo digitale notificato può sì dar luogo a nullità dell'atto stesso, ma

solo a condizione che non vi sia la possibilità di ascriverne comunque la paternità certa, in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo; e che la improcedibilità del ricorso è esclusa quando il controricorrente (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica del ricorso ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale a lui notificata.

Garantire l'accesso alla giustizia comporta, più in generale, che le preclusioni, le decadenze, i termini prescrizionali devono avere carattere ragionevole per essere compatibili con l'effettività della tutela. Consapevole di ciò, **Sez. T, n. 04150/2018, Crucitti, Rv. 647158-02**, ha sottoposto a prova di resistenza il termine di decadenza biennale previsto dall'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, entro il quale può essere chiesto il rimborso dell'IVA indebitamente corrisposta all'Amministrazione finanziaria, giungendo però alla conclusione che esso, come affermato dalla stessa Corte di Giustizia, non è contrario ai principi di equivalenza e di effettività, in quanto consente ad un soggetto normalmente diligente di far valere i propri diritti.

Il principio del giusto processo (art. 111 Cost.) è volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito: v. **Sez. L, n. 08422/2018, Cinque, Rv. 647623-01**.

Su questo si innesta il tema del cd. *overruling* processuale. Com'è noto, l'ineliminabile evoluzione di orientamenti giurisprudenziali anche consolidati trova un necessario contrappeso nell'affidamento incolpevole della parte che su tali orientamenti abbia confidato per compiere, omettere o ritardare il compimento di atti processuali (sulle condizioni affinché operi il bilanciamento vedi per tutte Sez. U, n. 21194/2017, Barreca, Rv. 64531101). Si tratta ancora una volta di un modo di operare del principio di effettività, cui ha fatto riferimento **Sez. L, n. 07833/2018, Marchese, Rv. 648040-01**, avallando la decisione del giudice di merito che aveva consentito la "rinnovazione" della omessa notificazione di un'opposizione a cartella esattoriale, ben prima che maturasse l'orientamento giurisprudenziale che ha imposto di dichiarare improcedibili gli atti *lato sensu* impugnatori non notificati alla controparte

Sulla stessa falsariga, **Sez. T, n. 11435/2018, Greco, Rv. 648072-01**, ha affermato che, nel processo tributario, l'omissione, da parte del giudice adito, dell'ordine, alla parte privata che ne sia priva, di munirsi di un difensore, dà luogo ad una nullità relativa, che può essere eccepita in appello solo dalla parte di cui sia stato leso il diritto

ad un'adeguata difesa tecnica, poiché l'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 546 del 1992 deve essere interpretato, in una prospettiva costituzionalmente orientata, in linea con l'esigenza di assicurare l'effettività del diritto di difesa in vista di un'adeguata tutela contro gli atti della P.A., evitando, allo stesso tempo, irragionevoli sanzioni di inammissibilità, che si risolvano in danno del soggetto che si intende tutelare, tenendo altresì conto che nel processo tributario il difetto di assistenza tecnica non incide sulla rappresentanza processuale, atteso che l'incarico al difensore, può essere conferito anche in udienza pubblica, successivamente alla proposizione del ricorso e non dà luogo, pertanto, ad una nullità attinente alla costituzione del contraddittorio.

Un altro importante richiamo al principio di effettività è stato operato ad esempio da **Sez. U, n. 13702/2018, Lombardo, Rv. 648653-01**, che ha dovuto valutare l'asserito eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, che, nel ruolo di giudice dell'ottemperanza, avendo rilevato la violazione o l'elusione del giudicato civile, aveva adottato provvedimenti in luogo della P.A. inadempiente. Secondo le Sezioni Unite, il principio di effettività rende impossibile che il giudizio di ottemperanza, preordinato alla piena soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente, possa arrestarsi di fronte ad adempimenti parziali, incompleti od addirittura elusivi del contenuto della decisione.

Sempre al fine di rafforzare o non intaccare i poteri del giudice, ma con attenzione allo squilibrio tra le parti del rapporto sostanziale, di particolare rilievo si profila **Sez. 3, n. 31556/2018, Fiecconi, Rv. 651946 - 01**. La sentenza è stata chiamata a occuparsi del rimedio di cui all'art. 35-ter l. n. 354 del 1975, preordinato a porre riparo alla violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti di soggetti detenuti o internati. Dopo aver ribadito la natura contrattuale della responsabilità dell'Amministrazione e il riparto dell'onere probatorio, la sentenza ha sottolineato che il giudice conserva poteri integrativi ed officiosi propri del rito camerale prescelto dal legislatore, quali, in particolare, il potere di assumere informazioni previsto dall'art. 738, comma 3, c.p.c.; si tratta, secondo la Corte, di un utile meccanismo riequilibratore nell'ambito di un procedimento caratterizzato da una situazione di squilibrio tra la parte pubblica, titolare della potestà punitiva, e il soggetto privato che la subisce, in funzione della salvaguardia del principio di effettività della tutela giurisdizionale di diritti di indubbia matrice costituzionale e convenzionale.

Il principio del giusto processo può essere peraltro strumentalizzato e piegato a tattiche ostruzionistiche. Contro questa possibilità, la S.C. sottolinea che è proprio l'effettività a esigere che non si dia corso ad attività processuali inutili e dispendiose e che il processo giunga a una rapida conclusione, nell'interesse dell'altra parte e dell'amministrazione della giustizia: su queste basi, **Sez. 2, n. 12515/2018, F. Manna, Rv. 648755-01**, ha osservato che, in caso di ricorso per cassazione *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; analogamente, **Sez. 1, n. 08592/2018, Fraulini, Rv. 648549-01**, ha precisato che le sentenze e le ordinanze ex art. 380-bis c.p.c., emesse dalla Corte di cassazione nel giudizio di revocazione, non sono suscettibili di una nuova impugnazione per revocazione, essendo esauriti i mezzi di impugnazione ordinari, né contro le stesse può proporsi il ricorso straordinario ex art. 111 Cost., esperibile solo avverso un provvedimento di merito avente carattere decisorio e non altrimenti impugnabile; e ancora all'effettività del contraddittorio ha fatto appello **Sez. 6-2, n. 05314/2018, Falaschi, Rv. 647989-02**, per escludere che l'errata indicazione della persona cui l'atto introduttivo doveva essere notificato possa condurre, oltre che alla rimessione in termini in favore dell'attore, alla "stabilizzazione" nei confronti del reale destinatario, in funzione della comune difesa, degli effetti di atto giudiziario notificato ad altro soggetto e del conseguente giudizio.



## **II) IL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA ANCHE ALLA LUCE DEL NUOVO REGOLAMENTO UE**

(DI MARINA CIRESE)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto alla riservatezza: brevi cenni alle origini – 3. La tutela della “privacy” nell’ordinamento italiano – 4. Il Regolamento UE n. 2016/679 e l’adeguamento della normativa nazionale - 5. I dati personali ed i dati sensibili - 6. Il trattamento dei dati personali- 7. Il diritto all’oblio – 8. Il trattamento dei dati personali da parte delle forze di polizia - 9. Profili processuali.

### **1. Premessa.**

Il dibattito teorico e l’esperienza applicativa hanno conferito alla nozione di “privacy” una prospettiva fortemente dinamica correlata ai mutamenti determinati dalle tecnologie dell’informazione ed alla emersione di nuovi fronti di tutela. L’originaria definizione di “diritto di esser lasciato solo”, peraltro strettamente legata a logiche proprietarie, ha da tempo ceduto il passo a definizioni che, riferite anche ad un contesto sovranazionale, attengono alla possibilità di un soggetto di conoscere, controllare, indirizzare, interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano.

### **2. Il diritto alla riservatezza: brevi cenni alle origini**

.. La tutela della riservatezza viene sancita solennemente dall’art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo che vietava “l’arbitraria interferenza con la riservatezza”. In seguito la Convenzione Europea sui diritti dell’uomo del 1950 all’art. 8 recita che “ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare” e all’art. 10 precisa che “la stessa libertà di espressione incontra, tra i suoi limiti, il divieto di divulgare “informazioni confidenziali”. Riprendendo la formulazione dell’art. 8 CEDU, anche la Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza) ha previsto, all’art. 7, il “rispetto della vita privata e della vita familiare” e, all’art. 8, la “protezione dei dati di carattere personale”.

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. Un momento di svolta è rappresentato da Sez. 1, n. 02129/1975, F. Santosuosso, Rv. 375882-01, nella quale il diritto alla riservatezza viene riconosciuto quale diritto costituzionalmente tutelato in base tra l'altro all'art. 2 della Costituzione. Nel 1970 il diritto alla "privacy" ha quindi il suo primo riconoscimento legislativo nella Carta dei diritti dei Lavoratori ove viene fatto divieto al datore di lavoro di effettuare indagini ai fini dell'assunzione come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro alle opinioni politiche, religiose o sindacali dei lavoratori.

### **3. La tutela della "privacy" nell'ordinamento italiano.**

In Italia una disciplina organica sulla "privacy" viene introdotta sulla spinta dell'Unione Europea in quanto la Direttiva n. 95/46/CE sulla tutela dei dati personali imponeva agli Stati membri il recepimento della stessa entro tre anni dalla sua entrata in vigore. La legge n. 675 del 1996, ora abrogata, creava una normativa organica in materia di protezione della "privacy", volta esplicitamente alla tutela della dignità, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona.

Dal 1° gennaio 2004 è entrato in vigore il cd. Codice della Privacy, ovvero il 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.

La novità della nuova legge 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 le legittimità del trattamento dei suoi dati personali. Il testo unico riordina tutta la normativa in tema di trattamento dei dati personali riunendo in un unico contesto la l. 675/1996 e gli altri decreti legislativi, regolamenti e codici deontologici che si erano succeduti, apportando numerose integrazioni e modificazioni che tengono conto della



“giurisprudenza” del Garante per la protezione dei dati personali e della direttiva Ue 2000/58 sulla riservatezza nelle comunicazioni elettroniche.

#### **4. Il Regolamento UE n. 2016/679 e l'adeguamento della normativa nazionale.**

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”.

Le novità di maggior rilievo si individuano nell'introduzione di una nuova figura – e professionalità, quella del c.d. Data Protection Officer ("DPO"), il "responsabile della protezione dei dati". Il DPO dovrà essere obbligatoriamente presente all'interno di tutte le aziende pubbliche nonché in tutte quelle ove i trattamenti presentino specifici rischi, come ad esempio le aziende nelle quali sia richiesto un monitoraggio regolare e sistematico degli "interessati", su larga scala, e quelle che trattano i c.d. "dati sensibili". Ogni azienda dovrà rendere noti i dati del proprio DPO e comunicarli al locale "Garante per la protezione dei dati personali". Altra novità di rilievo, è l'introduzione dell'obbligo, per ogni azienda titolare del trattamento dei dati, di tenere un "registro delle attività di trattamento", svolte sotto la propria responsabilità, nonché quello di effettuare una "valutazione di impatto sulla protezione dei dati". Quest'ultimo adempimento, in particolare, è richiesto ad esempio in relazione ai trattamenti automatizzati, ivi compresa la profilazione, o con riguardo ai trattamenti su larga scala di categorie particolari di dati (sensibili), nonché relativamente ai dati ottenuti dalla sorveglianza sistematica,

sempre su larga scala, di zone accessibili al pubblico. Il Regolamento esonera dagli adempimenti appena accennati le piccole e medie imprese, quelle dunque con meno di 250 dipendenti, a meno che, però, " il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, il trattamento non sia occasionale o includa il trattamento di categorie particolari di dati (sensibili)... o i dati personali relativi a condanne penali ". Il processo di adeguamento alla normativa europea è avvenuto con l'introduzione del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, pubblicato in G.U. n. 205 del 4 settembre 2018, intitolato "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)". Tale decreto legislativo, che è entrato in vigore il 19 settembre 2018, apporta modifiche al Codice in materia di protezione dei dati personali (d. lgs. n. 196 del 2003), adeguando la normativa interna a quella europea. Codice della "privacy" e regolamento europeo (GDPR), dunque, coesisteranno. La normativa italiana va interpretata e applicata conformemente a quella europea, in quanto integra, ma non sostituisce il GDPR. Ai sensi dell'art. 288 TFUE, infatti, "*ciascun regolamento europeo, e pertanto anche il Regolamento 679/2016 (GDPR), ha portata generale (..) è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli stati membri*".

## **5. I dati personali ed i dati sensibili.**

Il codice della "privacy", nella versione antecedente alla novella, procedeva alle definizioni secondo una tecnica più volte sperimentata dal legislatore italiano con chiari intenti di chiarezza.

Per quanto riguarda la definizione dei dati oggetto di tutela, veniva in rilievo quella di dato personale, ovvero di "qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale".

L'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 196 del 2003, oggi abrogato, conteneva alla lett. d) la nozione di dato sensibile che, indica il dato idoneo a rivelare tipi di informazioni, espressamente elencati, attinenti a differenti profili della persona, relativi a caratteristiche,

stati, condizioni ovvero all'esercizio di libertà fondamentali. Una disciplina ulteriore, più restrittiva e specifica, è stata, invece, prevista per quei dati che risultano idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale del soggetto interessato.

Si tratta di una sorta di "tertium genus" di dati, comunemente considerati "sensibilissimi", collocati all'interno della più ampia categoria dei c.d. dati sensibili dai quali si distinguono tuttavia poiché intrinsecamente più delicati e pericolosi.

Con Sez. 2, n. 17665/2018, Criscuolo, Rv. 649454-01, la S.C. precisa che nella nozione di dato personale rientra qualsiasi informazione che consenta di identificare, anche indirettamente, una determinata persona fisica e ricomprende pure i "dati identificativi", quali il nome, il cognome e l'indirizzo di posta elettronica, traendone la conseguenza che anche per utilizzare questi ultimi dati è prescritta la previa informativa di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 196 del 2003 ai fini dell'acquisizione del consenso degli interessati all'impiego dei dati di loro pertinenza.

Sez. 3, n. 16816/2018, Dell'Utri, Rv. 649423-01 comprende nella nozione di dato personale e sensibile, come tale oggetto di tutela, anche la salute di un minore, sia in relazione al minore stesso sia in relazione ad altre persone legate a quest'ultimo da vincoli di comunanza di vita familiare o domestica, considerando che la situazione del familiare congiunto a persona affetta da invalidità esprime in ogni caso una condizione di debolezza o di disagio sociale, di per sé potenzialmente idonea ad esporre la persona a condizionamenti o discriminazioni assimilabili a quelle tipicamente individuate dal legislatore a protezione dei dati personali. Nella caso dedotto in giudizio la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva riconosciuto ai genitori ed al fratello di un minore la legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni dagli stessi subiti a seguito dell'illecita diffusione, mediante la pubblica esposizione di una graduatoria di ammissione a corsi scolastici, di dati sensibili riguardanti la salute del minore stesso e funzionali all'attribuzione di privilegi concorsuali. Con riguardo all'accesso ai dati personali ex art. 7 d.lgs. n. 196 del 2003, Sez. 1, n. 32533/2018, Campese, **Rv. 652231-01**, analizzando una fattispecie in cui un dipendente di una banca aveva richiesto di poter accedere a dati personali contenuti nella documentazione della banca in relazione all'instaurazione di un procedimento disciplinare afferma che da un lato, che il diritto di accesso ex art. 7 del d.lgs. n. 196 del 2003 non può intendersi, in senso restrittivo, come il mero diritto alla conoscenza di eventuali dati nuovi ed ulteriori rispetto a quelli già entrati nel patrimonio di

conoscenza e, quindi, nella disposizione dello stesso soggetto interessato al trattamento dei propri dati, atteso che scopo della norma suddetta è garantire, a tutela della dignità e riservatezza del soggetto interessato, la verifica “ratione temporis” dell'avvenuto inserimento, della permanenza, ovvero della rimozione di dati, indipendentemente dalla circostanza che tali eventi fossero già stati portati per altra via a conoscenza dell'interessato, verifica attuata mediante l'accesso ai dati raccolti sulla propria persona in ogni e qualsiasi momento della propria vita relazionale

## **6. Il trattamento dei dati personali.**

Il momento qualificante dell'utilizzo dei dati personali è rappresentato dal trattamento che veniva definito nell'art. 4 del codice della “privacy” oggi abrogato come “qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati.

A seguito della novella, venuta meno una definizione generale di trattamento, viene invece tracciata la distinzione tra “comunicazione” e “diffusione” dei dati personali (art. 2-ter, comma IV), nozioni che peraltro avevano dato adito nel recente passato a dubbi interpretativi con particolare riguardo al trattamento dei dati sensibili (vedi ordinanze interlocutorie datate 9.2.2017, 10.2.2017, 10.2.2017, 9.2.2017, con cui la Prima Sezione civile aveva rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valutasse ex art. 374, comma 2, c.p.c. l'assegnazione della controversia alle Sezioni Unite perché provveda a risolvere il contrasto giurisprudenziale emerso in relazione alla nozione di trattamento e di comunicazione dei dati sensibili (questioni peraltro ritenute anche di particolare importanza, cui è seguita S.U., n. 30981/17, Acerno, Rv. 646734-01, secondo la quale i dati sensibili idonei a rivelare lo stato di salute possono essere trattati dai soggetti pubblici e dalle persone giuridiche private che agiscano rispettivamente in funzione della realizzazione di una finalità di pubblico interesse o di adempimento di un obbligo contrattuale, soltanto mediante modalità organizzative, quali tecniche di cifratura o criptatura che rendono non identificabile l'interessato. Nella specie, la S.C. affermava che il soggetto pubblico – la Regione – e il soggetto persona giuridica privata – la banca – sono tenuti, in qualità di titolari

del trattamento dei dati personali, nel procedimento di riconoscimento, erogazione ed accredito dell'indennità di cui alla l. n. 210 del 1992, ad occultare, mediante tecniche di cifratura o criptatura, il riferimento alla detta legge, in quanto idoneo a rivelare lo stato di salute del beneficiario dell'indennità).

Analizzando il trattamento dei dati per finalità giornalistiche, Sez. 1, n. 18006/2018, Lamorgese, Rv. 649524-01, stabilisce che detto trattamento, che può essere effettuato anche senza il consenso dell'interessato, ai sensi dell'art. 137, comma 2, del d.lgs. n. 196 del 2003, deve pur sempre essere effettuato secondo modalità che garantiscano il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, della dignità dell'interessato, del diritto all'identità personale, nonché del codice deontologico dei giornalisti, che ha valore di fonte normativa in quanto richiamato dall'art. 139 del detto d.lgs. n. 196 del 2003. La S.C. nella fattispecie ha confermato la sentenza di merito che aveva condannato al risarcimento del danno per lesione della riservatezza, il giornalista che aveva divulgato la conversazione ripresa con una telecamera nascosta all'insaputa dell'interlocutore.

Con particolare riguardo poi alla diffusione dell'immagine, secondo Sez. 1, n. 18006/2018, Lamorgese, Rv. 649524-02, la presenza delle condizioni legittimanti l'esercizio del diritto di cronaca non comporta tout court la legittimità della pubblicazione o diffusione anche dell'immagine delle persone coinvolte che è subordinata, oltre che al rispetto delle prescrizioni contenute negli artt. 10 c.c., 96 e 97 della l. n. 633 del 1941, nonché dell'art. 137 del d.lgs. n. 196 del 2003 e dell'art. 8 del codice deontologico dei giornalisti, anche alla verifica in concreto della sussistenza di uno specifico ed autonomo interesse pubblico alla conoscenza delle fattezze dei protagonisti della vicenda narrata. Nell'ambito dell'individuazione dei limiti posti all'esercizio dell'attività giornalistica ove viene in rilievo il delicato bilanciamento tra la tutela della riservatezza e la libertà di manifestazione del pensiero sancita dall'art. 21 della Cost. si pone Sez. 3, n. 16311/2018, Scarano, Rv. 649435-01 che l'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico comportano il dovere di evitare riferimenti allo stato di salute ed a patologie dei congiunti del soggetto interessato dai detti fatti, se non aventi attinenza con la notizia principale e quando siano del tutto privi di interesse pubblico. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto non pertinente la diffusione, da parte di un quotidiano locale e senza il consenso degli interessati, della notizia che i due fratelli di un minore deceduto per un'influenza, risultata fatale a causa della

sindrome adreno-genitale dalla quale lo stesso era affetto, erano portatori della stessa patologia ereditaria.

Pone l'accento sulla illegittimità del trattamento in quanto violi i limiti territoriali e temporali previsti, Sez. 1, n. 15075/2018, Campese, Rv. 64912501 secondo cui è illegittimo il provvedimento con il quale l'Agenzia delle Entrate aveva disposto la pubblicazione "on line" su tutto il territorio nazionale, degli elenchi recanti i nominativi dei contribuenti che avevano presentato le dichiarazioni relative all'imposta sui redditi ed all'IVA, ai sensi dell'art. 69 del d.P.R. n. 600 del 1973 e dell'art. 66-*bis* del d.P.R. n. 633 del 1972 e ciò in quanto le norme indicate avevano imposto stringenti limiti territoriali e temporali alla conoscenza dei predetti elenchi ( i quali dovevano essere depositati solo presso i comuni interessati ed i competenti uffici dell'Agenzia delle Entrate e restare accessibili, ai fini della consultazione da parte di chiunque, soltanto per un anno.

In materia di consenso al trattamento di dati personali da parte di privati ex art. 23 del d.lgs. n. 196 del 2003 oggi abrogato, Sez. 1, n. 17278/2018, Di Marzio, Rv. 649516-01 dopo aver compiuto un ampio excursus sulla nozione e la latitudine del consenso nella materia de qua, precisa che detta norma nello stabilire che il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, consente al gestore di un sito internet, il quale somministri un servizio fungibile di condizionare la fornitura del servizio al trattamento dei dati per finalità pubblicitarie, a condizione che il consenso sia singolarmente ed inequivocabilmente prestato in riferimento a tale effetto. In taluni casi tuttavia il consenso non è richiesto. E' quanto avviene nel caso di registrazioni di colloqui tra il dipendente e i colleghi sul luogo di lavoro ove l'utilizzo a fini difensivi non necessita del consenso dei presenti, per l'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra e pertanto di contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio (vedi Sez. L., n. 11322/2018, Marotta, Rv. 648816-01).

## **7. Il diritto all'oblio.**

Definito come "right to be forgotten" enuclea un vero e proprio diritto soggettivo, frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e delle Autorità garanti europee e rientrante fra gli attributi fondamentali della personalità. Tale diritto si sostanzia

dunque nella pretesa di un individuo a tornare padrone della propria storia personale e di recuperarne il controllo anche dopo che la stessa è stata oggetto di divulgazione, assumendo quindi il significato di diritto a cancellare, ad eliminare ciò che non appartiene più alla propria identità agendo quindi su quello che è stato il passato di un soggetto per tutelare il suo futuro, con ciò agevolmente ricollegandosi all'alveo del diritto all'identità personale tutelato dall'art. 3 Cost. ed all'art. 2 del C.d. Codice della Privacy.

Di rilievo centrale è il bilanciamento del diritto all'oblio, quale proiezione della personalità, con altri diritti che trovano espressione nella Carta costituzionale tra cui il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero di cui all'art. 21 Cost. la cui principale espressione è il diritto di cronaca, da intendersi come il diritto di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti e vicende su temi politici, economici, scientifici di attualità. Con Sez. 1, n. 6919/18, Valitutti, Rv. 647763-01, la S.C., si iscrive nell'alveo dell'interpretazione della latitudine del c.d. diritto all'oblio e del suo rapporto con il diritto di cronaca svolgendo un'ampia disamina delle fonti e delle decisioni di matrice nazionale ed europea in particolare della sentenza della Corte di giustizia del 13.5.2014 nella causa Google Spain SL e Google c. Agencia Española de Protección de Datos e Costeja González in base alla quale, trascorso un certo lasso di tempo, la persona i cui dati figurano su una pagina web può rivolgersi ai gestori dei motori di ricerca per impedire che l'utenza possa servirsi di tali strumenti per trovare la notizia non più attuale. Viene altresì citata la sentenza della Corte EDU 19.10.2017 Fuschsmann/Germania che enuclea i criteri in base ai quali una informazione non è più di apprezzabile interesse per la collettività. Ai medesimi principi si richiamano peraltro i precedenti della S. C. afferenti al bilanciamento tra il diritto all'oblio ed il diritto di cronaca ove si afferma che in tema di diffamazione a mezzo stampa, il diritto del soggetto a pretendere che le vicende personali del passato non siano pubblicamente rievocate, nel caso specifico si trattava di una militanza in bande terroristiche) può essere compreso a fronte del diritto di cronaca solo quando sussista un interesse effettivo ed attuale alla diffusione della notizia, nel senso che quanto recentemente accaduto (nella specie, il ritrovamento di un arsenale di armi nella zona di residenza dell'ex terrorista) trovi diretto collegamento con la vicenda del passato rinnovandone l'attualità. A contrario, qualora tale collegamento con l'attualità non sussista la persistente diffusione dell'informazione si risolverebbe in un'illecita lesione del diritto alla riservatezza. Ciò premesso, nella pronuncia indicata, la S.C., alla luce dei principi tracciati dal diritto

europeo e richiamandosi ai propri precedenti, enuclea per la prima volta un “decalogo” per operare il bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, affermando che il diritto all'oblio può subire delle compressioni solo in presenza dei seguenti parametri: 1) contributo arrecato dalla notizia a un dibattito di interesse pubblico; 2) ragioni di giustizia, di polizia, scopi scientifici, didattici e culturali; 3) certezza del diritto dei terzi garantita dalla pubblicità legale ai fini della lealtà delle transazioni commerciali e, quindi, del buon funzionamento del mercato interno; 4) stato di figura pubblica; 5) notizia veritiera, di attualità e contingente; 6) concessione del diritto di replica prima della diffusione della notizia. Alla luce di tali criteri la S.C. ha quindi ritenuto, in ciò ribaltando il giudizio di entrambi i giudici di merito, che nel caso di specie la trasmissione della Rai, recante “la classifica dei personaggi più scorbatici dello spettacolo”, non rivestisse i caratteri della notizia di interesse pubblico né tantomeno avesse il carattere dell'attualità riportando peraltro un evento verificatosi ben cinque anni prima. Inoltre, dal punto di vista soggettivo, ha reputato che, pur essendo il protagonista della vicenda un noto cantante, lo stesso non potesse definirsi un personaggio pubblico. Sulla scorta di tali rilievi, la S.C. ha quindi concluso per l'insussistenza dei presupposti per una compressione del diritto all'oblio del cantante, peraltro attuato nella specie da una trasmissione televisiva unicamente per finalità commerciali. Da ultimo non può non farsi cenno al Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, dianzi citato, che prevede tra le maggiori novità l'espressa regolamentazione (art. 17) del diritto all'oblio prevedendo che l'interessato, onde evitare che notizie ritenute pregiudizievoli ed offensive continuino ad essere di pubblico dominio, può ottenere la rimozione dai motori di ricerca di tutti i link e riferimenti che rimandano ai contenuti online in questione, invocando tale diritto.

## **8. Il trattamento dei dati personali da parte di forze di polizia.**

Il trattamento dei dati personali da parte delle forze di Polizia confluiti negli archivi del CED era disciplinato dal Capitolo Primo, Titolo Secondo, del d.lgs n. 196 del 2003 il quale non prevedeva alcun limite per la conservazione di detti dati limitandosi a consentire alla persona cui i dati si riferiscono la rettifica, l'integrazione, la



cancellazione o la trasformazione in forma anonima ai sensi dell'art. 56 che rinviava all'art. 10 della l. 1 aprile 1981 n. 121.

L'art. 57 d.lgs. n. 196 del 2003 demandava ad un apposito decreto del Presidente della Repubblica l'individuazione delle modalità di attuazione da ultimo disciplinate nel d.p.r. 15 gennaio 2018 n. 121 recante il regolamento per l'attuazione dei principi del codice della "privacy" relativamente al trattamento effettuato per finalità di polizia che ha dato rilievo ai principi di completezza, pertinenza, non eccedenza ed aggiornamento dei dati ed ha introdotto una regolamentazione dei termini per la loro conservazione.

In relazione a tali dati, Sez. 1, n. 21362/2018, Mercolino, Rv. Rv. 650309-01, in una fattispecie in cui una persona sottoposta ad indagini penali, definite con l'archiviazione in data anteriore all'emanazione del regolamento per l'attuazione dei principi del codice della "privacy", che relativamente al trattamento dei dati per finalità di polizia, è applicabile, in quanto norma di carattere sostanziale, l'art. 10, comma 3, lett. f) del predetto regolamento, che fissa in venti anni dall'emissione del provvedimento di archiviazione il termine per la conservazione dei dati con ciò realizzando un bilanciamento tra la tutela della riservatezza e l'esigenza di conservazione di detta tipologia di dati.

## **9. Profili processuali.**

Secondo Sez. 1, n. 14678/2018, Tricomi, Rv. 648944-01, in tema di illeciti amministrativi di cui al d.lgs. n. 196 del 2003, il dies a quo per il computo del termine di novanta giorni per la notificazione del verbale di contestazione decorre dall'accertamento della violazione, il quale non coincide con la generica ed approssimativa percezione del fatto e l'acquisizione di documentazione ad esso relativa, ma richiede l'avvenuta elaborazione dei dati così ottenuti al fine di individuare gli elementi costitutivi delle eventuali violazioni.

Sez. 1, n.16061/2018, Tricomi, Rv. 649282-01 precisa che il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, che abbia accertato l'illegittimità della raccolta e della diffusione di determinati dati personali, ha natura amministrativa ed è dunque inidoneo al giudicato, cosicché non possono trovare applicazione nel relativo giudizio di opposizione in unico grado innanzi al tribunale, ai sensi degli artt. 151 e 152 del d.lgs. n. 196 del 2003, i principi processuali che governano la cognizione in grado di appello.



## CAPITOLO II

### LE RELAZIONI FAMILIARI E GENITORIALI

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

SOMMARIO: 1. Giurisdizione internazionale e residenza abituale del minore – 2. L'unione matrimoniale: profili critici in tema di validità/nullità – 3. La separazione personale dei coniugi – 3.1. L'addebito, il contributo al mantenimento del coniuge e la riconciliazione – 3.2. Profili processuali – 4. Il divorzio – 4.1. L'assegno divorzile, la porzione della pensione di reversibilità e la quota dell'indennità di fine rapporto – 4.2. Profili processuali – 5. Il regime patrimoniale della famiglia – 5.1. Comunione legale dei beni, fondo patrimoniale, donazioni tra coniugi e impresa familiare – 5.2. Comunione legale dei beni e processo – 6. Il mantenimento dei figli – 7. Il destino della casa familiare nello scioglimento della coppia – 8. Il sepolcro gentilizio – 9. La protezione dei soggetti bisognosi – 10. Questioni in materia di matrimonio concordatario – 11. Le unioni civili e la l. n. 76 del 2016 – 12. Matrimonio tra persone dello stesso sesso, stato civile e giurisdizione del giudice ordinario – 13. Le convivenze di fatto all'indomani della l. n. 76 del 2016 – 14. Relazione omosessuale e protezione internazionale (rinvio) – 15. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice – 16. La regolamentazione dell'affidamento (rinvio) – 17. I provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale nei "procedimenti separativi" – 18. Alcune caratteristiche dei "procedimenti separativi" – 18.1. La competenza territoriale – 18.2. Il ruolo del Pubblico Ministero – 19. La novità del curatore speciale del minore nei "procedimenti separativi" nei casi di conflittualità che influisce sulla capacità genitoriale – 20. Le misure sanzionatorie previste dall'art. 709 ter c.p.c. – 21. La tutela dei rapporti dei minori con gli ascendenti e i loro conviventi – 22. La privazione del potere di rappresentanza legale e di gestione del patrimonio del minore – 23. Procedimenti ex art. 336 c.c. e questioni processuali – 23.1. Limiti di operatività della competenza per attrazione del giudice ordinario – 23.2. I genitori come parti necessarie del procedimento – 23.3. La partecipazione del minore e la nomina del curatore speciale – 24. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi – 24.1. Aspetti processuali – 24.2. Lo stato di abbandono – 24.3. L'adozione in casi particolari – 24.4. Il riconoscimento di sentenza straniera di adozione, l'ordine pubblico e l'interesse del minore – 25. Lo stato di figlio. – 26. Il bilanciamento tra favor veritatis e genitorialità intenzionale dopo Corte cost. n. 272 del 2017 – 27. Altre questioni ancora aperte in tema di azioni di stato filiale – 27.1. La prova nei giudizi relativi al riconoscimento dello stato di figlio – 27.2. I rapporti tra le diverse azioni di stato.

---

\* Paolo Di Marzio ha redatto i paragrafi da 1 a 10 e il paragrafo 27, Giovanni Arnone i paragrafi da 11 a 14 ed anche i paragrafi 25 e 26, Eleonora Reggiani i paragrafi da 15 a 23, Chiara Giammarco il paragrafo 24. Eleonora Reggiani ha curato anche il coordinamento del capitolo.

## 1. Giurisdizione internazionale e residenza abituale del minore.

Nell'anno 2018 è proseguito l'impegno della S.C. finalizzato ad individuare i criteri utili per determinare *quale sia la residenza abituale del minore*, un problema che non rileva soltanto al fine di individuare il giudice dotato di competenza territoriale nei giudizi nazionali (v. *infra*), ma anche nell'ipotesi che i diversi componenti della famiglia vivano in Stati diversi, ed occorra perciò definire al giudice di quale Paese appartenga la giurisdizione.

Il giudice di legittimità ha affermato, in quest'ultimo ambito, che, per accertare quale sia lo Stato in cui ha la residenza abituale un figlio di tenera età, nato da genitori non uniti in matrimonio che vivono in Paesi diversi, e individuare, in conseguenza, il giudice nazionale dotato di giurisdizione, al fine di assumere i provvedimenti riguardanti il minore, possono valorizzarsi indicatori di natura proiettiva, quali l'iscrizione del bambino presso l'asilo nido in un determinato Paese ed il godimento dell'assistenza sanitaria presso il sistema pediatrico del medesimo Stato (**Sez. U, n. 08042/2018, Acerno, Rv. 649686-01**).

In una successiva pronuncia, adottata in materia di decadenza dalla potestà genitoriale, le Sezioni Unite hanno ribadito che, qualora i genitori risiedano in Stati diversi, la competenza giurisdizionale deve essere individuata con riferimento al criterio della residenza abituale del minore al momento della proposizione della domanda, il cui accertamento si risolve in una *quaestio facti*, con una valutazione da svolgersi anche in chiave prognostica, che può essere effettuata direttamente dalla S.C. sulla base dei dati emergenti dagli atti processuali, occorrendo valorizzare circostanze quali la frequenza della scuola e il conseguimento di un ottimo rendimento scolastico in un determinato Stato, l'apprendimento della lingua, l'inserimento nel contesto sociale ed anche la entusiasta volontà del minore di rimanere in un certo luogo, accertata mediante l'ascolto del minore medesimo (**Sez. U, n. 32359/2018, Sambito, Rv. 651820-01**).

Queste decisioni devono peraltro coordinarsi con quanto statuito pochi mesi prima da Sez. 1, n. 30123/2017, Di Marzio P., Rv. 646487-01, laddove la Cassazione, oltre a confermare che in tema di sottrazione internazionale del minore da parte di uno dei genitori, la nozione di residenza abituale posta dalla Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, ratificata con la legge n. 64 del 1994, consiste nel luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza ha consolidato, consolida, ovvero, in caso di recente trasferimento, possa consolidare una rete di affetti e relazioni tali da assicurarli un

armonico sviluppo psicofisico, ha poi escluso che potesse ritenersi residenza abituale del minore il luogo (Londra) in cui i genitori avevano programmato di vivere, senza, tuttavia, dare mai attuazione a tale intendimento, essendo sopravvenute circostanze che avevano portato il minore al trasferimento in Italia in forma stabile e senza soluzione di continuità.

La S.C. si è quindi pronunciata, sempre a Sezioni Unite, per confermare il principio secondo cui, se possibile, tutti i procedimenti giudiziari riguardanti i minori devono svolgersi innanzi al medesimo giudice. Si consideri che, in materia minorile, le problematiche della responsabilità genitoriale assumono rilievo prevalente, anche quando riguardino profili che potrebbero apparire marginali, come la disciplina del diritto di visita del coniuge non collocatario, e sono pertanto destinate ad attrarre presso il giudice dello Stato che ha giurisdizione su di esse anche controversie di elevato rilievo, come quelle relative al mantenimento del minore, ma aventi natura accessoria.

Le Sezioni Unite hanno, in particolare, chiarito che qualora nel giudizio di divorzio introdotto innanzi al giudice italiano siano avanzate domande inerenti la responsabilità genitoriale (nella specie, con riferimento al diritto di visita) ed il mantenimento di figli minori non residenti abitualmente in Italia, ma in altro Stato membro dell'Unione Europea (nella specie, la Germania), la giurisdizione su tali domande spetta, rispettivamente ai sensi degli artt. 8, par. 1, del Regolamento CE n. 2201 del 2003 e 3 del Regolamento CE n. 4 del 2009, all'A.G. dello Stato di residenza abituale dei minori al momento della loro proposizione, dovendosi salvaguardare l'interesse superiore e preminente dei medesimi a che i provvedimenti che li riguardano siano adottati dal giudice più vicino al luogo di residenza effettiva degli stessi, nonché realizzare la tendenziale concentrazione di tutte le azioni che li riguardano, attesa la natura accessoria della domanda relativa al mantenimento rispetto a quella sulla responsabilità genitoriale (**Sez. U, n. 30657/2018, Giusti, Rv. 651442-01**).

D'altronde, le medesime Sezioni Unite si erano già espresse in senso conforme pochi mesi prima, affermando che il giudice nazionale competente in materia di autorizzazione al mutamento della residenza del minore, nonché di pagamento percentuale delle spese scolastiche e straordinarie, in quanto domande direttamente incidenti sull'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore non affidatario o collocatario, è quello dello Stato di

residenza abituale del minore (Sez. U, n. 27091/2017, Acierno, Rv. 649684-01).

Peraltro, in quest'ultima decisione, le stesse Sezioni Unite avevano anche ritenuto doversi escludere che la domanda relativa alla violazione dell'obbligo di mantenimento potesse ritenersi attratta al foro previsto per le domande relative alla responsabilità genitoriale, non potendo queste ultime ritenersi eziologicamente collegate con una richiesta di risarcimento del danno (Sez. U, n. 27091/2017, Acierno, Rv. 649684-02).

## **2. L'unione matrimoniale: profili critici in tema di validità/nullità.**

In materia di validità del matrimonio, nell'anno 2018, pur nella varietà delle questioni esaminate – alcune particolarmente rilevanti, ad esempio in materia di componenti essenziali del matrimonio – si evidenziano le plurime occasioni in cui la S.C. è stata chiamata a pronunciarsi in materia di trascrivibilità del matrimonio contratto all'estero da persone appartenenti allo stesso sesso, su cui v. *infra*.

Per quanto attiene al contenuto essenziale del matrimonio, la Corte di cassazione ha specificato che l'autorità consolare italiana non può negare il visto di ingresso sul territorio nazionale al cittadino straniero che lo domandi al fine di attuare il ricongiungimento familiare al coniuge, altro cittadino straniero legittimamente soggiornante in Italia, in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto in mancanza di precedenti rapporti tra gli sposi, ed è stato concordato tra le loro famiglie, perché queste circostanze non escludono il fine tipico del matrimonio, consistente nell'intento dei coniugi di formare una famiglia propria, potendo essere negato il visto d'ingresso solo in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto al fine esclusivo di consentire al richiedente di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato (**Sez. 6-1, n. 03234/2018, De Chiara, Rv. 647883-01**).

In tema di impugnative matrimoniali, quindi, il giudice di legittimità ha chiarito che l'azione per impugnare il matrimonio affetto da vizi della volontà ovvero da incapacità di intendere e di volere di uno dei coniugi ha carattere personale ed è trasmissibile agli eredi solo qualora il relativo giudizio sia già pendente al momento della morte di detto coniuge, il quale è titolare esclusivo del potere di decidere se impugnare il proprio matrimonio, aggiungendo inoltre che l'azione di nullità, pur essendo promuovibile dal pubblico ministero *ex art.* 125 c.c., non può più essere esperita dopo la morte

di uno dei coniugi (**Sez. 2, n. 04653/2018, Picaroni, Rv. 647813-02**).

### **3. La separazione personale dei coniugi.**

Come di consueto, sono risultate assai numerose, nell'anno 2018, le pronunce in materia di separazione personale dei coniugi, anche in relazione ai profili processuali.

#### **3.1. L'addebito, il contributo al mantenimento del coniuge e la riconciliazione.**

La Corte di cassazione, nell'anno 2017, aveva affermato, in tema di addebito, che le violenze fisiche costituiscono violazioni talmente gravi ed inaccettabili dei doveri nascenti dal matrimonio da risultare idonee di per sé sole, quand'anche concretatesi in un unico episodio di percosse, a fondare non solo la pronuncia di separazione personale, in quanto cause determinanti l'intollerabilità della convivenza, ma anche la dichiarazione della sua addebitabilità all'autore, e ad esonerare il giudice del merito dal dovere di comparare con esse, ai fini dell'adozione delle relative pronunce, il comportamento del coniuge che sia rimasto vittima delle violenze, restando altresì irrilevante la posteriorità temporale delle violenze rispetto al manifestarsi della crisi coniugale (**Sez. 1, n. 07388/2017, Bisogni, Rv. 644601-01**).

Nell'anno 2018 la S.C. ha confermato che *l'accertamento del comportamento violento di un coniuge* esonera il giudice del merito dal dovere di procedere alla comparazione, ai fini dell'adozione delle relative pronunce, col comportamento del coniuge che sia vittima delle violenze, ma ha precisato che tale condotta, di estrema gravità, *è comunque comparabile con comportamenti omogenei*. Resta da valutare se non occorra effettuare qualche ulteriore riflessione circa quale sia il corretto rilievo da assegnare ad una simile condotta, ai fini dell'addebito della separazione, qualora risulti accertato che il comportamento violento sia stato posto in essere quando il rapporto coniugale era già entrato in crisi ed i coniugi (se del caso) erano stati pure autorizzati a vivere separati.

In particolare, la Corte di cassazione ha confermato che le reiterate violenze fisiche e morali, inflitte da un coniuge all'altro, costituiscono violazioni talmente gravi dei doveri nascenti dal matrimonio da fondare, di per sé sole, non solo la pronuncia di separazione personale, in quanto cause determinanti la intollerabilità

della convivenza, ma anche la dichiarazione della sua addebitabilità all'autore di esse. Il loro accertamento esonera il giudice del merito, ha confermato la medesima Corte, dal dovere di procedere alla comparazione, ai fini dell'adozione delle relative pronunce, col comportamento del coniuge che sia vittima delle violenze, trattandosi di atti che, in ragione della loro estrema gravità, sono comparabili solo con comportamenti omogenei, **Sez. 6-1, n. 03925/2018, Sambito, Rv. 647886-01.**

Sempre in tema di addebito della separazione, la stessa Corte ha ancora una volta precisato che grava sulla parte che richiede tale pronuncia, per inosservanza dell'obbligo di fedeltà, l'onere di provare la relativa condotta e la sua efficacia causale nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, mentre è onere di chi eccepisce l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda, e quindi dell'infedeltà nella determinazione dell'intollerabilità della convivenza, provare le circostanze su cui l'eccezione si fonda, vale a dire l'antiorità della crisi matrimoniale all'accertata infedeltà (**Sez. 6-1, n. 03923/2018, Sambito, Rv. 647052-01**).

Per quanto riguarda le statuizioni economiche conseguenti alla separazione, **Sez. 6-1, n. 00402/2018, Bisogni, Rv. 647294-01** ha ribadito che non sussiste il diritto all'assegno di mantenimento nel caso in cui non si sia realizzata, dopo il matrimonio, alcuna comunione materiale e spirituale tra i coniugi (nella fattispecie, il matrimonio era durato 28 giorni e i coniugi non avevano mai instaurato un regime di convivenza).

**Sez. 6-1, n. 13954/2018, Micolino, Rv. 648791-01**, ha anche rilevato che la valutazione delle capacità economiche del coniuge obbligato, ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno di mantenimento in favore dell'altro coniuge, deve essere operata sul reddito netto e non già su quello lordo, poiché, in costanza di matrimonio, la famiglia fa affidamento sul reddito netto, e ad esso rapporta ogni possibilità di spesa (nel caso di specie, la S.C. ha cassato la sentenza della corte d'appello, la quale aveva ritenuto che il reddito di un agente di commercio potesse essere desunto dall'importo delle fatture emesse per il pagamento delle provvigioni, detratte le sole ritenute d'acconto, senza prendere in considerazione la dichiarazione dei redditi dell'onerato, e le spese sostenute per l'esercizio dell'attività professionale),

Inoltre, **Sez. 6-1, n. 05817/2018, Terrusi, Rv. 647896-01** ha chiarito che l'attitudine al lavoro proficuo dei medesimi, quale potenziale capacità di guadagno, costituisce elemento valutabile ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento



da parte del giudice, qualora venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale e ambientale e con esclusione di mere valutazioni astratte e ipotetiche. (In applicazione di tale principio la S.C. ha rigettato il ricorso avverso la sentenza del giudice di merito, che aveva escluso il diritto al mantenimento del coniuge, in ragione della pacifica esistenza di proposte di lavoro immotivatamente non accettate).

Tenuto conto che durante il matrimonio ciascun coniuge è obbligato a contribuire alle esigenze della famiglia in misura proporzionale alle proprie sostanze, secondo quanto previsto dagli artt. 143 e 316 *bis*, comma 1, c.c., **Sez. 6-1, n. 10927/2018, Lamorgese, Rv. 648282-01** ha precisato che, a seguito della separazione, non sussiste il diritto al rimborso di un coniuge nei confronti dell'altro, con riferimento alle spese sostenute in modo indifferenziato per i bisogni della famiglia durante il matrimonio (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza del giudice di merito che aveva dichiarato la compensazione tra quanto versato dall'attore per la TARSU, relativa all'immobile assegnato alla moglie in sede di separazione, con il credito vantato da quest'ultima a titolo di rimborso delle spese per le utenze domestiche sostenute durante il matrimonio).

La Corte ha poi ritenuto che, una volta intervenuta la separazione personale dei coniugi, la convivenza stabile e continuativa, intrapresa con altra persona, è suscettibile di comportare la cessazione o l'interruzione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento gravante sull'altro, dovendosi presumere che le disponibilità economiche di ciascuno dei conviventi *more uxorio* siano messe in comune nell'interesse del nuovo nucleo familiare, restando comunque salva la facoltà del coniuge che richiede l'assegno di provare che la convivenza di fatto non influisce *in melius* sulle sue condizioni economiche e che i suoi redditi rimangono inadeguati (**Sez. 1, n. 16982/2018, Lamorgese, Rv. 649674-01**).

Sulla stessa questione, **Sez. 1, n. 32871/2018, Genovese, Rv. 651937-01**, ha invece affermato che la formazione di un nuovo aggregato familiare di fatto ad opera del coniuge beneficiario dell'assegno di mantenimento, operando una rottura tra il preesistente tenore e modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale ed il nuovo assetto fattuale, fa venire definitivamente meno il diritto alla contribuzione periodica.

Con riferimento alla cessazione degli effetti della separazione, **Sez. 2, n. 01630/2018, Scarpa, Rv. 647784-01** ha poi precisato che, in forza dell'art. 157 c.c., ove manchi una dichiarazione espressa di riconciliazione, gli effetti della separazione personale cessano soltanto col fatto della coabitazione, la quale non può ritenersi ripristinata per la sola sussistenza di ripetute occasioni di incontri e di frequentazioni tra i coniugi, ove le stesse non depongano per una reale e concreta ripresa delle relazioni materiali e spirituali costituenti manifestazione ed effetto della rinnovata società coniugale. Da ciò la S.C. ha fatto conseguire che, in caso di morte di uno dei coniugi dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale con addebito reciproco, il coniuge superstite, al fine di far valere diritti successori, è tenuto ad allegare specificamente l'avvenuta cessazione degli effetti della separazione, con la correlata caducazione della sentenza, a far data dal ripristino della convivenza spirituale e materiale.

### **3.2. Profili processuali.**

Per quanto riguarda il giudizio di separazione personale dei coniugi, la S.C. ha ancora una volta affermato che i provvedimenti di modifica o di revoca delle ordinanze presidenziali, adottati dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 709, comma 4, c.p.c., non sono reclamabili, essendo garantita l'effettività della tutela delle posizioni soggettive mediante la modificabilità e la revisione, a richiesta di parte, dell'assetto delle condizioni separative e divorzili, anche all'esito di una decisione definitiva, piuttosto che dalla moltiplicazione di momenti di riesame e controllo da parte di altro organo giurisdizionale nello svolgimento del giudizio a cognizione piena (**Sez. 6-1, n. 11279/2018, Acierno, Rv. 648581-01**).

La stessa Corte ha anche chiarito che, nel giudizio di separazione personale dei coniugi, la memoria integrativa art. 709 c.p.c., depositata dal ricorrente nel termine assegnato nell'ordinanza presidenziale, ove contenga domande nuove, deve, a pena di inammissibilità della domanda, essere notificata al convenuto che non sia costituito in giudizio al momento del deposito della memoria, in applicazione del principio generale, stabilito dall'art. 292 c.p.c., secondo cui è necessaria la notificazione delle domande nuove alla parte non costituita (**Sez. 1, n. 16858/2018, Lamorgese, Rv. 649784-01**).

La medesima Corte ha inoltre evidenziato che, ove nel corso del giudizio di separazione si assumano provvedimenti in ordine alla

convivenza dei figli con uno dei genitori, l'audizione del minore infradodicesimo, capace di discernimento, costituisce adempimento previsto a pena di nullità, in relazione al quale incombe sul giudice un obbligo di specifica e circostanziata motivazione – tanto più necessaria quanto più l'età del minore si approssima a quella dei dodici anni, oltre la quale subentra l'obbligo legale dell'ascolto – non solo se ritenga il minore infradodicesimo incapace di discernimento, ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche qualora il giudice opti, in luogo dell'ascolto diretto, per un ascolto effettuato nel corso di indagini peritali o demandato ad un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda, mentre la consulenza è indagine che prende in considerazione una serie di fattori quali, in primo luogo, la personalità, la capacità di accudimento e di educazione dei genitori, la relazione in essere con il figlio (**Sez. 1, n. 12957/2018, Bisogni, Rv. 649153-01**).

Infine, con riferimento alle ipotesi di cassazione con rinvio per vizi di motivazione di sentenze pronunciate nei giudizi di separazione, la S.C. ha precisato che il giudice di merito conserva tutti i poteri di indagine e di valutazione della prova, potendo compiere anche ulteriori accertamenti giustificati dalla sentenza di annullamento e dall'esigenza di colmare le carenze da questa riscontrate, tranne che in ordine ai fatti che la sentenza medesima ha considerato definitivamente accertati, per non essere investiti dall'impugnazione, né in via principale né in via incidentale, e sui quali la pronuncia di annullamento è stata fondata. In applicazione del principio enunciato, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza della corte di appello che, in tema di addebito della separazione, una volta accertati definitivamente i maltrattamenti e le condotte violente del marito, aveva ommesso di valutarne l'efficacia causale sulla crisi coniugale, ritenendo non imputabile allo stesso l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, dopo aver comparato quei comportamenti con quelli della moglie, rispetto alla quale non era stata formulata domanda di addebito della separazione (**Sez. 1, n. 31901/2018, Caiazzo, Rv. 651897-01**).

#### 4. Il divorzio.

Sono numerose, e di rilievo, anche in ambito processuale, le pronunce della S.C. nel 2018 adottate in tema di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio

concordatario. Particolarmente *significativa appare la pronunzia delle Sezioni Unite in materia di riconoscimento e quantificazione dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge.*

Sembra prima opportuno ripercorrere le decisioni che hanno trattato delle statuizioni economiche conseguenti alla pronuncia di divorzio (attribuzione dell'assegno divorzile o di una porzione della pensione di reversibilità ovvero di una quota dell'indennità di fine rapporto) e a seguire quelle che hanno interessato questioni di carattere processuale.

#### **4.1. L'assegno divorzile, la porzione della pensione di reversibilità e la quota dell'indennità di fine rapporto.**

Com'è noto, nell'anno 2017, la Corte di cassazione aveva affermato che il giudizio relativo alla spettanza di tale assegno dovesse svolgersi in due fasi nitidamente distinte, quella relativa all'*an debeatur*, da definire accertando se il coniuge richiedente dispone di mezzi adeguati – valutazione da effettuarsi non più in considerazione del tenore di vita della pregressa vita coniugale, bensì dell'autosufficienza economica dell'istante – ed una seconda fase, solo eventuale, dedicata alla definizione del *quantum debeatur*, servendosi dei parametri indicati all'art. 5, comma 6, della legge divorzile, n. 898 del 1970. Nella stessa decisione la medesima Corte aveva ritenuto che la funzione dell'assegno divorzile in favore dell'*ex* coniuge dovesse ritenersi esclusivamente assistenziale (Sez. 1, n. 11504/2017, Lamorgese, Rv. 644019-01).

**Sez. 1, n. 04091/2018, Di Marzio P., Rv. 647148-02** ha poi precisato che, nel quantificare l'assegno di divorzio, il giudice non è tenuto a prendere in considerazione tutti, e contemporaneamente, i parametri di riferimento indicati dall'art. 5 della l. n. 898 del 1970, ma può anche prescindere da alcuni di essi, dando adeguata giustificazione delle sue valutazioni, con una scelta discrezionale non sindacabile in sede di legittimità (nella specie, la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso per cassazione, fondato sulla dedotta mancata analitica valutazione, nella sentenza impugnata, di ciascuno dei parametri indicati dall'art. cit., evidenziando che il giudice dell'appello aveva valorizzato in misura preponderante, tra i vari criteri, la comparazione delle condizioni economiche delle parti, formulando un giudizio adeguatamente motivato in relazione alle allegazioni e deduzioni delle parti).

Successivamente è intervenuta una fondamentale pronuncia a Sezioni Unite, ove si è chiarito che la funzione dell'assegno non è

solo assistenziale, ma anche perequativa e compensativa, e che i ricordati parametri, di cui all'art. 5, comma 6, della legge divorzile, devono essere utilizzati sia per stabilire se l'assegno è dovuto, sia per provvedere alla sua quantificazione.

Le Sezioni Unite hanno infatti affermato che il riconoscimento dell'assegno di divorzio richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi dell'*ex* coniuge istante e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, applicandosi i criteri equiordinati di cui alla prima parte della norma, i quali costituiscono il parametro, a cui occorre attenersi per decidere sia sulla attribuzione sia sulla quantificazione dell'assegno. Il giudizio dovrà essere espresso, in particolare, alla luce di una valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune, nonché di quello personale di ciascuno degli *ex* coniugi, in relazione alla durata del matrimonio ed all'età dell'avente diritto (**Sez. U, n. 18287/2018, Acierno, Rv. 650267-01**).

Nella stessa decisione, le Sezioni Unite hanno pure specificato che all'assegno divorzile in favore dell'*ex* coniuge deve attribuirsi, oltre alla natura assistenziale, anche natura perequativo-compensativa, che discende direttamente dalla declinazione del principio costituzionale di solidarietà, e conduce al riconoscimento di un contributo volto a consentire al coniuge richiedente non il conseguimento dell'autosufficienza economica sulla base di un parametro astratto, bensì il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate (**Sez. U, n. 18287/2018, Acierno, Rv. 650267-02**).

Ancora nella medesima decisione, le Sezioni Unite hanno chiarito che la funzione equilibratrice del reddito degli *ex* coniugi, anch'essa assegnata dal legislatore all'assegno divorzile, non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'*ex* coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli *ex* coniugi (**Sez. U, n. 18287/2018, Acierno, Rv. 650267-03**).

Per quanto riguarda il diritto dell'*ex* coniuge all'attribuzione di una porzione della pensione di reversibilità dell'altro, la Corte di cassazione ha evidenziato che tale diritto presuppone il riconoscimento, con decorrenza anteriore alla morte dell'altro coniuge, della spettanza dell'assegno divorzile, anche in conseguenza

di pronuncia non ancora passata in giudicato, **Sez. 1, n. 04107/2018, Di Marzio P., Rv. 647625-01.**

Come ritenuto dalla stessa Corte di legittimità, la titolarità dell'assegno di cui all'art. 5 della l. n. 898 del 1970, deve intendersi come titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno periodico divorzile al momento della morte dell'*ex* coniuge e non già come titolarità astratta del diritto all'assegno divorzile già definitivamente soddisfatto con la corresponsione in unica soluzione. In quest'ultimo caso, infatti, difetta il requisito funzionale del trattamento di reversibilità, che è dato dal medesimo presupposto solidaristico dell'assegno periodico di divorzio, finalizzato alla continuazione del sostegno economico in favore dell'*ex* coniuge, mentre nel caso in cui sia stato corrisposto l'assegno *una tantum* non esiste una situazione di contribuzione economica che viene a mancare (**Sez. U, n. 22434/2018, Bisogni, Rv. 650460-01**).

In ordine alla quota dell'indennità di fine rapporto, spettante al coniuge titolare dell'assegno divorzile, il giudice di legittimità ha precisato che il disposto dell'art. 12 *bis* della l. n. 898 del 1970, nella parte in cui prevede tale quota è dovuta anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza, deve essere interpretato nel senso che diritto può sorgere anche prima della sentenza di divorzio, ma dopo la proposizione della relativa domanda, coerentemente con la natura costitutiva della sentenza sullo *status* e con la possibilità, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 898 del 1970, di stabilire la retroattività degli effetti patrimoniali della sentenza a partire dalla data della domanda (**Sez. 6-1, n. 07239/2018, Valitutti, Rv. 647900-01**).

#### **4.2. Profili processuali.**

Il giudice di legittimità ha deciso che il rito camerale, previsto per l'appello avverso le sentenze di divorzio e di separazione personale, da un lato, non preclude la proponibilità dell'appello incidentale (tardiva) indipendentemente dalla scadenza del termine per l'esperimento del gravame in via principale e dall'altro, risultando caratterizzato dalla sommarietà della cognizione e dalla semplicità delle forme, esclude la piena applicazione delle norme che regolano il processo ordinario e, in particolare, del termine perentorio fissato, per la relativa proposizione, dall'art. 343, comma 1, c.p.c., con la conseguenza che il principio del contraddittorio deve ritenersi rispettato per il solo fatto che il gravame incidentale sia portato a conoscenza della parte avversa entro limiti di tempo tali da assicurare a quest'ultima la possibilità di far valere le proprie ragioni mediante

l'organizzazione di una tempestiva difesa tecnica. Da ciò consegue che la tardiva proposizione dell'appello incidentale non comporta l'inammissibilità del gravame, consentendo semmai all'appellante principale di ottenere, ove lo richieda, il differimento dell'udienza, per meglio articolare le proprie difese (**Sez. 1, n. 04091/2018, Di Marzio P., Rv. 647148-01**).

In tema di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha specificato la Corte di cassazione, la morte del coniuge, anche nel corso del giudizio di legittimità, fa cessare la materia del contendere sia nel giudizio sullo *status* che in quello relativo alle domande accessorie, compreso il giudizio sulla richiesta di assegno divorzile, non assumendo alcun rilievo, in senso contrario, l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza non definitiva di divorzio, posto che l'obbligo di corresponsione di tale assegno è personalissimo e non trasmissibile agli eredi, trattandosi di posizione debitoria inscindibilmente legata a uno *status* personale, che può essere accertata solo in relazione alla persona cui detto status si riferisce (**Sez. 1, n. 04092/2018, Bisogni, Rv. 647149-01**).

La S.C. ha statuito che deve pronunciarsi la cessazione della materia del contendere, nella procedura di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., introdotta per contestare le modalità di affidamento dei figli minori a seguito della separazione personale dei coniugi, qualora sopravvenga la sentenza di divorzio, anche se non passata in giudicato, ed essa disponga sulla stessa materia, conseguendone il venir meno dell'interesse delle parti alla pronuncia, in quanto ogni contestazione relativa all'affidamento dei figli potrà essere proposta soltanto avverso le determinazioni adottate in merito dalla sentenza di divorzio (**Sez. 1, n. 04516/2018, Di Marzio P., Rv. 648249-01**).

Nel giudizio di scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha sancito la Corte di legittimità, l'ordinanza della corte di appello, pronunciata su reclamo avverso il provvedimento di diniego di misure provvisorie ed urgenti emesso dal presidente del tribunale, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando il requisito della definitività in senso sostanziale e dell'idoneità al giudicato, dal momento che tale ordinanza, pur incidendo su posizioni di diritto soggettivo, non è idonea a statuire su di esse in modo definitivo, ma assume la stessa natura di provvedimento interinale, provvisorio e strumentale al giudizio di merito, che caratterizza l'ordinanza presidenziale, sempre revocabile e modificabile dal giudice istruttore, ai sensi dell'art. 4, comma 8, della l. n. 898 del 1970 (**Sez. 6-1, n. 11788/2018, Mercolino, Rv. 649064-01**).

La stessa Corte ha spiegato che, nel processo di divorzio, non trovano applicazione gli artt. 183 e 190 c.p.c., venendo in rilievo la disciplina speciale di cui all'art. 4 della legge n. 898 del 1970 (come modificato dall'art. 8 della legge n. 74 del 1987) volta ad accelerare la procedura di accertamento dei presupposti dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, al fine di impedire condotte defatigatorie ed ostative del convenuto, ed in virtù della quale è riservata al giudice istruttore la possibilità di rimettere la causa al collegio per l'emissione della sentenza non definitiva relativa allo status quando la causa debba proseguire per la determinazione dell'assegno (**Sez. 6-1, n. 15570/2018, Nazzicone, in corso di rimassimazione per problemi tecnici sul sito**).

Qualora sia stata proposta istanza congiunta di divorzio, ha statuito la Corte di cassazione, la revoca del consenso da parte di uno dei coniugi non comporta l'improcedibilità della domanda, dovendo il tribunale provvedere ugualmente all'accertamento dei presupposti per la pronuncia richiesta, per poi procedere, in caso di esito positivo della verifica, all'esame delle condizioni concordate dai coniugi, valutandone la conformità a norme inderogabili ed agli interessi dei figli minori. Infatti, a differenza di quanto avviene nel procedimento di separazione consensuale, la domanda congiunta di divorzio dà luogo ad un procedimento che si conclude con una sentenza costitutiva, nell'ambito del quale l'accordo sotteso alla relativa domanda riveste natura meramente ricognitiva, con riferimento alla sussistenza dei presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale *ex art. 3 della l. n. 898 del 1970*, mentre ha valore negoziale per quanto concerne la prole ed i rapporti economici, consentendo al tribunale di intervenire su tali accordi nel caso in cui essi risultino contrari a norme inderogabili, con l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti e la prosecuzione del giudizio nelle forme contenziose, **Sez. 6-1, n. 19540/2018, Mercolino, Rv. 650192-01**.

Pronunciando in materia di riconoscimento dell'efficacia di sentenza straniera di divorzio, **Sez. 1, n. 12473/2018, Tricomi L., Rv. 649031-01** ha deciso che, in tema di procedimento sommario di cognizione *ex art. 702 bis c.p.c.*, richiamato dall'art. 30 del d.lgs. n. 150 del 2011, che disciplina il giudizio di riconoscimento di efficacia delle sentenze straniere, è legittimo, e non costituisce una rimessione in termini, benché sollecitato dal ricorrente, il provvedimento con cui il giudice, accortosi di aver fissato un termine eccessivamente breve per la notificazione alla controparte del ricorso e del decreto, differisce la data della prima udienza, così di fatto prorogando sia il termine ordinatorio originariamente concesso per la notifica del



ricorso e del decreto, sia quello per la costituzione del convenuto (nella fattispecie, la S.C. ha escluso la ricorrenza di una illegittima rimessione in termini del ricorrente, in conseguenza del provvedimento con cui il presidente della corte di appello, accortosi, su sollecitazione di parte, che il termine concesso per la notifica del ricorso e del decreto coincideva con il giorno in cui il provvedimento di fissazione dell'udienza era stato comunicato telematicamente al ricorrente, aveva differito l'udienza per riconoscere a quest'ultimo un tempo ragionevole entro cui notificare alla controparte il ricorso con il decreto).

Nella medesima decisione, il giudice di legittimità ha pure chiarito che la regola del diritto straniero secondo cui il divorzio può essere pronunciato senza la previa separazione personale dei coniugi, ed il decorso di un periodo di tempo adeguato a consentire loro di ritornare sulla decisione assunta, non costituisce ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza straniera per quanto concerne il rispetto dell'ordine pubblico, richiesto dall'art. 64, comma 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995, essendo a tal fine necessario, ma anche sufficiente, che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi (**Sez. 1, n. 12473/2018, Tricomi L., Rv. 649031-02**).

## **5. Il regime patrimoniale della famiglia.**

L'analisi delle decisioni della S.C., nell'anno 2018, in materia di regime patrimoniale della famiglia, inteso in senso lato, mostra come *la materia si riveli interdisciplinare*, non solo per la presenza di decisioni in materia sostanziale così come processuale, ma anche per la ricorrente interferenza con materie proprie di rami diversi del diritto civile rispetto al diritto della famiglia, specifica attribuzione della prima sezione della S.C. In conseguenza, riscontrata la loro indubbia rilevanza, si è ritenuto opportuno riportare anche decisioni di tutte le altre sezioni della Corte di cassazione.

### **5.1. Comunione legale dei beni, fondo patrimoniale, donazioni tra coniugi e impresa familiare.**

Si deve senza dubbio richiamare Sez. 1, n. 01429/2018, Di Marzio P., Rv. 646853-01, ove la Corte di legittimità ha statuito che, qualora viga il regime di comunione legale tra coniugi, in virtù dell'art. 177, comma 1, lett. b) c.c., deve escludersi che rientrino nella comunione *de residuo* i frutti dei beni personali di uno dei coniugi in

corso di maturazione, ma non ancora percepiti, al tempo dello scioglimento della comunione legale (nella specie la S.C. ha escluso dalla comunione *de residuo* gli interessi su buoni postali di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, in corso di maturazione al tempo della separazione personale).

La cessione di un immobile di proprietà di coniugi in regime di comunione legale dei beni, e utilizzato per l'esercizio dell'impresa individuale di uno di essi, è soggetta ad IVA, ha deciso la Cassazione. Tale soggezione è assorbente rispetto a quella ad imposta di registro, in quanto, dal punto di vista tributario, la cessione non è un atto plurimo avente ad oggetto singole quote di comune proprietà valutabili separatamente in dipendenza della natura dei soggetti proprietari, ma un atto unitario, rilevante oggettivamente come atto d'impresa, **Sez. 5, n. 03557/2018, Stalla, Rv. 647208-01**.

Il giudice di legittimità ha poi sancito che la realizzazione da parte di uno dei coniugi, senza il consenso dell'altro e su un fondo in comunione legale, di uno o più edifici, costituisce atto eccedente l'ordinaria amministrazione di cui è possibile fare valere l'annullabilità in giudizio (**Sez. 2, n. 04676/2018, Bellini, Rv. 647844-01**).

In tema di IRPEF, la S.C. ha chiarito che la plusvalenza derivante dalla cessione di un'impresa familiare, ove il titolare si sia avvalso, nella propria dichiarazione dei redditi, dell'imposta sostitutiva di cui all'art. 1, del d.lgs. n. 358 del 1997, deve essere interamente imputata allo stesso e non anche ai singoli familiari partecipanti in proporzione della quota (**Sez. 5, n. 05726/2018, Esposito, Rv. 647252-01**).

In materia di rimborsi e restituzioni conseguenti allo scioglimento della comunione legale dei beni tra coniugi, ha sancito la Corte di cassazione, il riconoscimento del debito, operato durante il matrimonio da uno dei coniugi in favore della comunione, non importa una modifica delle convenzioni matrimoniali e non è pertanto richiesta l'adozione della forma dell'atto pubblico (**Sez. 1, n. 07957/2018, Di Marzio P., Rv. 648882-01**).

La Corte di legittimità ha quindi chiarito che, vigendo il regime patrimoniale di comunione legale dei coniugi, il disposto di cui all'art. 184 c.c. (secondo cui gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro, e da questo non convalidati, sono annullabili se riguardano beni immobili o beni mobili elencati nell'art. 2683 c.c.) presuppone l'effettiva autonoma disposizione di un bene comune da parte di uno solo dei coniugi, pertanto non si applica nel caso in cui tutti i contraenti siano a conoscenza della comunione dei

beni tra i coniugi e questi ultimi figurino entrambi nel contratto come venditori, atteso che, in tal caso, il mancato consenso di uno dei due impedisce il sorgere di una valida obbligazione a carico dell'altro (**Sez. 2, n. 08525/2018, Bellini, Rv. 647997-01**).

Il coniuge dell'acquirente di un immobile, che sia rimasto estraneo alla stipulazione dell'atto di compravendita, ha statuito il giudice di legittimità, non è litisconsorte necessario nel giudizio promosso dal venditore per l'accertamento della simulazione del contratto, perché l'inclusione del bene nella comunione legale ai sensi dell'art. 177 c.c. costituisce un effetto *ope legis* dell'efficacia e validità del titolo di acquisto. Nel'affermare il principio enunciato, la S.C. ha confermato che, nel caso di azione di simulazione di contratto di compravendita immobiliare, non sussiste litisconsorzio necessario tra l'acquirente e il coniuge in regime di comunione legale (**Sez. 6-3, n. 11033/2018, Rubino, Rv. 648914-01**).

In tema di assegnazione di alloggi di cooperative edilizie a contributo statale, il momento determinativo dell'acquisto della titolarità dell'immobile da parte del singolo socio, onde stabilire se il bene ricada, o meno, nella comunione legale tra coniugi, ha chiarito la S.C., è quello della stipula del contratto di trasferimento del diritto dominicale (contestuale alla convenzione di mutuo individuale), poiché solo con la conclusione di tale negozio il socio acquista, irrevocabilmente, la proprietà dell'alloggio (assumendo, nel contempo, la veste di mutuatario dell'ente erogatore), mentre la semplice qualità di socio, e la correlata "prenotazione", in tale veste, dell'alloggio, si pongono come vicende riconducibili soltanto a diritti di credito nei confronti della cooperativa, inidonei, come tali, a formare oggetto della *communio incidens* familiare (**Sez. 2, n. 13570/2018, Grasso G., Rv. 648770-01**).

In tema di imposta di registro, ai fini del godimento delle agevolazioni cd. "prima casa" da parte di un soggetto coniugato in regime di comunione legale dei beni, la Corte di cassazione ha chiarito che la dichiarazione di cui all'art. 1, nota II bis, lett. b) e c), della Tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, deve essere resa da entrambi i coniugi, anche quello non intervenuto nell'atto (**Sez. 6-5, n. 14326/2018, Luciotti, Rv. 648871-01**).

Qualora una quota di eredità sia stata alienata a persona non facente parte della comunione, che sia però sposata in regime di comunione legale con uno dei coeredi, il giudice di legittimità ha deciso che l'acquirente non può essere considerato soggetto estraneo ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione previsto dall'art. 732 c.c., poiché tale quota rientra automaticamente *ex art. 177 c.c.* nella

suddetta comunione legale e, pertanto, il regime proprietario conseguente alla cessione è identico a quello che sarebbe derivato se il cessionario fosse stato il coniuge coerede (**Sez. 6-2, n. 15271/2018, Criscuolo, Rv. 649214-01**).

In tema di fondo patrimoniale, il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo va ricercato nella relazione esistente tra gli scopi per cui i debiti sono stati contratti ed i bisogni della famiglia, ha sancito la Corte di legittimità, con la conseguenza che l'esecuzione sui beni del fondo o sui frutti di esso può avere luogo qualora la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano inerenza diretta ed immediata con i predetti bisogni (**Sez. 6-3, n. 16176/2018, Scoditti, Rv. 649433-01**).

In tema di imposta di registro e dei relativi benefici per l'acquisto della prima casa, ai fini della fruizione degli stessi, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 118 del 1985, il requisito della residenza nel Comune in cui è ubicato l'immobile va riferito alla famiglia, ha chiarito la S.C., con la conseguenza che, in caso di comunione legale tra coniugi, quel che rileva è che il cespite acquistato sia destinato a residenza familiare, mentre non assume rilievo in senso contrario la circostanza che uno dei coniugi non abbia la residenza anagrafica in tale Comune, e ciò in ogni ipotesi in cui il bene sia divenuto oggetto della comunione ai sensi dell'art. 177 c.c., quindi sia in caso di acquisto separato che congiunto dello stesso (**Sez. 6-5, n. 16604/2018, Luciotti, Rv. 649211-01**).

La Corte di cassazione ha quindi statuito che la comunione legale dei coniugi, in assenza della dichiarazione di dissenso di cui all'art. 228, comma 1, della l. n. 151 del 1975, decorre dal 16 gennaio 1978 e interessa i beni acquistati separatamente nel primo biennio di applicazione della legge stessa – e, dunque, in pendenza del regime transitorio – solo se ancora esistenti, alla scadenza del biennio, nel patrimonio del coniuge che li ha acquistati (**Sez. 2, n. 20969/2018, Tedesco, Rv. 650026-01**).

Il giudice di legittimità ha chiarito che, in tema di riscossione coattiva, l'iscrizione ipotecaria di cui all'art. 77 del d.P.R. n. 602 del 1973, è ammissibile anche sui beni facenti parte di un fondo patrimoniale alle condizioni indicate dall'art. 170 c.c., sicché è legittima solo se l'obbligazione tributaria (nella specie, per sanzioni amministrative per violazione del codice della strada e per omesso pagamento di tributi) sia strumentale ai bisogni della famiglia o se il titolare del credito non ne conosceva l'estraneità a tali bisogni, gravando in capo al debitore opponente l'onere della prova non solo

della regolare costituzione del fondo patrimoniale, e della sua opponibilità al creditore precedente, ma anche della circostanza che il debito sia stato contratto per scopi estranei alle necessità familiari, avuto riguardo al fatto generatore dell'obbligazione ed a prescindere dalla natura della stessa (**Sez. 3, n. 20998/2018, Di Florio, Rv. 650445-01**).

La donazione del bene, effettuata da parte di uno solo dei coniugi in regime di comunione legale, è invalida, ha statuito la Corte di legittimità, ai sensi dell'art. 184 c.c., previsione specifica e tendenzialmente onnicomprensiva che commina la sanzione dell'annullabilità a tutti gli atti dispositivi compiuti senza il consenso o in assenza di convalida, atti nel cui novero rientra anche la donazione avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati (**Sez. 2, n. 21503/2018, Criscuolo, Rv. 650316-01**).

L'attività con la quale il marito fornisce il denaro affinché la moglie divenga con lui comproprietaria di un immobile, ha deciso la S.C., è riconducibile nell'ambito della donazione indiretta, così come sono ad essa riconducibili, finché dura il matrimonio, i conferimenti patrimoniali eseguiti spontaneamente dal donante, volti a finanziare lavori nell'immobile, giacché tali conferimenti hanno la stessa causa della donazione indiretta. Tuttavia, dopo la separazione personale dei coniugi, analoga finalità non può automaticamente attribuirsi ai pagamenti fatti dal marito o alle spese sostenute per l'immobile in comproprietà, poiché in tale ultimo caso non può ritenersi più sussistente la finalità di liberalità e tali spese dovranno considerarsi sostenute da uno dei comproprietari in regime di comunione, con l'applicazione delle regole ordinarie ad essa relative. Conseguentemente, il coniuge comproprietario potrà ripetere il 50% delle spese che ha sostenuto per la conservazione ed il miglioramento della cosa comune, purché abbia avvisato preliminarmente l'altro comproprietario e purché questi, a fronte di un intervento necessario, sia rimasto inerte (**Sez. 3, n. 24160/2018, Rubino, Rv. 651128-01**).

Nella stessa decisione la Corte di cassazione ha chiarito che al credito vantato da un coniuge separato nei confronti dell'altro per la restituzione di somme pagate per spese relative ad un immobile in comproprietà con l'altro coniuge, non si applica la sospensione della prescrizione *ex art. 2941, n. 1, c.c.*, dovendo prevalere sul criterio ermeneutico letterale un'interpretazione conforme alla *ratio legis*, da individuarsi, tenuto conto dell'evoluzione della normativa e della coscienza sociale e, quindi, della valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto alla conservazione dell'unità familiare e della tendenziale equiparazione del regime di

prescrizione dei diritti post-matrimoniali e delle azioni esercitate tra coniugi separati. Nel regime di separazione, infatti, non può ritenersi sussistente la riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, collegata al timore di turbare l'armonia familiare, poiché è già subentrata una crisi conclamata e sono già state esperite le relative azioni giudiziarie, con la conseguente cessazione della convivenza (**Sez. 3, n. 24160/2018, Rubino, Rv. 651128-02**).

Secondo **Sez. 2, n. 25754/2018, Abete, Rv. 650834-01**, vigendo il regime patrimoniale della comunione legale tra i coniugi, l'atto di straordinaria amministrazione costituito dal conferimento *ex art. 2253 c.c.* di un bene immobile in società personale, posto in essere da un coniuge senza la partecipazione o il consenso dell'altro, è soggetto alla disciplina dell'art. 184, comma 1, c.c., e non è pertanto inefficace nei confronti della comunione, ma solamente esposto all'azione di annullamento da parte del coniuge non consenziente nel breve termine prescrizione entro cui è ristretto l'esercizio di tale azione, decorrente dalla conoscenza effettiva dell'atto ovvero, in via sussidiaria, dalla trascrizione o dallo scioglimento della comunione; ne consegue che, finché l'azione di annullamento non venga proposta, l'atto è produttivo di effetti nei confronti dei terzi (nella specie, la S.C. ha riconosciuto la persistente efficacia dell'atto di conferimento del locale commerciale conteso, compiuto dal coniuge in favore di una società in nome collettivo, all'atto della sua regolarizzazione, senza la partecipazione della moglie, poiché quest'ultima non aveva esercitato l'azione di annullamento nel termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 184 c.c., decorrente dal decesso del coniuge e dal conseguente scioglimento della comunione legale).

**Sez. 2, n. 27412/2018, Carrato, Rv. 651027-01**, ha inoltre statuito che il 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, e la cui operatività può essere esclusa soltanto da una specifica pattuizione tra le parti o da una altrettanto specifica disposizione di legge, non trova deroga nella disciplina della comunione legale tra coniugi, poiché 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. Ne consegue 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 in virtù dei principi generali in materia di accessione, spettando al coniuge non proprietario che abbia contribuito all'onere della costruzione il diritto di ripetere nei confronti dell'altro le somme spese, ai sensi dell'art. 2033 c.c.

In tema di impresa familiare, **Sez. L, n. 27966/2018, Arienzo, Rv. 651053-01**, ha deciso che il partecipante che agisce per ottenere la propria quota di utili ha l'onere di provare la consistenza del patrimonio aziendale e la quota astratta della propria partecipazione, potendo a tal fine ricorrere anche a presunzioni semplici, tra cui la predeterminazione delle quote operata a fini fiscali, mentre sul familiare esercente l'impresa grava l'onere di fornire la prova contraria rispetto alle eventuali presunzioni semplici, nonché dimostrare il pagamento degli utili spettanti *pro quota* a ciascun partecipante.

Infine, **Sez. 2, n. 33546/2018, Dongiacomo, Rv. 651983-01**, ha affermato che l'usufrutto acquistato da entrambi i coniugi permane, nella sua interezza e senza quota, nella comunione legale fra loro esistente fino allo scioglimento della stessa, allorquando cade in comunione ordinaria fra i medesimi coniugi, che divengono contitolari di tale diritto, ciascuno per la propria quota, fino alla sua naturale estinzione. Tuttavia, ove la cessazione della comunione legale avvenga per effetto del decesso di uno dei coniugi, la quota di usufrutto spettante a quest'ultimo si estingue, non potendo avere durata superiore alla vita del suo titolare, salvo che il titolo non abbia previsto il suo accrescimento in favore del coniuge più longevo.

## 5.2. Comunione legale dei beni e processo.

In materia processuale, e con riferimento al giudizio coinvolgente coniugi in comunione legale dei beni, **Sez. 2, n. 26631/2018, Criscuolo, Rv. 650787-01** ha sancito che nell'ipotesi in cui il coniuge, litisconsorte necessario pretermesso, intervenga volontariamente in appello, accettando la causa nello stato in cui si trova, e nessuna delle altre parti resti privata di facoltà processuali non già altrimenti pregiudicate, il giudice di appello non può rilevare d'ufficio il difetto di contraddittorio, né è tenuto a rimettere la causa al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., ma deve trattenerla e decidere sul gravame, risultando altrimenti violato il principio fondamentale della ragionevole durata del processo, il quale impone al giudice di impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione della controversia (nella specie, in un caso

in cui al processo di primo grado, intentato dal promissario acquirente di un immobile ex art. 2932 c.c., non aveva partecipato il coniuge in regime di comunione legale, che era poi intervenuto volontariamente in appello senza eccepire alcunché, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale il giudice di secondo grado aveva dichiarato nullo il giudizio di primo grado e rimesso la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c.).

## 6. Il mantenimento dei figli.

Di sicura rilevanza sono risultate le pronunce della Corte di cassazione in materia di mantenimento dei figli nell'anno 2018. La S.C. ha avuto modo di confermare, ad esempio, la propria giurisprudenza secondo cui *non è necessario il previo concerto dei genitori separati in materia di spese straordinarie per il figlio*, quando non si tratti di esborsi che si collegano alle decisioni di “maggior interesse” per il figlio stesso, perché solo in questo caso la legge prevede possa chiedersi al giudice di valutare la vicenda. La Corte di legittimità ha poi chiarito che le somme corrisposte a titolo di assegno di mantenimento per la prole non sono suscettibili di compensazione o ripetizione, perché hanno natura “sostanzialmente alimentare”. La delicatezza dell'istituto del mantenimento del minore induce ad auspicare che il giudice di legittimità abbia presto occasione di meglio definire il concetto espresso, chiarendo anche se la funzione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli sia soltanto (e non “sostanzialmente”) assistenziale, oppure se al contributo economico possa riconoscersi una pluralità di funzioni, sulla falsariga di quanto deciso dalle Sezioni Unite in materia di assegno per il mantenimento dell'*ex coniuge*, approfondendo anche le conseguenze dell'opzione prescelta.

Un particolare rilievo agli obblighi di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli è dato da **Sez. 3, n. 02675/2018, Di Florio, Rv. 647937-01**, ove la S.C. ha spiegato, in tema di responsabilità del medico per erronea diagnosi concernente il feto e conseguente nascita indesiderata, che il risarcimento dei danni, i quali costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della struttura sanitaria all'obbligazione di natura contrattuale gravante sulla stessa, spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sulla procreazione cosciente e responsabile, considerando che, agli effetti negativi della condotta del medico ed alla responsabilità della struttura ove egli opera non può ritenersi



estraneo il padre che deve, perciò, considerarsi tra i soggetti “protetti” e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta è qualificabile come inadempimento, con il correlato diritto al risarcimento dei conseguenti danni, immediati e diretti, fra cui deve ricomprendersi il pregiudizio patrimoniale derivante dai doveri di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli (nella specie, era stato eseguito in maniera erronea un intervento di raschiamento uterino in seguito ad una non corretta diagnosi di aborto interno, accertata dopo la ventunesima settimana e, quindi, oltre il termine previsto dalla l. n. 194 del 22 maggio 1978, con la conseguenza che la gravidanza era proseguita e si era conclusa con la nascita indesiderata di una bambina).

**Sez. 6-1, n. 04811/2018, Nazzicone, Rv. 647894-01**, ha poi chiarito che, a seguito della separazione personale dei coniugi, nel quantificare l’ammontare del contributo dovuto dal genitore non collocatario per il mantenimento del figlio minore, deve osservarsi il principio di proporzionalità, che richiede una valutazione comparata dei redditi di entrambi i genitori, oltre alla considerazione delle esigenze attuali del figlio e del tenore di vita da lui goduto (nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della corte d’appello per non aver effettuato un’adeguata indagine circa le risorse patrimoniali e reddituali di ciascuno dei genitori, ed avere pure espressamente trascurato la maggiore capacità patrimoniale del padre, comunque accertata nel caso concreto).

La dichiarazione di cessazione dell’obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti, ha confermato il giudice di legittimità, deve trovare fondamento in un accertamento di fatto che abbia riguardo all’età, all’effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all’impegno rivolto verso la ricerca di un’occupazione lavorativa nonché, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta, dal raggiungimento della maggiore età, da parte dell’avente diritto (**Sez. 6-1, n. 05088/2018, Acierno, Rv. 648569-01**).

**Sez. L, n. 09237/2018, Mancino, Rv. 648627-01**, ha poi spiegato che, in caso di morte del pensionato, il figlio superstite ha diritto alla pensione di reversibilità, ove maggiorenne, se riconosciuto inabile al lavoro e a carico del genitore al momento del decesso di questi, laddove il requisito della “vivenza a carico”, se non si identifica indissolubilmente con lo stato di convivenza né con una situazione di totale soggezione finanziaria del soggetto inabile, va considerato con particolare rigore, essendo necessario dimostrare che il genitore provvedeva, in via continuativa e in misura quanto

meno prevalente, al mantenimento del figlio inabile; tale accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e, pertanto, incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non provato il requisito della vivenza a carico del defunto padre di una figlia, e riconosciuto la pensione di reversibilità solo alla vedova).

**Sez. 6-3, n. 11689/2018, Rubino, Rv. 648702-01** ha inoltre statuito che il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, in regime di separazione, comporta la non operatività della compensazione del suo importo con altri crediti (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la compensazione tra credito per spese di lite e credito derivante dal mancato pagamento di ratei dell'assegno di mantenimento cumulativamente dovuto per l'ex moglie e le figlie).

L'obbligo di mantenimento dei figli minori *ex art.* 148 c.c. spetta primariamente e integralmente ai loro genitori, ha confermato la Corte di legittimità sicché, se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l'altro, nel preminente interesse dei figli, deve far fronte per intero alle esigenze della prole con tutte le sue sostanze patrimoniali e sfruttando tutta la propria capacità di lavoro, salva la possibilità di convenire in giudizio l'inadempiente per ottenere un contributo proporzionale alle condizioni economiche globali di costui. Pertanto, l'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli – che investe contemporaneamente tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi i genitori – va inteso non solo nel senso che l'obbligazione degli ascendenti è subordinata e, quindi, sussidiaria rispetto a quella, primaria, dei genitori, ma anche nel senso che agli ascendenti non ci si possa rivolgere per un aiuto economico per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli; così come il diritto agli alimenti *ex art.* 433 c.c., legato alla prova dello stato di bisogno e dell'impossibilità di reperire attività lavorativa, sorge solo qualora i genitori non siano in grado di adempiere al loro diretto e personale obbligo (**Sez. 6-1, n. 10419/2018, De Chiara, Rv. 648281-01**).

In tema di rimborso delle spese straordinarie sostenute nell'interesse dei figli minori, ha deciso la Cassazione, il genitore collocatario non è tenuto a concordare preventivamente e ad informare l'altro genitore di tutte le scelte dalle quali derivino tali spese, poiché l'art. 155, comma 3, c.c. (oggi art. 337 *ter* c.c.) consente a ciascuno dei coniugi di intervenire nelle determinazioni concernenti

i figli soltanto in relazione “alle decisioni di maggiore interesse”, mentre, al di fuori di tali casi, il genitore non collocatario è tenuto al rimborso delle spese straordinarie, salvo che non abbia tempestivamente addotto validi motivi di dissenso (**Sez. 6-1, n. 15240/2018, Mercolino, Rv. 649330-01**).

In tema di contributo al mantenimento dei figli minori nel giudizio di separazione o divorzio, è legittima l’acquisizione, da parte della corte d’appello, di una relazione investigativa sulle condizioni reddituali di una parte, prodotta per la prima volta insieme con la comparsa conclusionale del secondo grado del giudizio, ha ritenuto la Corte di legittimità, poiché la tutela degli interessi morali e materiali della prole è sottratta all’iniziativa ed alla disponibilità delle parti, ed è sempre riconosciuto al giudice il potere di adottare d’ufficio, in ogni stato e grado del giudizio di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli, e di esercitare, in deroga alle regole generali sull’onere della prova, i poteri istruttori officiosi necessari alla conoscenza della condizione economica e reddituale delle parti (**Sez. 1, n. 21178/2018, Di Marzio P., Rv. 650230-01**).

La stessa Corte ha ribadito che l’obbligo di mantenere il figlio non cessa automaticamente con il raggiungimento della maggiore età, ma si protrae, qualora questi, senza sua colpa, divenuto maggiorenne, sia tuttavia ancora dipendente dai genitori. In tale ipotesi, il coniuge separato o divorziato, già affidatario è legittimato, *iure proprio* (ed in via concorrente con la diversa legittimazione del figlio, che trova fondamento nella titolarità, in capo a quest’ultimo, del diritto al mantenimento), ad ottenere dall’altro coniuge un contributo per il mantenimento del figlio maggiorenne. Pertanto, non potendosi ravvisare nel caso in esame una ipotesi di solidarietà attiva (che, a differenza di quella passiva, non si presume), in assenza di un titolo, come di una disposizione normativa che lo consentano, la eventuale rinuncia del figlio al mantenimento, anche a prescindere dalla sua invalidità, dovuta alla indisponibilità del relativo diritto, che può essere disconosciuto solo in sede di procedura *ex art. 710 c.p.c.*, non potrebbe in nessun caso spiegare effetto sulla posizione giuridico-soggettiva del genitore affidatario quale autonomo destinatario dell’assegno (**Sez. 1, n. 32529/2018, Tricomi L., Rv. 651936-01**).

Infine, la S.C. ha chiarito che la transazione con la quale la madre abbia rinunciato al credito per il rimborso, da parte del padre, delle spese anticipate per il mantenimento del figlio minore, con lei convivente, riferite al periodo precedente la proposizione del ricorso, non è affetta da nullità, trattandosi di un credito entrato a far parte

del suo patrimonio e, dunque, non (più) qualificabile come indisponibile (**Sez. 1, n. 16860/2018, Caiazzo, Rv. 649785-01**).

## **7. Il destino della casa familiare nello scioglimento della coppia.**

Le pronunce della S.C. in materia di assegnazione della casa familiare, negli ultimi anni, sono altrettanto numerose quanto le sentenze che affrontano i problemi del mantenimento dei figli. Le questioni più complesse, si è confermato nell'anno 2018, sembrano essere rappresentate dalla *necessità di assicurare un'adeguata tutela sia alle esigenze dei figli*, in considerazione delle quali la casa è stata assegnata al genitore loro collocatario in occasione della separazione dei genitori, *sia ai diritti acquisiti da terzi sull'immobile*. La lettura delle statuizioni dell'anno consente di evidenziare che si registra qualche incertezza in ordine ad un principio che pareva consolidato, quello secondo cui il provvedimento di assegnazione della casa familiare è opponibile, nei limiti del novennio, al terzo acquirente dell'immobile, anche se non trascritto affatto. Qualora dovesse essere definitivamente riaffermato, peraltro, questo principio dovrebbe anche coordinarsi con l'orientamento espresso dalla Corte di legittimità (e sinora non smentito), secondo cui, in materia di assegnazione della casa familiare, l'art. 155 *quater* c.c. (applicabile *ratione temporis*), laddove prevede che «*il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'art. 2643*» c.c., andrebbe interpretato nel senso che entrambi non hanno effetto riguardo al creditore ipotecario che abbia acquistato il suo diritto sull'immobile in base ad un atto iscritto anteriormente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione, il quale perciò può far vendere coattivamente l'immobile come libero (Sez. 3, n. 07776/2016, Barreca, Rv. 639499-01).

In particolare, **Sez. 1, n. 00772/2018, Iofrida, Rv. 647226-01**, ha ritenuto che il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge collocatario della prole, immediatamente trascritto (sia in ipotesi di separazione dei coniugi che di divorzio), è opponibile al terzo successivo acquirente del bene, atteggiandosi a vincolo di destinazione, estraneo alla categoria degli obblighi di mantenimento e collegato all'interesse superiore dei figli a conservare il proprio *habitat* domestico. Ne deriva che il diritto di abitazione non può ritenersi venuto meno per effetto della morte del coniuge, trattandosi di diritto di godimento *sui generis*, suscettibile di estinguersi soltanto per il venir meno dei presupposti che hanno giustificato il

relativo provvedimento o a seguito dell'accertamento delle circostanze di cui all'art. 337 *sexies* c.c., legittimanti una sua revoca giudiziale (nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia di merito, che aveva rigettato la domanda di rilascio della casa familiare, avanzata nei confronti del coniuge assegnatario da un terzo, il quale, avendo acquistato l'intero immobile dopo il provvedimento di assegnazione, sosteneva il travolgimento di quest'ultimo in virtù del sopravvenuto decesso dell'altro coniuge, suo dante causa).

La Corte di cassazione ha anche deciso che il provvedimento di assegnazione della casa familiare al coniuge (o al convivente) affidatario di figli minori (o maggiorenni non autosufficienti senza loro colpa) è opponibile – nei limiti del novennio, ove non trascritto, o anche oltre il novennio, ove trascritto – anche al terzo acquirente dell'immobile solo finché perduri l'efficacia della pronuncia giudiziale, sicché l'insussistenza del diritto personale di godimento sul bene – di regola, perché la prole sia stata *ab origine*, o sia successivamente divenuta, maggiorenne ed economicamente autosufficiente o versi in colpa per il mancato raggiungimento dell'indipendenza economica – legittima il terzo acquirente a proporre un'ordinaria azione di accertamento al fine di conseguire la declaratoria di inefficacia del titolo e la condanna dell'occupante al pagamento di una indennità di occupazione illegittima (**Sez. 2, n. 01744/2018, Sabato, Rv. 647785-01**).

Nella medesima decisione il giudice di legittimità ha poi precisato che in tema di separazione personale dei coniugi e affidamento della casa familiare, al di fuori di casi specifici di affidamento condiviso, in assenza di disposizioni di legge impositive di un litisconsorzio necessario, l'azione del proprietario volta a ottenere il rilascio del proprio immobile gravato da un mero diritto atipico di godimento, previo accertamento dell'inefficacia di quest'ultimo, non afferisce ad alcun rapporto sostanziale plurisoggettivo tale da necessitare il litisconsorzio, per cui la relativa azione va proposta solo nei confronti del coniuge che occupi l'immobile (**Sez. 2, n. 01744/2018, Sabato, Rv. 647785-02**).

Ancora nella stessa sentenza, la S.C. ha pure specificato che in tema di separazione personale dei coniugi e affidamento della casa familiare, la proposizione della domanda di accertamento del terzo, estraneo alla gestione della crisi della famiglia o della convivenza, non soffre i limiti temporali di proponibilità connessi alle procedure per la gestione di tale crisi, dovendo ritenersi ipotizzabile una contestazione da parte del terzo anche della mancanza originaria dei presupposti per l'assegnazione della casa, come nelle ipotesi di

assegnazione in pregiudizio al terzo (ad es. abitazione non adibita a residenza familiare, o simulazione di esigenze di studio di figli maggiorenni). La non riconducibilità dell'azione agli schemi processuali dettati per la revisione delle condizioni di separazione e divorzio determina la possibilità di cumulare oltre alla domanda di accertamento dell'insussistenza originaria o sopravvenuta delle condizioni di assegnazione anche quelle di consegna dell'immobile, di condanna al pagamento dell'indennità di occupazione, ed eventualmente di risarcimento dei danni (**Sez. 2, n. 01744/2018, Sabato, Rv. 647785-03**).

Infine, sempre nella medesima decisione la Corte di cassazione ha statuito che, in caso di azione proposta dal terzo per l'accertamento dell'inefficacia dell'assegnazione della casa familiare o della convivenza per assenza dei presupposti, la spettanza di un'indennità per l'occupazione illegittima decorre dal verificarsi della mora restitutoria, mediante intimazione o richiesta, oppure, in mancanza, dalla domanda giudiziale, **Sez. 2, n. 01744/2018, Sabato, Rv. 647785-04**.

La Corte di legittimità ha pure confermato che il provvedimento di assegnazione della casa coniugale in sede di divorzio, come desumibile dall'art. 6, comma 6, della legge n. 898 del 1970 – analogamente a quanto previsto, in materia di separazione, dagli artt. 155 e, poi, 155 *quater* c.c., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, ed ora 337 *sexies* c.c., introdotto dall'art. 55 del d.lgs. n. 154 del 2013 – è subordinato alla presenza di figli, minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, conviventi con i genitori, spiegando che tale *ratio* protettiva, che tutela l'interesse dei figli a permanere nell'ambito domestico in cui sono cresciuti, non è configurabile in presenza di figli economicamente autosufficienti, sebbene ancora conviventi, verso cui non sussiste alcuna esigenza di speciale protezione (**Sez. 6-1, n. 03015/2018, Lamorgese, Rv. 647338-01**).

L'alloggio assegnato in concessione, a titolo oneroso, ad un impiegato civile dello Stato, a norma dell'art. 3 della l. n. 329 del 1949, ha spiegato il giudice di legittimità, è qualificabile come “casa familiare”, in quanto viene ceduto, ancorché in correlazione con le prestazioni lavorative, al fine di soddisfare le esigenze abitative del dipendente pubblico e dei componenti della sua famiglia. Detto alloggio, pertanto, in caso di separazione personale, può essere attribuito, anziché al concessionario, all'altro coniuge affidatario della prole, ai sensi dell'art. 155, comma 4, c.c., *ratione temporis* applicabile; su quest'ultimo graveranno, in caso di cessazione del rapporto concessorio, gli obblighi inerenti all'occupante, quali quello di

pagamento del corrispettivo convenuto per l'utilizzo dell'alloggio, salvo il maggior danno, ai sensi dell'art. 1591 c.c. (**Sez. 1, n. 05575/2018, Sambito, Rv. 647751-01**).

**Sez. 6-3, n. 17332/2018, Cirillo, Rv. 650236-01** ha inoltre chiarito che, in caso di comodato di bene immobile stipulato senza determinazione di termine, l'onere di provarne la destinazione a casa familiare, e la persistenza della predetta destinazione alla domanda di rilascio, grava sul comodatario (nella specie la S.C. ha cassato la sentenza che aveva ritenuto onerati i comodanti dell'onere della prova di dimostrare l'insussistenza di vincoli di destinazione).

La casa familiare deve comunque essere assegnata tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli minorenni e dei figli maggiorenni non autosufficienti a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, per garantire il mantenimento delle loro consuetudini di vita e delle relazioni sociali che in tale ambiente si sono radicate, ha ribadito la S.C., sicché è estranea a tale decisione ogni valutazione relativa alla ponderazione tra interessi di natura solo economica dei coniugi o dei figli, ove in tali valutazioni non entrino in gioco le esigenze della prole di rimanere nel quotidiano ambiente domestico, e ciò sia ai sensi del previgente articolo 155 *quater* c.c., che dell'attuale art. 337 *sexies* c.c. (**Sez. 1, n. 25604/2018, Iofrida, Rv. 650826-01**).

**Sez. 6-1, n. 32231/2018, Sambito, Rv. 651826-02** ha confermato che il godimento della casa familiare a seguito della separazione dei genitori (anche se non uniti in matrimonio), ai sensi dell'art. 337 *sexies* c.c. è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli, occorrendo soddisfare l'esigenza di assicurare loro la conservazione dell'*habitat* domestico, da intendersi come il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare, e la casa può perciò essere assegnata al genitore, collocatario del minore, che pur se ne sia allontanato prima della introduzione del giudizio (nella specie la S.C., nel ribadire il principio, ha assegnato la casa familiare alla madre, collocataria del figlio di età minore, reputando non ostativa la circostanza che la donna si fosse allontanata dalla casa in conseguenza della crisi nei rapporti con il padre del bambino, e non attribuendo rilievo al tempo trascorso dall'allontanamento, dipeso dalla lunghezza del processo, che non può ritorcersi in pregiudizio dell'interesse del minore).

## 8. Il sepolcro gentilizio.

In materia, assume particolare rilievo **Sez. U, n. 17122/2018, Manna, Rv. 649495-01**. Le Sezioni Unite hanno infatti chiarito che, nel sepolcro ereditario, lo *ius sepulchri* si trasmette nei modi ordinari, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, come qualsiasi altro diritto, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia, mentre in quello gentilizio o familiare – tale dovendosi presumere il sepolcro, in caso di dubbio – lo *ius sepulchri* è attribuito, in base alla volontà del testatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari di esso, acquistandosi dal singolo *iure proprio* sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, *iure sanguinis* e non *iure successionis*, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari, caratterizzata da intrasmissibilità del diritto, per atto tra vivi o *mortis causa*, imprescrittibilità e irrinunciabilità. Tale diritto di sepolcro si trasforma in ereditario con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione *mortis causa* (nella specie, le Sezioni Unite hanno ritenuto che il diritto di sepolcro, contemplato nella scheda testamentaria, andasse qualificato come gentilizio poiché il testatore aveva in esso espresso la volontà che la tomba ospitasse l'intera famiglia dei cugini, se essi l'avessero voluto, sicché la ricorrente ne era divenuta titolare ancorché non erede).

## 9. La protezione dei soggetti bisognosi.

Nell'anno 2018 è proseguito lo sforzo della Corte di cassazione volto alla ricerca delle migliori forme di protezione dei soggetti bisognosi, specie attraverso ulteriori contributi alla precisazione dei caratteri dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. In tal senso appare di grande rilievo l'affermazione contenuta in una delle massime di seguito riportate, con la quale la Corte di legittimità ha definitivamente chiarito che l'amministrazione di sostegno può essere disposta anche per esclusivo fine di cura della persona dell'amministrato, sebbene egli non disponga di alcun patrimonio che l'amministratore sia chiamato a gestire. Un principio che sembra meritevole di segnalazione ha riguardato pure l'interdetto, riconosciuto dalla S.C. legittimato, servendosi degli uffici del tutore,



a promuovere il proprio giudizio di separazione personale dei coniugi.

Nella valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate, ha chiarito il giudice di legittimità, il dettato di cui all'art. 2, comma 6, del d. lgs. n. 109 del 1998 – il quale espressamente esclude modifiche alla disciplina relativa ai soggetti tenuti alla prestazione degli alimenti ai sensi dell'art. 433 c.c., o interpretazioni che attribuiscono agli enti erogatori le facoltà di cui all'art. 438, comma 1, c.c., nei confronti dei componenti del nucleo familiare – non consente di ritenere che la provvidenza richiesta (nella specie il pagamento di una quota della retta di ricovero di persona in amministrazione di sostegno) non operi se ci sono soggetti tenuti alla prestazione alimentare, atteso che la stessa disposizione si occupa della posizione dei familiari nei commi precedenti (**Sez. 3, n. 03024/2018, Frasca, Rv. 647942-01**).

Il ricorso per cassazione avverso il decreto emesso dalla corte d'appello, all'esito del reclamo su un provvedimento reso dal giudice tutelare in tema di autorizzazione alla riscossione di somme capitali, ai sensi dell'art. 374, comma 1, n. 2) c.c., da parte del beneficiario di amministrazione di sostegno, è inammissibile, ha confermato la S.C., dovendosi limitare la facoltà di ricorso ex art. 720 *bis*, ultimo comma, c.p.c., ai soli decreti di carattere decisorio, assimilabili alle sentenze di interdizione od inabilitazione, senza estensione a quelli aventi carattere gestorio (**Sez. 6-1, n. 03493/2018, Acierno, Rv. 647369-01**).

La generica, e peraltro del tutto soggettiva, valutazione di incapacità del soggetto di provvedere ai propri interessi, e la sua condizione di analfabetismo, ha deciso la Corte di legittimità, non giustificano l'adozione di nessuna misura limitatrice della sfera di autonomia della persona, neppure l'amministrazione di sostegno, che ha quali presupposti l'infermità o la menomazione fisica o psichica della persona, oggettivamente verificabili, che determinino l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere alla cura dei propri interessi (**Sez. 1, n. 04709/2018, De Marzo, Rv. 647741-01**).

Il provvedimento con il quale il giudice tutelare ordina all'amministratore di sostegno di revocare il coadiutore, nominato ai sensi dell'art. 408, comma 4, c.c., ha statuito la S.C., presenta carattere meramente ordinatorio ed amministrativo e, di conseguenza non è assoggettabile ai normali mezzi d'impugnazione, in quanto risulta sempre revocabile e modificabile, diversamente da ciò che si verifica per i provvedimenti che dispongono l'apertura o la chiusura

dell'amministrazione, che hanno 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**).

Analoghi principi sono stati quindi espressi dal giudice di legittimità affermando, ancora in tema di amministrazione di sostegno, che solo i provvedimenti a carattere decisorio che la dispongono, o revocano, sono suscettibili di sindacato in sede di legittimità, e non anche i provvedimenti di designazione o sostituzione dell'amministratore, in quanto aventi natura amministrativa e gestoria (**Sez. 6-1, n. 09839/2018, Acierno, Rv. 648279-01**).

Sempre in materia di amministrazione di sostegno, la Cassazione ha statuito che il giudice tutelare può prevedere d'ufficio *ex artt.* 405, comma 5, nn. 3 e 4, e 407, comma 4, c.c., sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico-fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà. Infatti – esclusa la possibilità di estendere in via analogica l'incapacità di testare, prevista per l'interdetto dall'articolo 591, comma 2, c.c., al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ed escluso che il combinato disposto degli articoli 774, comma 1 e 411, commi 2 e 3, c.c., non consenta di limitare la capacità di donare del beneficiario – la previsione di tali incapacità può risultare strumento di protezione particolarmente efficace per sottrarre il beneficiario a potenziali pressioni e condizionamenti da parte di terzi, rispondendo tale interpretazione alla volontà del legislatore che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, ha voluto realizzare un istituto duttile, e capace di assicurare risposte diversificate e personalizzate in relazione alle differenti esigenze di protezione (**Sez. 1, n. 12460/2018, Mercolino, Rv. 649112-01**).

L'amministrazione di sostegno può essere disposta anche nel caso in cui sussistano soltanto esigenze di cura della persona, senza la necessità di gestire un patrimonio, ha sancito il giudice di legittimità, poiché l'istituto non è finalizzato esclusivamente ad assicurare tutela agli interessi patrimoniali del beneficiario, ma è volto, più in generale, a garantire protezione alle persone fragili in relazione alle effettive esigenze di ciascuna, limitandone nella minor misura possibile la capacità di agire (**Sez. 6-1, n. 19866/2018, Sambito, Rv. 650197-01**).

Con riferimento all'istituto dell'interdizione, la Corte di legittimità ha chiarito che i casi di sospensione della prescrizione sono tassativamente indicati dalla legge e sono insuscettibili di applicazione analogica e di interpretazione estensiva, in quanto il legislatore regola inderogabilmente le cause di sospensione, limitandole a quelle che consistono in veri e propri impedimenti di ordine giuridico, con esclusione degli impedimenti di mero fatto. Ne consegue che la espressa previsione della interdizione per infermità di mente come causa di sospensione impedisce l'estensione della medesima disciplina alla incapacità naturale (**Sez. 6-L, n. 11004/2018, Ghinoy, Rv. 64868-01**).

In argomento, la S.C. ha affermato che sussiste la legittimazione attiva dell'interdetto infermo di mente, tramite il proprio rappresentante legale, a promuovere il giudizio di separazione personale, in applicazione analogica di quanto stabilito dal legislatore, con riferimento al divorzio, all'art. 4, comma 5, d.lgs. 898/70, norma che disciplina espressamente la sola ipotesi in cui l'incapace abbia il ruolo di convenuto. Trattasi di opzione ermeneutica costituzionalmente orientata, volta ad evitare che l'interdetto sia privato in fatto di un diritto personalissimo di particolare rilievo, che la legge attribuisce ad entrambi i coniugi senza disparità di trattamento, nei casi previsti, ed il cui esercizio può rendersi necessario per assicurare l'adeguata protezione del soggetto incapace (**Sez. 1, n. 14669/2018, Cristiano, Rv. 649122-01**).

Nella medesima decisione la Corte di cassazione ha chiarito che il tutore può compiere in nome e per conto dell'interdetto anche un atto personalissimo (sempre che ne sia accertata la conformità alle esigenze di protezione), sicché la designazione di un curatore speciale è necessaria solo nel caso di conflitto di interessi tra il tutore ed il rappresentato, non evincendosi dal sistema una generale e tassativa preclusione al compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del rappresentante legale dell'incapace (**Sez. 1, n. 14669/2018, Cristiano, Rv. 649122-02**).

## 10. Questioni in materia di matrimonio concordatario.

Il perdurante rilievo delle problematiche del matrimonio canonico, cui siano riconosciuti gli effetti civili, è rimasto confermato nell'anno 2018, in cui la S.C. è stata chiamata a confrontarsi con istituti di rara applicazione, come la *trascrizione tardiva del matrimonio canonico*, che assumono però un grande rilievo sistematico. La Corte di cassazione ha avuto anche occasione di sancire che il

riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale comporta la cessazione dell'efficacia delle statuizioni patrimoniali adottate nel corso del giudizio di separazione personale degli stessi coniugi, che pure fossero divenute definitive.

In particolare, la Corte di legittimità ha chiarito che la conoscenza e la non opposizione alla richiesta di trascrizione tardiva del c.d. matrimonio concordatario proposta dall'altro coniuge, di cui all'art. 8, l. n. 121 del 1985, che ha reso esecutivo il c.d. nuovo Concordato tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, devono verificarsi in riferimento al momento in cui la trascrizione è stata richiesta. Qualora la verifica risulti positiva, può precedersi alla trascrizione tardiva, non rilevando la successiva morte del coniuge che non si era opposto, sebbene verificatasi prima che la trascrizione fosse eseguita (**Sez. 1, n. 05894/2018, Nazzicone, Rv. 648250-01**).

Nella stessa decisione, la Corte di cassazione ha precisato che nell'ipotesi di trascrizione del matrimonio canonico, eseguita dall'ufficiale di stato civile su ordine del tribunale, adito con ricorso di un solo nubendo in sede di procedimento camerale, ai sensi degli artt. 95 e 96 del d.P.R. n. 396 del 2000, il soggetto che si ritenga leso da tale trascrizione può agire con l'azione ordinaria di cognizione di cui all'art. 16 della legge n. 847 del 1929, volta all'accertamento della nullità della trascrizione stessa, allorché assuma che questa sia avvenuta in mancanza del consenso integro – espresso o tacito – dell'altro coniuge, da accertare con riguardo al momento in cui fu formulata la richiesta la trascrizione all'ufficiale di stato civile, in origine disattesa (**Sez. 1, n. 05894/2018, Nazzicone, Rv. 648250-02**).

La Corte di legittimità ha chiarito che la pronuncia la quale rende esecutiva nello Stato la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario tra le parti, successiva al passaggio in giudicato della sentenza di separazione, fa venir meno le statuizioni economiche relative al rapporto tra i coniugi in essa previste poiché – a differenza di quanto avviene nel caso di precedente passaggio in giudicato della sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le cui statuizioni in ordine all'assegno divorzile restano efficaci in forza del principio di solidarietà post coniugale – la sentenza di separazione che stabilisce il diritto al mantenimento a favore del coniuge separato trova il suo fondamento nella permanenza del vicolo coniugale e nel dovere di assistenza materiale tra coniugi sicché, venuto meno il vincolo matrimoniale, non possono sopravvivere le statuizioni accessorie dal quale esse dipendono (**Sez. 1, n. 11553/2018, Campese, Rv. 648559-01**).

## 11. Le unioni civili e la l. n. 76 del 2016.

Le unioni civili sono state regolate dalla l. n. 76 del 2016. A due anni di distanza, la giurisprudenza di legittimità non è stata ancora chiamata ad affrontare questioni fondate direttamente sulla nuova disciplina.

In alcune occasioni, è tuttavia accaduto che, alla luce della nuova normativa, la giurisprudenza abbia dovuto riorientare il proprio convincimento.

L'esempio più evidente è quello del matrimonio tra persone dello stesso sesso, celebrato all'estero, di cui venga chiesta la trascrizione nei registri dello stato civile italiano. Sino a pochi anni fa, l'assenza di regolamentazione induceva la S.C. a giudicare tale matrimonio inidoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno, ancorché, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, la diversità di sesso dei nubendi non venisse considerata presupposto "naturalistico" di "esistenza" del matrimonio e dunque non imponesse di collocare il matrimonio *same-sex* nella categoria dell'inesistenza (Sez. 1, n. 04184/2012, Di Palma, Rv. 62177801).

Nel 2018, la Cassazione ha potuto invece affermare che il matrimonio, l'unione civile o altri istituti analoghi costituiti all'estero tra persone dello stesso sesso sono pienamente validi anche in Italia e che anzi le disposizioni della legge n. 76 del 2016 e dei decreti di attuazione n. 5 e n. 7 del 2017 si applicano anche ai vincoli costituiti prima dell'entrata in vigore della predetta disciplina poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 28, della l. n. 76 del 2016, tali norme sono state espressamente formulate per garantire un trattamento giuridico uniforme a situazioni identiche sorte in tempi diversi (Sez. 1, n. 11696/2018, Acierno, Rv. 648562-01).

La sentenza appena citata ha poi precisato che il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero tra un cittadino italiano e uno straniero, ai sensi dell'art. 32 *bis* della l. n. 218 del 1995, può essere trascritto nel nostro ordinamento come unione civile, essendo trascrivibile come matrimonio solo quello contratto all'estero da due cittadini stranieri, escludendo che tale previsione possa essere considerata discriminatoria per ragioni di orientamento sessuale ed in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. La scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti facenti parte del Consiglio d'Europa è infatti rimessa al libero apprezzamento degli Stati membri, purché garantisca a tali unioni uno standard di tutele

coerente con il diritto alla vita familiare *ex art. 8* come interpretato dalla Corte EDU.

Un importante riflesso dell'approvazione della l. n. 76 del 2016 si è avuto anche in materia di adozione. È noto come la nuova disciplina sulle unioni civili non sia intervenuta sulla possibilità che le coppie dello stesso sesso accedano al procedimento di adozione, neppure con riferimento ai figli del partner (cd. adozione coparentale). Essa contiene soltanto, all'art. 1, comma 20, una ambigua disposizione (cd. clausola di equivalenza) la quale, dopo aver esteso al componente dell'unione civile le norme che nell'ordinamento si riferiscono al "coniuge" e aver tuttavia escluso che tale estensione valga anche per le disposizioni di cui alla legge n. 184 del 1983, recita: *«resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti»*.

Sulla scorta di un recente precedente (Sez. 1, n. 12962/2016, Acerno, Rv. 640133-01) e facendo leva sulla citata clausola di equivalenza, Sez. 1, n. 14007/2018, Iofrida, Rv. 649527-02, ha negato che una sentenza straniera di adozione coparentale si ponga in contrasto con l'ordine pubblico, valutato nel superiore interesse del minore (v. più approfonditamente *infra*).

Su un terreno contiguo, va poi segnalata l'ordinanza Sez. 1, n. 04382/2018, Genovese, non massimata, con cui sono state sottoposte alle Sezioni Unite due importanti questioni di massima di particolare importanza riguardanti il delicato tema della maternità surrogata. Il caso riguardava una coppia di sesso maschile, che aveva fatto ricorso a una pratica di maternità surrogata in Canada e che chiedeva il riconoscimento in Italia degli atti stranieri che attribuivano la paternità dei nati a entrambi i componenti della coppia. A seguito del rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile, la questione è giunta davanti alla S.C., che si è chiesta se le normative interne in materia di filiazione, adozione (l. n. 184 del 1983), procreazione medicalmente assistita (l. n. 40 del 2004) e unioni civili (l. n. 76 del 2016), con i loro divieti e con i loro limiti all'autonomia privata in materia di *status*, contengano principi di ordine pubblico e si pongano così come argine alla trascrizione della sentenza straniera di riconoscimento della doppia paternità.

In particolare, la delicatezza della questione (concernente per la prima volta due uomini) e l'omesso riconoscimento esplicito dell'adozione co-parentale nella legge sulle unioni civili hanno indotto la sezione remittente a non prendere posizione e a richiedere il responso delle Sezioni Unite.

## **12. Matrimonio tra persone dello stesso sesso, stato civile e giurisdizione del giudice ordinario.**

Sempre nel 2018 è poi giunta a (provvisoria) conclusione la vicenda, di un certo clamore, relativa al provvedimento prefettizio che aveva annullato l'atto con cui il Sindaco di Roma Capitale aveva disposto nel 2014 la trascrizione nei registri dello stato civile di un matrimonio omosessuale celebrato in Spagna. Dapprima il TAR Lazio aveva considerato la controversia rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario. Tale linea era stata sconfessata dal Consiglio di Stato che, in riforma della sentenza del TAR, aveva affermato la giurisdizione amministrativa e confermato l'annullamento prefettizio.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione (**Sez. U, n. 16957/2018, Petitti, Rv. 649493-01**), adite con ricorso *ex art.* 362 c.p.c., hanno poi cassato la sentenza del Consiglio di Stato, affermando che la questione relativa alla legittimità dell'atto del prefetto che, in forza dei poteri di vigilanza sul sindaco, abbia ordinato all'ufficiale dello stato civile di annullare la trascrizione, nei relativi registri, di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, ritenendolo inesistente per la mancanza del requisito indefettibile della diversità di genere della coppia, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e non a quella amministrativa, poiché la soluzione della controversia comporta l'esame, in via pregiudiziale, quale antecedente logico necessario, della validità nel nostro ordinamento del matrimonio contratto all'estero, che, riguardando una questione di *status ex art.* 8, comma 2, c.p.a. è esclusivamente riservata all'autorità giudiziaria ordinaria.

## **13. Le convivenze di fatto all'indomani della l. n. 76 del 2016.**

Dopo che, per lungo tempo, la regolamentazione della convivenza *more uxorio* e dei suoi effetti era stata affidata a frammenti normativi, interpolati dalle sentenze della Corte costituzionale e dall'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, la l. n. 76 del 2016 ha per la prima volta offerto una compiuta disciplina dei diritti che scaturiscono dalle convivenze di fatto. A due anni di distanza dall'entrata in vigore, tuttavia, la S.C. non ne ha ancora fatta applicazione diretta. Ciò è verosimilmente accaduto per due motivi: da un lato, perché non vi è stato tempo sufficiente perché giungessero al grado di legittimità i contratti di convivenza conclusi *ex art.* 1, comma 50, della l. cit.; dall'altro lato, perché i maggiori

conflitti sorgono alla fine del rapporto di convivenza e nelle primissime pronunce adottate in sede di legittimità ed anche di merito sembra affiorare la tendenza a considerare le norme della l. n. 76 del 2016, che regolano gli effetti della cessazione del rapporto, applicabili alle sole convivenze cessate dopo la sua entrata in vigore (v. ad es. Sez. 3, n. 10377/2017, Olivieri, Rv. 644066-01).

Nel 2018, le decisioni hanno dunque continuato a utilizzare il vecchio strumentario interpretativo.

Tra le pronunce più interessanti vi è senza dubbio Sez. 3, n. 14732/2018, Rubino, Rv. 649049-01. Il caso affrontato riguarda una coppia di conviventi, in cui ciascuno dei *partner* aveva contribuito – conferendo denaro e tempo libero – alla costruzione della dimora comune, che era tuttavia rimasta, dopo la cessazione del rapporto sentimentale, nella proprietà esclusiva di uno dei due, in ragione della proprietà del terreno e del principio dell'accessione. La S.C. ha escluso che tali conferimenti potessero essere considerati una donazione o un'attribuzione spontanea, perché erano stati effettuati in vista della instaurazione della futura convivenza e dunque nell'interesse comune. Ha ritenuto piuttosto che si trattasse di prestazioni che esulavano dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza, concludendo per l'ammissibilità dell'azione generale di arricchimento.

Sugli effetti riflessi dell'instaurazione di un rapporto di convivenza sulla separazione coniugale, merita di essere citata Sez. 1, n. 16982/2018, Lamorgese, Rv. 649674-01, secondo la quale deve presumersi che le disponibilità economiche di ciascuno dei conviventi *more uxorio* siano messe in comune nell'interesse del nuovo nucleo familiare, con la conseguenza che, salva la possibilità di prova contraria, la convivenza stabile e continuativa, intrapresa con un'altra persona dal coniuge separato avente diritto all'assegno di mantenimento, fa cessare in capo all'altro coniuge l'obbligo di corresponsione.

Tra i diritti del convivente di origine costituzionale e sovranazionale vi è anche quello di mantenere rapporti affettivi con i discendenti del *partner*. È per questo che Sez. 1, n. 19780/2018, Valitutti, Rv. 649955-02, ha affermato che, alla luce dei principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., il diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, previsto dall'art. 317 *bis* c.c., cui corrisponde lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c., non va



riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ma anche ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico (v. più approfonditamente *infra*).

Sez. 3, n. 14903/2018, Di Florio, Rv. 649053-01, ha poi ribadito che, in assenza di specificazioni, le norme che fanno riferimento alla convivenza al fine di riconoscere determinati benefici di solidarietà familiare intendono riferirsi alla comunanza di affetti della convivenza *more uxorio*, con esclusione di altri rapporti di lavoro, servizio o ospitalità (il caso riguardava il subentro nell'alloggio di edilizia residenziale pubblica da parte della badante della titolare deceduta).

Altro ambito nel quale la convivenza *more uxorio* ha assunto rilevanza nelle pronunce esaminate, è stato quello della responsabilità civile. Da tempo la S.C. estende alla perdita del rapporto di convivenza i principi affermati in tema di danno da perdita del rapporto parentale. Sez. 3, n. 09178/2018, Rubino, Rv. 648590-01, ha chiarito che, ai fini dell'accertamento dell'esistenza della convivenza – intesa quale legame affettivo stabile e duraturo in virtù del quale siano spontaneamente e volontariamente assunti reciproci impegni di assistenza morale e materiale – i requisiti della gravità, precisione e concordanza degli elementi presuntivi devono essere ricavati dal complesso degli indizi, da valutarsi non atomisticamente ma nel loro insieme e l'uno per mezzo degli altri, nel senso che ognuno, quand'anche singolarmente sfornito di valenza indiziaria, potrebbe rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevolesse completamente.

#### **14. Relazione omosessuale e protezione internazionale (rinvio).**

Per un interessante risvolto della tematica in esame si veda Sez. 6-1, n. 26969/2018, Acierno, Rv. 651511-01, resa in materia di protezione internazionale ed esaminata in modo approfondito nel Capitolo III.

#### **15. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice.**

Da un punto di vista meramente concettuale è semplice distinguere i tra provvedimenti che riguardano l'esercizio della

responsabilità, e dunque attengono al modo in cui la genitorialità si esprime nella relazione con il figlio, e provvedimenti che invece incidono sulla titolarità della responsabilità genitoriale, escludendola o limitandone l'ambito operativo.

I provvedimenti per primi indicati sono quelli che il giudice è chiamato ad adottare con riferimento alla prole, in caso di contrasto tra i genitori su questioni di particolare importanza (art. 316 c.c.) e in tutte le ipotesi in cui cessa la comunione di vita di questi ultimi (art. 337 *bis* c.c.).

Gli altri provvedimenti riguardano invece le ipotesi cui si verifica la violazione dei doveri inerenti alla responsabilità genitoriale in pregiudizio del minore. Quando il pregiudizio è grave, si può arrivare alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.), mentre qualora il comportamento non sia tale da richiedere l'adozione di un rimedio così estremo, o leda un interesse specifico e circoscritto del minore senza implicare un giudizio di totale inaffidabilità del genitore, il giudice può adottare quei provvedimenti che, secondo le circostanze, si mostrano opportuni, comunemente denominati provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale (art. 333 c.c.). Il contenuto di queste ultime statuizioni è affidato alla discrezionalità del giudice, potendo consistere nell'autorizzare il figlio a fare ciò che è gli stato vietato dal genitore o nell'ordinare a quest'ultimo l'adempimento di un obbligo trascurato, ma comprende anche la possibilità di allontanamento del genitore (ove si tratti di genitore che maltratta o abusa del minore) o del figlio dalla residenza familiare (ove sia un vantaggio per quest'ultimo andare a vivere altrove) e la disposizione dell'affidamento familiare.

Da un punto di vista operativo è però difficile delimitare in modo nitido il confine tra l'una e l'altra categoria di provvedimenti, soprattutto quando, nel disciplinare l'esercizio della genitorialità, nei cosiddetti "procedimenti separativi", l'esigenza di tutelare l'interesse del minore imponga l'adozione di misure che, se pur non elidono la responsabilità genitoriale, intervengono pesantemente sul relativo esercizio, fino ad assumere i connotati propri dei provvedimenti limitativi della stessa. E, in effetti, in passato si è verificato spesso che, con riferimento ad una stessa situazione, e in relazione alle stesse parti, si siano incardinati almeno due procedimenti, quello separativo davanti al giudice ordinario e quello sulla responsabilità genitoriale davanti al giudice minorile, con istruttoria distinta e decisioni a volte non coordinate tra loro, se non addirittura in contrasto, e conseguenti incertezze e difficoltà di attuazione.

La l. n. 219 del 2012, nel ridisegnare il riparto delle attribuzioni tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario, ha così introdotto una disposizione che, in presenza di determinati presupposti, prevede una singolare ipotesi di “competenza per attrazione” in favore del giudice ordinario.

Si tratta del novellato art. 38, comma 1, disp. att. c.c., ove, a seguito dell’attribuzione alla competenza del tribunale per i minorenni dei provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335 e 371, ultimo comma, c.c., è precisato che *«Per i procedimenti di cui all’articolo 333 resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni nell’ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti, giudizio di separazione o divorzio o giudizio ai sensi dell’articolo 316 del codice civile; in tale ipotesi per tutta la durata del processo la competenza, anche per i provvedimenti contemplati dalle disposizioni richiamate nel primo periodo, spetta al giudice ordinario.»*

La norma è chiaramente volta a dare attuazione al principio della concentrazione delle tutele, perché consente al tribunale ordinario, adito per statuire sull’affidamento del figlio, di emanare (anche d’ufficio) altri provvedimenti nell’interesse del minore, che incidono sul rapporto con i suoi genitori, nel caso in cui vi sia violazione di doveri o abuso di poteri da parte di uno o di entrambi i genitori, coerentemente a quanto stabilito all’art. 337 *ter*, comma 2, ultima parte, c.c., ove è precisato che il giudice *«adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l’affidamento familiare»*.

Le richieste dei provvedimenti previsti dall’art. 336 c.c. possono comunque essere formulate davanti al tribunale ordinario, in cumulo oggettivo con quelle di separazione o di divorzio (o con quelle di regolamentazione dell’affidamento negli altri giudizi previsti dall’art. 337 *bis* c.c.) e, se proposte separatamente, possono essere riunite a queste ultime, come consentito dagli artt. 40 e 274 c.p.c. (si pensi, ad esempio, alla connessione esistente fra le domande volte a sanzionare gli abusi parentali con quelle di affidamento dei figli o con quelle di addebito della separazione). Ovviamente, come sopra evidenziato, il giudice ordinario può comunque adottare d’ufficio tutti i provvedimenti che ritiene necessari per tutelare la prole.

Tale scelta normativa ha indotto la giurisprudenza ad interrogarsi con maggiore consapevolezza sulla natura dei provvedimenti che vengono volta per volta adottati nel corso dei “procedimenti separativi” e anche sull’incidenza, in termini di disciplina processuale, dell’avvicinamento di tali misure.

Un esempio di tale evoluzione interpretativa è dato dall'orientamento sempre più consolidato della giurisprudenza di legittimità in ordine alla questione dell'impugnabilità mediante ricorso straordinario per cassazione dei provvedimenti assunti in sede di reclamo nei procedimenti *ex art. 336 c.c.*, oramai assimilati, in ordine a tale aspetto, a quelli adottati nei “procedimenti separativi” in tema di affidamento dei minori (v. *infra* il Capitolo dedicato al ricorso straordinario per cassazione).

In tale quadro, assumono particolare rilievo, accanto alle decisioni assunte nel 2018 in tema di provvedimenti e di procedimenti che regolano l'esercizio della responsabilità genitoriale in senso stretto, quelle che hanno esaminato la questione dell'adozione di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale nel corso dei “procedimenti separativi”, ovvero che, sempre in pendenza di tali giudizi, hanno valutato la necessità di nominare un curatore speciale per il minore, come un tempo avveniva soltanto nel corso dei procedimenti disciplinati dall'art. 336 c.c.

Esaminate le decisioni appena menzionate, verranno poi illustrate quelle che hanno riguardato l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 709 *ter c.c.*, la tutela dei rapporti del minore con gli ascendenti e l'adozione di provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale.

## **16. La regolamentazione dell'affidamento (rinvio).**

Per quanto riguarda il contenuto dei provvedimenti relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale adottati all'esito dei procedimenti di cui all'art. 337 *bis c.c.*, si deve rinviare a quanto sopra già illustrato, essendo ormai unitaria la regolamentazione dell'affidamento e delle statuizioni ad esso connesse (collocamento prevalente, modalità di visita, assegnazione della casa familiare), compreso il mantenimento della prole, in tutti i casi di cessazione di comunione di vita dei genitori.

## **17. I provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale nei “procedimenti separativi”.**

In argomento, è di fondamentale importanza Sez. 1, n. 31902/2018, Tricomi L., Rv. 651898-01, ove si precisa che la decisione con la quale l'autorità giudiziaria, in un giudizio disciplinato dall'art. 337 *bis c.c.*, dispone l'affidamento del minore ai servizi

sociali, rientra nella categoria dei provvedimenti convenienti per l'interesse del minore di cui all'art. 333 c.c., trattandosi di una statuizione diretta a superare la condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i genitori, che tuttavia non dà luogo alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex* art. 330 c.c.

Nella stessa pronuncia, la Corte ha aggiunto che tale misura ha natura di atto di giurisdizione non contenziosa e che, anche se non prevede un termine finale, è comunque da ritenersi privo del carattere della definitività, risultando sempre revocabile e reclamabile, secondo il disposto di cui all'art. 333, comma 2, c.c., come pure si desume dalle previsioni generali di cui agli artt. 739 e 742 c.p.c.

La medesima Corte ha così, nella specie, rigettato la censura del ricorrente, che aveva lamentato il carattere definitivo, e non temporaneo, del provvedimento di affidamento del figlio minore ai servizi sociali, in assenza di un termine di cessazione degli effetti, precisando che la previsione di tale termine non era necessaria, poiché la decisione era comunque suscettibile di essere riesaminata in qualsiasi momento.

Per un approfondimento della giurisprudenza sul punto, si deve però rinviare al Capitolo dedicato al ricorso straordinario per cassazione, ove, come già evidenziato, viene delineato l'orientamento, che si va consolidando, in ordine ai requisiti per la revoca e la modifica di tali provvedimenti e alla conseguente decisorietà *rebus sic stantibus* degli stessi.

Sempre in tema di statuizioni sull'affidamento che limitano la responsabilità genitoriale, **Sez. 1, n. 12954/2018, Cristiano, Rv. 649115-01**, ha affermato che il criterio fondamentale, a 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, sicché 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, Piccinini, Rv. 628840-01, ove è stato 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).

## **18. Alcune caratteristiche dei “procedimenti separativi”.**

Assumono, in materia, fondamentale rilievo due pronunce della S.C. che hanno esaminato aspetti importanti di tali tipologie di procedimenti.

### **18.1. La competenza territoriale.**

Si deve prima di tutto menzionare **Sez. 6-1, n. 27741/2018, Sambito, Rv. 651355-01**, ove la Corte di cassazione ha precisato che il procedimento di cui all'art. 337 *ter* c.c., volto all'adozione dei provvedimenti in favore dei figli minori, si instaura nel luogo di residenza abituale di quest'ultimo, inteso come il luogo in cui il minore consolida o potrà consolidare una rete di affetti e relazioni, tali da assicurare un armonico sviluppo psicofisico, sicché, in caso di conflitto positivo di competenza, quest'ultima dovrà radicarsi innanzi al giudice funzionalmente competente, senza fare ricorso al criterio di prevenzione di cui all'art. 39, comma 1, c.p.c.

La Corte ha richiamato in motivazione la propria giurisprudenza (da ultimo, Sez. 6-1, n. 27153/2017, Valitutti, Rv. 646771-01 e Sez. 6-1, n. 21285/2015, Dogliotti, Rv. 637318-01), che ha escluso la possibilità di fare riferimento, ai fini della individuazione del giudice territorialmente competente, alla data della domanda o ad un dato meramente quantitativo – quale la prossimità temporale del trasferimento o la maggior durata del soggiorno – aggiungendo che, soprattutto nei casi di recente trasferimento, è necessaria una prognosi sulla possibilità che la nuova dimora diventi l'effettivo, stabile e duraturo centro di affetti e di interessi del minore, dovendo inoltre accertarsi che il trasferimento non si configuri come mero espediente per sottrarre il minore alla vicinanza dell'altro genitore o alla disciplina generale della competenza territoriale (nella specie, la S.C. ha escluso che potesse qualificarsi luogo di residenza abituale del minore quello dei nonni materni ove la madre, priva di occupazione, aveva trovato precaria ospitalità).

### **18.2. Il ruolo del Pubblico Ministero.**

Come precisato da **Sez. 1, n. 03638/2018, Mercolino, Rv. 647057-01**, nei procedimenti aventi ad oggetto la disciplina

dell'affidamento di minori nati da genitori non coniugati (come pure in quelli di separazione coniugale), il Pubblico Ministero non assume la posizione di parte necessaria, essendo il suo intervento normativamente previsto come obbligatorio ma senza alcun potere, né di iniziativa, né di impugnativa della decisione, sicché la sua mancata partecipazione non comporta una lesione del contraddittorio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, e tale da giustificare la rimessione degli atti al primo giudice *ex art.* 354 c.p.c., ma una semplice nullità rilevabile d'ufficio, che si converte in motivo di gravame.

In motivazione, la Corte ha precisato che le cause tra genitori non coniugati, aventi ad oggetto provvedimenti relativi ai figli non rientravano originariamente tra quelle per le quali l'art. 70 c.p.c. prevedeva l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, prescritto invece per l'adozione dei provvedimenti riguardanti i figli sia in sede di separazione, ai sensi dell'art. 710 c.p.c. (nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 416 del 1992), sia in sede di divorzio, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 898 del 1970 (come modificato dall'art. 13 della l. n. 74 del 1987). Tale lacuna è stata in seguito colmata dall'intervento della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 214 del 1996, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 70 c.p.c., nella parte in cui non prescrive il predetto intervento, osservando che l'art. 30, comma 3, Cost. postula che ai figli nati fuori dal matrimonio sia assicurata tutela eguale a quella attribuita ai figli di genitori sposati, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima, ed escludendo nella specie la sussistenza di ragioni ostative ad una siffatta equiparazione, avuto riguardo alla funzione dell'intervento in questione, consistente nella tutela degli interessi dei figli.

La stessa Corte ha poi rilevato che l'uguaglianza della tutela assicurata ai figli nati fuori del matrimonio ha poi trovato un esplicito riconoscimento nella l. n. 219 del 2012, che, nel completare la parificazione delle rispettive posizioni giuridiche ha disposto, all'art. 1, comma 1, la sostituzione della parola "figli" alle espressioni "figli legittimi" e "figli naturali", ovunque esse ricorrano, aggiungendo però che, a differenza di quanto accade per il giudizio di divorzio, nel quale il Pubblico Ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, quando si tratti di adottare provvedimenti riguardanti i figli minori o incapaci, e può impugnare la sentenza che lo conclude, ai sensi dell'art. 5, comma 5, della l. n. 898 del 1970, nel giudizio di separazione ed in quelli aventi ad oggetto i figli di genitori non coniugati, il Pubblico Ministero non assume la posizione di parte

necessaria, dovendo intervenire, ma senza poteri d’iniziativa, e non potendo impugnare la sentenza, neppure per la parte concernente gli interessi dei figli minori. Da ciò consegue che la mancata partecipazione del Pubblico Ministero non comporta una lesione del contraddittorio, che è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio e giustifica la rimessione degli atti al primo giudice, ma una nullità rilevabile anche d’ufficio, che si converte in motivo di gravame e può essere fatto valere attraverso l’impugnazione della sentenza (cfr., nello stesso senso, Sez. 1, n. 06965/2002, Forte, Rv. 557203-01, con riferimento al solo giudizio di separazione).

### **19. La novità del curatore speciale del minore nei “procedimenti separativi” nei casi di conflittualità che influisce sulla capacità genitoriale.**

Com’è noto, con sentenza n. 185 del 1986 (Corte cost. 14 luglio 1986, n. 185), la Corte costituzionale ha escluso l’illegittimità costituzionale – in riferimento agli artt. 3, commi 1 e 2, 24, comma 2, e 30 Cost. – della omessa previsione della nomina di un curatore speciale per la rappresentanza in giudizio dei figli minori, nei procedimenti contenziosi relativi allo scioglimento (o alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio ed alla separazione dei coniugi, in relazione alle statuizioni sull’affidamento e la visita dei figli, rilevando che la valutazione in ordine al modo e al grado di effettiva tutela in giudizio di determinati interessi è riservata al legislatore, il quale non è vincolato, in tutti i casi di riconosciuti interessi al giudizio o nel giudizio, a prevedere la qualità di parte per i titolari degli stessi interessi.

La Corte costituzionale ha, in particolare, sottolineato che i giudizi di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di separazione personale dei coniugi non attengono né si riflettono, quale che sia il loro esito, sullo stato dei figli, aggiungendo che, nei giudizi che invece attengono allo *status* dei minori (situazioni diverse, rispetto a quelle qui in esame), come ad esempio nel giudizio per il disconoscimento di paternità ed in quello di opposizione al decreto di adottabilità, il legislatore ha previsto la nomina di un rappresentante del minore, e, anche con riguardo all’amministrazione dei beni dei minori (situazione anch’essa diversa, rispetto a quelle qui in esame), ha stabilito la nomina, ai sensi dell’art. 320 c.c., di un curatore speciale, quando sorge conflitto di interessi tra genitori e figli.



In conclusione, secondo la Corte costituzionale, il legislatore non ha ravvisato, nei casi in esame, l'opportunità di istituzionalizzare un conflitto tra genitori e figli, come sarebbe certamente avvenuto con l'attribuzione della qualità di parte ai minori-figli e con la nomina di un curatore per la loro rappresentanza in giudizio, anche se, per le ipotesi di concreta conflittualità, ha apprestato i normali strumenti (ed anche, a volte, la nomina di un curatore speciale) previsti in via generale dal codice civile.

La giurisprudenza di legittimità è rimasta per lungo tempo coerente a tale impostazione ed ha affermato che, nei menzionati procedimenti, i minori non sono parti in senso formale, anche se lo sono in senso sostanziale (e pertanto devono essere ascoltati, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, a meno che non vi siano interessi contrari dei minori stessi). In particolare, si deve richiamare, in motivazione, Sez. U, n. 22238/2009, Forte, Rv. 610007-01, relativa ad un procedimento *ex art.* 710 c.p.c. Negli stessi termini, si è chiaramente pronunciata Sez. 1, n. 07478/2014, Acierno, Rv. 630321-01, con riferimento a un giudizio riguardante l'affidamento e le modalità di visita di un figlio nato fuori del matrimonio. In tutto conforme alla decisione da ultimo menzionata è Sez. 1, n. 8100/2015, Bisogni, non massimata. La stessa posizione è stata da ultimo assunta in un'ordinanza interlocutoria *infra* richiamata (**Sez. 1, n. 06384/2018, Tricomi L., non massimata**).

Si deve però tenere presente che **Sez. 1, n. 11554/2018, Campese, Rv. 648560-01**, ha affermato che, in un procedimento nel quale si discuta dell'affidamento di un minore, la sussistenza del conflitto di interessi tra il figlio e genitori, ai fini della nomina del curatore speciale *ex art.* 78, comma 2, c.p.c. deve essere valutata in concreto, avuto riguardo all'incapacità, anche temporanea, di questi ultimi di tutelare la posizione del figlio, aggiungendo che la sussistenza del conflitto di interessi non si può desumere dalla mera conflittualità interna tra i medesimi genitori, ove risulti la loro piena capacità ed una buona relazione con il minore.

La pronuncia ha riguardato un caso in cui, in un giudizio sull'affidamento di un minore nato fuori del matrimonio, è stato disposto l'affidamento di quest'ultimo al servizio sociale (che, come sopra evidenziato, in un'altra pronuncia la S.C. ha ritenuto trattarsi di un provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale).

La Corte di cassazione – muovendo dal presupposto che la generale previsione contenuta nell'art. 78, comma 2, c.p.c. deve integrarsi, in caso di minori, con gli artt. 3 e 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, nonché con gli artt. 4 e 9 della

Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo – ha affermato che la normativa convenzionale prevede la possibilità che la posizione del minore sia rappresentata autonomamente nei giudizi che lo riguardano (il riferimento è, in particolare, ai procedimenti relativi ad interventi sulla responsabilità genitoriale ed a quelli adottivi, riservando, tuttavia, ai legislatori nazionali di stabilirne le modalità). Ha poi aggiunto che la scelta operata dal legislatore italiano è stata quella di predeterminare alcune peculiari fattispecie, nelle quali è ipotizzabile in astratto, senza dover distinguere caso per caso, il conflitto d'interessi, con conseguente necessità di nomina del curatore speciale, a pena di nullità del procedimento per violazione dei principi costituzionali del giusto processo (cfr., ad esempio, l'art. 244 comma 6, c.c., l'art. 247, commi 2, 3 e 4, c.c., l'art. 248, commi 3 e 5, c.c., l'art. 249, commi 3 e 4, c.c., l'art. art. 264 c.c.) e, poi, di regolare con l'art. 78, comma 2, c.p.c. tutte le altre innominate e concrete ipotesi di conflitto d'interessi potenziale, che possano insorgere nei giudizi riguardanti i diritti dei minori, lasciando al giudice del merito di verificare in concreto l'esistenza di una potenziale situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato.

Quest'ultima pronuncia conferma, per la prima volta in sede di legittimità, un orientamento della giurisprudenza di merito, che già da tempo aveva ritenuto di poter nominare un curatore speciale ai figli minori, nei giudizi instaurati (anche) per regolamentare l'affidamento e la visita dei figli, sia pure in ipotesi davvero eccezionali, ove le parti non risultino in grado di tutelare gli interessi dei loro figli, spesso in conseguenza di una conflittualità così elevata che finisce per pregiudicare la loro capacità di essere genitori.

## **20. Le misure sanzionatorie previste dall'art. 709 *ter* c.p.c.**

Com'è noto, l'articolo 709 *ter* c.p.c. attribuisce al giudice la facoltà di adottare misure sanzionatorie nei confronti del genitore che abbia commesso gravi inadempienze o comunque atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento. Il procedimento può essere avviato nel corso di uno dei processi indicati dall'art. 337 *bis* c.c., ma anche nel caso in cui non sia pendente alcuno di tali giudizi, purchè sia stato adottato un provvedimento che regolamenti l'affidamento dei figli.

È evidente che i provvedimenti in esame sono del tutto distinti da quelli adottati ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c., essendo i primi volti a garantire l'attuazione della regolamentazione dell'affidamento

mediante strumenti di coazione indiretta, mentre i secondi sono destinati ad adottare misure ablatorie o limitative della responsabilità genitoriale.

Le sanzioni che possono essere emanate sono, secondo un criterio di progressiva afflittività: a) l'ammonimento del genitore inadempiente; b-c) la condanna al risarcimento dei danni a carico del genitore inadempiente ed a favore dell'altro genitore o del minore; d) la condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, quantificata nel minimo e nel massimo. Manca una tipizzazione legislativa delle ipotesi nelle quali, a fronte di un determinato inadempimento o comportamento, deve essere adottata una misura piuttosto che l'altra, talché la relativa valutazione è rimessa al potere discrezionale del giudice.

Proprio con riferimento a queste misure, e in particolare alla condanna al pagamento della sanzione amministrativa, **Sez. 1, n. 16980/2018, Lamorgese, Rv. 649673-01**, ha affermato che tale sanzione è suscettibile di essere applicata facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze e di “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”, anche se non è necessario l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'uso della congiunzione disgiuntiva “od” evidenzia che l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata.

## **21. La tutela dei rapporti dei minori con gli ascendenti e i loro conviventi.**

Com'è noto, l'art. 371 *bis*, comma 2, c.c. attribuisce all'ascendente, al quale è impedito l'esercizio del diritto a mantenere rapporti significativi con il minore, di ricorrere al giudice della residenza abituale di quest'ultimo, perché siano adottati i provvedimenti più idonei nell'esclusivo interesse del medesimo. Ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c. la competenza a statuire su tali richieste è del tribunale per i minorenni.

Ai fini di una corretta delimitazione dell'ambito operativo di questa disposizione, si deve senza dubbio menzionare **Sez. 1, n. 19780/2018, Valitutti, Rv. 649955-02**, ove viene precisato che, alla luce dei principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., il diritto degli ascendenti,

azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, previsto dall'art. 317 *bis* c.c., cui corrisponde lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c., non va riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ma anche ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico.

Si deve però tenere presente che, come precisato da **Sez. 6-1, n. 15238/2018, Mercolino, Rv. 649149-01**, il diritto previsto dall'art. 317 *bis* c.c., coerentemente con l'interpretazione dell'articolo 8 CEDU fornita dalla Corte EDU, non ha un carattere incondizionato, perché il suo esercizio è subordinato ad una valutazione del giudice, che deve considerare "l'esclusivo interesse del minore". In questa ottica, la S.C. ha ritenuto che tale interesse sussiste – nel caso in cui i genitori dei minori contestino il diritto dei nonni a mantenere tali rapporti – quando il coinvolgimento degli ascendenti si sostanzia in una fruttuosa cooperazione con i genitori, per l'adempimento dei loro obblighi educativi, in modo tale da contribuire alla realizzazione di un progetto educativo e formativo, volto ad assicurare un sano ed equilibrato sviluppo della personalità del minore.

La Corte di cassazione ha infatti evidenziato, in motivazione, che l'obbligo per le autorità nazionali, derivante dall'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e familiare), non è assoluto, dovendo queste ultime tenere conto degli interessi e dei diritti e delle libertà di tutte le persone interessate, in particolare degli interessi del minore e dei diritti conferiti allo stesso dallo stesso art. 8 CEDU (cfr. Corte EDU, 29 giugno 2004, *Volesky c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 22 novembre 2005, *Reigado Ramos c. Portogallo*).

È per questo che, nella specie, la medesima Corte ha ritenuto che il giudice di merito avesse escluso il coinvolgimento dell'ascendente nell'adempimento degli obblighi educativi e formativi dei genitori con ampia e congrua motivazione, fondata sull'accertata riluttanza dei nipoti ad intrattenere relazioni con il nonno, in conseguenza dell'impressione negativa, suscitata dal comportamento inopportuno ed inquietante di quest'ultimo, solito ad appostarsi nei luoghi da loro frequentati e a seguirli con l'autovettura, nonché dell'incapacità, in tal modo manifestata di

cogliere il disagio dei minori e di far prevalere il loro bisogno di serenità sulla propria esigenza d'interessarsi alla loro vita quotidiana.

Per quanto riguarda la questione dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro il provvedimento della Corte di appello, che statuisca in sede di reclamo nei procedimenti *ex art. 317 bis c.c.*, si rinvia al Capitolo dedicato a tale mezzo di impugnazione.

## **22. La privazione del potere di rappresentanza legale e di gestione del patrimonio del minore.**

Com'è noto, l'art. 334 c.c. prevede la rimozione dall'amministrazione, quale specifico rimedio contro la obiettiva inadeguatezza di uno o di entrambi i genitori nel gestire appropriatamente gli interessi economici del figlio. È per questo che **Sez. 6-1, n. 18777/2018, Marulli, Rv. 649526-01**, ha precisato che la rimozione dall'amministrazione del patrimonio del figlio presuppone la realizzazione da parte di uno o di entrambi i genitori di condotte concretamente pregiudizievoli per il minore, o comunque tali da rendere serio e concreto il rischio patrimoniale, secondo una valutazione improntata a criteri di oggettività, non essendo sufficienti situazioni di pericolo meramente potenziale o fondate su convinzioni o interessi soggettivi di colui che reclaims l'intervento del giudice.

Si deve precisare che, in questi casi, al genitore rimane l'esercizio della responsabilità genitoriale per quanto attiene la cura personale del figlio.

## **23. Procedimenti *ex art. 336 c.c.* e questioni processuali.**

Importanti pronunce sono state adottate dalla S.C. nel corso nell'anno 2018 in questa materia, in alcuni casi consolidando posizioni interpretative già espresse e in altri casi offrendo soluzioni a problematiche affrontate per la prima volta. In particolare, le decisioni hanno riguardato l'ambito di operatività della "competenza per attrazione", la qualificazione dei genitori e del minore come parti necessarie del procedimento e i presupposti per la nomina di un curatore speciale di quest'ultimo.

Si deve tenere presente che, in relazione a tali questioni, si stanno formando orientamenti della giurisprudenza di legittimità solo di recente, perché, come già accennato, solo negli ultimi tempi la medesima giurisprudenza si è aperta all'ammissibilità del ricorso per cassazione *ex art. 111*, comma 7, Cost. contro le statuizioni

assunte nei procedimenti *ex art. 336 c.c.* in sede di reclamo, in virtù di una giurisprudenza che, anche nel corso del 2018, non si è mostrata del tutto concorde, fino alla recentissima pronuncia a Sezioni Unite (**Sez. U, n. 32359/2018, Sambito, Rv. 651820-01**), come più approfonditamente illustrato nel Capitolo dedicato alla trattazione del ricorso straordinario per cassazione.

### **23.1. Limiti di operatività della competenza per attrazione del giudice ordinario.**

Passando ad esaminare la prima delle questioni indicate, si deve senza dubbio richiamare Sez. 6-1, n. 20202/2018, Bisogni, Rv. 650198-01, ove la S.C. ha affermato che, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., come novellato dall'art. 3 della l. n. 219 del 2012, il tribunale per i minorenni resta competente a conoscere della domanda diretta ad ottenere la declaratoria di decadenza o la limitazione della potestà dei genitori ancorché, nel corso del giudizio, sia stata proposta, innanzi al tribunale ordinario, domanda di separazione personale dei coniugi o di divorzio.

In motivazione, la Corte ha peraltro evidenziato che tale soluzione si presenta aderente al dato letterale della norma, rispettosa del principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., nonché coerente con ragioni di economia processuale e di tutela dell'interesse superiore del minore, che trovano fondamento nell'art. 111 Cost., nell'art. 8 CEDU e nell'art. 24 della Carta di Nizza (nello stesso senso, Sez. 6-1, n. 2833/2015, Bisogni, Rv. 634420-01).

### **23.2. I genitori come parti necessarie del procedimento.**

Con riferimento alla posizione del genitore, assume fondamentale rilievo **Sez. 1, n. 04099/2018, Acierno, Rv. 647061-01**, ove la Corte di cassazione ha espressamente affermato che quest'ultimo è litisconsorte necessario, nei giudizi aventi ad oggetto la limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale, e che pertanto è munito del pieno potere di agire, contraddire e impugnare le decisioni che producano effetti provvisori o definitivi sulla titolarità o sull'esercizio della predetta responsabilità (nella specie la S.C., cassando la decisione impugnata, ha ritenuto ammissibile il reclamo proposto dal padre avverso la sentenza che lo aveva dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale).

In motivazione, la S.C. ha evidenziato che il giudizio sulla responsabilità genitoriale non può che svolgersi con ciascuno dei

genitori (o il genitore superstite) nella qualità di parte, in quanto titolare *ex lege* del complesso di diritti e doveri di cui tale responsabilità si compone. Da ciò consegue che, senza la partecipazione del genitore, il giudizio sulla responsabilità genitoriale è *tamquam non esset*, non essendo costituito validamente il contraddittorio.

### **23.3. La partecipazione del minore e la nomina del curatore speciale.**

Con riferimento alla posizione del minore, **Sez. 1, n. 05256/2018, Cristiano, Rv. 647744-01**, ha ritenuto che, nei giudizi riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l'art. 336, comma 4, c.c., così come modificato dall'art. 37, comma 3, della l. n. 149 del 2001, richiede la nomina di un curatore speciale, *ex art. 78 c.p.c.*, ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo il conflitto d'interessi di entrambi i genitori. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo *ex art. 354, comma 1, c.p.c.* con rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio.

In motivazione, la S.C. ha in primo luogo rilevato che, nei procedimenti in questione, il minore è senza dubbio parte in senso formale, richiamando gli argomenti utilizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza interpretativa di rigetto n. 1 del 2002 (Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1), relativa a plurime censure formulate nei confronti dell'art. 336 c.c.

La medesima Corte ha poi affermato che, nei cd. giudizi *de potestate*, la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, non potendo in questo caso stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore (che potrebbe presentare il ricorso, o aderire a quello presentato da uno degli altri soggetti legittimati, per scopi meramente personali, o, per contro, in questa seconda ipotesi, chiederne la reiezione) e dovendo pertanto trovare applicazione il principio, più volte enunciato in materia, secondo cui è ravvisabile il conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentante legale – con conseguente necessità della nomina d'ufficio di un curatore speciale che rappresenti ed assista l'incapace (art. 78, comma 2, c.p.c.) – ogni volta

che l'incompatibilità delle loro rispettive posizioni è anche solo potenziale a prescindere dalla sua effettività.

Si consideri che, in via generale, con riferimento alla verifica del conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentante legale, **Sez. 6-3, n. 08438/2018, Sestini, Rv. 648701-01**, ha da ultimo ritenuto che tale verifica vada operata in concreto, alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa, e non in astratto ed *ex ante*, ponendosi una diversa soluzione in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo (nella specie, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la sentenza impugnata che aveva escluso, pur in assenza della nomina di un curatore speciale, la ricorrenza del conflitto tra la figlia minorenni ed i genitori, per essere stata l'azione revocatoria di donazione dei secondi in favore della prima notificata ad essi genitori quali legali rappresentanti, in considerazione dell'atteggiamento processuale dei donanti e di un interesse del tutto convergente con quello della donataria). Nello stesso senso, si è già pronunciata Sez. 2, n. 01721/2016, D'Ascola, Rv. 638532-01, ma l'orientamento precedente non era sulla stessa linea. Si consideri in particolare, Sez. 2, n. 13507/2002, Bucciante, Rv. 557413-01, ove la S.C. ha ritenuto sussistente il conflitto d'interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentante legale (nella specie, figlio minore e rispettivi genitori), ogni volta che l'incompatibilità delle rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività, con la conseguenza che la relativa verifica deve essere compiuta in astratto ed *ex ante*, secondo l'oggettiva consistenza della materia del contendere dedotta in giudizio, anziché in concreto ed *a posteriori* alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa. Pertanto, in caso di omessa nomina di un curatore speciale, il giudizio è nullo per vizio di costituzione del rapporto processuale e per violazione del principio del contraddittorio.

Si deve comunque rilevare che, con ordinanza interlocutoria (che ha disposto la trattazione del procedimento in udienza pubblica e non camerale), **Sez. 1, n. 06384/2018, Tricomi L., non massimata**, in un identico caso di ricorso straordinario per cassazione avverso una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, confermata in sede di reclamo, la S.C. ha ritenuto di rinviare la causa a nuovo ruolo, per l'acquisizione di una relazione dell'Ufficio del Massimario, che consenta di approfondire le questioni prospettate con il primo motivo di ricorso, riguardanti, con particolare attenzione alla posizione del minore, i profili relativi alla partecipazione necessaria di tutte le parti del



procedimento e, con essi, quelli che riguardano il carattere, le modalità di accesso e le forme della difesa tecnica ed anche la delimitazione del “concreto profilo di conflitto di interessi” rilevante ai fini della nomina del curatore speciale del minore, per evitare che venga accertato solo *ex post*, ed infine le conseguenze dell’inosservanza delle norme relative alla partecipazione, alla rappresentanza e alla difesa del minore. Il tema verrà pertanto presto affrontato da un’altra pronuncia della S.C.

## **24. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi.**

La giurisprudenza del 2018 di questa Corte, nell’affrontare le questioni processuali e di diritto sostanziale legate all’adozione (sia relative all’adozione speciale che all’adozione in casi particolari), ha portato sempre più in avanti il confine della compatibilità della tutela del preminente interesse del minore con gli interessi degli altri soggetti interessati, a diverso titolo, alla vicenda adottiva. In tale ambito, in linea con la tendenza degli anni precedenti, ha assunto una particolare rilevanza la tutela della vita privata e familiare del minore di cui all’art. 8 CEDU, con la conseguente crescente rilevanza dell’effettività dei rapporti instaurati dal minore, piuttosto che dei meri vincoli parentali o genitoriali, quando non sono accompagnati da relazioni affettive significative. La tutela delle relazioni affettive già in essere e consolidate da parte del minore, in nome della tutela del suo preminente interesse, sulla scorta anche della giurisprudenza EDU, si è spinta fino ad affermare l’irrilevanza, in sede di riconoscimento di sentenze straniere di adozione, della circostanza che tali relazioni si siano consolidate nell’ambito di una famiglia costituita da una coppia dello stesso sesso.

### **24.1. Aspetti processuali.**

Dal punto di vista processuale è espressione di questa tendenza, la conferma da parte di Sez. 6-1, n. 25408/2018, Lamorgese, Rv. 651352-01 di quanto già affermato in passato da Sez. 1 n. 04537/2008, Bernabei, Rv. 602195-01, nella parte in cui la S.C. ha ribadito che la proposizione dell’istanza di revoca del decreto di adottabilità non produce alcun effetto sospensivo dell’efficacia del decreto stesso, essendo necessario a tale ultimo fine l’accoglimento della predetta istanza, operante con effetto *ex nunc*, all’esito dell’accertamento dell’effettiva sopravvenienza dei fatti allegati, in quanto idonei a superare le condizioni di cui all’art. 8 della l. n. 184

del 1983. Ciò, come più diffusamente ha motivato la precedente pronuncia del 2008 appena richiamata, si giustifica in ragione della natura eccezionale dell'istituto potenzialmente lesivo, per la sua reiterabilità *sine die*, della certezza dei rapporti giuridici e della simmetrica stabilità dell'affidamento preadottivo.

È ispirata alla stessa logica **Sez. 1, n. 16990/2018, Pazzi, Rv. 649691-01** che ha affermato il carattere decisorio e definitivo, oltre al valore sostanziale di sentenza con idoneità al giudicato, della pronuncia del tribunale per i minorenni sul riconoscimento del provvedimento straniero in materia di adozione, ancorché adottata in forma di decreto, con la conseguente inammissibilità della successiva domanda di revoca della pronuncia sopradescritta (nella specie, sia in primo che in secondo grado, il giudice di merito aveva rigettato la domanda di revoca, proposta dai genitori adottivi di una minore straniera, all'esito di un procedimento di adozione internazionale, conclusosi con il decreto di riconoscimento del provvedimento straniero sopraindicato, ma la S.C. ha ritenuto *ab origine* inammissibile tale domanda, con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione).

Esprime il riconoscimento dell'effettività dei rapporti del minore con gli adulti, piuttosto che l'astratta titolarità di relazioni parentali, **Sez. 1, n. 26879/2018, Valitutti, Rv. 651447-01**, in tema di notifica della sentenza che ha dichiarato lo stato di adottabilità, la quale, in linea con il consolidato orientamento più di recente espresso da Sez. 1, n. 18689/2015, Mercolino, Rv. 637107-01 e Sez. 1, n. 02863/1998, Luccioli, Rv. 513724-01, e interpretando il disposto dell'art. 15, comma 3, della l. n. 184 del 1983 alla luce dell'art. 12, comma 1, della stessa legge – ove è stabilito che devono essere sentiti nel procedimento per l'accertamento dello stato di abbandono i parenti entro il quarto grado, che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore – ha ribadito l'obbligo di notificare la sentenza dichiarativa dell'adottabilità solo a costoro (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva ritenuto irrilevante l'omessa notifica della sentenza di adottabilità ai fratelli ed alla nonna di una minore, avendo escluso il loro interessamento nei confronti della bambina, della quale nessuno di loro aveva chiesto di prendersi cura). Bene ha espresso la *ratio* di tale scelta Sez. 1 n. 02863/1998, Luccioli, Rv. 513724-01, laddove ha sottolineato che «*il carattere vicariante della posizione dei congiunti diversi dai genitori ne comporta il coinvolgimento nel procedimento solo nei limiti in cui essi risultino attualmente titolari di rapporti affettivi forti e durevoli, tali, cioè, da consentir loro di offrire elementi essenziali per la valutazione dell'interesse del minore e, per altro aspetto,*

*di prospettare soluzioni dirette ad avviare allo stato di abbandono nell'ambito della famiglia di origine. Il dato materialistico comportamentale costituisce, pertanto, un elemento integrativo della fattispecie normativa che spiega influenza sul piano della stessa legittimazione ad essere convocati (nonché a ricevere, ai sensi degli artt. 15 e 17 della legge citata, la notificazione del decreto di adottabilità ed a proporre opposizione)».*

Diversa è, naturalmente, la posizione della giurisprudenza quando si tratta di rispettare il diritto dei genitori del minore, della cui dichiarazione di adottabilità si discute, a ricevere la notifica della pronuncia di adottabilità assunta nel procedimento di secondo grado, essendo litisconsorti necessari nel giudizio. Al riguardo **Sez. 1 n. 18148/2018, Sambito, Rv. 649903-01**, in linea con il precedente orientamento già espresso da Sez. 1 n. 14554/2011, Giancola, Rv. 618600-01, ha ribadito, in tema di procedimento per lo stato di adottabilità che, il titolo II della l. n. 184 del 1983, nel testo novellato dalla l. n. 149 del 2001, che riflette anche principi sovranazionali (artt. 3, 9, 12, 14, 18, 21 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con la l. n. 176 del 1991; artt. 9 e 10 della Convenzione Europea sui diritti del fanciullo, stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con la l. n. 77 del 2003; art. 24 della Carta di Nizza), attribuisce ai genitori del minore una legittimazione autonoma, connessa ad un'intensa serie di poteri, facoltà e diritti processuali, atta a fare assumere la veste di parti necessarie e formali dell'intero procedimento di adottabilità, anche nel giudizio di appello e sebbene non si siano costituiti in primo grado. Da ciò consegue la necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti, ove non abbiano proposto il gravame, senza che possa ritenersi a tal fine sufficiente la sola notificazione, attuata d'ufficio, del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione dell'appello, che non consente la conoscenza del contenuto dell'altrui ricorso ed il compiuto esercizio del loro diritto di difesa.

D'altronde, **Sez. 1, n. 16060/2018, Valitutti, Rv. 649474-01**, ha pure precisato che il genitore dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale può opporsi alla dichiarazione di adottabilità del figlio minore, poiché la sua legittimazione non è espressione della rappresentanza legale del figlio, ma è espressione dell'interesse dell'ordinamento alla tendenziale conservazione della famiglia naturale, in modo tale che, una volta revocata la dichiarazione di adottabilità, il genitore possa attivarsi per il recupero del rapporto con il figlio e, conseguito tale scopo, richiedere la reintegra nella responsabilità genitoriale *ex art. 332 c.c.*

In tema di ricorso per cassazione avverso la sentenza d'appello che dichiara l'adottabilità, va menzionata Sez. 1, n. 16857/2018, Pazzi, Rv. 649783-02, con la quale la S.C. ha stabilito che il deposito in cancelleria della copia autentica della sentenza impugnata, recante il timbro della cancelleria attestante l'intervenuta irrevocabilità della decisione, a seguito della mancata proposizione del ricorso per cassazione *ex art.* 325 c.p.c., è idonea ad attestare, per implicito, anche l'avvenuta notificazione alle parti della decisione della corte d'appello, effettuata ai sensi dell'art. 17 della l. n. 184 del 1983, essendo eventualmente onere del ricorrente dimostrare l'esistenza in fatto di circostanze che avrebbero potuto sovvertire l'inevitabile constatazione dell'avvenuto spirare dei termini, quali ad es. l'avvenuta notifica della sentenza in versione non integrale. Nella medesima pronuncia (Sez. 1, n. 16857/2018, Pazzi, Rv. 649783-01), la Corte ha inoltre affermato che la notificazione d'ufficio della sentenza della Corte d'appello, effettuata ai sensi dell'art. 17, comma 1, della l. n. 184 del 1983, è idonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione di cui al successivo comma 2 del medesimo articolo, tenuto conto che la natura di *lex specialis*, da riconoscere alla previsione di detto termine, induce ad escludere l'applicabilità della norma generale di cui all'art. 133 c.p.c., senza che abbia alcun rilievo la circostanza che la notificazione sia avvenuta mediante strumenti telematici, atteso il chiaro tenore dell'art. 16, comma 4, del d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 221 del 2012, posto che il principio acceleratorio, sotteso alla disciplina in esame, trova la sua *ratio* nella preminente esigenza di assicurare la più rapida definizione dello *status* del minore, senza sacrificare in misura apprezzabile il diritto di difesa delle parti ricorrenti, sottoposto, in definitiva, solo ad un modesto maggiore onere (nello stesso senso, già Sez. 1, n. 10106/2018, De Chiara, Rv. 648552-01).

In tema di remissione in termini per la proposizione del ricorso in cassazione avverso la sentenza di appello, avente ad oggetto la dichiarazione di adottabilità del minore, Sez. 1, n. 30512/2018, Iofrida, Rv. 651875-01, in linea con quanto già affermato da Sez. 1, n. 8216/2013, Carleo, Rv. 625831-01, nel ribadire i principi generali sull'interpretazione dell'art. 153, comma 2 c.p.c., in base ai quali l'istituto della rimessione in termini, astrattamente applicabile anche al giudizio di cassazione, presuppone la sussistenza in concreto di una causa non imputabile, riferibile ad un evento che presenti il carattere dell'assolutezza – e non già un'impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà – che sia in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza in questione, ha escluso la rimessione in

termini del genitore, che aveva impugnato tardivamente per cassazione la sentenza, che aveva dichiarato lo stato di adottabilità delle figlie minori, sebbene la decisione fosse stata regolarmente comunicata all'indirizzo PEC del suo difensore, allegando la difficoltà di averne effettiva conoscenza, in ragione del proprio stato di detenzione, del suo essere apolide di fatto e della scarsa dimestichezza con la lingua italiana.

Da ultimo, in relazione alla facoltà attribuita alla madre naturale, che non abbia riconosciuto il figlio al momento del parto, di chiedere la sospensione del procedimento abbreviato di adozione per poter procedere al riconoscimento *ex art. 11, comma 2, della l. n. 184 del 1983*, deve essere menzionata **Sez. 1, n. 31196/2018, Pazzi, Rv. 651926-01**, che si è occupata di un caso in cui, in modo anomalo, erano stati trattati in due diversi procedimenti, da un lato, la richiesta di sospensiva del procedimento di adozione del minore per il suo riconoscimento, e dall'altro, il procedimento per la sua dichiarazione di adottabilità. In sede di impugnazione della sentenza che aveva rigettato l'istanza di sospensiva, e dichiarato inammissibile il riconoscimento del figlio minore, la corte d'appello, pur avendo riconosciuto che il tribunale era addivenuto alla pronuncia di inammissibilità e di rigetto in mancanza dei presupposti di legge, aveva tuttavia ritenuto che la sopravvenuta declaratoria di adottabilità del minore in altro procedimento avesse fatto venir meno l'interesse della madre all'impugnativa del rigetto della domanda di sospensione. La S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito, affermando che il riconoscimento materno dopo il parto in anonimato non era precluso dalla sopravvenuta declaratoria di adottabilità del minore, preclusione che si sarebbe verificata solo nel caso in cui a tale declaratoria fosse seguito l'affidamento preadottivo, che nella specie non vi era stato.

## 24.2. Lo stato di abbandono.

Passando ad esaminare le questioni di diritto sostanziale, si deve evidenziare che il concetto di “stato di abbandono”, espresso dalla giurisprudenza di questa Corte, ha visto confermarsi, in coerenza con il quadro normativo interno ed internazionale, che tutela il prioritario diritto del minore di crescere ed essere educato nella propria famiglia, il principio secondo cui l'interruzione dei rapporti del minore con la propria famiglia di origine costituisce una estrema *ratio*, potendosi addivenire alla rescissione del vincolo genitoriale solo dopo che sia stato operato ogni possibile tentativo, da parte di tutti gli organi

pubblici preposti alla tutela dei minori, di recuperare o supportare capacità genitoriali assenti o carenti (in tal senso v. Sez. 1 n. 22589/2017, Bisogni, Rv. 645519-01). Per altro verso è stato affermato come il tempo necessario a verificare il recupero di tali capacità non sia una variabile indipendente dai tempi di crescita psicologica ed emotiva del minore.

In tal senso, **Sez. 1 n. 07559/2018, Di Marzio M., Rv. 648444-01** ha ribadito che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità costituisce solo una “soluzione estrema”, perché il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia d’origine, quale ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, è tutelato in via prioritaria dall’art. 1 della l. n. 184 del 1983. La Corte ha inoltre precisato che il giudice di merito deve operare un giudizio prognostico teso, in primo luogo, a verificare l’effettiva ed attuale possibilità di recupero delle capacità e competenze genitoriali, con riferimento sia alle condizioni di lavoro, reddituali ed abitative (senza però che esse assumano valenza discriminatoria), sia a quelle psichiche, da valutarsi, se del caso, mediante specifica indagine peritale, estendendo detta verifica anche al nucleo familiare, di cui occorre accertare la concreta possibilità di supportare i genitori e di sviluppare rapporti con il minore, anche avvalendosi dell’intervento dei servizi territoriali.

Nel sottolineare come il giudizio del giudice del merito debba essere ancorato a puntuali riscontri fattuali, che abbiano al centro sempre il preminente interesse del minore, **Sez. 1, n. 04097/2018, Lamorgese, Rv. 647237-01** (conf. Sez. 1 n. 04545/2010, Dogliotti, Rv. 612789-01) ha affermato che sussiste la situazione d’abbandono, non solo nei casi di rifiuto intenzionale dell’adempimento dei doveri genitoriali, ma anche qualora la situazione familiare sia tale da compromettere in modo grave e irreversibile un armonico sviluppo psico-fisico del bambino, considerato in concreto – ossia in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche fisiche e psicologiche, alla sua età, al suo grado di sviluppo e alle sue potenzialità – con la conseguente irrilevanza della mera dichiarazione dei genitori di volere accudire il minore, in assenza di concreti riscontri positivi in ordine all’effettivo mutamento del loro stile di vita.

**Sez. 1, n. 16357/2018, Di Marzio P., Rv. 649782-01**, ha poi posto in luce come la necessità di garantire prioritariamente il diritto del minore a vivere nella propria famiglia e la necessità di esperire tutti i tentativi di aiuto e di sostegno alle capacità genitoriali debbano essere bilanciati con i tempi e le necessità psicologiche del minore, in relazione alle sue diverse fasi di crescita e come, quindi, la pronuncia

della dichiarazione di adottabilità non sia esclusa quando, nonostante l'impegno profuso dai genitori per superare le loro difficoltà personali e genitoriali, permanga tuttavia l'incapacità di elaborare un progetto di vita per i figli, che si mostri credibile, senza la possibilità di prevedere l'adeguato recupero delle capacità genitoriali in tempi compatibili con l'esigenza dei minori di poter conseguire una equilibrata crescita psico-fisica.

Una volta esclusa la capacità genitoriale o la possibilità del suo recupero in tempi certi e compatibili con le necessità di crescita del minore, **Sez. 1, n. 03915/18, Genovese, Rv. 647147-01** ha ribadito che la natura personalissima dei diritti coinvolti e il principio secondo cui l'adozione ultrafamiliare costituisce l'*extrema ratio* impongono di valutare anche le figure vicariali dei parenti più stretti, che abbiano rapporti significativi con il bambino e si siano resi disponibili alla sua cura ed educazione, specificando, tuttavia che la valutazione dell'idoneità di tali rapporti deve essere effettuata solo attraverso la considerazione di dati oggettivi, quali le osservazioni dei servizi sociali che hanno monitorato l'ambito familiare o eventualmente il parere di un consulente tecnico (nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva escluso l'idoneità di uno zio ad occuparsi del nipote minore soltanto in ragione della sua giovane età e della sua condizione di lavoratore dipendente. Anche **Sez. 1, n. 09021/2018, Acierno, Rv. 648885-01** ha sottolineato la necessità che anche l'idoneità delle c.d. "figure vicariali" sia legata all'obiettività dei rapporti intercorrenti con il minore e che, così come per il recupero delle capacità genitoriali, anche le potenzialità di recupero di tali relazioni possano avere rilevanza, al fine di escludere lo stato di abbandono, solo se tali potenzialità non siano traumatiche per i minori e realizzabili in tempi compatibili con lo sviluppo equilibrato della loro personalità.

Un profilo particolare, è quello affrontato da **Sez. 1, n. 01431/2018, Lamorgese, Rv. 646854-01**, ove la S.C. ha escluso che lo stato detentivo di lunga durata di entrambi i genitori costituisca una causa di forza maggiore non transitoria, che oggettivamente impedisca un adeguato svolgimento delle funzioni genitoriali, incidendo negativamente sul diritto del bambino di vivere in un contesto unito e sereno negli anni più delicati della sua crescita. Sul tema, in precedenza già Sez. 6-1, n. 26624/17, Mercolino, Rv. 646766-01, e Sez. 1, n. 19735/2015, Mercolino, Rv. 637312-01, entrambi con riferimento allo stato detentivo dell'unico genitore, avevano affermato il medesimo principio, anche se l'ultima delle pronunce indicate aveva dato rilievo, per escludere la dichiarazione

dello stato di adottabilità del minore, al fatto che il genitore, nonostante la detenzione, si fosse preoccupato di assicurare al minore l'assistenza morale e materiale, affidandolo a parenti in grado di prendersene cura.

### **24.3. L'adozione in casi particolari.**

Sul tema della rilevanza del dissenso del genitore biologico all'adozione in casi particolari del figlio, prevista dall'art. 46 l. n. 184 del 1983, assume grande rilievo **Sez. 1, n. 18827/2018, Campese, Rv. 649680-01**, che segna una puntualizzazione di quanto in precedenza affermato da questa Corte sull'argomento.

In tale decisione, la Corte di cassazione ha prima di tutto sottolineato che il precedente più vicino, costituito da Sez. 1, n. 18575/2015, Campese, Rv. 636865-01 (ove è stata esclusa l'efficacia preclusiva all'adozione del dissenso del genitore, quando quest'ultimo sia mero titolare della responsabilità genitoriale, senza che ne abbia il concreto esercizio in virtù di un rapporto effettivo con il minore, di regola caratterizzato dalla convivenza), ha riguardato un caso particolare, in cui la madre non aveva avuto alcun rapporto con la figlia adottanda, se non in epoca recente (mediante incontri protetti), mentre, nel caso sottoposto alla sua attenzione, la madre, pur non convivendo con il figlio, aveva manifestato un concreto interesse al recupero del rapporto con il medesimo, visitandolo periodicamente, mentre gli adottanti avevano assunto un comportamento non conforme allo spirito dell'affido e dell'adozione speciale, cercando di escluderla dal rapporto con il ragazzo, estromettendola progressivamente dalla vita affettiva di quest'ultimo.

La medesima Corte ha inoltre posto in evidenza come il precedente indirizzato, espresso da Sez. 1, n. 18575/2015, Campese, Rv. 636865-01, si ponesse comunque in contrasto con Sez. 1, n. 10265/2011, Campanile, Rv. 618035-01, che aveva invece affermato l'efficacia preclusiva del dissenso all'adozione del genitore, anche se non convivente con il minore, dovendo comunque ritenersi anche in questo caso "esercitante la potestà" (ora "responsabilità") genitoriale, in considerazione del fatto che non è la convivenza l'elemento sintomatico necessario per verificare l'esistenza di un effettivo rapporto con il minore, che invece si desume dalle concrete modalità di svolgimento delle relazioni tra genitore e figlio anche se non conviventi tra loro. Alla luce di tali premesse dunque, la Corte di cassazione ha affermato che, di regola, il dissenso manifestato dal genitore titolare della responsabilità genitoriale, anche se non



convivente con il figlio minore, ha efficacia preclusiva ai sensi dell'art. 46, comma 2, della l. n. 184 del 1983, a meno che non sia accertata la disgregazione del contesto familiare d'origine del minore in conseguenza del protratto venir meno del concreto esercizio di un rapporto effettivo con il minore da parte del genitore dissenziente.

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

Di fondamentale importanza per i principi affermati, sia dal punto di vista sostanziale che dal punto di vista processuale, ed in linea con la precedente giurisprudenza di questa Corte, è infine **Sez. 1, n. 14007/2018, Iufrida, Rv. 649527-01 e Rv. 649527-01**, riguardante il caso in cui due donne cittadine francesi (una delle due anche cittadina italiana), coniugate tra loro in Francia e residenti in Italia, avevano chiesto il riconoscimento nel nostro Paese delle due sentenze che avevano pronunciato l'adozione piena del figlio biologico di ciascuna da parte dell'altra.

La S.C. ha, in primo luogo, affermato che la fattispecie non rientra nei casi di adozione internazionale, escludendo pertanto la competenza del tribunale per i minorenni a decidere sulla domanda di riconoscimento, per essere invece sussistente la competenza della corte d'appello ai sensi dell'art. 41, comma 1, della l. n. 218 del 1995, che richiama l'art. 64 e ss. della medesima legge (**Sez. 1, n. 14007/2018, Iufrida, Rv. 649527-01**).

In secondo luogo, la stessa Corte ha ritenuto la non contrarietà all'ordine pubblico di tali sentenze straniere, ritenute pertanto trascrivibili nei registri dello stato civile italiano, *«poiché, ai sensi dell'art. 24 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, 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. 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»* (**Sez. 1, n. 14007/2018, Iufrida, Rv. 649527-02**).

Quanto a quest'ultimo principio, la Corte ha richiamato quanto già espresso da Sez. 1, n. 19599/2016, Lamorgese, Rv. 641314-01, che – in tema di trascrivibilità in Italia di un atto di nascita straniero di un figlio nato da due donne, delle quali l'una aveva donato l'ovulo

e l'altra aveva partorito il bambino – aveva già precisato che il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico, ai sensi degli artt. 64 e ss. della l. n. 218 del 1995, deve essere finalizzato, non già ad introdurre direttamente in Italia la legge straniera, come fonte autonoma ed innovativa di disciplina della materia, ma esclusivamente a riconoscere effetti in Italia a uno specifico atto o provvedimento straniero, relativo ad un particolare rapporto giuridico tra determinate persone, ove la nozione di ordine pubblico è comunque circoscritta ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della carta costituzionale (e fra questi, quello dell'interesse superiore del minore che trova riconoscimento nell'ordinamento interno ed internazionale), con esclusione delle norme costituenti esercizio della discrezionalità legislativa in materie connesse o direttamente implicate (come la disciplina sulle unioni civili, di cui alla l. n. 76 del 2016). La stessa Corte ha poi precisato che l'art. 24 della Convenzione dell'Aja del 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, ratificata in Italia con la l. n. 476 del 1998, prevede che il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se l'adozione è manifestamente contraria all'ordine pubblico, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, che opera necessariamente come limite alla valenza della clausola di ordine pubblico, valutata alla luce del caso concreto.

La statuizione in esame, facendo richiamo a Sez. 1 n. 15202/2017, Acierno, non massimata, e al precedente orientamento, espresso da Sez. 1, n. 12962/2016, Acierno, Rv. 640133-01 (pronunce che, in relazione alla richiesta di adozione in casi particolari del minore, figlio naturale del partner dello stesso sesso del richiedente, hanno escluso, tra l'altro, che ai fini dell'indagine sull'interesse del minore possa avere rilievo, anche indiretto, l'orientamento sessuale del richiedente) ha così affermato, ai fini dell'esclusione del contrasto con il preminente interesse dei minori, la rilevanza del loro inserimento nel contesto di una famiglia costituita da una coppia omosessuale.

## **25. Lo stato di figlio.**

Nelle controversie relative all'attribuzione dello stato di filiazione, la giurisprudenza è chiamata a un delicato bilanciamento tra i diversi interessi. In particolare, quello del minore, che pure assume un ruolo cruciale, può talvolta entrare in contrasto con valori

di rango superiore o esso stesso assumere connotati oggettivi e venature pubblicistiche.

Prima di analizzare in dettaglio i possibili conflitti con il principio di veridicità dello *status* di figlio (v. *infra*), occorre anzitutto chiarire che l'interesse del minore all'accertamento della genitorialità (in particolare, la paternità) è principalmente quello al miglioramento obiettivo della sua situazione giuridica in conseguenza degli obblighi che ne derivano in capo al genitore, ma che il riferimento a detto interesse, così connotato, non può essere utilizzato come alibi per sottrarsi a tali obblighi da parte del convenuto nel giudizio di accertamento. Lo ha accuratamente ribadito Sez. 1, n. 16356/2018, Valitutti, Rv. 649781-01, precisando come, nell'azione di accertamento giudiziale della paternità, sia necessario, per negare l'attribuzione dello *status* sulla base del presunto contrasto con l'interesse del minore, che il contrasto sia serio e concreto, tale da giustificare una dichiarazione di decadenza dalla responsabilità genitoriale, ovvero che vi sia prova dell'esistenza di gravi rischi per l'equilibrio affettivo e psicologico del minore oltre che per la sua collocazione sociale, risultanti da fatti obiettivi, emergenti dalla pregressa condotta di vita del preteso padre. Non rilevano dunque, al fine di escludere la ricorrenza dell'interesse del minore, l'attuale mancanza di rapporti affettivi con il genitore e la possibilità futura di instaurarli o, ancora, le normali difficoltà di adattamento psicologico conseguenti al nuovo *status*, e neppure le intenzioni manifestate dal presunto genitore di non voler adempiere i doveri morali inerenti alla responsabilità genitoriale.

Si tratta di una logica non dissimile da quella per cui la legittimazione all'azione di accertamento della paternità spetta solo a colui che assume la filiazione, sì da rendere inammissibile la proposizione in via incidentale di un'azione di accertamento negativo della propria paternità, nell'ambito di un giudizio per il risarcimento dei danni proposto nei confronti di colui che reclama lo *status* di figlio in altro giudizio di accertamento giudiziale della paternità (Sez. 1, n. 18007/2018, Caiazzo, Rv. 649901-01).

Né il genitore di sesso maschile può difendersi, nel giudizio intentato contro di lui per l'accertamento della paternità, invocando il proprio diritto all'anonimato. Sulla scorta di una giurisprudenza consolidata, Sez. 1, n. 32308/2018, Caiazzo, Rv. 651931-01, ha infatti ribadito che la posizione del padre, il quale rifiuti di assumere la paternità, non è assimilabile a quella della madre, la cui possibilità di non risultare tale, e al limite di interrompere la gravidanza, è garantita dal legislatore al preminente scopo di salvaguardarne la salute psico-

fisica e dunque in nome di valori costituzionali, che nel caso del padre non ricorrono.

In particolare, nella pronuncia appena richiamata, la S.C. ha ritenuto che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 269 c.c., che attribuisce la paternità in base al mero dato biologico, senza alcun riguardo alla volontà contraria alla procreazione del presunto padre, sollevata con riferimento all'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento che ne risulterebbe in danno dell'uomo rispetto alla donna, alla quale la l. n. 194 del 1978 attribuisce la responsabilità esclusiva di interrompere la gravidanza ove ne ricorrano le condizioni giustificative, e ciò in quanto le situazioni poste a confronto non sono comparabili, non potendo l'interesse della donna alla interruzione della gravidanza, essere assimilato all'interesse di chi, rispetto alla avvenuta nascita del figlio fuori del matrimonio, pretenda di sottrarsi, negando la propria volontà diretta alla procreazione, alla responsabilità di genitore, in contrasto con la tutela che la Costituzione riconosce alla filiazione (art. 30 Cost.).

Sempre in tema di azione per l'accertamento giudiziale della paternità, Sez. 1, n. 32309/2018, Caiazzo, Rv. 651932-01, ha ritenuto che l'art. 273 c.c., nel contemplare l'esperibilità di detta azione da parte del genitore esercente la responsabilità genitoriale, nell'interesse del figlio minore, configuri un'estensione del potere di rappresentanza *ex lege* spettante al genitore e miri a tutelare esclusivamente il minore in base alla presunzione di un suo interesse all'accertamento dello *status*. La S.C. ha aggiunto che non occorre che vi sia l'espressa dichiarazione di agire in nome e per conto del figlio, o comunque nell'interesse dello stesso, rendendosi sufficiente che, dal contesto complessivo dell'atto, emerga che il genitore operi in tal senso.

Nella medesima pronuncia appena richiamata, la Corte di cassazione ha effettuato un'altra importante affermazione, laddove ha precisato che, nel caso in cui il minore compia dodici anni nel corso del processo, deve trovare applicazione la norma generale prevista dall'art. 336 *bis* c.c., nel testo riformulato in sede di riforma della filiazione. Il minore ultradodicescimo deve essere perciò ascoltato, salvo che l'ascolto non sia manifestamente superfluo o sia nocivo per l'interesse dello stesso minore. Non avendo il giudice di merito motivato sul punto, la S.C. ha dichiarato la nullità della sentenza, richiamando l'importanza che l'audizione del minore riveste alla luce anche delle convenzioni internazionali sui diritti del fanciullo.

Passando invece all'analisi delle azioni poste a disposizione del genitore per negare la paternità, un'importante delimitazione è stata operata da Sez. 1, n. 04194/2018, Di Marzio P., Rv. 647626-01, ove si precisa che non può parlarsi di disconoscimento di paternità, quando non operi la presunzione di paternità *ex art.* 232 c.c. e il figlio sia nato da genitori non uniti in matrimonio, senza che ne sia successivamente intervenuto il riconoscimento. In tal caso, l'unica azione a disposizione del padre è quella "residuale", prevista dall'art. 248 c.c., di contestazione dello stato di figlio (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, ritenendo che quest'ultima avesse erroneamente qualificato come disconoscimento di paternità l'azione con la quale, colui che all'anagrafe figurava essere il padre di un minore, nato dopo anni dalla pronuncia della sua separazione dalla madre, e non riconosciuto, contestava la veridicità delle risultanze anagrafiche).

Quanto all'azione di disconoscimento vera e propria, Sez. 1, n. 03263/2018, Tricomi L., Rv. 646883-01, è intervenuta sulla questione della decorrenza del termine annuale di decadenza previsto dall'art. 244 c.c., precisando che la scoperta dell'adulterio commesso all'epoca del concepimento va intesa come acquisizione certa della conoscenza (e non come mero sospetto) di un fatto rappresentato o da una vera e propria relazione, o da un incontro, comunque sessuale, idoneo a determinare il concepimento del figlio che si vuole disconoscere, non essendo sufficiente la mera infatuazione, la mera relazione sentimentale o la frequentazione della moglie con un altro uomo (nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di appello che aveva riconosciuto la tempestività della domanda di disconoscimento della paternità, ritenendo che, pur risultando una pregressa conoscenza dell'adulterio da parte dell'attore, solo all'esito dell'espletamento della prova del DNA questi ne avesse acquisito la certezza).

Sul versante invece del giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità *ex art.* 263 c.c., la giurisprudenza del 2018 si è soffermata sugli aspetti che vengono di seguito evidenziati.

Sez. 1, n. 20953/2018, Campese, Rv. 650228-01, ha affermato che il presunto padre naturale non è legittimato ad intervenire nel giudizio di impugnazione del riconoscimento, né in qualità di interveniente autonomo né di interveniente adesivo, essendo egli portatore di un mero interesse di fatto all'esito del processo, e non di un interesse giuridico a sostenere le ragioni dell'una o dell'altra parte,

direttamente correlato ai vantaggi ed agli svantaggi che il giudicato potrebbe determinare nella sua sfera giuridica.

Qualora poi l'impugnazione riguardi più minori (da ritenersi litisconsorti necessari, come precisato da Sez. 1, n. 01957/2016, Acerno, Rv. 638384-01), non sempre è necessario nominare curatori diversi per ciascuno di essi, sorgendo tale necessità solo nel caso in cui, tra i figli, si verifichi un conflitto d'interessi anche potenziale (Sez. 1, n. 20940/2018, Di Marzio P., Rv. 650225-01).

Da ultimo, va solo richiamata Sez. 1, n. 27925/2018, Bisogni, Rv. 651124-01, sugli effetti (del riconoscimento o) della dichiarazione giudiziale della filiazione sull'acquisto della cittadinanza, più ampiamente illustrata nel Capitolo III.

## **26. Il bilanciamento tra *favor veritatis* e genitorialità intenzionale dopo Corte cost. n. 272 del 2017.**

Nel riconoscimento dello stato di filiazione, il *favor veritatis* continua ad assumere un ruolo decisivo nella giurisprudenza di legittimità e tende tuttora a prevalere sulla genitorialità sociale o intenzionale.

Ne costituiscono prova le pronunce della S.C. che, di recente, hanno dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.c. nella parte in cui prevede l'imprescrittibilità dell'azione per il riconoscimento di paternità naturale proposta dal figlio, con l'effetto di sacrificare il diritto del presunto padre alla stabilità dei rapporti familiari maturati nel corso del tempo, atteso che la mancata previsione di un termine, soprattutto alla luce della previgente norma che lo prevedeva, non significa che un bilanciamento con la contrapposta tutela del figlio sia mancato, ma solo che esso è stato operato rendendo recessiva l'aspettativa del padre rispetto alle esigenze di vita e di riconoscimento dell'identità personale del figlio (Sez. 1, n. 07960/2017, De Marzo, Rv. 644834-01; nello stesso senso, Sez. 1, n. 24292/2016, Lamorgese, Rv. 642802-01).

Sempre in nome del *favor veritatis* si assiste a una sostanziale assimilazione, sul piano probatorio, tra le due diverse azioni, di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità. Come già affermato da Sez. 1, n. 30122/2017, Di Marzio P., Rv. 646848-01, e ribadito da Sez. 1, n. 18140/2018, Sambito, Rv. 649896-01, l'azione di impugnazione del riconoscimento non postula più la dimostrazione della assoluta impossibilità che il soggetto, che abbia

inizialmente compiuto il riconoscimento, sia, in realtà, il padre biologico del soggetto. Così come accade nel disconoscimento della paternità, il fine di entrambe le azioni è quello di giungere alla privazione sopravvenuta di tale *status* per cause estranee alla sfera di volontà e responsabilità del soggetto destinato a subirne gli effetti. Di qui un alleggerimento del carico probatorio.

Vi sono peraltro settori nei quali si registra un'attenuazione dell'importanza del criterio di veridicità. La recente riforma della filiazione offre segnali in tale direzione. In base al nuovo testo dell'art. 263 c.c., l'autore del riconoscimento ha oggi termini più stringenti per proporre l'impugnazione del riconoscimento.

Il *favor veritatis* oppone tuttavia una certa resistenza, se è vero che nella giurisprudenza di legittimità si è affermato che, in base alla disciplina transitoria della filiazione, prevista dall'art. 104, commi 7 e 9, del d.lgs. n. 154 del 2013, «*mentre la normativa sostanziale di cui al novellato art. 244 cod. civ. si applica a tutte le azioni su cui la riforma è intervenuta, anche se relative a figli nati prima della data di entrata in vigore (7 febbraio 2014) del citato decreto, i nuovi termini di cui al quarto comma della medesima disposizione codicistica operano solo per i figli già nati alla predetta data per i quali non sia stata già proposta l'azione di disconoscimento (persistendo altrimenti l'utilizzabilità del regime decadenziale pregresso), fermi, in entrambe le ipotesi, gli effetti del giudicato formatosi prima della entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219*» (Sez. 1, n. 03834/2017, Campanile, non massimata).

Da segnalare, per la sua incidenza su quell'esempio di potenziale contrasto tra genitorialità fondata sui legami biologici e genitorialità d'intenzione, che è dato dall'istituto dell'adozione, è poi Sez. 1, n. 31196/2018, Pazzi, Rv. 651926-01. La S.C. ha qui chiarito che la madre biologica, la quale abbia scelto l'anonimato al momento del parto, conserva il diritto di effettuare il riconoscimento del figlio, avente carattere indisponibile, e che tale diritto non è precluso, ai sensi dell'art. 11, ult. comma, l. n. 184 del 1983, dalla sopravvenuta declaratoria di adottabilità del minore, a meno che alla stessa non sia seguito l'affidamento preadottivo del minore.

Ma il principale fattore di crisi della centralità del criterio in esame è dato dalla diffusione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Le regole contenute nella l. n. 40 del 2004, a seguito degli interventi manipolativi della Corte costituzionale, definiscono un parallelo statuto della genitorialità d'intenzione, in cui il *favor veritatis* si affianca, con pari rango, all'interesse superiore del minore.

Così, Corte cost. n. 162 del 2014 ha affermato a chiare lettere come «il dato della provenienza genetica non costituisca un imprescindibile requisito della famiglia stessa».

Da parte sua, Corte cost. n. 272 del 2017 ha operato una profonda rimediazione dei rapporti tra verità e socialità nell'attribuzione dello *status filiationis*.

Secondo la Consulta, «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento. Ed invero, l'attuale quadro normativo e ordinamentale, sia interno, sia internazionale, non impone, nelle azioni volte alla rimozione dello status filiationis, l'assoluta prevalenza di tale accertamento su tutti gli altri interessi coinvolti. In tutti i casi di possibile divergenza tra identità genetica e identità legale, la necessità del bilanciamento tra esigenze di accertamento della verità e interesse concreto del minore è resa trasparente dall'evoluzione ordinamentale intervenuta e si proietta anche sull'interpretazione delle disposizioni da applicare al caso in esame ... Se dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore. Si è già visto come la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare in questi casi debba tenere conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso. Tra queste, oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello derivante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisca al minore una adeguata tutela».

L'unico limite individuato dalla Corte costituzionale è quello della maternità surrogata, o gestazione per altri, stante il divieto penalmente sanzionato contenuto nell'art. 12, comma 6, della l. n. 40



del 2004. La filiazione che trovi origine in una simile pratica non potrà mai impedire la ricerca della verità biologica.

E tuttavia la stessa sentenza della Consulta individua una via d'uscita a eventuali *impasse* contrari all'interesse del minore, come accade quando la coppia che ha fatto ricorso alla maternità surrogata sia obiettivamente la più idonea a curare la crescita del figlio. Tale via d'uscita è data dal ricorso a un procedimento, come quello di adozione, che, pur aggravato, porta comunque alla prevalenza della genitorialità d'intenzione.

Lungo questa strada si è già incamminata Sez. 1, n. 14007/2018, Iofrida, Rv. 649527-02, *supra* menzionata, la quale ha negato che una sentenza straniera di adozione coparentale, da parte di una coppia omosessuale che aveva fatto ricorso alla maternità surrogata, si ponga in contrasto con l'ordine pubblico, valutato nel superiore interesse del minore.

Occorrerà verificare se tale indirizzo sarà seguito dalle Sezioni Unite, sollecitate sul punto da Sez. 1, n. 04382/2018, Genovese, non massimata, nel caso di una coppia di sesso maschile che aveva fatto ricorso a una pratica di maternità surrogata in Canada e che chiedeva il riconoscimento in Italia degli atti stranieri che attribuivano la paternità dei nati a entrambi i componenti della coppia. A seguito del rifiuto opposto dall'ufficiale dello stato civile, la questione è giunta davanti alla S.C., che si è chiesta – rimettendo la questione alle Sezioni Unite – se la normativa interna in tema di surrogazione di maternità contenga principi di ordine pubblico e si ponga così come argine alla trascrizione della sentenza straniera di riconoscimento della doppia paternità.

## **27. Altre questioni ancora aperte in tema di azioni di stato filiale.**

La Corte di cassazione ha avuto occasione di respingere, nell'anno 2018, come manifestamente infondate, le censure proposte per affermare l'incostituzionalità dell'attribuzione di un valore determinante, nell'accertamento della filiazione, al rifiuto del supposto genitore di sottoporsi agli esami del DNA. Altre pronunce della S.C. hanno esaminato, sotto diversi profili, il rapporto tra l'azione di disconoscimento di paternità e l'impugnazione del

riconoscimento del figlio, da una parte, e l'azione volte alla dichiarazione di altra paternità, dall'altro.

### **27.1. La prova nei giudizi relativi al riconoscimento dello stato di figlio.**

Occorre innanzi tutto rinviare a quanto sopra evidenziato in ordine alla sostanziale assimilazione, sul piano probatorio, tra l'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità e l'azione di disconoscimento della paternità, tenuto conto che la giurisprudenza si sta consolidando nel ritenere che, stante la nuova disciplina introdotta dalle riforme del 2012 e 2013 in materia di filiazione, la prova dell'“assoluta impossibilità di concepimento” non è diversa rispetto a quella che è necessario fornire per le altre azioni di stato, richiedendo il diritto vigente che sia il *favor veritatis* ad orientare le valutazioni da compiere in tutti i casi di accertamento o disconoscimento della filiazione, sicché, essendo la consulenza tecnica genetica l'unica forma di accertamento attendibile nella ricerca della filiazione, deve valorizzarsi, anche per l'azione *ex art.* 263 c.c., il contegno della parte che si opponga al suo espletamento (Sez. 1, n. 30122/2017, Di Marzio P., Rv. 646848-01, e, nello stesso senso, Sez. 1, n. 18140/2018, Sambito, Rv. 649896-01).

Come già anticipato, con riferimento all'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità, la Corte di cassazione ha anche dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – per violazione degli artt. 13, 15, 24, 30 e 32 Cost. – del disposto degli artt. 269 c.c., 116 e 118 c.p.c., interpretati nel senso della possibilità di dedurre argomenti di prova dal rifiuto del preteso padre di sottoporsi a prelievi ematici al fine dell'espletamento dell'esame del DNA, spiegando che dall'art. 269 c.c. non deriva una restrizione della libertà personale, avendo il soggetto piena facoltà di determinazione in merito all'assoggettamento o meno ai prelievi, mentre il trarre argomenti di prova dai comportamenti della parte costituisce applicazione del principio della libera valutazione della prova da parte del giudice, senza che ne resti pregiudicato il diritto di difesa. La stessa Corte ha inoltre precisato che il rifiuto aprioristico della parte di sottoporsi ai prelievi non può ritenersi giustificato nemmeno con esigenze di tutela della riservatezza, tenuto conto sia del fatto che l'uso dei dati nell'ambito del giudizio non può che essere rivolto a fini di giustizia, sia del fatto che il sanitario chiamato dal giudice a compiere l'accertamento è tenuto tanto al segreto

professionale che al rispetto della legge 31 dicembre 1996, n. 675 (**Sez. 6-1, n. 14458/2018, Sambito, Rv. 649148-01**).

Merita di essere ricordata anche Sez. 1, n. 32308/2018, Caiazzo, Rv. 651931-01, ove, in motivazione, la S.C. ha spiegato che, nei giudizi promossi per la dichiarazione giudiziale di paternità, è consentito l'esame genetico sul presunto padre mediante consulenza tecnica c.d. percipiente, tenuto conto che tale mezzo istruttorio rappresenta, dati i progressi della scienza biomedica, lo strumento più idoneo, avente margini di sicurezza elevatissimi, per l'acquisizione della conoscenza del rapporto di filiazione. La stessa Corte ha anche precisato che all'espletamento della menzionata consulenza non si applicano gli artt. 118, 258 e 260 c.p.c., perché il prelievo ematico (al pari del prelievo di saliva dalla mucosa buccale) non costituisce un'ispezione corporale, ma un mezzo necessario per l'espletamento della consulenza tecnica, e che, sebbene la volontà di sottoporsi al prelievo per eseguire gli accertamenti sul DNA non sia coercibile, tuttavia nulla impedisce al giudice di valutare, in caso di rifiuto – in sé legittimo, ma privo di adeguata giustificazione – il comportamento della parte ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

## 27.2. I rapporti tra le diverse azioni di stato.

La Corte di cassazione ha in primo luogo chiarito che tra l'azione di disconoscimento della paternità e quella di dichiarazione giudiziale di altra paternità sussiste un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico con la conseguenza che, in pendenza del primo giudizio, il secondo, *ex art. 295 c.p.c.*, deve essere sospeso, coerentemente con quanto previsto dall'art. 253 c.c. (**Sez. 6-1, n. 17392/2018, Falabella, Rv. 650189-01**).

Sez. 1, n. 06985/2018, Tricomi L., Rv. 648140-01, ha inoltre precisato che è inammissibile l'opposizione di terzo proposta da chi sia indicato come vero padre, avverso la sentenza, passata in giudicato, di disconoscimento della paternità legittima, quando l'opponente deduca che l'esito (positivo) dell'azione di disconoscimento di paternità si riverberi sull'azione di riconoscimento della paternità intentata nei suoi confronti, in quanto il pregiudizio fatto valere è di mero fatto, laddove il rimedio contemplato dall'art. 404 c.p.c. presuppone che l'opponente azioni un diritto autonomo, la cui tutela sia però incompatibile con la situazione giuridica risultante dalla sentenza impugnata.

Per quanto riguarda invece il giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità *ex art. 263 c.c.*, la Corte ha

affermato che il presunto padre naturale non è legittimato ad intervenire nel giudizio, né in qualità di interveniente autonomo né di interveniente adesivo, essendo egli portatore di un mero interesse di fatto all'esito del giudizio, e non di un interesse giuridico a sostenere le ragioni dell'una o dell'altra parte, direttamente correlato ai vantaggi ed agli svantaggi che il giudicato potrebbe determinare nella sua sfera giuridica (**Sez. 1, n. 20953/2018, Campese, Rv. 650228-01**).

## CAPITOLO III

### I DIRITTI DEI CITTADINI STRANIERI

(DI MARINA CIRESE, FULVIO FILOCAMO, CHIARA GIAMMARCO,  
ALDO NATALINI, ELEONORA REGGIANI E DONATELLA SALARI)\*

SOMMARIO: 1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale – 1.1. Il riparto di giurisdizione – 1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011: forma dell'atto introduttivo, produzione di nuovi documenti e audizione del ricorrente – 1.3. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017 – 1.4. Le modifiche alla sospensione feriale dei termini introdotte dal d.l. n. 13 del 2017 – 1.5. La definizione del campo di indagine del giudice di merito. – 1.6. Il rito di cui al d.l. n. 13 del 2017 in generale – 1.7. Le modifiche alla disciplina dell'udienza – 1.8. Il dovere di allegazione del richiedente, la valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni e il dovere di cooperazione del giudice – 2. Cenni sulla protezione internazionale in generale – 3. I presupposti positivi e le cause di esclusione 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 – 4.3. Organi competenti e struttura – 4.3. La nuova protezione umanitaria – 5. Il rimpatrio del cittadino straniero irregolare – 5.1. L'espulsione amministrativa – 5.2. I casi di inespellibilità – 5.3. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative – 6. Il minore straniero – 6.1. Le fonti – 6.2. I minori stranieri non accompagnati – 6.3. Cenni alla disciplina di cui alla l. n. 47 del 2017 – 7. L'unità familiare – 7.1. Segue: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana. – 7.2. Il ricongiungimento familiare – 7.3. Autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare – 8. Apolidia e cittadinanza in generale – 8.1. L'apolide – 8.2. I modi di acquisto della cittadinanza — 8.3. Le preclusioni all'acquisto della cittadinanza – 8.4. La revoca della cittadinanza *ex* art. 10 *bis* l. n. 91 del 1992 e gli altri casi di perdita della cittadinanza – 8.5. La rinuncia alla cittadinanza – 8.6. Il riacquisto della cittadinanza.

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

Nel rinviare a quanto più diffusamente esposto nella specifica rassegna sul tema (Rel. n. 106 del 2018) ci si limiterà qui a ricordare che il 17 agosto 2017 sono entrate in vigore le innovazioni

---

\* Chiara Giammarco ha redatto i paragrafi 1 e 3, compresi i sottoparagrafi; Donatella Salari i paragrafi 2 e 4, compresi i sottoparagrafi; Eleonora Reggiani il paragrafo 5; Aldo Natalini i sottoparagrafi da 5.1. a 5.3, Marina Cirese i paragrafi 6 e 7, compresi i sottoparagrafi, tranne il sottoparagrafo 7.1 redatto da Eleonora Reggiani; Fulvio Filocamo il paragrafo 8, compresi i sottoparagrafi, tranne il sottoparagrafo 8.4, redatto da Eleonora Reggiani, che ha curato anche il coordinamento del capitolo.

ordinamentali e processuali previste dal d.l. n. 13 del 2017, conv., con modif., in l. n. 42 del 2017, 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 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.

Dal punto di vista processuale, la giurisprudenza di questa Corte si è confrontata, nell'anno appena trascorso, con alcune questioni legate all'applicazione del vecchio rito e con le prime questioni interpretative legate all'entrata in vigore delle nuove norme, affrontando anche l'esame di alcune censure di costituzionalità relative al d.l. n. 13 del 2017, già disattese dalla giurisprudenza di merito.

Quanto alle questioni che si sono poste a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 13 del 2017, deve essere peraltro segnalata, oltre a quanto sarà di seguito illustrato, la questione relativa al rito applicabile alle controversie relative soltanto al permesso per motivi umanitari (istituto abrogato a seguito della recentissima riforma di cui al d.l. n. 113 del 2018, convertito, con modif., in l. 132 del 2018), questione, non ancora giunta all'attenzione della S.C., che ha diviso la giurisprudenza di merito e la dottrina, come illustrato nella relazione n. 106 del 2018, già citata.

### 1.1. Questioni di giurisdizione.

Con l'ordinanza di **Sez. U, n. 08044/2018, Acierno, Rv.647569-01**, alla quale ha fatto seguito **Sez. U, 22412/2018, De Chiara, Rv. 650282-01**, è stata affermata, in mancanza di una norma espressa (introdotta successivamente dal d.l. n. 13 del 2017), la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto la procedura di determinazione dello Stato europeo competente a decidere sulla domanda di riconoscimento della protezione internazionale, ponendosi in evidenza come, in mancanza di un'apposita norma che disponga diversamente, *«la situazione giuridica soggettiva dello straniero che chiede protezione internazionale ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali»*.

La stessa motivazione (seguendo il filo rosso inaugurato da Sez. U, n. 19393/2009, Salmé, Rv. 609272-01) sempre in tema di

giurisdizione, sorregge **Sez. U, n. 30757/2018, Rubino, Rv. 651816-01, Sez. U, 30658/2018, Conti, Rv. 651814-01, e Sez. U, n. 32044/2018, Tria, Rv. 652100 - 01**, rispettivamente, relative la prima e la terza al diniego del permesso di soggiorno per sfruttamento lavorativo *ex art. 22, comma 12 quater*, d.lgs. n. 286 del 1998 e la seconda al diniego del permesso di soggiorno *ex art. 5, comma 6*, d.lgs. n. 286 del 1998. In tutte e tre le pronunce si pone in evidenza come la situazione giuridica soggettiva dello straniero richiedente il permesso di soggiorno per motivi umanitari abbia natura di diritto soggettivo, essendo riconducibile alla categoria dei diritti umani fondamentali, che godono della protezione apprestata dall'art. 2 Cost. e dall'art. 3 CEDU e come, pertanto, avendo tutti i provvedimenti assunti dagli organi competenti in materia, natura meramente dichiarativa, e non costitutiva, al questore non sia attribuita alcuna discrezionalità valutativa, essendo il suo ruolo limitato all'accertamento della sussistenza dei presupposti di fatto legittimanti il rilascio del permesso di soggiorno nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, di talché resta escluso che tali diritti possano essere attratti nella sfera degli interessi legittimi (nello stesso senso, **Sez. U, n. 32177/2018, Tria, non massimata**, sempre con riferimento al permesso di soggiorno per sfruttamento lavorativo).

A tale riguardo **Sez. U, n. 32044/2018, Tria, Rv. 652100-01**, in relazione all'espressione del parere o della formulazione della richiesta da parte del PM, previsti per il rilascio del permesso *ex art. 22, comma 12 quater*, d.lgs. n. 286 del 1998, ha precisato che, al pari del questore, anche il PM è tenuto a compiere una mera ricognizione della sussistenza dei presupposti previsti dal legislatore, ricognizione che è frutto di una "discrezionalità di tipo tecnico". Ne consegue che la valutazione del PM non ha carattere vincolante per il giudice della protezione internazionale, proprio perché a tale valutazione deve essere attribuito carattere meramente ricognitivo della sussistenza degli specifici presupposti determinati dalla legge cui si riferisce (nello stesso senso, già **Sez. 1, n. 10291/2018, Acierno, Rv. 648896-01**).

## **1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011: forma dell'atto introduttivo, produzione di nuovi documenti e audizione del ricorrente.**

Nel rimandare alla relazione di questo Ufficio n. 115 del 2018, deve essere segnalata la decisione delle **Sez. U, n. 28575/2018, Frasca, Rv. 651358-01**, in ordine alla forma dell'atto di appello, proposto *ex art. 702 quater c.p.c.* contro la decisione di primo grado

sulla domanda volta al riconoscimento della protezione internazionale, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011 dall'art. 27, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 142 del 2015. La dizione testuale di tale norma (secondo cui «*la Corte d'appello decide sulla impugnazione entro sei mesi dal deposito del ricorso*»), aveva generato interpretazioni discordanti nella giurisprudenza di merito, almeno fino a Sez. 1 n. 17420/2017, Di Virgilio, Rv. 644940-01, la quale ha affermato che l'appello dovesse essere introdotto con citazione, e non con ricorso, atteso che il riferimento al "ricorso" in appello di cui all'art. 27, comma 1, lett. f), doveva considerarsi volto a regolare i tempi e non la forma di introduzione del giudizio di secondo grado. Le Sezioni Unite hanno comunque ritenuto che l'appello «*deve essere introdotto con ricorso e non con citazione, in aderenza alla volontà del legislatore desumibile dal nuovo tenore letterale della norma*», aggiungendo che tale innovativa esegesi, in quanto imprevedibile e repentina rispetto al consolidato orientamento pregresso, costituisce un *overruling* processuale che, nella specie, assume carattere peculiare in relazione al momento temporale della sua operatività, il quale potrà essere anche anteriore a quello della pubblicazione della prima pronuncia di legittimità che praticò la opposta esegesi, e ciò in dipendenza dell'affidamento sulla perpetuazione della regola antecedente, sempre desumibile dalla giurisprudenza della Corte, per cui l'appello secondo il regime dell'art. 702 *quater* c.p.c. risultava proponibile con citazione. Resta fermo il principio che, nei giudizi di rinvio riassunti a seguito di cassazione, il giudice del merito è vincolato al principio enunciato a norma dell'art. 384 c.p.c., al quale dovrà uniformarsi anche se difforme dal nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità (in senso conforme, da subito **Sez. 6-1, n. 29506/2018, Genovese, Rv. 651503-01, Sez. 6-1, n. 32059/2018, Sambito, Rv. 651967-01 e Sez. 1, n. 32860/2018, Tricomi L., non massimata**).

Sempre in relazione al giudizio di secondo grado nei procedimenti in materia di protezione internazionale *ratione temporis* assoggettati al rito sommario di cognizione *ex art.* 19 del d.lgs. n. 150 del 2011, **Sez. 1, n. 28990/2018, Acierno, Rv. 651579-02**, conformemente alla precedente giurisprudenza della S.C. (v. Sez. 6-1, n. 05241 del 2017, Rv. 643972-01) ha stabilito la possibilità, per le parti di produrre nuovi documenti «*se ritenuti indispensabili dal Collegio il quale non può omettere tale scrutinio in sede di verifica della loro ammissibilità*».

Ancora, in relazione a tale fase, **Sez. 6-1, n. 03003/2018, Lamorgese, Rv. 647297-01**, riportandosi al principio di diritto già espresso da Sez. 6-1 n. 24544/2011, Macioce, Rv. 619702-01, ha



ritenuto che nell'omessa audizione del richiedente nel giudizio di appello relativo 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 incumbente 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. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017.

Con **Sez. 1, n. 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-01-02-03-04-05**, questa Corte ha affrontato per la prima volta alcune tra le questioni più frequentemente proposte dai ricorrenti avanti ai giudici di merito, che tuttavia, sino ad ora, le hanno sempre ritenute irrilevanti o manifestamente infondate.

La prima di tali questioni, in ordine logico, è quella che ha posto in dubbio la costituzionalità del veicolo normativo utilizzato per la riforma, considerato in contrasto con l'art. 77 Cost. per la mancanza del requisito della straordinaria necessità ed urgenza, stante la previsione dell'efficacia differita delle norme processuali contenute nell'art. 21 del d.l. n. 13 del 2017. Al riguardo la pronuncia citata (**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**, ha ritenuto infondata la censura di costituzionalità, considerando che la disposizione transitoria, che differisce di 180 giorni dall'emanazione del decreto l'entrata in vigore di alcune norme «è *connaturata all'esigenza di predisporre un congruo intervallo temporale per consentire alla complessa riforma processuale di entrare a regime*».

La stessa pronuncia (**Sez. 1, n. 17717/2018, Di Marzio M., Rv.649521-02**) ha dichiarato manifestamente infondata anche la questione posta in relazione 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. La S.C. ha, infatti, rilevato come il rito camerale *ex art. 737 c.p.c.* sia previsto nel nostro ordinamento anche per la trattazione di controversie in materia di diritti e di *status* e come tale rito sia 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 note scritte.

Sez. 1, 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-03, seguita da Sez. 1, n. 28119/2018, Lamorgese, Rv. 651799-03, ha poi ritenuto manifestamente infondata la censura di costituzionalità dell'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, evidenziando che la fissazione di tale termine, nell'ambito di un procedimento improntato ad esigenze di speditezza, quale è il procedimento per la protezione internazionale, è espressione della discrezionalità del legislatore e trova fondamento, appunto, in tali esigenze.

**Sez. 1, 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-04**, ha ritenuto manifestamente infondata anche la questione di costituzionalità dell'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, ritenendo che ciò non determini «una disparità di trattamento tra la parte privata ed il Ministero dell'Interno, che non deve rilasciare procura», considerato che tale disciplina «*si armonizza pienamente con il disposto dell'art. 83 c.p.c., quanto alla specialità della procura, senza escludere l'applicabilità dell'art. 369, comma 2, n. 3 c.p.c.*».

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, e, più di recente, Sez. 32319/2018, Lamorgese, Rv. 651902 - 01 (ma per un altro principio espresso, su cui v. *infra*), hanno affrontato, invece, la questione di costituzionalità relativa all'eliminazione dell'appello. La S.C. in entrambe le pronunce, nel dichiarare la questione manifestamente infondata, ha sottolineato come il doppio grado di giurisdizione sia «*privato di copertura costituzionale (cfr. Corte cost. n. 80 e 395 del 1988; n. 543 del 1989; n. 433 del 1990; n. 438 del 1994)* » non operando affatto «*in una pluralità di ipotesi, già nel procedimento di cognizione ordinaria, e ciò non soltanto nel caso delle controversie destinate a svolgersi in unico grado*» e come, avuto riguardo al procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, pur dovendosi considerare «*il rilievo primario del diritto in contesa... deve per altro verso sottolinearsi, ai fini della verifica di compatibilità costituzionale della eliminazione del giudizio di appello, che il ricorso in esame è preceduto da una fase amministrativa, destinata a svolgersi dinanzi ad un personale specializzato,*

*nell'ambito del quale l'istante è posto in condizioni di illustrare pienamente le proprie ragioni attraverso il colloquio destinato a svolgersi dinanzi alle C.T., di guisa che la soppressione dell'appello si giustifica anche per il fatto che il giudice è chiamato ad intervenire in un contesto in cui è stato già acquisito l'elemento istruttorio centrale - per l'appunto il colloquio - per i fini dello scrutinio della fondatezza della domanda di protezione, il che concorre a far ritenere superfluo il giudizio di appello».*

**Sez. 1 n. 32319/2018, Lamorgese, Rv. 651902-01**, ha anche affrontato, dichiarandola manifestamente infondata, la censura di costituzionalità dell'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.

La S.C., nel richiamare la pronuncia della Corte di giustizia UE, 27 settembre 2018, causa C- 422/18, in relazione al rinvio pregiudiziale del tribunale di Milano, proprio in ordine alla compatibilità di tali disposizioni con gli artt. 4, par. 3, e 19, par. 1, TUE, con l'art. 47, comma 1 e 2, della Carta nonché con gli articoli 22 e 46 della direttiva 2013/32/UE, e nel sottolineare come detta sentenza, vincolante per il giudice nazionale, abbia ritenuto la nostra disciplina pienamente compatibile con i principi dinanzi evidenziati, ha escluso anche la manifesta fondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate, con riferimento ai parametri interni. Con riferimento alla paventata lesione del diritto di difesa, per il fatto che il richiedente una volta costretto a lasciare il paese non possa più partecipare alla fase di impugnazione, ne ha escluso la sussistenza, non essendo prevista la partecipazione personale del richiedente in un giudizio di legittimità, qual è quello di cassazione. Con riguardo alla censura legata all'impossibilità per il giudice, che ha emesso il decreto impugnato in cassazione, di sospenderlo, valutando anche l'eventuale danno grave ed irreparabile, ha affermato che l'asserita necessità della sospensione automatica dell'efficacia esecutiva del provvedimento giurisdizionale, in pendenza del giudizio di impugnazione, non è desumibile dal sistema costituzionale né dalla legislazione ordinaria, dalla quale si desume, anzi una regola di senso inverso. Peraltro, la Corte ha posto in evidenza come l'istituto sospensivo in questione possa essere assimilato, piuttosto che a quello di cui all'art. 373 c.p.c., a quello previsto dall'art. 283 c.p.c.,

riguardante la sospensione delle sentenze di primo grado, prevista, come nel caso di specie, all'esito di una delibazione sommaria della fondatezza dell'impugnazione, sottolineando, tuttavia, come in ogni caso la norma in esame sia caratterizzata da uno specifico e proprio ambito applicativo, operando l'art. 35 *bis* in un sistema speciale, qual è quello della "politica nazionale in tema di immigrazione", nel quale il legislatore ordinario ha un'ampia discrezionalità, come l'ha nella disciplina degli istituti processuali, e dove vi è l'esigenza di celere attuazione delle decisioni giurisdizionali.

#### **1.4. 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 l. n. 742 del 1969, 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. **Sez. 6-1 n. 16420/2018, Acierno, Rv. 649789-01** e **Sez. 6-1 n. 18295/2018, Sambito, Rv. 649649-01** hanno affrontato il problema di diritto intertemporale, avuto riguardo, rispettivamente, ad un caso in cui il tribunale aveva dichiarato inammissibile, poiché tardivo, il ricorso proposto avverso la decisione della Commissione Territoriale in data anteriore all'entrata in vigore delle norme processuali del d.l. n. 13 del 2017, e a un altro caso in cui era stato presentato ricorso per cassazione contro una sentenza d'appello, pubblicata anteriormente a quella data. Nella prima decisione, la S.C ha affermato che la modifica normativa 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) e, nella seconda, ha precisato che la modifica è applicabile solo al ricorso contro le sentenze di appello pubblicate successivamente a tale data.

#### **1.5. La definizione del campo di indagine del giudice di merito.**

Con riferimento alla perimetrazione dell'ambito di valutazione del giudice di merito, adito con ricorso contro la decisione della Commissione Territoriale, deve segnalarsi la recentissima **Sez. 1, n. 32862/2018, Di Marzio M., non massimata**, che nell'affermare l'irrilevanza di eventuali violazioni delle regole dettate in tema di

composizione e di funzionamento delle Commissioni territoriali, ha precisato che la fase giurisdizionale del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale non è diretta all'impugnazione del provvedimento adottato dalla Commissione territoriale, ma alla verifica della sussistenza del diritto alla protezione richiesta e, per tale ragione, non dispiegano alcun rilievo, ai fini dell'accoglimento della domanda, eventuali violazioni delle regole dettate dall'art. 4, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 25 del 2008. Tale pronuncia, per l'assolutezza della sua motivazione, sembra non in perfetta linea con **Sez. 6-1, n. 19040/2018, Genovese, Rv. 650190-01**, che, invece, nell'escludere che l'omissione dell'avvertenza della possibilità per il richiedente asilo di essere sentito dall'organo collegiale, anziché da un singolo componente della Commissione Territoriale, dia luogo alla nullità dell'audizione, pienamente consentita anche in forma monocratica, precisa che ciò non vale se il difetto di tale avvertimento (previsto all'art. 12, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 25 del 2008) cagioni al richiedente asilo una specifica e sicura lesione dei suoi diritti fondamentali, che comunque deve essere allegata in modo puntuale e denunciata in sede di prima impugnazione giurisdizionale.

**Sez. 1, n. 31675/2018, Di Marzio M., Rv. 651889-01**, invece, nel riaffermare la competenza esclusiva dell'Amministrazione, e, in particolare, dell'Unità Dublino – operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno – in base al disposto dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, ai fini dell'individuazione dello Stato che deve esaminare la domanda di protezione internazionale, ha cassato il decreto del giudice di merito, che aveva dichiarato inammissibile il ricorso contro il diniego del riconoscimento di tale protezione, sul presupposto che la domanda avrebbe dovuto essere presentata in uno Stato diverso da quello italiano, per essere quello il Paese di primo ingresso.

### 1.6. Il rito di cui al d.l. n. 13 del 2017 in generale.

Tra le novità introdotte con la riforma nel rito della protezione internazionale, le modifiche apportate alla disciplina dell'udienza sono quelle che hanno dato origine alle maggiori problematiche interpretative, risolte in modo variegato dalla giurisprudenza di merito, per il cui approfondimento si rimanda alla relazione di questo Ufficio n. 106 del 2018. Occorre tuttavia in questa sede evidenziare 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*».

### **1.7. Le modifiche alla disciplina dell'udienza.**

Si deve tenere presente che le modifiche introdotte dal d.l. n. 13 del 2017 alla disciplina dell'udienza nella fase giurisdizionale vanno collegate 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 3 del novellato art. 14 prevede poi che «*copia informatica del file contenente la videoregistrazione e del verbale di trascrizione sono conservati per almeno tre anni, in un apposito archivio informatico presso il Ministero dell'Interno, con modalità che ne garantiscano l'integrità, la non modificabilità e la certezza temporale del momento in cui sono stati formati*». 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 il verbale che viene messo a disposizione dell'autorità

giudiziaria in caso di impugnazione della decisione della Commissione Territoriale.

Tale circostanza, unitamente alla formulazione non inequivoca dei commi 10 ed 11 dell'art. 35 *bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 - 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» - ha portato all'attenzione della S.C. una delle questioni più dibattute in tema di interpretazione della predetta disciplina.

La già citata Sez. 1, n. 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-05 (alla quale hanno fatto seguito Sez. 6-1 n. 27182/2018, Lamorgese, Rv. 651513-01 e Sez. 1, n. 32029/2018, Genovese, Rv. 651982-01) è stata chiamata ad affrontare il caso in cui un ricorrente lamentava la mancata fissazione dell'udienza, nonostante ne avesse fatto richiesta e sebbene la videoregistrazione fosse indisponibile per motivi tecnici. La Corte, chiarendo 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, ha stabilito 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, specificando, inoltre, che ciò non vuol dire automaticamente che si debba anche necessariamente dar corso all'audizione del richiedente, come pure si ricava dalla sentenza della Corte di giustizia UE, 26 luglio 2017, causa C-348/16.

In tale decisione infatti, la Corte di giustizia, affrontando la questione pregiudiziale posta dal tribunale di Milano, nella vigenza del vecchio rito, in ordine alla compatibilità della direttiva 2013/32/UE con l'ipotesi di rigetto del ricorso *de plano* senza fissazione dell'udienza, nel caso di manifesta infondatezza dello stesso, ha ribadito il principio secondo cui la “direttiva-procedure”,

letta alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, deve essere interpretata nel senso che non osta a che il giudice nazionale, investito di un ricorso avverso la decisione di rigetto di una domanda di protezione internazionale manifestamente infondata, respinga detto ricorso senza procedere all'audizione del richiedente, qualora le circostanze di fatto non lascino alcun dubbio sulla fondatezza di tale statuizione, a condizione, da una parte, che in occasione della procedura sia stata data al richiedente facoltà di sostenere un colloquio personale sulla sua domanda di protezione internazionale conformemente all'art. 14 della direttiva e che il verbale di trascrizione di tale colloquio, qualora sia avvenuto, sia stato reso disponibile unitamente al fascicolo in conformità dell'art. 17, par. 2, della direttiva medesima e, dall'altra parte, che il giudice adito con il ricorso possa disporre tale audizione, ove lo ritenga necessario, ai fini dell'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto contemplati dall'art. 46 di tale direttiva. Come è evidente, emerge nuovamente la questione della rilevanza dei vizi procedurali della fase amministrativa, che investono la possibilità di audizione del richiedente, su cui si è pronunciata **Sez. 6-1, n. 19040/2018, Genovese, Rv. 650190-01** (v. *supra*).

Oltre che ribadire la nullità del decreto che decide sul ricorso, in mancanza di fissazione dell'udienza, nel caso in cui manchi la videoregistrazione, deve sottolinearsi come Sez. 1, n. 32029/2018, Genovese, Rv. 651982-01, abbia anche precisato che l'obbligo di videoregistrazione è immediatamente operante a partire dall'entrata in vigore dell'art. 35 *bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, come modificato dal d.l. n. 13 del 2017, non trovando applicazione la *vacatio legis* prevista dall'art. 21 del d.l. citato.

Un inedito profilo, sempre relativo alla fissazione dell'udienza in mancanza di videoregistrazione, è quello affrontato da Sez. 1, n. 32073/2018, Falabella, **Rv. 652088-01**. In tale pronuncia la Corte ha censurato il ragionamento del giudice di merito che aveva ritenuto alternative tra loro la videoregistrazione e la redazione del verbale del colloquio, desumendone la possibilità di non fissare l'udienza, quando, pur mancando la videoregistrazione, fosse comunque disponibile il verbale. La Corte, nel reiterare i principi già espressi sul tema dalle decisioni sopra menzionate, ha infatti specificato come la disponibilità del verbale, in assenza della videoregistrazione determini comunque la nullità del decreto che decide il ricorso, poiché la videoregistrazione è specificamente contemplata dalla norma (ed è quindi logico che il legislatore ne abbia disciplinato le conseguenze), mentre l'assenza della verbalizzazione, che dipende da



ragioni patologiche e del tutto eccezionali (l'inosservanza della prescrizione normativa da parte della Commissione, che non provveda a redigere alcun verbale, o lo smarrimento di questo), non lo é. La previsione dell'udienza viene dunque correlata all'unica fattispecie di carenza documentale (quella concernente la videoregistrazione) presa in considerazione dal legislatore, e lo è avendo precisamente riguardo alla mancata disponibilità del supporto audiovisivo, il quale dovrebbe consegnare al tribunale un quadro di informazioni più completo e preciso rispetto a quello costituito dal semplice verbale di audizione.

### **1.8. Il dovere di allegazione del richiedente, la valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni e il dovere di cooperazione del giudice.**

Come già accennato, 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 si è mossa la giurisprudenza della S.C., che già con

Sez. 6-1, n. 14998/2015, Acierno, Rv. 636559-01, affermava che il richiedente la protezione internazionale, ai sensi dell'art. 14, lett. b) e c), del d.lgs. n. 251 del 2007, non deve fornire alcuna precisa qualificazione giuridica del tipo di misura di protezione invocata e che, come pure precisato da Sez. 6-1, n. 07333/2015, Acierno, Rv. 644949-01, è peculiare compito del giudice colmare le lacune informative, avendo l'obbligo di informarsi in modo adeguato e pertinente alla richiesta, soprattutto con riferimento alle condizioni generali del Paese d'origine, allorquando 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, e verificare se la situazione di esposizione a pericolo per l'incolumità fisica indicata dal ricorrente e astrattamente sussumibile nelle tipologie tipizzate di rischio, sia effettivamente sussistente nel Paese nel quale dovrebbe essere disposto il rientro al momento della decisione.

In continuità con tale orientamento si è espressa **Sez. 6-1, n. 02875/2018, Lamorgese, Rv. 647344-01**, che, in tema di protezione internazionale, ha ribadito come sia l'autorità amministrativa e sia il giudice di merito *«svolgono un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile, libero da preclusioni o impedimenti processuali, oltre che fondato sulla possibilità di assumere informazioni e acquisire tutta la documentazione necessaria, ove il richiedente adduca il rischio di persecuzione»*.

Resta tuttavia fermo l'onere di individuazione ed allegazione del richiedente dei fatti costitutivi della sua pretesa, al cui adempimento consegue l'obbligo di cooperazione del giudice, come aveva già precisato Sez. 1, n. 19197/2015, De Chiara, Rv. 637125-01, n. 07333/2015, Acierno, Rv. 634949-01 ed oggi confermato da **Sez. 6-1, n. 17069/2018, De Chiara, Rv. 649647-01** che afferma che il potere-dovere del giudice di accertare anche d'ufficio se ed in quali limiti, nel Paese straniero di origine dell'istante, si registrino fenomeni di violenza indiscriminata, sorge solo quando il richiedente abbia adempiuto all'onere di allegare i fatti costitutivi del suo diritto. Nello stesso senso, **Sez. 6-1 n. 27336/2018, Terrusi, Rv. 651146-01**, ha chiarito 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 (nella specie, la S.C., nel rigettare la censura relativa al mancato utilizzo dei poteri officiosi da parte del giudice di merito, ha evidenziato che non erano state allegate, da parte del

ricorrente, né la situazione implicante la protezione internazionale in rapporto a conflitti armati in corso nel suo paese di origine, né - ai fini della protezione umanitaria - una condizione di grave violazione dei diritti umani).

Peraltro, l'onere di allegazione del richiedente secondo **Sez. 6-1 n. 02861/2018, Genovese, Rv. 648276-01** (in senso conforme, **Sez. 6-1, n. 29875/2018, Genovese, Rv. 651868-01**) deve essere particolarmente qualificato, ritenendosi necessario che i fatti dedotti non siano meramente dichiarati, ma collegati con la domanda proposta. Nella specie la S.C. ha ritenuto, infatti, che l'allegazione da parte del richiedente che in un Paese di transito (nella specie la Libia) si consumi un'ampia violazione dei diritti umani, senza evidenziare quale connessione vi sia tra il transito attraverso quel Paese ed il contenuto della sua domanda, costituisce circostanza irrilevante ai fini della decisione, anche se tale profilo può essere valutato ai fini della ricostruzione della vicenda individuale e, di conseguenza della credibilità del dichiarante. Nello stesso senso, **Sez. 1, n. 31676/2018, Lamorgese, Rv. 651895-01**, ha precisato che, nella domanda di protezione internazionale, l'allegazione da parte del richiedente che in un Paese di transito (nella specie, ancora la Libia) si consumi un'ampia violazione dei diritti umani, senza evidenziare quale connessione vi sia tra il transito attraverso quel Paese ed il contenuto della domanda, costituisce circostanza irrilevante ai fini della decisione, perché l'indagine del rischio persecutorio o del danno grave in caso di rimpatrio va effettuata con riferimento al paese di origine o alla dimora abituale ove si tratti di un apolide. Il paese di transito potrà rilevare (direttiva 2008/115/UE, art. 3, par. 3) solo nel caso di accordi comunitari o bilaterali di riammissione, o altra intesa, che prevedano il ritorno del richiedente nel paese di transito.

Infine **Sez. 6-1, n. 27503/2018, Lamorgese, Rv. 651361-01**, ricollega la possibilità per il giudice di esprimere un giudizio positivo sulla credibilità del ricorrente, al compimento da parte di questi 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. La valutazione di non credibilità del racconto costituisce infatti un apprezzamento di fatto rimesso al giudice del merito, il quale deve valutare se le dichiarazioni del richiedente siano coerenti e plausibili, ai sensi dell'art. 3, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 251 del 2007, ma pur sempre a fronte di dichiarazioni sufficientemente specifiche e circostanziate.

Deve poi evidenziarsi come il dovere di cooperazione istruttoria del giudice sia posto in correlazione anche con il giudizio di credibilità del richiedente (sul tema v. l'approfondimento nella relazione n. 106 del 2018). In tal senso **Sez. 6-1, n. 19716/2018, Sambito, Rv. 650193-01**, in tema di protezione sussidiaria, ha affermato che la valutazione della credibilità soggettiva del richiedente non può essere legata alla mera presenza di riscontri obiettivi di quanto da lui narrato, incombendo al giudice, nell'esercizio del potere-dovere di cooperazione istruttoria, l'obbligo di attivare i propri poteri officiosi al fine di acquisire una completa conoscenza della situazione legislativa e sociale dello Stato di provenienza, onde accertare la fondatezza e l'attualità del timore di danno grave dedotto (nella specie, la S.C., ha cassato la sentenza con la quale era stato rigettato il ricorso avverso il diniego del riconoscimento della protezione sussidiaria, avendo il tribunale ritenuto, senza alcun approfondimento istruttorio, che il timore di danno grave dedotto dal richiedente fosse esclusivamente soggettivo in quanto privo di riscontri obiettivi, e il pericolo non fosse più attuale). La pronuncia si pone sulla stessa linea dei precedenti (Sez. 6-1, n. 26921/2017, Lamorgese, Rv. 647023-01), che hanno precisato come la valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente non sia affidata alla mera opinione del giudice, essendo il risultato di una procedimentalizzazione legale della decisione, da compiersi non sulla base della mera mancanza di riscontri oggettivi, ma alla stregua dei criteri indicati nell'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007 e, inoltre, tenendo conto della situazione individuale e delle 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. Da ciò consegue che è compito prima dell'autorità amministrativa e poi del giudice svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorandosi dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario, mediante l'esercizio di poteri-doveri d'indagine officiosi e l'acquisizione di informazioni aggiornate sul paese di origine del richiedente, al fine di accertarne la situazione reale. **Sez. 6-1, n. 16925/2018, Acierno, Rv. 649697-01** ha poi precisato che l'accertamento del giudice di merito deve innanzi tutto avere ad oggetto la credibilità soggettiva della versione del richiedente circa l'esposizione a rischio grave alla vita o alla persona e che, nel caso in cui le dichiarazioni siano giudicate inattendibili alla stregua degli indicatori di genuinità soggettiva di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 251 del

2007, non occorre procedere ad un approfondimento istruttorio officioso sulla prospettata situazione persecutoria nel Paese di origine, salvo che la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori (nello stesso senso, **Sez. 6-1, n. 28862/2018, Terrusi, Rv. 651501-01**). Da ultimo, anche **Sez. 6-1, n. 31826/2018, Terrusi (in corso di rimassimazione per problemi tecnici sul sito)**, ha ritenuto che la motivazione in ordine alla non credibilità soggettiva del richiedente, quanto alle ragioni di allontanamento dal proprio paese, è di per sé sufficiente a sorreggere il diniego del riconoscimento dello *status* di rifugiato politico (nella specie la S.C. ha confermato la pronuncia del giudice di merito, che aveva rigettato la domanda di riconoscimento della protezione internazionale avendo considerato il racconto dell'istante generico, privo di riscontri temporali e limitato ad allegazioni scarsamente circostanziate, con conseguente compromissione della possibilità di attivare d'ufficio utili strumenti probatori).

Precisato quanto sopra in ordine all'onere di allegazione del richiedente, perché il giudice possa attivare i propri poteri officiosi, **Sez. 6-1-n. n. 09427/2018, Acierno, Rv. 648961-01** (e, in senso conforme, **Sez.6-1-n. 17075/2018, De Chiara, Rv. 649790-01, Sez. 1, n. 28990/2018, Acierno, Rv. 651579-01**) ha rilevato che, in tema di protezione internazionale, e in particolare di protezione sussidiaria ed umanitaria, la sussistenza dei presupposti per il loro riconoscimento, deve essere valutata al momento della decisione, non potendosi il giudice di merito limitare a rigettare la domanda unicamente sulla base di quanto dichiarato dal cittadino straniero, riguardo ai motivi che lo avevano originariamente determinato a lasciare il proprio paese, atteso che la necessità di ricevere protezione dal paese ospitante può sorgere anche in un momento successivo rispetto alla partenza del richiedente dal Paese di origine, tanto per ragioni oggettive quanto per ragioni soggettive.

## 2. Cenni sulla protezione internazionale in generale.

I decreti legislativi n. 251 del 2007 e n. 25 del 2008 hanno dato attuazione alle direttive 2004/83/CE e 2005/85/CE, che disciplinano lo *status* di rifugiato e di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, con riferimento ai cittadini stranieri provenienti da Paesi extra UE e gli apolidi, procedimentalizzando le norme relative al riconoscimento e alla revoca della protezione internazionale. Assume, in proposito, rilievo anche la direttiva 2011/95/UE, recante norme sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi

o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

Secondo una catalogazione operabile sui presupposti fondanti la protezione internazionale, attraverso il parametro di cui all'art. 2 d.lgs. 251 n. 2007, e partendo, innanzitutto, dallo *status* di rifugiato, va detto che esso si basa, a mente del nominato statuto normativo, sul giustificato timore dello straniero di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche.

In difetto di questi presupposti 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, senza che possa o voglia avvalersi della protezione di detto Paese.

La protezione umanitaria è stata prevista in via generale dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, recante la disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari, come consentito dalla 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, ove emergano “motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura”, stabilendo che la decisione di rimpatrio, qualora sia già stata emessa, sia revocata o sospesa per il periodo di validità di tale titolo o di un'altra analoga autorizzazione, che conferisca il diritto di soggiornare. Com'è noto, il d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, ha abolito la figura generale del permesso di soggiorno per motivi umanitari ed ha introdotto ipotesi predeterminate di rilascio del permesso di soggiorno “in casi speciali” (v. *infra*).

### **3. I presupposti positivi e le cause di esclusione del riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria.**

Si deve subito rilevare che **Sez. 1 n. 28433/2018, Tricomi L., Rv. 651471-01**, ha escluso il diritto al riconoscimento della protezione internazionale nel caso in cui, nella parte del territorio del paese di origine del richiedente non sia riscontrabile il pericolo di persecuzione, pur presente in altra zona del Paese. La pronuncia ha

sottolineato che tale ipotesi si distingue da quella in cui il pericolo di persecuzione sia presente nella parte del territorio di provenienza del richiedente, ma sia esclusa in parte diversa del medesimo Paese, ipotesi questa che non impedisce il riconoscimento della protezione internazionale, stante il mancato recepimento nella nostra normativa dell'art. 8 della direttiva 2004/83/CEE, come già evidenziato da Sez. 1, n. 02294/2012, Ragonese, Rv. 621824-01 (in applicazione del principio enunciato, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto nei confronti della sentenza della Corte d'appello, che aveva escluso la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale, in considerazione del fatto che, come risultava dal rapporto di Amnesty International, la situazione di violenza indiscriminata in situazione di conflitto armato interno o internazionale, determinata dalle attività terroristiche del gruppo "Boko Haram", non fosse estesa all'Edo State ed alla città di provenienza del richiedente). L'argomento appena illustrato, fondato sul mancato recepimento nella nostra normativa dell'art. 8 della direttiva 2004/83/CEE non è tuttavia più attuale, perché il d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, apportando modifiche all'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 25 del 2008, ha recepito il contenuto del menzionato 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.

In ordine alle cause ostative al riconoscimento della protezione internazionale o sussidiaria, di cui agli artt. 10 e 16 del d.lgs. n. 251 del 2017, dal punto di vista processuale deve essere segnalata **Sez. 1, n. 18739/2018, Pazzi, Rv. 649585-01**. Tale pronuncia, nel confermare la sentenza di appello - che, in accoglimento dell'impugnazione proposta dal Ministero dell'interno, con la quale aveva eccepito la sussistenza della causa di esclusione prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 251 del 2007, aveva riformato l'ordinanza del tribunale, rigettando il ricorso proposto dal richiedente avverso il diniego della protezione sussidiaria - ha disatteso il motivo di ricorso con il quale era stata prospettata l'inammissibilità dell'eccezione dell'Amministrazione, relativa alla presenza della menzionata causa di esclusione (in quanto questione nuova e, dunque tardiva *ex art. 345 c.p.c.*). In particolare, la S.C., sul presupposto che l'assenza delle condizioni previste dall'art. 16 d.lgs. n. 251 del 2007 rappresentasse uno degli elementi costitutivi del riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria, da esaminare necessariamente al momento del

vaglio della posizione soggettiva del richiedente, ha ritenuto che l'eccezione sopra menzionata non potesse essere considerata tardiva, essendo relativa a questioni rilevabili d'ufficio, che riguardavano la sussistenza degli elementi costitutivi del diritto azionato e non eccezioni in senso stretto. Sempre in argomento, **Sez. 6-1 n. 27504/2018, Lamorgese, Rv. 651149-01**, ha affermato che il diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria non può essere concesso (e, per identità di *ratio*, non può essere riconosciuta neanche la protezione umanitaria) a chi abbia commesso un reato grave al di fuori dal territorio nazionale, anche se “con un dichiarato obiettivo politico”, precisando che 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. D'altronde Sez. 6-1, n. 14028/2017, Lamorgese, Rv. 644611-01, aveva già affermato che, in tema di protezione sussidiaria, il parametro normativo, che si desume dal dato testuale della lett. b) dell'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 251 del 2007, non predetermina in modo assoluto le ipotesi di “gravità” dei reati e lascia agli organi amministrativi e giurisdizionali di valutare, senza automatismi, le condotte criminose attribuite allo straniero (anche mediante concorso e collaborazione con altri), in modo da consentire l'esame concreto dei fatti e della loro pericolosità. Sez. 6-1, n. 25073/2017, Acierno, Rv.646244-01, aveva comunque escluso la rilevanza, ai fini dell'individuazione della predetta causa di esclusione, della mera esistenza di un mandato di cattura e della pendenza di un procedimento penale a carico del richiedente, senza che il giudice di merito avesse accertato l'avvenuta commissione di reati fuori del territorio italiano, da qualificarsi gravi alla luce del parametro della pena edittale prevista dalla legge italiana per quel medesimo illecito.

Sottolinea la necessità che i requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale siano valutati con riferimento al momento della decisione, **Sez. 6-1, n. 09427/2018, Acierno, Rv. 648961-01** (in senso conforme, **Sez. 1, n. 28990/2018, Acierno, Rv. 651579-01** e, in tema di protezione sussidiaria, **Sez. 6-1, n. 17075/2018, De Chiara, Rv. 649790-01**), precisando che il giudice di merito non può limitarsi a rigettare la domanda unicamente sulla base di quanto dichiarato dal cittadino straniero, riguardo ai motivi che lo avevano originariamente determinato a lasciare il proprio paese, atteso che la necessità di ricevere protezione dal paese ospitante può sorgere anche in un momento successivo rispetto alla partenza del



richiedente dal Paese di origine, tanto per ragioni oggettive quanto per ragioni soggettive (nel caso di specie, la S.C., cassando la pronuncia di merito, ha escluso la decisività delle dichiarazioni del cittadino straniero formulate all'atto di arrivo nel nostro paese, molti anni prima di richiedere la protezione internazionale).

In tema di persecuzione penale nel Paese di origine, **Sez. 6-1 n. 02863/2018, Genovese, Rv. 647343-01**, ha specificato che il giudice del merito, nell'ipotesi in cui venga denunciata la lesione di diritti umani dovuta a persecuzione penale, non deve limitarsi a rilevare se tale lesione avvenga in forma diretta e brutale, ma deve verificare se la contestata violazione di norme di legge nel paese di provenienza sia opera degli organi costituzionalmente ed istituzionalmente preposti a quel controllo e se abbia avuto ad oggetto la legittima reazione dell'ordinamento all'infrazione commessa o invece non costituisca una forma di persecuzione razziale, di genere o politico religiosa verso il denunziante.

In relazione all'omosessualità, quale motivo di persecuzione nel paese di origine, **Sez. 6-1 n. 02875/2018, Lamorgese, Rv. 647344-01**, ha 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) ha 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.

Per quanto riguarda i presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria, quanto al “danno grave,” **Sez. 6-1 n. 16275/2018, Acierno, Rv. 649788-01** ha chiarito che, in via generale, al fine d’integrare i presupposti di cui all’art. 14, lettere a) e b), del d.lgs. n. 251 del 2007, è sufficiente che risulti provato, con un certo grado di individualizzazione, che il richiedente, ove la tutela gli fosse negata, rimarrebbe esposto a rischio di morte o a trattamenti inumani e degradanti, senza che tale condizione debba presentare i caratteri del *fumus persecutionis*, non essendo necessario che lo straniero fornisca la prova di essere esposto ad una persecuzione diretta, grave e personale, poiché tale requisito è richiesto solo ai fini del conseguimento dello *status* di rifugiato politico. In riferimento poi all’ipotesi di cui alla lettera c) del medesimo art. 14, la S.C. ha affermato che la situazione di violenza indiscriminata e di conflitto armato, presente nel Paese in cui lo straniero dovrebbe fare ritorno, può giustificare la mancanza di un diretto coinvolgimento individuale del richiedente protezione nella situazione di pericolo. Al riguardo - in linea con quanto già affermato da Sez. 6-1 n. 16356/2017, Acierno, Rv. 644807-01, in ordine all’irrelevanza, ai fini dell’esclusione del “danno grave” a carico del richiedente, della circostanza che tale danno sia provocato da soggetti privati, qualora nel paese di origine manchi un’autorità statale in grado di fornire adeguata ed effettiva tutela - **Sez. 6-1 n. 03758/2018, De Chiara, Rv. 647370-01** ha ritenuto che 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, anche se provenienti da soggetti non statuali, sicché l’adita autorità giudiziaria ha il dovere di accertare, avvalendosi dei suoi poteri istruttori anche ufficiosi ed acquisendo le informazioni sul paese di origine, l’effettività del divieto legale di simili minacce, ove sussistenti e gravi, ovvero se le autorità del Paese di provenienza siano in grado di offrire adeguata protezione al ricorrente.

Quanto all’ipotesi di “danno grave” provocato da soggetti privati, va qui ricordata anche la pregressa giurisprudenza della S.C. in tema di violenza domestica. In particolare, Sez. 1, n. 28152/2017, Acierno, Rv. 649254-01, ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiato, ha ritenuto costituire atti di persecuzione basati sul genere *ex* art. 7 d. lgs. 251 n. 2007, rientranti nel concetto di violenza domestica di cui all’art. 3 della Convenzione di Istanbul dell’11 maggio 2011, le limitazioni al godimento dei propri diritti umani fondamentali, attuate ai danni di una donna, di religione cristiana, a causa del suo rifiuto di attenersi alla consuetudine religiosa locale -

secondo la quale la stessa, rimasta vedova, era obbligata a sposare il fratello del marito - anche se le autorità tribali del luogo, alle quali si era rivolta nella perdurante persecuzione da parte del cognato che continuava a reclamarla in moglie, le avevano consentito di sottrarsi al matrimonio forzato, ma a condizione che si allontanasse dal villaggio, abbandonando i propri figli ed i suoi beni, nell'incapacità delle autorità statali di contrastare tali limitazioni e di fornire effettiva protezione al richiedente. Anche Sez. 6-1, n. 12333/2017, De Chiara, Rv. 644272-01 ha affermato, in tema di riconoscimento della protezione sussidiaria, che, in virtù degli artt. 3 e 60 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, anche gli atti di violenza domestica sono riconducibili all'ambito dei trattamenti inumani o degradanti, considerati dall'art. 14, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007 ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, sicché è onere del giudice verificare in concreto se, pur in presenza di minaccia di danno grave ad opera di un "soggetto non statale", ai sensi dell'art. 5, lett. c), del decreto citato, come il marito della ricorrente, lo Stato di origine sia in grado di offrire alla donna adeguata protezione (nella specie, relativa a cittadina marocchina vittima di abusi e violenze - proseguiti anche dopo il divorzio - da parte del coniuge, punito dalla giustizia marocchina con una blanda sanzione penale, la corte d'appello aveva negato il riconoscimento della protezione internazionale valorizzando elementi quali la condanna penale, l'ottenimento del divorzio e l'appoggio della famiglia di origine della donna, circostanze ritenute dalla S.C. di per sé non necessariamente indicative di un'adeguata protezione da parte del Paese di origine).

Quanto alla nozione di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato, interno o internazionale, a norma dell'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007, **Sez. 6-1, n. 13858/2018, Lamorgese, Rv. 648790-01**, ha stabilito che tale nozione, in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, 30 gennaio 2014, causa C-285/12), deve essere interpretata nel senso che il conflitto armato interno rileva solo se, eccezionalmente, possa ritenersi che gli scontri tra le forze governative di uno Stato e 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 rinvitato nel Paese o nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio, un

rischio effettivo di subire detta minaccia (nella specie la S.C. ha ritenuto esente da vizi la motivazione con la quale la corte d'appello aveva escluso la ricorrenza del presupposto per il riconoscimento della protezione sussidiaria, nel caso di un cittadino del Bangladesh, a causa della mancata indicazione di elementi idonei a compiere una valutazione individualizzante del rischio nel caso di rimpatrio, nonché della politica di democratizzazione intrapresa, sin dal 1971, dal Paese asiatico, nel quale le dispute sui diritti civili e la presenza di terroristi non avevano raggiunto livelli significativi). Sempre in relazione alla prova della sussistenza della minaccia grave ed individuale alla vita o alla persona di un civile, derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, **Sez. 1 n. 14006/2018 Iofrida, Rv. 649169-01** ha chiarito che la prova ad essa relativa implica una contestualizzazione della minaccia suddetta, in rapporto alla situazione soggettiva del richiedente, laddove il medesimo sia in grado di dimostrare di poter essere colpito in modo specifico, in ragione della sua situazione personale, ovvero la dimostrazione dell'esistenza di un conflitto armato interno nel Paese o nella regione, caratterizzato dal ricorso ad una violenza indiscriminata, che raggiunga un livello talmente elevato da far sussistere fondati motivi per ritenere che un civile, rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione, correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire detta minaccia. In tal senso, peraltro, si era già in precedenza espressa Sez.6-1 n. 18130/2017, Genovese, Rv. 645059-01 che aveva escluso la necessità che lo straniero provasse di essere interessato personalmente alle situazioni di violenza indiscriminata caratterizzanti un conflitto armato in corso, quando queste raggiunga un livello così elevato da far ritenere presumibile che la sua sola presenza sul territorio, lo esponga concretamente al rischio di subire gli effetti della minaccia. Da ultimo, **Sez. 1, n. 32064/2018, Sambito, Rv. 652087-01**, ha ribadito che la nozione di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale, di cui all'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007, deve essere interpretata in conformità alla fonte eurounitaria di cui è attuazione (direttive 2004/83/CE e 2011/95/UE), in coerenza con le indicazioni ermeneutiche fornite dalla Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, 18 dicembre 2014, causa C-542/13), secondo cui i rischi, a cui è esposta in generale la popolazione di un paese o di una parte di essa, di norma non costituiscono una "minaccia individuale", che esponga a un danno grave (v. 26° Considerando della direttiva n.

2011/95/UE), in quanto l'esistenza di un conflitto armato interno potrà portare alla concessione della protezione sussidiaria solamente nella misura in cui si ritenga eccezionalmente che gli scontri tra le forze governative di uno Stato e 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 sussidiaria, ai sensi dell'articolo 15, lettera c) della direttiva, a motivo del fatto che il grado di violenza indiscriminata che li caratterizza raggiunge un livello talmente elevato, da far sussistere fondati motivi per ritenere che un civile rinvio nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio, un rischio effettivo di subire la detta minaccia (in questo senso, Corte di giustizia UE, 17 febbraio 2009, causa C-465/07 e Corte di giustizia UE, 30 gennaio 2014, causa C-285/12). Il riconoscimento della forma di protezione in questione presuppone, dunque, che il richiedente rappresenti una condizione che, pur derivante dalla situazione generale del paese, sia, comunque, a lui riferibile e sia caratterizzata da una personale e diretta esposizione al rischio di un danno grave, quale individuato dall'art. 14 del d.lgs. n. 251 del 2007, ed il relativo accertamento costituisce un apprezzamento di fatto, demandato, in quanto tale, al giudice del merito, che, nel compiere tale valutazione, deve far ricorso ai suoi poteri istruttori ed acquisire comunque le informazioni sul paese di origine del richiedente, previste dall'art. 8 d.lgs. n. 251 del 2008.

#### **4. Il diritto alla protezione umanitaria: premessa.**

La protezione internazionale rappresenta un sistema pluralistico di cui la protezione umanitaria ha costituito una misura sui *generis* di carattere residuale la quale, come rilevato da Sez. 6-1, n. 16362/2016, De Chiara, Rv. 641324-01 e, più recentemente, da Sez. U, n. 05059/2017, Giusti, Rv. 643118-01, si qualifica quale diritto umano fondamentale, presidiato dall'art. 2 Cost., nonché dall'art. 3 CEDU, non degradabile ad interesse legittimo, potendo la P.A. solo valutarne la sussistenza dei presupposti di fatto.

Come già accennato, il d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, ha abolito la figura generale del permesso di soggiorno per motivi umanitari, sostituendola con ipotesi tipizzate di rilascio del permesso di soggiorno "in casi speciali" (v. *infra*). È tuttavia evidente che le pronunce adottate dalla S.C. nel corso del 2018 hanno ancora riguardato la figura abrogata, le cui origini e caratteristiche devono pertanto in questa sede essere esaminate.

La giurisprudenza della S.C. ha sempre affermato che la protezione internazionale attua, esauendolo, il diritto di asilo di cui all'art. 10, comma 3, Cost., riconosciuto incondizionatamente allo straniero che veda pregiudicate nel Paese di provenienza le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Si tratta di un'affermazione di amplissimo contenuto, che nel precetto costituzionale si completa con il divieto di estradizione dello straniero per motivi politici.

La genesi dell'art. 10 Cost. è nota. Nasce all'indomani di una drammatica fase di persecuzione politica e razziale.

La clausola aperta dell'asilo costituzionale confluirà poi nella conferenza internazionale, al termine della quale, nel 1951, nascerà la Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato, ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. n. 722 del 1954, cui seguirà a livello europeo l'introduzione della protezione sussidiaria con la direttiva n. 2004/83/CE.

La Convenzione di Ginevra contiene una tassativa elencazione dei motivi di persecuzione che caratterizzano lo *status* di rifugiato. Attesa l'ampia formulazione del diritto d'asilo della nostra Costituzione, la richiamata Convenzione restituisce, rispetto a questa, una formula più restrittiva, nella formulazione dei motivi di persecuzione dello *status* di rifugiato, il quale costituisce, com'è noto, la prima formula-tassello dello statuto generale di protezione internazionale che comprende, *in primis*, il detto *status*, poi quello di protezione sussidiaria, come disegnata dalle "direttive-qualifiche" (2004/83/CE e 2011/95/UE), ed infine la cd. forma nazionale della protezione umanitaria, oggi al centro di una radicale rivisitazione.

La Costituzione ha optato per una formula ampia, ritenendo, in tal modo, che il diritto di asilo sorgesse per il semplice fatto che allo straniero fossero negati i diritti di libertà con una caratterizzazione, che, oggi, riecheggia nella giurisprudenza più recente (**Sez. 1, n. 04455/2018, Acierno, Rv. 647298-01**), ossia la garanzia di effettività del loro esercizio.

Il parametro dell'effettività si afferma in generale nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e, in tema di protezione internazionale e nazionale, in modo ancora più specifico, attraverso la previsione del dovere ufficio di cooperazione istruttoria (v. *supra* e in particolare, **Sez. 6-1, n. 03758/2018, De Chiara, Rv. 647370-01; Sez. 6-1, n. 19716/2018, Sambito, Rv. 650193-01; Sez. 6-1, n. 17075/2018, De Chiara, Rv. 649790-01; Sez. 6-1, n. 02875/2018, Lamorgese, Rv. 647344-01; Sez. 6-1, n. 26969/2018, Acierno, Rv. 651511-01**).

Il principio di effettività incombe ovviamente anche sulle Commissioni Territoriali, tenute ad acquisire elementi di prova sulle condizioni dei Paesi di origine, utilizzando le informazioni COI disponibili, onde integrare il materiale probatorio offerto dal richiedente asilo (art. 8 d.lgs. n. 25 del 2008).

Il dovere d'integrazione istruttoria, pertanto, impone che la verifica della situazione politico-sociale del paese di provenienza non si limiti alla verifica fattuale dei motivi esplicitati di colui che chiede protezione, ma si estenda anche a quelle circostanze sopravvenute sia oggettive che soggettive d'instabilità politica, che possono radicare l'esigenza stessa della protezione, con la conseguenza che le dichiarazioni dell'asilante non rivestono valore decisivo sul punto, essendo doverosa la raccolta d'informazioni in via ufficiosa anche su elementi sopravvenuti, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 251 del 2007 (v. ancora *supra* e, in particolare, **Sez. 6-1, n. 09427/2018, Acierno, Rv. 648961-01**, ma anche, con i limiti ivi indicati, **Sez. 6-1, n. 27503/2018, Lamorgese, Rv. 651361-01** e **Sez. 6-1, n. 16925/2018, Acierno, Rv. 649697-01**, nonché, in motivazione, **Sez. 1, n. 32028/2018, Campese, Rv. 651900-01**, massimata con riferimento ad altro principio enunciato).

#### 4.1. La protezione umanitaria.

La S.C. ha nel tempo valorizzato la protezione umanitaria, innanzitutto, come strumento di chiusura-completamento dell'asilo costituzionale, al punto da escludere margini di residuale diretta applicazione della norma costituzionale sul diritto di asilo.

In particolare, Sez. 6-1, n. 10686/2012 Macioce, Rv. 623092-01, ha evidenziato che, stante il tenore delle norme di cui al d.lgs. n. 251 del 2007 e dell'art. 5 del d.lgs. n. 286 del 1998, la disciplina normativa è da considerare esaustiva dell'obbligo costituzionale di cui all'art. 10, comma 3, Cost. (principio ribadito da Sez. 6-1, n. 16362/2016, De Chiara, Rv. 641324-01).

A completamento dei riferimenti normativi della protezione umanitaria, come regolata prima della menzionata riforma, vanno considerati, in attuazione del principio di *non refoulement*, oltre all'art. 8 CEDU, anche l'art. 11, lettera c *ter*) e l'art. 28, lettera d), del d.P.R. n. 349 del 1999, nonché l'art. 3 della l. n.110 del 2017, che ha introdotto il comma 1.1. dell'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, prevedendo, ad ulteriore presupposto della inespellibilità dello straniero, "il fondato motivo" nutrito da costui di essere sottoposto a tortura in caso di ritorno nello Stato di origine.

Esaminando il quadro europeo, la protezione umanitaria, per quello che interessa, trova fondamento anche nelle seguenti fonti:

- art. 6, comma 5, lett. c), del “Codice frontiere Schengen” - Regolamento (UE) n. 399/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016: *«i cittadini di paesi terzi che non soddisfano una o più delle condizioni di cui al paragrafo 1 possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Qualora il cittadino di paese terzo interessato sia oggetto di una segnalazione di cui al paragrafo 1, lettera d), lo Stato membro che ne autorizza l'ingresso nel suo territorio ne informa gli altri Stati membri».*

- l'art. 17, comma 2 del “Regolamento Dublino” – Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013: *«Lo Stato membro nel quale è manifestata la volontà di chiedere la protezione internazionale e che procede alla determinazione dello Stato membro competente, o lo Stato membro competente, può, in ogni momento prima che sia adottata una prima decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico un richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone legate da qualsiasi vincolo di parentela, per ragioni umanitarie fondate in particolare su motivi familiari o culturali, anche se tale altro Stato membro non è competente ai sensi dei criteri definiti agli articoli da 8 a 11 e 16. Le persone interessate debbono esprimere il loro consenso per iscritto.»*

La Corte di giustizia UE ha poi precisato che gli Stati membri possono concedere forme di protezione umanitaria e caritatevole anche diverse da quelle previste dalle fonti europee (art. 3 della direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva “qualifiche”), purché non contraddicano la disciplina derivata dell'Unione (Corte di giustizia UE, 9 novembre 2010, cause riunite C-57/09 e C-101/09) ed i suoi presupposti, in accordo al principio del *favor* nei confronti dell'asilante e pertanto: *«l'art. 3 della direttiva deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono riconoscere un diritto d'asilo in forza del loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo status di rifugiato ai sensi dell'art. 12, n. 2, di tale direttiva, purché questo altro tipo di protezione non comporti un rischio di confusione con lo status di rifugiato ai sensi della stessa direttiva».*

In proposito, la giurisprudenza della S.C. ha chiarito da tempo (cfr. Sez. 6-1, n. 04230/2013, Acierno, Rv. 625460-01), che i requisiti della protezione umanitaria sono distinti da quelli che consentono il riconoscimento della protezione sussidiaria, in quanto destinati ad attuare il principio di *non refoulement* di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998. Ne consegue che il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per ragioni umanitarie deve essere frutto di valutazione autonoma rispetto alle altre figure di protezione, essendo necessario



che il relativo accertamento sia fondato su uno scrutinio, avente ad oggetto l'esistenza delle condizioni di vulnerabilità, che ne integrano i requisiti, tant'è che il diniego della misura tipica non determina automaticamente il rigetto anche della misura atipica minore e residuale (**Sez. 1, n. 28990/2018, Acierno, Rv. 651579-03**).

Sempre guardando alla figura della protezione umanitaria precedente al d.l. n. 113 del 2018, si può dunque ritenere che si tratta di un titolo di soggiorno previsto dall'ordinamento giuridico italiano con una clausola generale ed aperta che, sebbene non definita, chiude e suggella il sistema complessivo d'ingresso degli stranieri nel nostro territorio ed è congegnato in modo tale da riempirsi di contenuto di fronte a fattispecie fattuali non sussumibili in ipotesi astratte e normate derivanti dalle fonti interne, ma che indicano chiaramente come il nostro ordinamento abbia inteso conformarsi agli impegni imposti dalla Costituzione o dagli ulteriori vincoli pattizi attraverso un sistema flessibile.

Ne deriva che i due istituti di protezione internazionali (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria), secondo la disciplina pregressa, completano il quadro degli obblighi internazionali e sovranazionali in uno con la protezione umanitaria, che costituisce, invece, misura di fonte nazionale contenuta nel d.lgs. n. 286 del 1998, agli artt. 5, comma 6 e 19, comma 1, e completata dall'art. 20 dello stesso d.lgs. n. 286 del 1998, nonché dall'art. 32, comma 3, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 (fonti normative oggetto in parte di abrogazione e, in parte, di modifica ad opera del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. 132 del 2018).

#### **4.2. Le ragioni umanitarie.**

Al fine di delimitare l'ampio spettro delle ragioni, intorno alle quali ruota la disciplina della protezione umanitaria, così come connotata prima della menzionata riforma, occorre partire da un dato irrinunciabile, ossia l'inclusione delle ragioni umanitarie nell'ambito della violazione dei diritti umani, che vanno rigorosamente accertate, secondo i criteri di effettività del loro godimento nel paese di origine.

In proposito, la S.C. ha ritenuto, da una parte, di confermare la propria giurisprudenza in tema di effettività della lesione dei diritti fondamentali dello straniero nel paese di provenienza, elaborando una serie di parametri di riconoscibilità delle ragioni umanitarie, e, dall'altra, inquadrando quei motivi in situazioni meritevoli di tutela, ma non rientranti nelle misure tipiche o perché aventi il carattere della temporaneità o perché correlate ad un impedimento al

riconoscimento della protezione sussidiaria, o, infine, perché intrinsecamente diverse nel contenuto rispetto alla protezione internazionale, ma caratterizzate da un'esigenza qualificabile come umanitaria (problemi sanitari, madri di minori etc.) che fanno della protezione umanitaria una misura atipica e residuale, destinata a coprire situazioni, da individuare caso per caso, nelle quali, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento della tutela di rango internazionale, tuttavia non possa disporsi l'espulsione e debba provvedersi all'accoglienza del richiedente che si trovi in situazione di vulnerabilità (**Sez. 1, n. 14005/2018, Tricomi L., Rv. 649168-01**).

Ciò conferma come nella giurisprudenza di legittimità il permesso umanitario sia stato definito come misura flessibile e residuale, idonea ad integrare l'ampiezza del diritto d'asilo, così come inteso dall'art. 10 Cost., sulla base del principio di *non refoulement*. Alla domanda di riconoscimento dell'asilo costituzionale, alla luce della qualificazione del medesimo stabilita dalla giurisprudenza di legittimità, deve, pertanto, conseguire l'indagine sull'esistenza di una situazione di vulnerabilità idonea a integrare il diritto al permesso umanitario, senza naturalmente escludere altri parametri di riconoscimento delle ragioni umanitarie. Solo così si può comprendere la natura di clausola generale, che viene attribuita a questa forma di tutela, che pone al centro della protezione la libertà e dignità della persona in una civiltà giuridica che deve potersi affidare alla tutela di questi valori fondanti attraverso l'idea di un catalogo aperto di situazioni tutelabili attraverso la protezione umanitaria, nella consapevolezza che le libertà fondamentali sono esposte ad un grado di vulnerabilità maggiore rispetto all'idea originaria del costituente e senza trascurare che la spinta all'emigrazione da molti paesi deriva, innanzitutto, da fattori di instabilità politica e sociale e da imponenti cambiamenti climatici, oltre che da cause di sfruttamento economico delle risorse.

La tutela umanitaria, che già semanticamente richiama il rispetto dei valori fondanti della persona e della loro incomprimibilità nel rispetto della CEDU, attraverso l'interpretazione della Corte di Strasburgo, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel quadro *ante* novella è dunque destinata a rivestire la struttura di norma aperta ed elastica, non solo alternativa alle misure maggiori, ma del tutto autonoma come risulta evidente anche dall'art. 32, comma 3, del d.lgs n. 25 del 2008 (oggi modificato per effetto dell'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018).

Secondo la giurisprudenza della S.C., nel quadro normativo previgente, le ragioni umanitarie sono funzionalmente collegate alla violazione di quel nucleo ineliminabile di diritti fondamentali, il cui pregiudizio - da valutarsi prognosticamente - presidia la tutela e, pertanto, così confermando che la protezione umanitaria è una misura destinata a tutelare situazioni da individuare caso per caso, nelle quali, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento della tutela tipica (*status* di rifugiato o protezione sussidiaria), non possa provvedersi all'espulsione e debba riconoscersi accoglienza al richiedente che si trovi in situazione di vulnerabilità (**Sez. 1, n. 14005/2018, Tricomi L., Rv. 649168-01**), in accordo con le ipotesi di divieto di espulsione contenute nell'art. 19, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 286 del 1998 e con l'art. 28, lett. d), del d.P.R. n. 394 del 1999. In queste ipotesi diviene ineseguibile il decreto di espulsione, precedentemente emesso nei confronti della medesima persona e il Giudice di pace, adito in sede di opposizione all'espulsione, deve dichiarare l'inefficacia del decreto (v. *infra* e **Sez. 6-1, n. 21609/2018, Valitutti, Rv. 650345-01**).

La vulnerabilità può concretizzarsi anche in un pregiudizio alla salute, ossia al diritto all'integrità fisica e psichica non ovviabile nel paese di provenienza alla luce della previsione della nostra carta costituzionale (art. 32 Cost.) nonché rispetto agli impegni assunti con l'adesione all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS). Ancora, il catalogo aperto delle ragioni umanitarie può riempirsi di contenuto secondo il disposto dell'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948, a proposito del diritto di ciascun individuo ad un tenore di vita sufficiente al benessere proprio e della propria famiglia ed alle cure mediche ed, infine, con riferimento all'art. 11 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali e Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, ratificato dall'Italia nel 1977 che riconosce ad ogni uomo il diritto fondamentale della libertà dalla fame.

Ai casi espressi di divieto di espulsione si aggiungono, oggi, per effetto delle modifiche apportate dalla novella di cui al menzionato d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, attraverso l'introduzione della lettera *d bis*) all'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, "le ragioni di salute di particolare gravità", da accertare debitamente e da collegare al pregiudizio irreparabile nel caso di rientro dello straniero nel paese di origine. Si tratta di uno dei "casi speciali", introdotti in sostituzione delle fattispecie aperta della protezione umanitaria.

Fermo restando il carattere elastico del nucleo presidiato dal previgente titolo di soggiorno per motivi umanitari, va detto che la giurisprudenza di legittimità, sollecitata dalla giurisprudenza di merito, ha cercato di ricostruire nei contenuti le ragioni della tutela in relazione al diritto alla salute, o le condizioni socio politiche del paese di provenienza, anche l'integrazione familiare, sociale e lavorativa.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che non è sufficiente l'allegazione di un'esistenza migliore nel Paese di accoglienza, sotto il profilo dell'integrazione sociale, essendo, comunque, necessaria una comparazione effettiva tra le due condizioni, rispetto alla garanzia di esercizio dei diritti umani, quantomeno al di sotto di un nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta.

In questo ultimo caso l'integrazione sociale, secondo **Sez. 1 n. 04455/2018, Acierno, Rv. 647298-01** non costituisce, di per sé, ragione esaustiva delle ragioni umanitarie che giustificano la tutela, dovendo effettuarsi una effettiva valutazione della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale, da compararsi con la situazione d'integrazione raggiunta nel Paese d'accoglienza (in applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione impugnata che, in assenza di comparazione, aveva riconosciuto ad un cittadino gambiano, presente in Italia da oltre tre anni, il diritto al rilascio del permesso di soggiorno, in ragione della raggiunta integrazione sociale e lavorativa in Italia, allegando genericamente la violazione dei diritti umani nel Paese d'origine). Ritorna, anche in questa complessa pronuncia, tra gli altri, il criterio ermeneutico dell'effettività della lesione dei diritti fondamentali che costituiscono un elemento di apprezzamento concreto della particolare vulnerabilità, cui lo straniero sarebbe esposto in caso di ritorno (in questo caso in Gambia). La Corte, cassando con rinvio la decisione impugnata, ha accolto la tesi del Ministero dell'Interno, a parere del quale il permesso di soggiorno per motivi umanitari non può *ex se* basarsi sulle ragioni d'integrazione sociale, rispetto al rischio di generale compromissione dei diritti fondamentali dello straniero nel paese di origine, peraltro genericamente prospettato, ove emerga, come nel caso esaminato, un *deficit* d'indagine specifica che dia contezza, riempiendola di

contenuto, della clausola aperta di cui all'art. 5, comma 6, TU 286/1998.

La decisione si segnala, poi, per l'individuazione, in motivazione, di altri parametri interpretativi della vulnerabilità collegata al ritorno dello straniero nel Paese di origine. Viene infatti evidenziato che l'allegazione di una situazione di partenza di vulnerabilità può non essere originata soltanto da una situazione d'instabilità politico-sociale, che esponga a situazioni di pericolo per l'incolumità personale, anche non rientranti nei parametri dell'art. 14 d.lgs. n. 251 del 2007, o a condizioni di compromissione dell'esercizio dei diritti fondamentali riconducibili alle discriminazioni poste a base del diritto al rifugio politico, ma non aventi la peculiarità della persecuzione personale potenziale od effettiva. La vulnerabilità può essere la conseguenza di un'esposizione seria alla lesione del diritto alla salute, non potendo tale primario diritto della persona trovare esclusivamente tutela nell'art. 36 del d.lgs. n. 286 del 1998, oppure può essere conseguente ad una situazione politico-economica molto grave con effetti d'impovertimento radicale, riguardanti la carenza di beni di prima necessità, di natura anche non strettamente contingente, od anche discendere da una situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà inemendabili). Queste ultime tipologie di vulnerabilità richiedono, tuttavia, l'accertamento rigoroso delle condizioni di partenza di privazione dei diritti umani nel paese d'origine perché la *ratio* della protezione umanitaria rimane quella di non esporre i cittadini stranieri al rischio di condizioni di vita non rispettose del nucleo minimo di diritti della persona che ne integrano la dignità.

Alla pronuncia richiamata sono seguite altre statuizioni che hanno ribadito lo stesso principio (**Sez. 1, n. 28859/2018, Terrusi, non massimata; Sez. 6-1, n. 29503/2018, Valitutti, non massimata**). In tali casi, e sempre che il dover di cooperazione istruttoria sia stato esercitato, può dirsi che l'impedimento o la violazione dei diritti fondamentali possa sfociare in una condizione di vulnerabilità, che deve comunque essere effettiva. In particolare, **Sez. 6-1, n. 17072/2018, De Chiara, Rv. 649648-01**, richiamando la sentenza della Corte EDU, 8 aprile 2008, Nyianzi c. Regno Unito, ha ritenuto l'impossibilità di riconoscere al cittadino straniero il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari, di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, considerando, isolatamente ed astrattamente, il suo livello di integrazione in Italia, aggiungendo che

tale diritto non può essere affermato in considerazione del contesto di generale e non specifica compromissione dei diritti umani accertato in relazione al Paese di provenienza, atteso che il rispetto del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU, può soffrire ingerenze legittime da parte di pubblici poteri, finalizzate al raggiungimento d'interessi pubblici contrapposti, quali quelli relativi al rispetto delle leggi sull'immigrazione, particolarmente nel caso in cui lo straniero non possieda uno stabile titolo di soggiorno nello Stato di accoglienza, ma vi risieda in attesa che sia definita la sua domanda di riconoscimento della protezione internazionale.

In ordine alle condizioni per il riconoscimento della protezione umanitaria, si deve infine richiamare **Sez. 6-1, n. 27504 del 30/10/2018, Lamorgese, Rv. 651149-01**, nella parte in cui, nell'affermare che il riconoscimento dello *status* di rifugiato e il beneficio della protezione sussidiaria non possono essere concessi - rispettivamente ai sensi degli artt. 10, comma 2, lett. b), e 16, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007 - a favore di chi abbia commesso un reato grave al di fuori dal territorio nazionale, anche se con un dichiarato obiettivo politico, ha anche precisato che, per identità di *ratio*, in tali ipotesi, non può essere riconosciuta la protezione per motivi umanitari, aggiungendo che 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.

#### **4.3. Organi competenti e struttura.**

Quanto al rilascio il permesso di soggiorno umanitario, previsto dalla disciplina previgente alla menzionata novella, esso compete:

- al questore su impulso della Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, laddove non rimangano accertati i presupposti di diniego dello status di protezione internazionale (*status* di rifugiato o protezione sussidiaria), ovvero tali forme di tutela siano revocati o cessati ed emergano seri motivi in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano;
- al questore su domanda del cittadino straniero, indipendentemente dall'iniziativa della Commissione, qualora ricorrano gravi motivi di carattere umanitario;
- al Presidente del Consiglio dei Ministri, in caso di riconoscimento della protezione temporanea, ai sensi dell'art. 20 del

d.lgs. n. 286 del 1998, e possano essere adottate misure di protezione temporanea, anche in deroga al d.lgs. cit., per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all'UE;

- al questore nei casi in cui non può disporsi l'espulsione o il respingimento ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998;

- al questore nei casi della cd. protezione sociale di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 286 del 1998 e nelle ipotesi di violenza domestica disciplinate dall'art. 18 bis del d.lgs. n. 286 del 1998;

- al questore, anche su proposta del procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti dell'organizzazione criminale che ne opera lo sfruttamento.

In linea generale questo titolo di soggiorno, sempre secondo la disciplina previgente, autorizza il beneficiario a svolgere attività, ad iscriversi al Servizio Sanitario Nazionale, alla formazione, nonché di fruire dei centri di accoglienza messi a disposizione dai Comuni.

Per ciò che riguarda la determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione va ricordato che Il Regolamento (UE) n. 604 del 2013 ("Regolamento Dublino"), in combinato disposto con il Regolamento (UE) n. 603/2013 ("Regolamento Eurodac"), l'uno e l'altro del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, fissa i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione che, in linea generale, spetta al Paese di primo ingresso. Ne consegue che onde prevenire il c.d. *asylum shopping* tra i diversi Stati membri, laddove il richiedente sia giunto in Italia, dopo avere varcato il confine di altro paese europeo, spetterà all'Unità Dublino, ufficio incardinato presso il Ministero dell'Interno Direzione centrale dei servizi civili per l'immigrazione e l'asilo del Dipartimento libertà civili e immigrazione la verifica della competenza, ad esaminare la domanda (v. *supra* e in particolare **Sez. 1, n. 31675 del 2018, Di Marzio M., Rv. 651889-01**).

Si deve inoltre tenere presente che l'art. 11 del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, intervenendo anche su questo aspetto procedurale, ha ampliato il numero delle articolazioni territoriali dell'Unità di Dublino presso le Prefetture del Ministero dell'interno fino ad un massimo di tre.

#### 4.4. La nuova protezione umanitaria.

Come più volte anticipato, oggi, con l'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. 132 del 2018, il quadro è cambiato sensibilmente.

Per effetto della novella è stato eliminato ogni riferimento alle fonti normative che, a prescindere dalle ipotesi specifiche sopra richiamate, attuavano i motivi umanitari, legittimando in via generale la protezione per ragioni umanitarie.

Il d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. 132 del 2018, ha infatti sostituito alla figura generale del permesso di soggiorno per "motivi umanitari" le seguenti ipotesi tipizzate di permessi che possono essere rilasciati in "casi speciali":

- permesso di soggiorno per vittime di violenza domestica (art.18 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998);
- cure mediche ai sensi dell'art. 19, comma 2, lett. d *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998;
- impedimento al ritorno dello straniero nel Paese di origine nel caso di calamità (nuovo art. 20 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998);
- sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12 *quater*, d.lgs. n. 286 del 1998).

È poi stato introdotto l'art. 42 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, che prevede il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile.

Alcuni dei casi appena elencati (il permesso per motivi di protezione sociale, quello per le vittime di violenza domestica, oltre che per lo sfruttamento lavorativo) erano già esistenti nel sistema *ante* novella e non hanno avuto modifiche sostanziali.

Si deve invece menzionare la previsione del permesso di soggiorno per "protezione speciale", previsto nel novellato art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, concesso dal questore nei limiti stabiliti dall'art. 19, commi 1 e 1.1, del d.lgs. n. 286 del 1998, in ossequio al principio di *non refoulement* per rischio di persecuzione e di tortura.

Per completezza, deve anche essere richiamata l'ulteriore ipotesi di permesso di soggiorno per "protezione speciale", previsto dall'art. 1, comma 9, del d.lgs. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, nel regolare la disciplina intertemporale.

Tutte le controversie relative alle fattispecie elencate, tranne quella di cui all'art. 42 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 (provvedimento del Ministro dell'Interno su proposta del prefetto), sono state attribuite alla competenza del giudice collegiale, istituito presso le



Sezioni Specializzate per l'Immigrazione dei tribunali e le relative statuizioni non sono appellabili.

Con norme d'immediata applicazione, il collegio applicherà il rito sommario di cognizione (art. 702 *bis* c.p.c.), mentre, nell'ipotesi di cui al permesso regolato dall'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, il rito applicabile sarà quello camerale (art. 737 c. p. c.).

Per quanto riguarda, invece, il permesso previsto dal nuovo art. 42 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 non vi è stata alcuna previsione, né in ordine alla giurisdizione e né sul rito applicabile.

L'art. 1 del d.l. n. 113 del 2017, ai commi 8 e 9, detta norme destinate al regime intertemporale. In particolare, 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, può 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. In tal caso, in favore del richiedente è rilasciato un permesso recante la dicitura "casi speciali", della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro. Alla scadenza di tale permesso, si applica il precedente comma 8. Nulla è espressamente previsto con riguardo ai procedimenti giudiziari pendenti alla stessa data del 5 ottobre 2018.

## **5. Il rimpatrio del cittadino straniero irregolare.**

I provvedimenti con cui lo Stato italiano dispone l'allontanamento dal proprio territorio dei cittadini stranieri, che non hanno titolo per soggiornarvi, si suddividono in due grandi categorie: i respingimenti e le espulsioni.

I respingimenti sono adottati dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza. È possibile distinguere il respingimento alla frontiera, disposto dalla polizia di frontiera e immediatamente eseguito al valico di frontiera, e il respingimento del questore, differito nel tempo.

Le espulsioni possono essere adottate dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza nei confronti di stranieri che

siano in posizione di soggiorno irregolare, o che siano ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica o per l'ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato (art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998), ma anche dall'autorità giudiziaria, in conseguenza di procedimenti penali (artt. 15 e 16 del d.lgs. n. 286 del 1998).

Effetto tipico e scopo comune sia dei respingimenti che delle espulsioni è l'effetto ablativo, cioè l'obbligo dello straniero di lasciare il territorio dello Stato. Tale obbligo è quasi sempre eseguito immediatamente in modo coercitivo, con l'accompagnamento immediato alla frontiera da parte delle forze di polizia. Per i provvedimenti amministrativi di espulsione sono però previste ipotesi in cui l'espulsione è differita o si concede un termine per la partenza volontaria.

Qualora sussistano impedimenti temporanei, materiali o legali, all'effettiva esecuzione immediata dell'accompagnamento alla frontiera dello straniero respinto o espulso, l'autorità di pubblica sicurezza può disporre il trattenimento in appositi centri di permanenza per i rimpatri (CPR, prima CIE) per uno o più periodi successivi, ma entro un periodo massimo, o anche altre temporanee misure coercitive alternative ovvero, qualora non sia possibile il trattenimento o il periodo di trattenimento non sia stato sufficiente per rimuovere gli ostacoli all'effettivo accompagnamento alla frontiera, emana un ordine allo straniero respinto o espulso di allontanarsi dal territorio dello Stato entro un breve termine, la cui trasgressione senza giustificato motivo è punita penalmente.

Soltanto le espulsioni, oltre ad esigere l'effettivo allontanamento dello straniero espulso dal territorio dello Stato producono ulteriori effetti nelle ipotesi in cui sono corredate da un divieto di reingresso dello straniero espulso per un determinato periodo successivo alla loro esecuzione, divieto che riguarda sia l'Italia, sia tutti gli altri Stati membri dell'area Schengen o dell'Unione europea, anche mediante la segnalazione al SIS (Sistema informativo Schengen) ai fini della non ammissione.

### **5.1. L'espulsione amministrativa.**

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), una 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**, esclude 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, leggibile, tra le altre, in Sez. 1, n. 28858/2005, Spagna Musso, Rv. 586798-01, fa leva sulla specialità della procedura espulsiva, venendo in rilievo 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*.

La competenza ad emanare l'atto espulsivo è del prefetto, mentre l'esecuzione deve essere curata dal questore. Come ha precisato Sez. 6-1, n. 18540/2016, Bisogni, Rv. 641171-01, spetta al prefetto stabilire se sussistono le condizioni per concedere, col provvedimento di espulsione, il termine per la partenza volontaria, mentre è il questore che deve indicare, in tale evenienza, le condizioni per la permanenza *medio tempore* dello straniero nel territorio nazionale, oppure, qualora venga disposta l'espulsione immediata, decidere se provvedere all'accompagnamento coattivo immediato, al trattenimento presso il centro di permanenza per i rimpatri o all'intimazione *ex art. 14, comma 5 bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998. Non vi è pertanto contraddittorietà, secondo la S.C., tra il diniego di concessione di partenza volontaria e la mancata adozione di misure di controllo, che restano applicabili, alternativamente o cumulativamente, dal questore solo nell'ipotesi in cui sia stata accolta dal prefetto la richiesta di rimpatrio volontario.

Circa la natura dell'espulsione amministrativa, è consolidato l'orientamento che riconosce l'obbligatorietà ed il carattere vincolato dell'atto (**Sez. 6-1, n. 28860/2018, Terrusi, Rv. 651500-02**), escludendosi pertanto qualsivoglia potere discrezionale in capo al prefetto. Il principio è ripetutamente affermato, nel caso di reingresso dello straniero nel territorio dello Stato di cui all'art. 13, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 286 del 1998 (da ultimo, **Sez. 6-1, n. 25414/2018, Lamorgese, Rv. 651125-01**, conforme a Sez. 6-1, n. 18540/2016, Bisogni, Rv.641171-01; Sez. 6-1, n. 12976/2016, De Chiara, Rv. 640104-01, Sez. 6-1, n. 8984/2016, Genovese, Rv. 639502-01).

Attesa l'automaticità del provvedimento espulsivo, il giudice innanzi al quale viene impugnato è tenuto unicamente a controllare

la sussistenza, al momento dell'espulsione, dei requisiti di legge che ne imponevano l'emanazione (così da ultimo **Sez. 1, n. 28860/2018, Terrusi, Rv. 651500-01**, che ha altresì ammesso accertamenti medico-legali in caso di dubbi sulla maggiore età della persona espulsa) i quali consistono nella mancata richiesta, in assenza di cause di giustificazione, del permesso di soggiorno, ovvero nella sua revoca od annullamento o nella mancata tempestiva richiesta di rinnovo che ne abbia comportato il diniego. Il sindacato giurisdizionale è pertanto circoscritto all'accertamento dell'erroneità (o della mancanza) degli accertamenti di fatto su cui si fonda il decreto espulsivo, oppure all'ipotesi in cui lo straniero non abbia potuto esercitare la propria opzione in ordine alla richiesta di rimpatrio mediante partenza volontaria. Si è altresì precisato che il decreto non può essere dichiarato illegittimo solo perché privo di un termine per la partenza volontaria, così come previsto dalla direttiva 2008/115/CE, posto che tale mancanza può incidere sulla misura coercitiva adottata per eseguire l'espulsione, ma non sulla validità del provvedimento espulsivo (v., in parte motiva, **Sez. 6-1, n. 25414/2018, Lamorgese, Rv. 651125-01**, conforme a **Sez. 6-1, n. 18540/2018, Bisogni, Rv. 641169-01**).

Come già chiarito da Sez. 6-1, n. 12976/2016, De Chiara, Rv. 640104-01, al giudice dell'opposizione al provvedimento di espulsione non è consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno, ovvero ne abbia negato il rinnovo. Tale sindacato spetta, secondo la giurisprudenza di legittimità, unicamente al giudice amministrativo, davanti al quale viene impugnato il provvedimento del questore, la cui decisione non costituisce in alcun modo un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione. Ne consegue che la pendenza del giudizio promosso dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione del provvedimento del questore, non giustifica la sospensione del processo instaurato dinanzi al giudice ordinario con l'impugnazione del decreto di espulsione del prefetto, attesa la carenza di pregiudizialità giuridica necessaria tra il processo amministrativo e quello civile (nello stesso senso, **Sez. 6-1, n. 15676/2018, Acierno, Rv. 649334-01**).

Anche con riferimento al caso di proposizione della domanda di riconoscimento della protezione internazionale dopo la notifica del decreto di espulsione, **Sez. 1, n. 28860/2018, Terrusi, Rv. 651500-01**, ha escluso la sospensibilità *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio di impugnazione del decreto di espulsione, nell'attesa di quello relativo al riconoscimento della protezione internazionale,

escludendo che l'accertamento delle condizioni per un titolo di soggiorno separatamente invocato si ponga in nesso di pregiudizialità con l'opposizione all'espulsione. Si consideri però che, come di seguito illustrato, **Sez. 6-1, n. 19819/2018, Sambito, Rv. 650342-01**, ha affermato che, in applicazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 25 del 2008, e in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare, Corte di giustizia, 30 maggio 2013, causa C-534/11), il cittadino straniero richiedente asilo ha diritto di rimanere nel territorio dello Stato per tutto il tempo durante il quale la sua domanda viene esaminata, anche se è stata presentata dopo l'emissione del decreto di espulsione, sicché, operando il divieto di espulsione, il rigetto dell'opposizione, da lui proposta innanzi al giudice di pace, deve ritenersi illegittimo.

Sempre con riguardo al sindacato giurisdizionale sul decreto espulsivo, si deve tenere presente che, ove il giudice in sede di opposizione accerti l'insussistenza dei presupposti giustificativi, deve annullarlo, non potendolo convalidare sulla base dell'accertata sussistenza di una diversa ragione di espulsione non contestata dal prefetto (**Sez. 6-1, n. 19868/2018, Sambito, non massimata**, e **Sez. 6-1, n. 10529/2018, De Chiara, non massimata**, ove si richiama, in termini, Sez. 6-1, n. 24150/2016, Ragonesi, non massimata). È infatti costante l'orientamento, già espresso ad esempio da Sez. 6-1, n. 5367/2016, Acierno, Rv. 639027-01, secondo cui è precluso al giudice ordinario, dinanzi al quale sia stato impugnato il provvedimento di espulsione, modificare in via interpretativa la contestazione, facendovi rientrare una diversa fattispecie, che è fenomenicamente e giuridicamente diversa. Tale conclusione è ricavata dalla descritta natura vincolata del provvedimento di espulsione, il quale, pertanto, deve essere cadenzato sulle ipotesi di violazione rigorosamente descritte dalla normativa.

Ancora in tema di possibili vizi del provvedimento espulsivo, deve menzionarsi **Sez. 1, n. 28115/2018, Sambito, Rv. 651469-01**, ove (conformemente a Sez. 6-1, n. 28330/2017, Sambito, Rv. 646780-01) è invece affermata la legittimità del provvedimento di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato emesso dal vice prefetto aggiunto, a ciò delegato dal vice prefetto vicario, in quanto la previsione di tre distinte figure professionali della carriera prefettizia (prefetto, vice-prefetto vicario e vice-prefetto aggiunto), ciascuna titolare di proprie attribuzioni, non esclude la facoltà di delega al compimento di singoli atti, rientranti nelle attribuzioni del delegante, al funzionario delegato, mentre è del tutto irrilevante che

tale funzione non sia ricompresa nelle attribuzioni proprie del delegato.

Un caso di conflitto (negativo) di competenza tra giudice di pace, adito in sede di opposizione contro il decreto di espulsione, e tribunale, investito del giudizio al diniego di permesso di soggiorno per motivi familiari, è stato risolto da **Sez. 6-1, n. 18622/2018, Marulli, Rv. 649650-01**, (v. *infra* la parte dedicata al diritto all'unità familiare).

## 5.2. 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. Sotto il profilo sostanziale, la disciplina europea e nazionale sancisce in via generale il diritto dei richiedenti la protezione internazionale a rimanere nello Stato membro, sia durante il periodo dell'esame amministrativo della loro domanda di protezione (art. 9 della direttiva 2013/32/CE e art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 25 del 2008), sia durante il periodo di attesa della definizione della fase giurisdizionale (v. artt. 9 e 46 direttiva 2013/32/UE e 35 *bis*, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, quest'ultimo articolo aggiunto dal d.l. n. 13 del 2017 e poi modificato dal d.l. n. 113 del 2018).

Si deve tenere presente che l'art. 35 *bis*, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 stabilisce che la proposizione del ricorso avverso la decisione della Commissione Territoriale determina la sospensione automatica degli effetti del provvedimento impugnato, tranne che in alcuni casi tassativamente indicati alle lett. a), b), c), d) del medesimo comma (quando il ricorrente sia trattenuto in un centro di permanenza per i rimpatri, quando vi sia un provvedimento di inammissibilità della domanda, o quando la domanda sia manifestamente infondata, quando la domanda sia stata presentata dopo che il ricorrente sia stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i controlli alla frontiera, ovvero fermato in condizioni di soggiorno illegale, al solo scopo di impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento). L'art. 3, comma 2, lett. c), del d.l. n. 113 del 2018, ha poi specificato che la lett. a) riguarda l'ipotesi in cui il ricorso sia proposto da parte di un soggetto «nei cui confronti è stato adottato un provvedimento di trattenimento nelle strutture di cui all'art. 10 ter del d.lgs. n. 286 del 1998». In tali casi la

sospensiva può tuttavia essere accordata a richiesta del ricorrente in presenza di gravi e circostanziate ragioni, con decreto motivato da assumersi inaudita altera parte entro cinque giorni dal deposito della richiesta.

Ai sensi dell'art. 35 *bis*, comma 5, d.lgs. n. 25 del 2008, nel testo introdotto dal d.l. n. 13 del 2017, non è mai sospesa l'efficacia esecutiva del provvedimento della Commissione Territoriale nei casi in cui questa dichiara, per la seconda volta, inammissibile la domanda reiterata senza addurre elementi nuovi. Il d.l. n. 113 del 2018 ha poi modificato tale comma, prevedendo l'impossibilità della sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento della Commissione Territoriale anche nell'ipotesi in cui l'inammissibilità sia dichiarata per la prima volta, modificando l'articolo nel modo che segue: «*la proposizione del ricorso o dell'istanza cautelare, ai sensi del comma 4 non sospende l'efficacia esecutiva del provvedimento che dichiara inammissibile la domanda di riconoscimento della protezione internazionale ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett. b), nonché del provvedimento adottato ai sensi dell'art. 32, comma 1-bis*».

Infine, in applicazione dell'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, come formulato con il d.l. n. 13 del 2017, nel caso in cui sia stata disposta o sia intervenuta in via automatica la sospensione del provvedimento impugnato, questa viene meno se «*con decreto anche non definitivo, il ricorso è rigettato*».

Si deve peraltro tenere presente che, come *supra* evidenziato, la S.C. ha risposto alle censure di costituzionalità di tale disposizione per contrasto con gli articoli 3, 24 e 111 Cost., da ultimo con la recentissima **Sez. 1 n. 32319/2018, Lamorgese, Rv. 651902-01**, dichiarandole manifestamente infondate.

Tanto premesso, come già accennato, **Sez. 6-1, n. 19819/2018, Sambito, Rv. 650342-01**, ha affermato che sussiste il diritto del richiedente asilo di rimanere nel territorio dello Stato per tutto il tempo in cui la sua domanda viene esaminata, anche se è stata presentata dopo l'emissione del provvedimento di espulsione, il quale, in ogni caso, non può essere eseguito - fermo restando che, in presenza delle altre condizioni di legge, può comunque essere disposto il suo trattenimento, nel caso in cui la richiesta appaia del tutto strumentale - sicché, operando il divieto di espulsione, il rigetto dell'opposizione avverso il decreto di espulsione, da lui proposta innanzi al giudice di pace, deve ritenersi illegittimo (in precedenza v. Sez. 6-1, n. 24415/2015, De Chiara, Rv. 637981-01).

Nello stesso senso, **Sez. 6-1, n. 28003/2018, Acierno, Rv. 651151-01**, ha da ultimo ribadito che 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.

Si deve comunque tenere presente, come evidenziato da Sez. 6-1, n. 18737/2017, Di Virgilio, Rv. 645680-01, che l'art. 19, comma 4, del d.lgs. n.150 del 2011, sino alla sua abrogazione, avvenuta ad opera del d.l. n. 13 del 2017, conv., con modif., nella l. n. 46 del 2017, prevedeva, in caso di impugnazione, la sospensione *ex lege* del provvedimento di diniego della protezione internazionale, senza alcun termine di cessazione, sicché la sospensione operava, secondo la disciplina *ratione temporis* vigente, sino al termine del giudizio, e dunque sino al passaggio in giudicato della statuizione. Con l'entrata in vigore dell'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, come introdotto dall'art. 6, comma 1, lett. g), del d.l. n. 13 del 2017, invece, in caso di rigetto del ricorso con decreto del tribunale, si verifica la cessazione dell'effetto sospensivo, anche se tale decreto non viene impugnato.

Anche il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 6, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 – fattispecie “generale” soppressa dal d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., dalla l. n. 132 del 2018 – rende inefficace, e dunque ineseguibile, il decreto di espulsione precedentemente emesso, il quale, come sancisce **Sez. 6-1, n. 21609/2018, Valitutti, Rv. 650345-01**, deve essere revocato in autotutela dalla stessa amministrazione e, in caso di inerzia, spetta al giudice di pace adito in sede di opposizione dichiararne la perdita di efficacia. Anche per Sez. 6-1, n. 14268/2014, De Chiara, Rv. 631625-01, il rilascio del menzionato permesso di soggiorno comporta la cessazione di efficacia del precedente decreto di espulsione, che non può più avere esecuzione, ma viene precisato che ciò basta per ritenere cessata la materia del contendere, essendo in questo modo conseguito il risultato cui tende il ricorso avverso il provvedimento espulsivo, senza che possa ritenersi persistente l'interesse all'annullamento del decreto di espulsione, dato che la posizione giuridica dell'interessato resta regolata dal permesso di soggiorno conseguito).

Detto arresto giurisprudenziale si ricollega al più generale indirizzo secondo cui, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 in relazione all'art. 5, par. 1, CEDU (che consente la detenzione di una persona, a fini di espulsione, a condizione che la procedura sia regolare), il giudice, in sede di convalida del decreto di trattenimento



dello straniero raggiunto da provvedimento di espulsione, è tenuto a rilevarne *incidenter* la manifesta illegittimità, che può consistere anche nella situazione di inespellibilità dello straniero (così Sez. 6-1, n. 24415/2015, De Chiara, Rv. 637982-01).

La giurisprudenza ha poi enucleato altre ipotesi di inespellibilità. Come chiarito da Sez. 6-1, n. 12713/2016, De Chiara, Rv. 640100-01, può inibire l'esercizio del potere espulsivo, nel caso di scadenza del permesso di soggiorno oltre il limite temporale stabilito nell'art. 13, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 286 del 1998, il mancato rifiuto esplicito (o per *facta concludentia*) di ricevere l'istanza di rinnovo, ancorché tardivamente proposta, del permesso di soggiorno scaduto, che può integrare una causa di addebitabilità all'Amministrazione della permanenza illegale, purché lo straniero fornisca la prova del comportamento dilatorio ed ostruzionistico subito. D'altra parte, Sez. 6-1, n. 12713/2016, De Chiara, Rv. 640099-01, ha ritenuto che la spontanea presentazione della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno oltre il termine di sessanta giorni dalla sua scadenza non consente l'espulsione automatica, che può essere disposta solo se la domanda sia stata respinta per la mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti richiesti dalla legge per il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale, mentre il ritardo nella presentazione può costituirne solo un indice rivelatore, nel quadro di una valutazione complessiva, della situazione in cui versa l'interessato.

**Sez. 6-1, n. 10341/2018, De Chiara, Rv. 648280-01**, ha invece escluso che costituisca causa di inespellibilità la pendenza di procedimenti penali a carico dello straniero, in quanto l'interesse dello stesso a partecipare al processo ed ad esercitare il suo diritto di difesa (art. 24 Cost.) è comunque tutelato dall'autorizzazione al rientro prevista dall'art. 17 del d.lgs. n. 286 del 1998 (in senso conforme, Sez. 6-1, n. 19140/2014, De Chiara, Rv. 632077-01).

**Sez. 6-1, n. 16272/2018, Acierno, Rv. 649787-01**, ha infine precisato che, ove, in sede di impugnazione del decreto di espulsione prefettizio, il ricorrente allegghi specificamente la pendenza, alla data di emissione del decreto di espulsione, della procedura di emersione dal lavoro irregolare *ex* art. 5, comma 11, del d.lgs. n. 109 del 2012, è onere del giudice accertare la veridicità di quanto dedotto, ai fini della conseguente applicazione del divieto di espulsione, anche mediante richiesta di informazioni alla p.a. *ex* art. 213 c.p.c. Ne consegue che, in mancanza di tale accertamento, l'ordinanza del giudice di pace che rigetti l'opposizione deve considerarsi illegittima.

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 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 che incide sulla libertà personale, strumentale all'esecuzione del provvedimento di allontanamento che è soggetta a convalida da parte del giudice di pace (per effetto del d.l. n. 241 del 2004, conv. con modif. in l. n. 271 del 2004), anche con riferimento all'eventuale richiesta di proroga del trattenimento medesimo.

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.

Si consideri che, secondo Sez. 6-1, n. 20108/2016, De Chiara, Rv. 641863-01, l'adozione delle misure alternative al trattenimento *ex* art. 14, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998 richiede necessariamente che lo straniero possieda il passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, tale non potendo essere considerato il permesso di soggiorno previamente rilasciato a seguito di richiesta di asilo (nella specie, scaduto in conseguenza dell'esito negativo della relativa procedura), perché privo dell'accertamento dell'identità e della nazionalità del titolare.

Il procedimento di convalida del trattenimento o delle misure ad essa alternative è analogo a quello della convalida dell'accompagnamento alla frontiera ed è disciplinato dall'art. 14, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 286 del 1998, che fa applicazione dell'art.

13 Cost., con previsione del termine di quarantotto ore per l'emissione del decreto di convalida del trattenimento, previsto a pena di inefficacia. Secondo Sez. 6-1, n. 8268/2016, De Chiara, Rv. 639487-01, ai fini del controllo dei termini di legge, è indispensabile che risulti non soltanto il giorno, ma anche l'ora in cui il decreto di convalida viene emesso. In particolare si è precisato che, ove la convalida intervenga in corso d'udienza, è sufficiente l'indicazione dell'ora in cui questa si è svolta nel relativo verbale. Ove, invece, il decreto sia emesso con distinto provvedimento, è necessario che sia precisata l'ora del suo deposito in cancelleria, posto che il provvedimento emesso fuori udienza viene ad esistenza soltanto con il deposito. Nel caso in cui tale precisazione manchi, il provvedimento è da ritenersi nullo, per difetto di un requisito essenziale ai fini del raggiungimento dello scopo (art. 156, comma 2, c.p.c.).

Con coeve ordinanze interlocutorie di analogo contenuto (**Sez. 1, n. 21930/2018, De Chiara, Rv. 650171-01, e Sez. 1, n. 21931/2018, Cirese, non massimata**), è stata dichiarata rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di costituzionalità dell'art. 14, comma 1 *bis*, lett. c) del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida della misura, ivi regolata (obbligo di presentazione, in giorni ed orari determinati, presso un ufficio di polizia), si svolga in udienza con la partecipazione necessaria del difensore del destinatario (e con nomina di un difensore di ufficio in caso di mancata nomina di un difensore di fiducia), per contrasto con l'art. 13 Cost., in tema di provvedimenti limitativi della libertà personale, e con l'art. 24, comma 2, Cost., in tema di diritto di difesa in giudizio. Richiamando i precedenti esiti, sanciti da Corte cost. n. 144 del 1997, con riferimento all'analogo istituto dell'art. 6, comma 3, della l. n. 401 del 1989 e succ. modif. in tema di manifestazioni sportive, ad avviso della S.C., tali *vulnera* non possono essere risolti in via interpretativa, attesi gli insuperabili limiti letterali della disposizione censurata, la quale prevede la *«facoltà di presentare personalmente o a mezzo difensore memorie o deduzioni al giudice della convalida»* come alternativa all'udienza di convalida con la partecipazione necessaria del difensore, prevista invece per le misure del trattenimento in un centro di permanenza per i rimpatri e dell'accompagnamento alla frontiera. Si deve tuttavia tenere presente che **Sez. 6-1, n. 02997/2018, Lamorgese, Rv. 647048-01**, senza tuttavia fornire una specifica motivazione sul punto, ha ritenuto necessaria anche per la convalida delle misure alternative al trattenimento la celebrazione dell'udienza prevista dal comma 4

dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998, estendendo le stesse garanzie della comunicazione della data d'udienza e della partecipazione necessaria del difensore, di fiducia o di ufficio nel caso in cui l'interessato ne sia sprovvisto).

Con riferimento alla proroga del trattenimento, Sez. 6-1, n. 7158/2016, De Chiara, Rv. 639310-01, ha ritenuto sufficiente ai fini della tempestività della stessa, che essa sia 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 inficia 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. In senso difforme, invece, Sez. 6-1, n. 3298/2017, Genovese, Rv. 643361-01, ha affermato che il provvedimento di proroga del trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione (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 termine menzionato, debba motivare in ordine alla necessità di tale eccezionale misura limitativa della libertà personale, anziché di quelle alternative previste dalla legge, in rapporto alla delibazione della richiesta di protezione internazionale.

Sempre in tema di proroga del trattenimento, inserendosi nel solco della consolidata giurisprudenza di legittimità, Sez. 6-1, n. 12709/2016, De Chiara, Rv. 640098-01, ha applicato al procedimento giurisdizionale sulla richiesta di proroga del trattenimento presso il CIE le stesse garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione del trattenuto, previste per il procedimento di convalida della prima frazione temporale del trattenimento, senza necessità di specifica richiesta del trattenuto di essere sentito dal giudice (nello stesso senso, **Sez. 1, n. 28423/2018, Bisogni, Rv. 651451-01**).

Con riguardo al rapporto tra il giudizio sul provvedimento di espulsione e l'accertamento in sede penale dei fatti, che potrebbero essere posti a base della valutazione di pericolosità dell'espulso, Sez. 6-1, n. 12711/2016, De Chiara, Rv. 640097-01, ha ravvisato un rapporto di connessione e non di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico *ex art. 295 c.p.c.*

**Sez. 6-1, n. 3007/2018, Lamorgese, non massimata**, ha infine escluso, in caso di impugnazione della convalida della misura alternativa al trattenimento, la possibilità di sottoporre alla cognizione del giudice circostanze personali che avrebbero potuto essere fatte valere in sede di impugnazione del decreto di espulsione, ribadendo il costante indirizzo sulla “doppia tutela”, incentrato sul sindacato a cognizione piena in sede di ricorso avverso l’espulsione e su quello solo limitato alla mera esistenza formale e all’efficacia dell’atto presupposto in sede di convalida delle misure di esecuzione dell’espulsione (orientamento scalfito da Sez. 6-1, n. 17407/2014, Acierno, Rv. 632264-01, che ha invece affermato la possibilità del giudice del trattenimento di rilevare la manifesta illegittimità dell’atto presupposto).

## **6. Il minore straniero.**

Il d.lgs. n. 286 del 1998 disciplina anche l’ingresso, la permanenza, il respingimento e l’espulsione degli stranieri in Italia, tra i quali gli stranieri minorenni, applicandosi la normativa a tutti quei cittadini non appartenenti all’Unione europea e agli apolidi. Vanno infatti distinti gli stranieri qualificati come comunitari (titolari di una cittadinanza europea, sancita dal trattato di Maastricht, la quale, basandosi sull’appartenenza ad uno degli Stati membri dell’Unione, permette un’equiparazione quasi totale ai cittadini italiani) e gli stranieri extracomunitari che, non appartenendo ad alcuno Stato membro della Unione europea, hanno una posizione giuridica diversa dai primi. Il d.lgs. cit., applicabile ai soli stranieri extracomunitari, offre una particolare rilevanza giuridica alla figura del minorenne straniero clandestino oppure irregolare, il quale, a sua volta, può essere accompagnato o non accompagnato da almeno uno dei genitori, o in alternativa da un parente entro il quarto grado, clandestinamente oppure irregolarmente soggiornante. Disciplina a se stante e di recente “creazione” riguarda poi la categoria dei minori stranieri non accompagnati.

### **6.1. Le fonti.**

La normativa a tutela dei minori extracomunitari deriva dalla lettura combinata delle norme disciplinanti la tutela dei minori con quelle regolanti la posizione dei cittadini extracomunitari in Italia.

Le norme relative ai minori derivano da:

1) gli articoli 2, 3, 29, 30, 31, 37 della Costituzione. Dal quadro complessivo di tali norme risulta che la Carta Costituzionale considera il minore come un soggetto meritevole di una tutela specifica sotto diversi profili: come essere umano, come figlio e come lavoratore;

2) la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo siglata a New York il 21 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con l. n. 176 del 1991. Tale convenzione stabilisce i principi che gli Stati parti si impegnano ad introdurre nei rispettivi ordinamenti ed ai quali si devono ispirare i procedimenti giurisdizionali ed amministrativi che riguardano ogni minore di età;

3) la Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e la Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sui provvedimenti di affidamento e sottrazione di minori ratificate e rese esecutive con l. n. 64 del 1994;

4) la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 77 del 2003. Tale trattato, approvato a Strasburgo dall'Assemblea del Consiglio d'Europa, contiene una serie di disposizioni, volte a rafforzare la tutela ed il rispetto dei diritti dei minori;

5) la direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 che, nei "considerando", riprendendo i principi riconosciuti in particolare nell'art. 8 della Convenzione europea, per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dell'Unione europea, ribadisce che è compito degli Stati membri "assicurare la protezione della famiglia ed il mantenimento o la creazione della vita familiare";

6) la direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, successivamente abrogata dalla direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013;

7) le norme del codice civile in materia di tutela e di responsabilità genitoriale, ovvero l'art. 403 c.c. che dispone interventi urgenti di protezione per i minori, gli artt. artt. 330 e ss. c.c. in materia di sospensione e decadenza della responsabilità genitoriale, gli artt. 343 e ss. c.c. che disciplinano l'apertura della tutela;

8) le norme sull'affidamento dei minori, ovvero gli articoli 4 e 9 della l. n. 184 del 1983, riformata dalla l. n. 149 del 2001, che regolano l'affidamento giudiziale, consensuale e intrafamiliare dei minori.

Le norme relative all'immigrazione sono:

1) il d.lgs. n. 286 del 98 e successive modificazioni ed il relativo regolamento di attuazione, d.P.R. n. 394 del 1999 n. 394, che

disciplinano il rilascio del permesso di soggiorno e l'esercizio da parte dei minori stranieri di alcuni diritti fondamentali;

2) la l. n. 47 del 2017, che ha dettato una nuova disciplina in materia di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

## **6.2. I minori stranieri non accompagnati.**

Giova a questo punto menzionare la legge n. 47 del 2017, che per la prima volta detta una disciplina unitaria per la tutela dei minori stranieri non accompagnati, colmando vuoti normativi e stabilendo importanti misure, pur se in relazione alla stessa non possono ancora menzionarsi pronunce della S.C.

La legge n. 47 del 2017 ha individuato (art. 2) la definizione di minore non accompagnato, ai soli fini della sua applicazione, stabilendo che si deve intendere *«il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano»*.

La norma non precisa quale sia la maggiore età, che quindi deve ritenersi compiuta al raggiungimento dei diciotto anni, come stabilito dall'art. 2 c.c., così superando le ambiguità che, in passato, avevano portato a prendere in considerazione la più elevata soglia di età stabilita dal paese d'origine.

La definizione non comprende i minori cittadini italiani o dell'Unione europea, ai quali, quindi, non si applica la disciplina stabilita dalla legge *de qua*, trovando invece applicazione le norme sui minori stabilite dal diritto nazionale.

All'opposto, viene stabilito il principio della parità di trattamento dei minori stranieri (intesi quindi quali extracomunitari) rispetto ai cittadini italiani e dell'Unione europea prevedendo espressamente (art. 1) che *«sono titolari dei diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione Europea»* ed ha introdotto un apprezzabile sistema di tutela *«in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità»*.

## **6.3. Cenni alla disciplina di cui alla legge n. 47 del 2017.**

Facendo qualche breve cenno alla nuova disciplina, la stessa, nel suo complesso, segna un momento di evoluzione rispetto al passato, in quanto mira a superare la logica dell'assistenza e a promuovere una politica di accoglienza. Proprio in quest'ottica devono essere

osservate disposizioni particolarmente qualificanti, quali quella che consacra in termini assoluti il principio di *non-refoulement*, sancendo il divieto assoluto di respingimento alla frontiera (art. 3), nonché quella che introduce significative modifiche della disciplina vigente al fine di assicurare un'adeguata e specifica tutela ai minori richiedenti protezione internazionale (art. 20). Sempre in questo senso assumono rilievo le disposizioni che fanno emergere una finalità d'inclusione che si espande oltre il compimento della maggiore età e si realizza mediante «*misure di integrazione di lungo periodo*» (art. 13).

L'obiettivo di conciliare l'ineludibile esigenza di presidiare la sicurezza del territorio nazionale e controllare i flussi migratori con quella di tutelare i diritti fondamentali della persona è posto a fondamento dell'art. 5 con riferimento all'identificazione dei minori stranieri non accompagnati. La norma prevede un colloquio volto ad approfondire la storia personale e familiare del minore ed a far emergere ogni altro elemento utile alla sua protezione. Il colloquio deve svolgersi alla presenza del personale qualificato della struttura di prima accoglienza e sotto la direzione dei servizi dell'ente locale competente.

Nell'ambito dell'identificazione assume fondamentale rilievo l'accertamento dell'età dichiarata dal minore. A tale riguardo è prevista un'articolata procedura nella quale l'accertamento dell'età anagrafica del minore è condotto con modalità che garantiscano nella massima misura possibile il rispetto dei fondamentali diritti della persona ed è svolto sulla base di accorgimenti idonei ad assicurare un'adeguata assistenza nelle more del procedimento.

L'affermazione del principio secondo cui è vietato in termini assoluti il respingimento dei minori stranieri non accompagnati ha imposto anche la riformulazione delle norme che regolano i permessi di soggiorno di questa particolare categoria di persone (art. 10). A tale riguardo la nuova disciplina prevede infatti che – in particolari ipotesi nelle quali la legge disponga il divieto di respingimento o di espulsione – possa essere rilasciato dal questore al minore straniero non accompagnato, rintracciato nel territorio nazionale e segnalato alle autorità competenti, un “permesso di soggiorno per minore età”. Detto permesso – la cui validità si estende sino al compimento della maggiore età – potrà essere rilasciato anche prima della nomina del tutore ai sensi dell'art. 346 c.c., qualora ne faccia richiesta lo stesso minore direttamente oppure avvalendosi di colui che esercita la responsabilità genitoriale. Sono inoltre contemplate ulteriori ipotesi di rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari al minore che risulti affidato ai sensi dell'articolo 9, comma 4, della l. n. 184 del



1983 o che sia sottoposto alla tutela di un cittadino italiano o di uno straniero regolarmente soggiornante nel territorio nazionale. A tale riguardo è prevista una disciplina differenziata a seconda che il minore abbia un'età inferiore ai quattordici anni oppure compresa tra i quattordici e i diciotto anni.

## 7. L'unità familiare.

Il diritto all'unità familiare viene sancito in termini espressi dall'art. 28 del d.lgs. n. 286 del 1998 emergendo l'interesse prioritario del legislatore ad assicurare una incisiva protezione della vita familiare in particolare allorché del nucleo medesimo facciano parte dei minori. Mezzi ordinari di attuazione di tale diritto, nonché del connesso diritto del minore a crescere e ad essere educato nell'ambito della propria famiglia, sono l'istituto del ricongiungimento familiare (art. 29) ed il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30).

La tutela dei legami familiari tuttavia, nell'interpretazione della giurisprudenza eurolunitaria e nazionale, si è espansa oltre tale ambito e si coglie altresì nell'interpretazione delle norme che disciplinano il rilascio del permesso di soggiorno e l'espulsione.

A riguardo va *in primis* menzionata la sentenza della Corte Costituzionale n. 202 del 2013 (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202), la quale – nel dichiarare l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui non prevede che la valutazione in concreto della pericolosità sociale da eseguire in sede di rilascio, revoca o rinnovo del permesso di soggiorno possa essere svolta tanto nei confronti dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o del familiare ricongiunto quanto nei confronti di chi abbia legami familiari nel territorio dello Stato – ha chiarito che anche in quest'ultima ipotesi deve tenersi conto della durata del soggiorno e del quadro dei legami, non solo familiari, ma anche sociali, prospettando espressamente l'adozione dell'interpretazione della giurisprudenza EDU relativa all'art. 8 come parametro interposto di costituzionalità della norma impugnata.

Tali principi comportano anche l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 13, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, come da ultimo ribadito da Sez. 1, n. 23957/2018, Pazzi, Rv. 650406-01, anche alla valutazione della posizione del cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro paese, ancorché questi non si trovi nelle condizioni di richiedere formalmente il ricongiungimento familiare.

A riguardo la S.C. ha avuto modo di chiarire, che l'art. 13, comma 2 *bis*, del d.lgs. 286 del 1998, dando attuazione a uno dei principi cardine della direttiva 2003/86/CE, ha introdotto un rilevante temperamento nell'applicazione automatica delle cause espulsive previste dall'art. 13, comma 2, lett. a) e b), imponendo di tenere conto, nei confronti dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, sia per l'ipotesi dell'ingresso irregolare che per quella della mancanza del permesso di soggiorno originaria o sopravvenuta, anche della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il paese di origine, ancorché lo stesso non sia nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare. La norma recepisce un consolidato orientamento della Corte EDU, secondo il quale non può aversi interferenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla vita privata e familiare a meno che questa ingerenza non sia prevista dalla legge e costituisca una misura necessaria per la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, la prevenzione dei reati e la protezione della salute e della morale. A ciò si aggiunga che dai principi di cui alla direttiva 2008/115/CE (attuata con il d.l. n. 89 del 2011, convertito dalla l. n. 129 del 2011) si ricava che l'adozione della misura espulsiva, non può basarsi sulla mera constatazione del soggiorno irregolare, ma richiede una valutazione della situazione personale, ovvero della vita familiare, delle condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato e del rispetto del principio di *non-refoulement* ed in tale valutazione va bilanciato il diritto dello Stato membro alla conservazione di un regime di sicurezza e di controllo del fenomeno migratorio e il nucleo dei diritti della persona connessi all'applicazione del principio di *non-refoulement*, ai divieti di cui all'art. 3 CEDU e al diritto alla salute e alla vita familiare.

In tema strettamente processuale, Sez. 6-1, n. 18622/2018, Marulli, Rv. 649650-01, ha risolto il conflitto negativo di competenza tra giudice di pace, destinatario dell'opposizione avverso il decreto di espulsione, e tribunale, avanti al quale era pendente il giudizio sulla richiesta dell'opponente del permesso di soggiorno per motivi familiari. La S.C. ha affermato la competenza del tribunale, per avere il legislatore inteso fare salva la *vis attractiva* di tale ufficio, mediante la concentrazione sul medesimo organo giudicante della cognizione dei provvedimenti incidenti sul diritto all'unità familiare.

### **7.1. Segue: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana.**

La giurisprudenza non è ancora unitaria in ordine alla questione dei limiti al divieto di espulsione e delle condizioni ostative al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari nei riguardi dei soggetti individuati dall'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998 (familiare entro il secondo grado e coniuge di cittadinanza italiana).

In proposito, si deve menzionare Sez. 6-1, n. 00701/2018, Bisogni, Rv. 647296-01, ove la Corte ha affermato che il divieto di espulsione dello straniero convivente con parente entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, previsto dall'art. 19, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 286 del 1998, e il conseguente obbligo di rilascio del permesso di soggiorno per coesione familiare, possono essere derogati, anche in sede di rinnovo, esclusivamente se ricorrono le condizioni ostative contenute nell'art. 13, comma 1, del d.lgs. cit., consistenti in “motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato”, oggetto di specifica valutazione del questore in sede di diniego di rilascio e, successivamente, del giudice eventualmente adito. La stessa Corte ha precisato che non è sufficiente, a tal fine, invocare i precedenti penali e la frequentazione di pregiudicati, atteso che tali elementi di fatto possono essere idonei ad integrare le “ragioni di sicurezza” poste a base dei provvedimenti di allontanamento di un cittadino comunitario *ex art.* 20 del d.lgs. n. 30 del 2007, ma non le più restrittive condizioni previste nel citato art. 13 del d.lgs. n. 286 del 1998 (nel dare applicazione al principio, la S.C. ha cassato l'ordinanza del giudice di pace, che aveva respinto il ricorso avverso il decreto di espulsione, promosso dal cittadino straniero, convivente con la madre e la moglie, entrambe italiane).

La statuizione è conforme a Sez. 6-1, n. 20719/2011, Macioce, Rv. 619704-01, espressamente richiamata in motivazione, che ha affermato lo stesso identico principio, in una fattispecie riguardante, però, l'opposizione al rigetto della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari (cittadino straniero, figlio convivente di cittadina italiana). Nella motivazione di quest'ultima pronuncia, si legge che il rinvio all'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, operato dall'art. 19, comma 2, lett. c), del medesimo d.lgs., al fine di indicare i limiti al divieto di espulsione e del connesso obbligo di rilascio del permesso di soggiorno per coesione familiare, interessa anche il rinnovo del titolo di soggiorno (sempre per coesione familiare), con la precisazione che detti limiti non

corrispondono a quelle che, con varie ma ricorrenti formule, sono indicate dal d.lgs. n. 30 del 2007 e dal d.lgs. n. 32 del 2008 quali clausole ostative al ricongiungimento, al rinnovo o al rilascio di permessi per ragioni di famiglia del familiare di cittadino comunitario o quali ragioni del suo allontanamento, dovendo ritenersi ben chiara la differenza, quanto a gravità ed a presupposti della situazione, tra i motivi di sicurezza dello Stato o di ordine pubblico e le ragioni di pubblica sicurezza. La Corte, ha, inoltre, aggiunto che, come nella speculare ipotesi di coesione familiare per “ricongiungimento”, l’ostatività al divieto di espulsione è correlata al fatto che lo straniero possa rappresentare una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, in base ad una valutazione che, per effetto dell’intervento normativo operato sull’art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 (novellato dall’art. 4 della l. n.189 del 2002 ed integrato dall’art. 2 del d.lgs. n. 5 del 2007), deve essere effettuata in concreto, considerando non la mera irrogazione di condanne penali, ma anche elementi ulteriori, verificando la sussistenza, in concreto, di una grave ed attuale esposizione a pericolo per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Adotta un’altra soluzione interpretativa Sez. 6-1, n. 18553/2014, Acierno, Rv. 631939-01, pronunciata con riferimento ad una fattispecie, in cui era stata proposta opposizione al decreto di espulsione nei confronti di un cittadino straniero, coniuge di cittadina italiana, a cui era stato revocato per ragioni di “pericolosità sociale” il permesso di soggiorno, in precedenza rilasciato per motivi familiari. La Corte di cassazione, dopo aver precisato l’insindacabilità delle ragioni poste a fondamento della revoca del titolo di soggiorno, già confermata con pronuncia passata in giudicato, ha evidenziato che il parametro normativo a cui fare riferimento, per individuare i limiti all’espulsione del cittadino straniero coniugato con cittadino italiano deve trarsi, non dall’art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, ma dall’art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2007, relativo ai cittadini comunitari, ai sensi del quale, oltre alle ragioni di ordine pubblico e di sicurezza dello Stato, da valutarsi in concreto, possono essere verificati gli “altri motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza”, sicché, posto che il divieto di espulsione di cui all’art. 19, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 286 del 1998 costituisce condizione necessaria per il rilascio del predetto permesso al cittadino straniero coniugato con cittadina italiana, le condizioni ostative devono essere coincidenti.

A conclusioni profondamente diverse è pervenuta la recentissima **Sez. 1, n. 30828/2018, Di Marzio M., Rv. 651885-01**, ove la S.C. ha affermato che il menzionato divieto di espulsione,

stabilito all'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998, deve essere interpretato nel senso che esso non opera solo se, in presenza dei "motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato" di cui all'art. 13, comma 1, del d.lgs. cit., sia stato adottato il provvedimento ministeriale di alta amministrazione di competenza del Ministro dell'Interno, previa notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministro degli Affari Esteri, a seguito di una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, dovendosi escludere che l'operatività del divieto possa discendere dalla sussistenza di "motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato" altrimenti rilevati dal prefetto (in applicazione del principio enunciato, la S.C. ha cassato l'ordinanza del giudice di pace e, decidendo nel merito, ha annullato il decreto di espulsione, emesso nei confronti dello straniero, convivente con la coniuge cittadina italiana, in ragione della pacifica assenza del menzionato provvedimento ministeriale).

Con specifico riferimento al rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, Sez. 6-1, n. 17070/2018, De Chiara, Rv. 649646-01, ha ritenuto che è onere dell'autorità amministrativa e, successivamente, dell'autorità giurisdizionale, al fine di non incorrere nel vizio di motivazione, esplicitare in concreto le ragioni dell'attuale pericolosità sociale del richiedente il permesso di soggiorno, che siano tali da giustificare il rigetto dell'istanza. Ciò in quanto per effetto delle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 5 del 2007 agli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5 (cui è stato anche aggiunto il comma 5 *bis*) del d.lgs. n. 286 del 1998, in caso di richiesta di rilascio (o rinnovo) del permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare non è più prevista l'applicabilità del meccanismo di automatismo espulsivo, in precedenza vigente, che scattava in virtù della sola condanna del richiedente per i reati identificati dalla norma sulla base di una valutazione di pericolosità sociale effettuata *ex ante* in via legislativa, occorrendo, invece, per il diniego, la formulazione di un giudizio di pericolosità sociale effettuato in concreto, il quale induca a concludere che lo straniero rappresenti una minaccia concreta ed attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza, tale da rendere recessiva la valutazione degli ulteriori elementi di valutazione contenuti nel novellato art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 ovvero la natura e la durata dei vincoli familiari e, per lo straniero già presente nel territorio nazionale, la durata del soggiorno pregresso (nell'affermare il principio, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito, per difetto di motivazione, in un caso di impugnazione del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, richiesto dallo straniero, convivente con moglie e figlio minore di

cittadinanza italiana, che era stato condannato per spaccio di stupefacenti).

Nello stesso senso, Sez. 1, sentenza n. 12071/2013, Acierno, Rv. 626265-01, ha affermato che la verifica della “pericolosità sociale” costituisce una condizione ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, richiesto dal familiare straniero di cittadino italiano o dell’Unione Europea, precisando che l’assenza di tale ostacolo deve essere valutata dall’autorità competente per il rilascio del titolo, ovvero per il mantenimento di quello preesistente, senza che tuttavia detta autorità possa procedere automaticamente all’allontanamento in violazione dei criteri di attribuzione di tale specifica funzione previsti dalla norma.

In motivazione, la Corte ha spiegato che la nuova disciplina dei titoli di soggiorno giustificati da motivi familiari, relativi ai cittadini UE e ai loro familiari, contenuta nel d.lgs. n. 30 del 2007 (attuativo della Direttiva 2004/38/CE, avente specificamente ad oggetto il diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare liberamente nel territorio degli Stati membri), si applica, nel nostro ordinamento interno, anche ai titoli di soggiorno richiesti dai familiari stranieri (non comunitari) dei cittadini italiani, ai sensi dell’art. 23 del d.lgs. cit., ove è espressamente stabilito che le disposizioni di quel d.lgs., se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana, aggiungendo che, senza dubbio, la disciplina contenuta in tale d.lgs. contiene una disciplina più favorevole. E in effetti, nel sistema del testo unico in materia di immigrazione, il permesso di soggiorno per coesione familiare, fondato sul divieto di espulsione del cittadino straniero coniugato con cittadino italiano *ex* art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998 e sul successivo art. 30 del medesimo d.lgs., che regola le condizioni del permesso di soggiorno per motivi familiari, attribuisce un titolo di soggiorno di natura temporanea, soggetto a rinnovi periodici e indissolubilmente legato al rapporto di coniugio e all’effettività della convivenza. La mancanza di autonomia del diritto al soggiorno e l’instabilità temporale del medesimo ne costituiscono le caratteristiche principali. Al contrario, nel sottosistema del d.lgs. n. 30 del 2007, il cittadino straniero coniugato con il cittadino italiano ottiene un titolo di soggiorno (la carta di soggiorno) dotato di ampia stabilità temporale (suscettibile di divenire permanente dopo cinque anni e non subordinato alle condizioni di rilascio della carta di soggiorno) e di tendenziale autonomia, che conserva la sua efficacia, a determinate condizioni, anche in caso di decesso o partenza del cittadino italiano (art. 11 d.lgs. n. 30 del 2007), oltre che nel caso di

divorzio o annullamento del matrimonio, essendo sufficiente a tale ultimo riguardo che, anche in mancanza del diritto al soggiorno permanente di cui all'art. 14, il matrimonio sia durato almeno tre anni, di cui almeno un anno nel territorio nazionale prima dell'inizio del provvedimento di divorzio o annullamento.

La stessa Corte ha, quindi, evidenziato che, in base ad una lettura sistematica del testo normativo di derivazione comunitaria, il giudizio di "pericolosità sociale", richiesto dall'art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007 ai fini dell'allontanamento del cittadino straniero, costituisce uno dei parametri di valutazione della sussistenza delle condizioni non solo per il rilascio, ma anche per il rinnovo del titolo di soggiorno per motivi familiari, precisando che tale giudizio, derivante non solo da motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato ma anche da ragioni di pubblica sicurezza, deve essere effettuato in concreto.

Al medesimo risultato è pervenuta Sez. 6-1, n. 06666/2017, Bisogni, Rv. 643648-01, relativa ad un caso di mancato rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare (coniuge di cittadino italiano), in ragione della ritenuta "pericolosità sociale" del cittadino straniero non comunitario.

In tale pronuncia, la S.C. ha precisato che il divieto di espulsione di cui all'art. 19, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998 costituisce condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di coesione familiare e, pertanto, non opera quando, per ragioni di "pericolosità sociale", sia stato revocato il titolo di soggiorno dello straniero, anche se fondato sulla medesima condizione soggettiva produttiva dell'inespellibilità, aggiungendo che le condizioni ostative al rilascio del titolo di soggiorno devono trarsi dall'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2007 e consistono, oltre che nelle ragioni di ordine pubblico e sicurezza dello Stato, da valutarsi in concreto, dagli altri motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, cui fa riferimento la norma, in relazione a comportamenti della persona, che rappresentino una minaccia concreta e attuale tale da pregiudicare l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica.

Anche Sez. 6-1, n. 19337/2016, Acierno, Rv. 641860-01, in una controversia relativa alla revoca del permesso di soggiorno rilasciato a cittadino straniero (non comunitario) per motivi familiari (coniuge di cittadina italiana), ha affermato che l'esame della "pericolosità sociale" del coniuge straniero (non comunitario) di cittadino italiano, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, deve essere svolta alla luce dei criteri indicati nell'art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007 e può essere desunta dalla commissione di reati, che possono colpire o mettere in pericolo l'integrità fisica, come la rapina,

fermo restando che la valutazione deve essere svolta in concreto, attraverso un esame della condotta complessiva del richiedente, considerata la tipologia e l'entità delle condotte delittuose, della loro continuità o sviluppo diacronico e ferma la necessità che almeno una di esse sia riconducibile alle ipotesi normativamente descritte nella citata disposizione.

La pronuncia assume, tuttavia, particolare rilevanza per le ulteriori precisazioni, che si leggono in motivazione.

Nella stessa statuizione, la S.C. ha, infatti, evidenziato le ipotesi normative indicate all'art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007 sono del tutto omologhe a quelle di cui all'art. 5, comma 5 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, regolante le condizioni di legge per il rilascio ed il rinnovo, in generale, del titolo di soggiorno anche per motivi diversi da quelli volti a salvaguardare l'unità familiare – ritenute testualmente conformi anche a quelle di cui all'art. 4, comma 3, del medesimo d.lgs., relative ai limiti all'ingresso nel territorio dello stato - rilevando che *«il riferimento normativo alla 'sicurezza dello Stato' contenuto nel citato art. 5 comma 5 bis deve essere interpretato in correlazione con le fattispecie incriminatrici sintomatiche desumibili dagli artt. 380 e 407 cod. proc. pen. al fine di pervenire ad una nozione coerente con quella relativa alla sicurezza pubblica contenuta nell'art. 20 d.lgs. n. 30 del 2007. Tali fattispecie non riguardano soltanto reati che attentano alla sicurezza dello Stato inteso come territorio, istituzioni ed ordinamento ma anche alla sicurezza collettiva di tutti coloro che vivono all'interno di esso.»*

Nella medesima ordinanza, la Corte ha, inoltre, messo in risalto la diversità di presupposti che, nel d.lgs. n. 286 del 1998, consentono l'espulsione da quelli che impediscono il rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno, evidenziando che tale differenza è, comunque, giustificata dal fatto che la titolarità del permesso di soggiorno consente l'esercizio di un ampio spettro di diritti, anche sociali, all'interno del nostro ordinamento e, di conseguenza, giustifica un maggior rigore nella verifica del rispetto delle regole di convivenza civile, specie in correlazione con la violazione di norme penali, mentre l'annullamento di un provvedimento espulsivo pone il cittadino straniero non automaticamente in condizioni di richiedere ed ottenere un titolo di soggiorno, evitandogli con certezza soltanto il rimpatrio verso il suo paese di origine.

## **7.2. Il ricongiungimento familiare.**

Per ricongiungimento familiare si intende l'istituto che consente allo straniero extracomunitario o apolide che vive nel territorio



nazionale in base ad un regolare titolo di soggiorno oppure ad un cittadino italiano o di uno Stato UE di chiedere l'ingresso dei familiari stranieri extracomunitari o apolidi residenti all'estero, al fine di mantenere o riacquistare in modo continuativo l'unità della propria famiglia.

In base all'art. 29 T.U. immigrazione lo straniero può chiedere tra l'altro il ricongiungimento con i figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il proprio consenso presso la rappresentanza consolare italiana, al momento della richiesta del visto di espatrio. Sono equiparati ai figli naturali i figli minori adottati, affidati o sottoposti a tutela.

Ai fini dell'ingresso per ricongiungimento familiare, Sez. 6-1, n. 03234/2018, De Chiara, Rv. 647883-01, chiarisce che l'autorità consolare italiana non può negare il visto di ingresso sul territorio nazionale al cittadino straniero che lo domandi, al fine di attuare il ricongiungimento familiare al coniuge, cittadino straniero legittimamente soggiornante in Italia, avendo accertato che il matrimonio è stato contratto in mancanza di precedenti rapporti tra gli sposi, ed è stato concordato tra le loro famiglie. Tali circostanze non escludono il fine tipico del matrimonio, consistente nell'intento dei coniugi di formare una famiglia propria, potendo essere negato il visto d'ingresso solo in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto al fine esclusivo di consentire al richiedente di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato.

Con riguardo alla prova, Sez. 6-1, n. 04379/2018, De Chiara, Rv. 647653-01, precisa che in tema di ricongiungimento familiare, la documentazione ufficiale dello *status filiationis* proveniente dalle competenti autorità del Paese di nascita dell'interessato non è assistita da fede privilegiata *ex art. 2700 c. c.*, ma ha un valore probatorio che deve essere oggetto di accertamento giudiziale unitamente alle altre prove che, secondo le regole generali, le parti hanno diritto di produrre in giudizio.

### **7.3. Autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare.**

L'art. 31, comma 3, del d.lgs n. 286 del 1998 prevede una duplice possibilità di autorizzazione temporanea all'ingresso ed alla permanenza del familiare sul territorio nazionale in deroga alle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione, ove

ricorrono gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, tenuto conto della sua età e delle sue condizioni di salute.

Attorno al concetto di “gravi motivi” si sono tradizionalmente registrate contrastanti interpretazioni nell’ambito della stessa giurisprudenza di legittimità. L’orientamento risalente, nella prospettiva di salvaguardare il territorio nazionale da una immigrazione non regolamentata a sostanziale svantaggio del “superiore interesse del fanciullo”, ha interpretato restrittivamente il concetto di gravi motivi, ritenendo che questo richiedesse l’accertamento di situazioni di emergenza di natura eccezionale e contingente, di situazioni, cioè, che non siano normali e stabilmente ricorrenti nella crescita del minore (così Sez. 1, n. 11624/2001, Proto, Rv. 549252-01; Sez. 1, n. 03991/2002, Losavio, Rv. 553161-01 e Sez. 1, n. 17194/2003, Giuliani, Rv. 569291-01).

I gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore straniero presente nel territorio italiano erano interpretati come correlati esclusivamente alla sussistenza di circostanze contingenti ed eccezionali che ponessero in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore (dal punto di vista fisico e psichico), tanto da richiedere il sostegno del genitore per fronteggiarle, e non possono essere configurati in rapporto a situazioni che presentino carattere di normalità e tendenziale stabilità, quali le ordinarie esigenze di compimento del ciclo scolastico o dell’intero processo educativo-formativo del minore, di indeterminabile o lunghissima durata, come si desume inequivocamente dal rilievo che tale autorizzazione deve essere temporalmente limitata e revocata con la cessazione dei motivi che ne abbiano giustificato il rilascio.

In seguito a Sez. U, n. 22216/2006, Vitrone, Rv. 592144-01, ha tuttavia cominciato a farsi strada una interpretazione estensiva dei gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore, non limitati dai requisiti dell’eccezionalità e contingenza, ma strettamente connessi allo sviluppo del fanciullo in modo da prenderne in considerazione il preminente interesse in relazione alle varie circostanze del caso concreto, quali l’età, le condizioni di salute (anche psichiche), nonché il pregiudizio che potrebbe a questi derivare dall’allontanamento dei familiari (nel caso di specie, in cui era stata richiesta l’autorizzazione alla permanenza del familiare che diversamente doveva essere espulso, le Sezioni Unite hanno ritenuto, in accoglimento del ricorso, che la situazione eccezionale fosse conseguenza dell’allontanamento improvviso del familiare sin allora presente, ritenendo irrilevante che nel ricorso non fossero stati indicati i gravi motivi richiesti dalla legge, in quanto il giudice adito,

sulla base delle conclusioni della consulenza tecnica, aveva accolto la domanda del genitore dopo aver accertato il grave pregiudizio, che sarebbe derivato alla minore in tenerissima età dalla perdita improvvisa della figura genitoriale).

Dopo pochi anni, le Sezioni Unite si sono pronunciate di nuovo sull'argomento (Sez. U, n. 21799/2010, Salvago, Rv. 614300-01), ribadendo che la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998, in presenza di gravi motivi connessi al suo sviluppo psico-fisico, non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali, strettamente collegate alla sua salute, potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che, in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto. Le medesime Sezioni Unite hanno anche precisato che deve trattarsi di situazioni non di lunga o indeterminabile durata e non caratterizzate da tendenziale stabilità che, pur non prestandosi ad essere catalogate o standardizzate, si concretino in eventi traumatici e non prevedibili, che trascendano il normale disagio dovuto al rimpatrio del minore o a quello di un suo familiare.

Ponendosi nel solco interpretativo tracciato da quest'ultima decisione, Sez. 1, n. 04197/2018, Lamorgese, Rv. 648136-01, ha ancora affermato che l'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998, poiché tutela il diritto del minore ad avere rapporti continuativi con entrambi i genitori anche in deroga alle altre disposizioni del decreto, non può essere interpretato in senso restrittivo, sicché la norma non richiede la ricorrenza di situazioni eccezionali o necessariamente collegate alla sua salute, ma comprende qualsiasi danno grave che potrebbe subire il minore, sulla base di un giudizio prognostico circa le conseguenze di un peggioramento delle sue condizioni di vita con incidenza sulla sua personalità, cui egli sarebbe esposto a causa dell'allontanamento dei genitori o dello sradicamento dall'ambiente in cui è nato e vissuto, qualora segua il genitore espulso nel luogo di destinazione.

La decisione ha, in particolare, chiarito che le situazioni che possono integrare i "gravi motivi" di cui al citato art. 31 non si prestano ad essere catalogate o standardizzate, spettando al giudice di merito valutare le circostanze del caso concreto con particolare attenzione, oltre che alle esigenze di cure mediche, all'età del minore, che assume un rilievo presuntivo decrescente con l'aumentare della stessa, e al radicamento nel territorio italiano, il cui rilievo presuntivo

è, invece, crescente con l'aumentare dell'età, in considerazione della prioritaria esigenza di stabilità affettiva nel delicato periodo di crescita.

Con riguardo alla rilevanza del radicamento in Italia del minore nel territorio nazionale, ai fini della verifica della ricorrenza dei gravi motivi, Sez. 6-1, n. 10930/2018, Lamorgese, Rv. 648577-01, ha precisato che tale radicamento va valutato anche nel caso in cui si sia determinato a seguito della permanenza sul territorio nazionale, conseguente ad una pregressa autorizzazione temporanea rilasciata ai genitori, non essendo vietata la possibilità di una reiterazione di tale autorizzazione, come si evince dall'art. 29, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Sez. 6-1, n. 09391/2018, Acierno, Rv. 649062-01, ha inoltre sottolineato che i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, rilevanti ai fini dell'ottenimento della temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del suo familiare, devono consistere in situazioni oggettivamente gravi, comportanti una seria compromissione dell'equilibrio psicofisico del minore, non altrimenti evitabile se non attraverso il rilascio della misura autorizzativa, senza che tale norma possa essere intesa come destinata ad assicurare una generica tutela del diritto alla coesione familiare del minore e dei suoi genitori, che comporterebbe l'effetto di superare, e porre nel nulla, la disciplina del ricongiungimento familiare tutte le volte in cui, a causa dell'espulsione del genitore irregolare, si dovesse realizzare la rottura dell'unità di una famiglia con minori, determinando l'applicazione automatica dell'autorizzazione *de qua*.

La pronuncia rileva anche perché ha precisato che incombe sul richiedente l'onere di allegare la specifica situazione di grave pregiudizio, che potrebbe derivare al minore dall'allontanamento del genitore (nella specie, ha rigettato il ricorso, confermando la decisione impugnata, che, in assenza di specifiche deduzioni, aveva ritenuto non valutabile alcuna situazione di radicamento nel territorio nazionale di un minore di due anni, tenuto conto che la domanda era stata presentata dai genitori poche settimane dopo il suo ingresso in Italia).

Un limite all'esame della domanda *ex* art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 è per la giurisprudenza costituito dall'espulsione obbligatoriamente inflitta in sede penale. In tal caso, come affermato da Sez. 1, n. 03916/2018, Genovese, Rv. 647059-01, l'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione al cittadino straniero condannato in sede penale, ove obbligatoriamente inflitta ai sensi dell'art. 235 c.p., perché imposta da leggi speciali (nella specie dalla

legge penale in materia di stupefacenti) – e diversamente dall'ipotesi di espulsione applicata facoltativamente *ex art. 15 d.lgs. n. 286 del 1998* – non consente al giudice civile, investito della richiesta di autorizzazione temporanea all'ingresso ed al soggiorno *ex art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998*, di svolgere alcun sindacato su tale domanda. Ciò in quanto l'esecuzione della misura spetta esclusivamente, anche in riferimento ai profili attinenti alla famiglia dello straniero condannato, al complesso sistema articolato per gradi, della magistratura di sorveglianza.

Sez. 1, n. 14238/2018, Acierno, Rv. 648936-01, ha poi affermato che, nel giudizio avente ad oggetto l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero, occorre valutare la sussistenza di comportamenti del familiare richiedente, che si rivelino incompatibili con il soggiorno nel territorio nazionale, mediante un esame complessivo della sua condotta in base ad un giudizio effettuato in concreto, al fine di stabilire, all'esito di un attento bilanciamento, se le esigenze statuali inerenti alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale debbano prevalere su quelle derivanti dai gravi motivi, connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, cui la norma conferisce comunque protezione in via primaria.

Nella menzionata pronuncia, la Corte ha sottolineato che l'art. 31 d.lgs. n. 286 del 1998 pone un parametro esterno a quello che costituisce il bene tutelato dalla norma, conferendo rilievo ostativo ad attività del familiare incompatibili con la sua permanenza nel territorio nazionale, sia quando tali attività siano sopravvenute, e si rendano ostative al rinnovo dell'autorizzazione, sia quando siano riscontrate al momento del primo rilascio, e impediscono l'accoglimento della richiesta.

In altre parole, ha spiegato la stessa Corte, il giudice è chiamato in primo luogo ad accertare, con riferimento esclusivo ai minori, la sussistenza dei gravi motivi connessi con il loro sviluppo psicofisico, così come intesi dalla ormai costante giurisprudenza di legittimità a partire dalla succitata pronuncia delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 21799/2010, Salvago, Rv. 614300-01). Esaurito positivamente tale accertamento, il giudice, a fronte del compimento da parte del familiare istante di attività incompatibili con la sua permanenza in Italia, potrà negare l'autorizzazione soltanto all'esito di un esame complessivo, svolto in concreto e non in astratto, della sua condotta, cui segua un attento giudizio di bilanciamento tra l'interesse statale alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale e il preminente interesse del minore (nella specie, la S.C. ha cassato la

decisione impugnata, che aveva negato l'autorizzazione ai genitori di tre minori, imputati e condannati per reati relativi alla tutela del diritto d'autore, ricettazione e contraffazione, considerati gravi in base ad un giudizio astratto, trascurando l'interesse dei minori, che così aveva assunto carattere residuale anziché considerazione primaria).

Sempre in tema di valutazione del comportamento del familiare richiedente l'autorizzazione, che risulti incompatibile con la permanenza in Italia, la Corte di cassazione, con un'ordinanza interlocutoria (Sez. 1, n. 29802/2018, De Chiara, non massimata) ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite della questione di massima di particolare importanza, in ordine al se tale comportamento possa essere preso in considerazione soltanto ai fini della revoca dell'autorizzazione già concessa oppure anche ai fini del diniego dello stesso rilascio dell'autorizzazione richiesta.

In motivazione, la Corte ha evidenziato che l'unico precedente (Sez. 1, n. 14238/2018, Acierno, Rv. 648936-01), appena illustrato, presuppone la seconda soluzione, senza tuttavia motivare sul punto, perché la questione non era stata prospettata con il ricorso.

Nell'ordinanza in esame tuttavia, la Corte ha ritenuto che la soluzione favorevole all'attribuzione di rilevanza del comportamento del familiare anche in sede di rilascio dell'autorizzazione non fosse quella immediatamente suggerita dalla lettera dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, che consente il rilascio dell'autorizzazione anche in deroga alle altre disposizioni del medesimo d.lgs. e ne prevede la revoca (anche) per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia. Contro tale soluzione milita, secondo la medesima Corte, non soltanto il riferimento alla sola revoca (e non anche al diniego) dell'autorizzazione, quale sanzione dell'attività incompatibile con la permanenza del familiare, ma anche l'espressa previsione che l'autorizzazione può essere rilasciata anche in deroga alle altre disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998, comprese evidentemente quelle, come gli artt. 4, comma 3, e 5, commi 5 e 5 *bis*, del medesimo d.lgs., che precludono il rilascio del permesso di soggiorno in favore di soggetti con precedenti penali ostativi o che siano considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. La stessa Corte ha poi evidenziato che la disposizione in esame non sembra dare rilievo ai precedenti del soggetto interessato, bensì all'attività incompatibile con la permanenza in Italia, ponendo a base della decisione sfavorevole al familiare non una prognosi bensì un comportamento in atto al momento della decisione, del quale viene

predicata non la pericolosità bensì la incompatibilità con la permanenza in Italia, senza che ne siano meglio definiti i contorni.

La questione è stata ritenuta di particolare importanza, anche per la sua collocazione al delicato incrocio tra interessi di fondamentale rilievo per l'ordinamento, quali la protezione dei minori e la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Rimessa la causa ai sensi dell'art. 374 c.p.c., si attende ora la pronuncia delle Sezioni Unite.

## **8. Apolidia e cittadinanza in generale.**

Com'è noto, la Costituzione, pur non definendo il concetto di cittadino, impone, con l'art. 22, il principio per cui nessuno può essere privato, per motivi politici, della cittadinanza. Analogamente, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 15, stabilisce che ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza e che nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di poterla mutare.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, è cittadina dell'Unione Europea ogni persona che abbia la cittadinanza di uno Stato membro, quale complemento automatico che non sostituisce quella nazionale. Ogni Stato dell'Unione è libero di stabilire le modalità di acquisto o di perdita della cittadinanza nazionale, in quanto la cittadinanza europea non limita l'esercizio del potere discrezionale dei singoli Stati, che dovranno però valutare le conseguenze della decisione di revocare una precedente naturalizzazione nel rispetto del principio di proporzionalità, alla luce dei parametri indicati dalla Corte di Giustizia (Corte di giustizia UE, 2 marzo 2010, causa C-135/08).

E' da rilevare, inoltre, che con la l. n. 162 del 2015 l'Italia ha ratificato la Convenzione di New York del 30 agosto 1961 di riduzione dei casi di apolidia, secondo la quale, in particolare, ogni Stato contraente è tenuto a concedere la cittadinanza a una persona nata nel proprio territorio che sarebbe altrimenti apolide (art. 1).

La disciplina della cittadinanza italiana è regolata dalla l. n. 91 del 1992, che di recente ha subito alcune modifiche, introdotte dall'art. 14 del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018.

## 8.1. L'apolide.

La condizione di apolidia, ovvero di assenza di alcuna cittadinanza, consente l'acquisto della cittadinanza italiana alla presenza di determinate condizioni, fermo restando che, in ogni caso, se l'apolide risiede legalmente nel territorio della Repubblica, è soggetto alla legge italiana per quanto si riferisce all'esercizio dei diritti civili (art. 16 della l. n. 91 del 1992).

La domanda diretta ad ottenere l'accertamento dello stato personale di apolide di cui alla Convenzione di New York del 28 settembre 1954 e all'art. 17 del d.P.R. n. 572 del 1993, apre un giudizio contenzioso in materia di stato e capacità della persona, che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e alla competenza del tribunale ai sensi dell'art. 9 c.p.c. (Sez. U, n. 28873/2008, Forte, Rv. 606251-01).

Proprio con riferimento a tale giudizio, **Sez. 1, n. 01183/2018, Acierno, non massimata**, ha evidenziato che elemento costitutivo del diritto al riconoscimento dello *status* di apolide è la condizione di soggetto che nessuno Stato considera come proprio cittadino nell'applicazione della propria legislazione. Tale condizione comprende non solo l'accertamento del mancato possesso della cittadinanza dello Stato o degli Stati con cui il soggetto intrattenga o abbia intrattenuto rapporti significativi, ma anche l'accertamento, intimamente connesso al primo, in ordine all'assenza delle condizioni giuridiche e/o fattuali che permettano al soggetto di acquisire – attraverso un'istanza, una dichiarazione di volontà o simili formalità di carattere amministrativo – la cittadinanza di quel determinato Stato.

La Corte ha evidenziato che non può prescindere dall'analisi delle leggi sulla cittadinanza degli Stati rilevanti, al fine di verificare, a livello normativo, quali siano le condizioni, cui quegli ordinamenti subordinano l'acquisizione dello *status civitatis*, eventualmente con il supporto delle informazioni richieste dal giudice alle competenti autorità amministrative, diplomatiche o consolari dello Stato italiano o dello Stato straniero. Tuttavia, ha precisato la medesima Corte, tale cooperazione istruttoria ufficiosa (affermata da Sez. 6-1, n. 04262/2015, Acierno, Rv. 634731-01 e ribadita da Sez. 1, n. 28153/2017, Acierno, Rv. 646007-01, in fattispecie del tutto analoghe) non esclude che incomba sul richiedente l'onere di allegare specificatamente tutti i fatti costitutivi della domanda e dunque, come sopra evidenziato, la condizione di “non-cittadino” dello Stato o degli Stati di prossimità e l'assenza dei presupposti normativi e/o



fattuali che consentano al medesimo il riconoscimento dello *status civitatis* da parte di quei medesimi Stati.

## 8.2. I modi di acquisto della cittadinanza.

Secondo la l. n. 91 del 1992, si può acquisire la cittadinanza:

- *ius sanguinis*, per nascita o filiazione (anche adozione) da un cittadino italiano (art. 1, comma 1, lett. a), art. 2 e 3);

- *ius soli*, per nascita sul territorio nazionale 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, o ancora se si tratta di figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, qualora non venga provato il possesso di altra cittadinanza (art. 1, comma 1, lett. b) e comma 2);

- *iure communicatione* (art. 5) e cioè per matrimonio con cittadino italiano, se lo straniero o l'apolide risiede 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 (senza che abbia rilievo la separazione di fatto, come precisato da Sez. 1, n. 00969/2017, Acierno, Rv. 643351-01);

- per beneficio di legge, in presenza di requisiti soggettivi ed oggettivi predeterminati (art. 4);

- per naturalizzazione, ovvero per concessione dell'Autorità a seguito di un prolungata residenza sul territorio nazionale (art. 9).

Si consideri che l'art. 14, comma 1, lett. a) del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, ha abrogato il comma 2 dell'art. 8 della l. n. 91 del 1992, cosicché non può più formarsi il silenzio assenso sulla domanda di cittadinanza, corredata della documentazione, che non sia stata esaminata per un periodo di due anni.

In tema di acquisto della cittadinanza per filiazione, si deve senza dubbio menzionare **Sez. 1, n. 27925/2018, Bisogni, Rv. 651124-01**, ove la S.C. ha precisato che, nel caso di riconoscimento o dichiarazione giudiziale della filiazione durante la minore età del figlio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 23 della l. n. 91 del 1992, quest'ultimo acquista la cittadinanza dei genitori, mentre, se ciò si verifica quando il figlio è maggiorenne, egli conserva il proprio stato di cittadinanza, ma può dichiarare, entro un anno dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale della filiazione,

ovvero dalla dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero, di scegliere la cittadinanza determinata dalla filiazione. Tale dichiarazione di elezione può essere resa sia in Italia presso il comune di residenza sia all'estero presso il consolato italiano territorialmente competente.

Con riguardo invece al riconoscimento della cittadinanza del figlio di stranieri, al compimento della maggiore età, Sez. 1, n. 12380/2017, Acierno, Rv. 644317-01, ha ritenuto che la verifica del possesso dei requisiti previsti dall'art. 4 della l. n. 91 del 1992 comporta che debba essere accertata la residenza ininterrotta in Italia del richiedente fin dalla nascita, applicandosi il criterio della residenza effettiva, che può essere dimostrata con ogni idonea documentazione, dovendo tale criterio ritenersi prevalente sulla residenza anagrafica.

### **8.3. Le preclusioni all'acquisto della cittadinanza.**

Com'è noto, l'art. 6 della l. n. 91 del 1992 prevede che, in caso di condanna per determinati reati, non si possa concedere la cittadinanza italiana ai sensi dell'art. 5 della medesima legge, a meno che il cittadino straniero non ottenga la riabilitazione.

Sul punto la S.C. ha precisato come l'effetto preclusivo dell'acquisto della cittadinanza, non dipenda dalla mera irrogazione della sanzione penale, bensì dall'accertamento della responsabilità e dal giudizio di colpevolezza, non potendo quindi derivare dalla pronuncia della sentenza di applicazione su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.c., perché richiede una vera e propria sentenza di condanna (Sez. 1, n. 24312/2007, Salmè, Rv. 601197-01).

### **8.4. La revoca della cittadinanza *ex art. 10 bis* l. n. 91 del 1992 e gli altri casi di perdita della cittadinanza.**

L'art. 14, comma 1, lett. d) del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., in l. n. 132 del 2018, ha introdotto l'art. 10 *bis* alla l. n. 91 del 1992, che stabilisce la possibilità di revoca della cittadinanza italiana, attribuita ai sensi degli artt. 4, comma 2, 5 e 9 della l. n. 91 del 1992, in caso di condanna definitiva per determinati gravi reati, previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), c.p.p., nonché dagli artt. 270 *ter* e 270 *quinquies* 2, c.p.).

Il provvedimento di revoca è adottato entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al

primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno.

Ancor prima della introduzione dell'art. appena richiamato, la l. n. 91 del 1992 prevedeva ipotesi di perdita della cittadinanza, distinte dalla rinuncia (v. *infra*), collegate alla revoca dell'adozione (art. 3) o a particolari condotte tenute anche in tempo di guerra (art. 12).

Salvo eccezioni, la cittadinanza può essere riacquistata a determinate condizioni, come viene di seguito evidenziato.

### **8.5. La rinuncia alla cittadinanza.**

Ai sensi dell'art. 11 della l. n. 91 del 1992 il cittadino che possiede, acquista o riacquista una cittadinanza straniera conserva quella italiana, ma può ad essa rinunciare qualora risieda o stabilisca la residenza all'estero. Da ciò si desume che, oltre al possesso di altra cittadinanza e la residenza all'estero, è necessaria anche una rinuncia che sia frutto di una decisione volontaria e consapevole.

In argomento, Sez. 1, n. 22271/2016, Mercolino, Rv. 642645-01) ha evidenziato che l'acquisto della cittadinanza straniera, pur se accompagnato dal trasferimento all'estero della residenza, non implica necessariamente la perdita della cittadinanza italiana, a meno che l'interessato non vi rinunci con un atto consapevole e volontario. Infatti, come si evince dall'art. 4 Cost., dall'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 10 dicembre 1948 e dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ogni persona ha un diritto soggettivo permanente ed imprescrittibile allo stato di cittadino, che è azionabile in via giudiziaria in ogni tempo e può perdersi solo per rinuncia. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito, dichiarando la cittadinanza italiana della ricorrente, insieme al figlio, in quanto, sebbene trasferitasi in Australia, acquistando la cittadinanza di quel Paese, mai aveva esplicitamente rinunciato a quella italiana).

### **8.6. Il riacquisto della cittadinanza.**

All'art. 13 della l. n. 91 del 1992 sono indicati i requisiti per il riacquisto della cittadinanza italiana da parte di chi l'abbia precedentemente perduta.

Non è tuttavia il riacquisto nel caso di revoca dell'adozione durante la maggiore età dell'adottato, quando lo stesso, in possesso di altra cittadinanza, abbia rinunciato alla cittadinanza italiana, e

neppure nei casi di perdita della cittadinanza durante lo stato di guerra (artt. 13, comma 2).

Su questo tema la S.C. ha specificato che colui che, in seguito ad acquisto di cittadinanza straniera, abbia perso quella italiana, la riacquista per il solo fatto di risiedere in Italia per un anno, sempre che non manifesti una volontà contraria, con la conseguenza che il soggetto che non voglia riacquistare la cittadinanza italiana ha l'onere di rinunciarvi espressamente nel medesimo termine di un anno, da intendersi come termine di decadenza, secondo la disciplina di cui agli art. 2964 e 2966 c.c. (Sez. 1, n. 12411/2000, Spagna Musso, Rv. 540279-01).

## PARTE SECONDA

### I DIRITTI A CONTENUTO ECONOMICO

(COORDINATA DA DARIO CAVALLARI, GIANNANDREA CHIESI E GIANLUCA GRASSO)

#### 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) - 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" - 4.2 (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini. - 4.3 (Segue) Le immissioni - 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 artt. 42, comma 2, Cost. e 832 c.c., essa va esercitata sì da assicurarne la funzione sociale. Il medesimo concetto è espresso 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*".

Gli interventi della Corte in materia di regime proprietario hanno coinvolto anzitutto i beni di interesse artistico, storico ed archeologico, la cui disciplina è diversificata a seconda che si tratti di beni in proprietà pubblica o privata. Ed infatti, osserva **Sez. 2, n. 25690/2018, Federico, Rv. 650776-01** che, mentre i beni muniti delle predette caratteristiche e che appartengono allo Stato o ad altri enti pubblici devono considerarsi *tout court* culturali - nel senso che attraverso l'apposizione del vincolo archeologico non si costituisce

su di essi una nuova qualità, ma semplicemente si certifica una prerogativa che il bene già possiede per le sue caratteristiche - al contrario, i beni di proprietà privata che, per le loro caratteristiche intrinseche, rivestano interesse artistico, storico e archeologico, rientrano tra i beni culturali solo se oggetto di un provvedimento amministrativo di dichiarazione attestante l'interesse particolarmente rilevante, il quale è sottoposto a notifica, ai fini del suo assoggettamento al vincolo, nonché a trascrizione, con funzione di pubblicità notizia, al fine di far conoscere ai soggetti interessati l'esistenza del provvedimento amministrativo. Sicché, in ultima analisi, diversamente dai beni privati (che, per quanto esposto, possono rientrare tra i beni culturali solo se "notificati"), rispetto ai beni pubblici l'atto impositivo del vincolo di interesse archeologico ha natura meramente dichiarativa (arg. da Sez. U, n. 00401/1977, Granata, Rv. 383947-01), correlata a caratteristiche e peculiarità intrinseche che il bene possedeva "*ab origine*" e pur in assenza di una formale dichiarazione di interesse culturale, ovvero di ricomprensione negli elenchi dei beni di interesse culturale ex art. 4 della l. n. 1098 del 1939, essendo il requisito del carattere culturale insito negli stessi beni, per il loro appartenere alla categoria delle cose di "interesse archeologico" (Sez. 1, n. 02995/2006, Benini, Rv. 586959-01). Alla luce della distinzione innanzi esposta, **Sez. U, n. 05097/2018, D'Ascola, Rv. 647319-01** chiarisce che nella compravendita di bene sottoposto a vincolo archeologico, l'eventuale inefficacia del vincolo, per inosservanza delle norme in tema di trascrizione e notificazione del relativo atto impositivo, non implica che il successivo esercizio della prelazione da parte della P.A. integri una fattispecie di carenza di potere in astratto - come tale determinante un'ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo per difetto assoluto di attribuzione - trattandosi, invero, di un'ipotesi di carenza di potere in concreto, in quanto attinente non all'"*an*" bensì al "*quomodo*" della potestà pubblica, con la conseguenza che la posizione fatta valere, sul presupposto di una tale inefficacia, dall'acquirente che abbia subito l'esercizio del diritto di prelazione, è di interesse legittimo oppositivo, e non di diritto soggettivo, ed in quanto tale devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si è, poi, occupata della sorte dei beni appartenenti alla soppressa Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia (O.N.M.I.), **Sez. 2, n. 17481/2018, Scarpa, Rv. 649451-02** che, all'esito di un articolato *excursus* normativo ha concluso nel senso che i beni mobili e immobili di proprietà della stessa devono ritenersi automaticamente trasferiti, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 698

del 1975, al patrimonio delle Province e dei Comuni presso cui sono ubicati, con la duplice conseguenza che ne discende per cui, da un lato, il relativo provvedimento di individuazione del Ministero del Tesoro, non incidendo sul perfezionamento della vicenda traslativa, non ha natura costitutiva o autoritaria, bensì di mera ricognizione e, dall'altro, il giudice civile, in caso di controversia sulla legittimità dell'inclusione di dati beni nella successione apertasi "ex lege", può riscontrare autonomamente la sussistenza o meno dei diritti soggettivi fatti valere.

Una particolare categoria di beni pubblici è quella riconducibile ai beni confiscati alla criminalità organizzata, ai sensi della l. n. 575 del 1965. Invero, rispetto ad essi va anzitutto chiarito che Sez. U, n. 00018/1996, Teresi, Rv. 205262-01 ha ritenuto che la confisca prevista nell'ambito del procedimento di prevenzione nei confronti di persona indiziata di appartenere ad associazione di tipo mafioso non ha né il carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel "*tertium genus*" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto ed agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, comma 2, c.p.. Nella genericità della originaria posizione assunta dal giudice delle leggi (che ne ha parlato in termini di "*materia sanzionatoria o, quanto meno, limitativa di diritti*": così Corte Cost., n. 721/1988), si è, infine, tuttavia inequivocabilmente statuito (Corte Cost., n. 21/2012) che, da un lato, è "*ferma la ormai acquisita configurazione giurisdizionale del procedimento di prevenzione*", sicché si "*impone in via di principio l'osservanza delle regole (come quelle del contraddittorio) coesenziali al giudizio in senso proprio*", d'altro lato, che tale procedimento non è assimilabile a quello penale, tanto più con riferimento alla *ratio* specifica della confisca in questione, che "*comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione*", mirando non soltanto alla sottrazione del bene alla criminalità, ma anche a collocarlo in un ambito esente dallo stesso condizionamento criminale. In tale contesto, dunque, **Sez. L, n. 15085/2018, Blasutto, Rv. 649353-02** evidenzia come, per effetto del provvedimento ablatorio definitivo, che determina la devoluzione dei detti beni allo Stato, sorge un vincolo di destinazione a finalità pubblicistiche assimilabile a quello che insiste sui beni demaniali (e sui beni compresi nel patrimonio indisponibile), evocato dal richiamo che l'art. 2-decies l. cit. opera al regime giuridico di cui all'art. 823 c.c.. (con il che deve escludersi che, in caso di confisca di compendi aziendali, lo Stato assuma la veste di cessionario d'azienda e trovi applicazione il regime giuridico di cui all'art. 2112 c.c.).

Sempre in tema di beni demaniali, poi, **Sez. 2, n. 10489/2018, Grasso, Rv. 648239-01** chiarisce 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 c.n. 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.

Di peculiare interesse, infine, la tematica della dismissione del patrimonio immobiliare pubblico, affrontata da **Sez. 2, n. 23074/2018, Fortunato, Rv. 651005-01**, che, nell'esaminare il sistema risultante dalla disciplina contenuta nel d.l. n. 351 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 410 del 2001, e nel d.l. n. 41 del 2004, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 104 del 2004, evidenzia come le vantaggiose condizioni relative al prezzo di vendita degli immobili oggetto di dismissione trovano applicazione in favore dei soli conduttori, in regola col pagamento dei canoni e in possesso di un valido contratto di locazione, che, entro il termine del 31 ottobre 2001, abbiano manifestato la volontà di acquistare ovvero abbiano esercitato il diritto di opzione: in tal modo la S.C. ha dunque escluso che di tali condizioni favorevoli possa avvantaggiarsi chi a tale data, rivestiva la qualità di occupante "*sine titulo*" il bene.

## **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. 21598/2018, Doronzo, Rv. 650279-01**, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 104 del 2010, le controversie inerenti ad atti o provvedimenti relativi al riconoscimento, da parte di un Comune, della titolarità del diritto di sepoltura privata esercitato da tempo immemorabile su aree o porzioni di edificio in un cimitero pubblico, atteso che tale riconoscimento si configura quale concessione amministrativa di beni soggetti al regime demaniale. In tale ottica ricostruttiva del



rapporto ente comunale-privato si erano peraltro già pronunciate, nel passato Sez. U, n. 00375/1991, Caturani, Rv. 470502-01 (per cui la concessione da parte del Comune di aree o porzioni in cimitero pubblico integra concessione amministrativa di bene demaniale) e, più recentemente, Sez. 2, n. 01134/2003, Scherillo, 559992-01 che, muovendo dal medesimo presupposto (il riconoscimento in capo al concessionario, cioè, di un diritto di natura reale sul bene - il cd. diritto di sepolcro - la cui manifestazione è costituita prima dalla edificazione, poi dalla sepoltura), aveva ulteriormente chiarito come il diritto del concessionario, che afferisce alla sfera strettamente personale del titolare, sia, dal punto di vista privatistico, disponibile da parte di quest'ultimo, ben potendo egli legittimamente trasferirlo a terzi, ovvero associarli nella fondazione della tomba, senza che ciò rilevi nei rapporti con l'ente concedente, il quale può revocare la concessione soltanto per interesse pubblico, ma non anche contestare le modalità di esercizio del diritto "de quo", che restano libere e riservate all'autonomia privata.

Merita, inoltre, di essere segnalata **Sez. U, n. 02581/2018, Scrima, Rv. 647039-01** che, in tema di concessione ad uso esclusivo di beni demaniali, individua la giurisdizione in capo al G.O, ove la controversia trovi la propria origine in un rapporto tra concessionario ed il terzo, sempre che la P.A. concedente resti totalmente estranea a tale rapporto derivato e non possa ravvisarsi alcun collegamento con l'atto autoritativo concessorio, da qualificarsi come mero presupposto; al contrario, quando la pretesa azionata sia riferibile direttamente all'atto di concessione e l'Amministrazione concedente abbia espressamente previsto ed autorizzato il rapporto tra concessionario e terzo, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo (nella specie, la S.C. ha ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria con riferimento a una controversia insorta tra l'ente territoriale concessionario di una struttura ricettiva demaniale e due soggetti privati, in relazione alla validità di altrettanti rapporti contrattuali di affitto e subaffitto d'azienda, derivati dalla concessione, ma ai quali l'ente pubblico concedente era rimasto del tutto estraneo).

Devolve, infine, alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia tra privati, o tra privati e P.A., avente ad oggetto l'esistenza ed estensione del diritto di proprietà, nelle quali le risultanze catastali possono essere utilizzate a fini probatori, **Sez. U, n. 19524/2018, Cirillo, Rv. 649627-01**, con la precisazione, tuttavia, che, qualora tali risultanze siano contestate per ottenerne la variazione, anche al fine di adeguarle all'esito di un'azione di rivendica

o regolamento di confini, la giurisdizione spetta al giudice tributario, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992 e in ragione della diretta incidenza degli atti catastali sulla determinazione dei tributi.

## **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 dottrina 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.

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, così come non dissimili sono 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 si revoca del provvedimento impositivo del vincolo).

Ciò posto in linea teorica, la Corte ha avuto anzitutto modo di occuparsi - sotto vari profili - proprio della costituzione di tali tipologie di servitù.

In particolare, già Sez. 2, n. 28632/2017, Lombardo, Rv. 646531-01 aveva chiarito che, perché si costituisca per usucapione una servitù pubblica di passaggio su una strada privata, è necessario che concorrano contemporaneamente tre condizioni: 1) l'uso generalizzato del passaggio da parte di una collettività indeterminata di individui, considerati "uti cives" in quanto portatori di un interesse generale, non essendo sufficiente un'utilizzazione "uti singuli", cioè finalizzata a soddisfare un personale esclusivo interesse per il più agevole accesso ad un determinato immobile di proprietà privata; 2) l'oggettiva idoneità del bene a soddisfare il fine di pubblico interesse perseguito tramite l'esercizio della servitù; 3) il protrarsi dell'uso per il tempo necessario all'usucapione. *Adde*, in proposito, la recente **Sez. 2, n. 15618/2018, Cavallari, Rv. 649346-02** che, ove il transito interessi una strada di proprietà privata, la semplice imposizione di un vincolo di uso pubblico su strada vicinale, pur permettendo alla collettività di esercitarvi il diritto di servitù di passaggio con le modalità consentite dalla conformazione della strada stessa, non altera in ogni caso il diritto di proprietà sulla medesima, che rimane privata. Sotto altro profilo, poi, **Sez. 2, n. 14367/2018, Federico, Rv. 648972-01** chiarisce che non la natura, pubblica o privata, della proprietà di una determinata area quanto, piuttosto, la sua destinazione ad uso pubblico ne giustifica, per evidenti ragioni di ordine pubblico e sicurezza collettiva, la soggezione alle norme del codice della strada.

Anche la cd. "*dicatio ad patriam*" rappresenta un valido modo di costituzione di una servitù pubblica, osservando in proposito **Sez. 2, n. 15618/2018, Cavallari, Rv. 649346-02, cit.**, come esso postuli un comportamento ad uso pubblico del proprietario che, seppur non intenzionalmente diretto a dare vita a tale diritto, metta volontariamente, con carattere di continuità, un proprio bene a disposizione della collettività, assoggettandolo al relativo uso. Un caso concreto è affrontato da **Sez. 1, n. 16979/2018, Cirese, Rv. 649672-01** che, muovendo dall'assunto per cui il comportamento del proprietario di un fondo, il quale, nel lottizzarlo, metta volontariamente e con carattere di continuità una striscia di terreno a disposizione della collettività, assoggettandola al relativo uso pedonale e carrabile, rende applicabile l'istituto della cd. "*dicatio ad patriam*", quale modo di costituzione di una servitù, ne trae la conclusione per cui la successiva esecuzione, da parte di un Comune,

di lavori di miglioria su detta striscia (consistenti, segnatamente, nella realizzazione di un marciapiedi), non dà luogo ad una cd. Occupazione usurpativa, difettandone i presupposti (a) della trasformazione del bene in opera pubblica e (b) della sua radicale manipolazione in guisa da farlo divenire strutturalmente un "*aliud*" rispetto a quello precedente e (c), mancando, altresì, a monte, un provvedimento amministrativo che riveli l'intendimento della P.A. di appropriarsi della strada e di trasformarla in strada pubblica, includendola nel relativo elenco.

Quanto, invece, alle cause di estinzione, proprio la funzionalizzazione al soddisfacimento di interessi collettivi preclude che il semplice mancato uso del fondo servente possa condurre alla cessazione del diritto: chiara in tal senso è, ad esempio, **Sez. 2, n. 11676/2018, Federico, Rv. 648328-01**, la quale evidenzia come l'estinzione della servitù di pubblico passaggio su strada vicinale non possa derivare dal mancato uso di detto passaggio da parte degli utenti, richiedendo, al contrario, che l'ente territoriale, quale soggetto esponenziale della collettività dei cittadini, esprima la sua volontà in tal senso attraverso l'adozione di un provvedimento che riconosca cessati l'uso e l'interesse pubblico a servirsi del bene, ovvero con un comportamento concludente, consistente nell'omesso esercizio del diritto-dovere di tutela davanti ad atti usurpativi o impeditivi del privato.

## **2. 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. 55/1968 della Corte costituzionale ed ha ricevuto una più precisa definizione nella successiva sentenza n. 179/1999 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. 6/1966 della Corte Costituzionale, hanno

un carattere "generale e obiettivo"). La distinzione interessa il giudice civile (e quello amministrativo) sotto diversi profili: *in primis*, in vista della determinazione dell'indennità connessa all'esercizio del potere espropriativo.

A questa classificazione di massima si conforma **Sez. 1, n. 16084/2018, Sambito, Rv. 649574-01**, per cui la distinzione tra vincoli conformativi ed espropriativi cui possono essere assoggettati i suoli non dipende dal fatto che essi siano imposti mediante una determinata categoria di strumenti urbanistici, piuttosto che di un'altra, ma deve essere operata in relazione alla finalità perseguita in concreto dell'atto di pianificazione: ove mediante lo stesso si provveda ad una zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, sì da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui i beni ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, il vincolo ha carattere conformativo, mentre, ove si imponga solo un vincolo particolare, incidente su beni determinati, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica, lo stesso deve essere qualificato come preordinato alla relativa espropriazione e da esso deve, pertanto, prescindere nella qualificazione dell'area, e ciò in quanto la realizzazione dell'opera è consentita soltanto su suoli cui lo strumento urbanistico ha impresso la correlativa specifica destinazione, cosicché, ove l'area su cui l'opera sia stata in tal modo localizzata abbia destinazione diversa o agricola, se ne impone sempre la preventiva modifica.

### 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 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 e (b) pronunzie che si sono interessate delle modalità applicative della disciplina volta a regolare le distanze tra costruzioni.

Preliminarmente, però, va chiarito che la nozione stessa di "costruzione", rilevante ai fini dell'applicabilità della normativa in tema di distanze, ha continuato ad impegnare anche nel corso del 2018 la Corte la quale, premessa la sua unicità ed esclusa la possibilità di deroghe da parte di fonti secondarie - atteso che il rinvio a norme integrative contenuto nell'ultima parte dell'art. 873 c.c. riguarda la sola possibilità, per tali norme, di stabilire un distacco maggiore di quello codicistico (così **Sez. 2, n. 23845/2018, Sabato, Rv. 650630-01**) - ha infine ribadito (**Sez. 2, n. 23856/2018, Orilia, Rv. 650633-01**) che essa non si identifica con quella di "edificio", ma si estende a qualsiasi manufatto non completamente interrato avente i caratteri della solidità, stabilità ed immobilizzazione 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.

Passando, quindi, alla disamina del primo gruppo di decisioni (quelle, cioè, delimitative dell'ambito di applicabilità della disciplina in esame), va anzitutto segnalata **Sez. 2, n. 15070/2018, Criscuolo, Rv. 649172-01** che opera un netto distinguo tra normativa sulle distanze e normativa sulle vedute, evidenziando come l'art. 905 c.c., che salvaguarda il fondo finitimo dalle indiscrezioni attuabili mediante l'apertura di vedute negli edifici vicini al fine di proteggere interessi esclusivamente privati non abbia correlazione alcuna con l'art. 873 c.c. che, diretto a tutelare, evitando la formazione di intercapedini dannose, interessi generali di igiene, decoro e sicurezza negli abitati, consente agli enti locali di stabilire distanze maggiori secondo una valutazione particolare dei detti interessi collettivi. In conseguenza, non vi è spazio per una integrazione della previsione dell'art. 905 c.c. con quelle eventuali più restrittive in tema di distanze tra costruzioni contenute nei regolamenti locali, deponendo in tal senso anche l'assenza nel testo della norma di un rinvio – che è, invece, contemplato nell'art. 873 c.c. – ai regolamenti in questione.

Osservano, poi, **Sez. 2, n. 26270/2018, Cosentino, Rv. 650783-01** e **Sez. 2, n. 05016/2018, Carrato, Rv. 647817-01**, che le prescrizioni contenute nei piani regolatori e nei regolamenti edilizi comunali (le quali, a mente di quanto precisato da **Sez. 2, n. 22374/2018, Fortunato, Rv. 650366-01**, sono vincolanti non alla data della loro adozione da parte dei competenti enti pubblici territoriali, ma solo quando, compiuto l'"*iter*" previsto dalla legge, vengano approvate dall'organo a ciò preposto), essendo dettate,

contrariamente a quelle del codice civile, a tutela dell'interesse generale a un prefigurato modello urbanistico, non tollerano deroghe convenzionali da parte dei privati le quali, se anche concordate, sono comunque invalide: né tale invalidità può venire meno per l'avvenuto rilascio di concessione edilizia, poiché il singolo atto non può consentire la violazione dei principi generali dettati, una volta per tutte, con gli indicati strumenti urbanistici.

Concorrono a delimitare l'ambito applicativo della normativa sulle distanze, infine, quelle pronunzie che ne escludono l'operatività in ragione della loro natura ovvero del posizionamento concreto degli immobili interessati. In particolare, la disciplina sulle distanze contenuta in leggi speciali o regolamenti edilizi locali richiede, ai fini della propria applicazione, il rispetto di un duplice concorrente requisito e, cioè, che (a) le norme violate abbiano carattere integrativo delle disposizioni del codice civile sui rapporti di vicinato, siccome disciplinanti la stessa materia e da esse (artt. 872 e 873 c.c.) richiamate e (b) si tratti di costruzioni soggette all'obbligo delle distanze e, quindi, non confinanti con vie o piazze pubbliche (art. 879, comma 2, c.c.). Sicché **Sez. 2, n. 27364/2018, Bellini, Rv. 651024-03** ne trae la conclusione per cui resta escluso il rispetto di tale disciplina - e, con essa, delle distanze dalla stessa dettate (con conseguente impraticabilità di una riduzione in pristino) - ove tra i fabbricati siano interposte strade pubbliche e ciononostante la norma edilizia locale applicabile (dotata di carattere integrativo di quelle del codice civile) prescriva che la distanza minima prevista debba essere osservata pure qualora tra i fabbricati siano interposte aree pubbliche. L'esonero dal rispetto delle distanze legali, previsto dall'art. 879, comma 2, c.c., opera, peraltro, anche in relazione a costruzioni a confine con strade di proprietà privata ma gravate da servitù pubbliche di passaggio, giacché - come chiarito **da Sez. 2, n. 27364/2018, Bellini, Rv. 651024-02** - il carattere pubblico della strada, rilevante ai fini dell'applicazione della norma citata, attiene, più che alla proprietà del bene, all'uso concreto di esso da parte della collettività. Chiarisce ulteriormente **Sez. 6-2, n. 18439/2018, Lombardo, Rv. 649463-01**, che le prescrizioni relative alle distanze legali degli alberi e delle piante dal confine, stabilite nei primi tre commi dell'art. 892 c.c., non devono essere osservate quando sul confine esista un muro divisorio (la cui nozione, si badi, coincide con quella di cui all'art. 881 c.c.) e le dette piante non lo superino in altezza poiché, in questo caso, il vicino non subisce diminuzione di aria, luce e veduta.

Relativamente alle decisioni che, invece, si sono interessate dell'applicazione, in concreto, delle normativa sulle distanze tra

costruzioni, meritano di essere segnalate: 1) **Sez. 2, n. 26783/2018, Tedesco, Rv. 650848-01** che, rifacendosi ad un consolidato orientamento di legittimità, afferma che, quando due edifici su fondi finitimi si trovano a distanza inferiore a quella legale, quello dei due frontisti che per primo sopraelevi, ove non provi il diritto a ottenere l'arretramento del fabbricato dell'altro, deve osservare nella sopraelevazione (che, anche se di ridotte dimensioni, comporta sempre un aumento della volumetria e della superficie di ingombro e va, pertanto, considerata a tutti gli effetti come nuova costruzione. Così **Sez. 3, n. 15732/2018, Scarano, Rv. 649409-01**) la distanza legale (art 873 c.c.), arretrandosi sul proprio edificio quanto necessario per rispettarla, essendo irrilevante che la sopraelevazione risulti ad altezza maggiore dell'edificio vicino; 2) **Sez. 2, n. 26263/2018, Tedesco, Rv. 650781-01**, la quale precisa che il divieto di costruire a distanza inferiore a tre metri da una preesistente veduta, stabilito dall'art. 907 c.c. a salvaguardia di tale diritto, riguarda in genere una "fabbrica" realizzata a distanza inferiore da quella prevista dalla legge, di qualsiasi materiale e forma, idonea ad ostacolare stabilmente l'esercizio della "*inspectio*" e della "*prospectio*" e, quindi, anche i muri di cinta, i quali - secondo la previsione di cui all'art. 878, comma 1, c.c. - sono soltanto esentati dal computo della distanza tra costruzioni su fondi finitimi di cui all'art. 873 c.c. e non anche dall'osservanza, per l'appunto, delle distanze stabilite a tutela delle vedute; 3) **Sez. 2, n. 24076/2018, Federico, Rv. 650635-01**, per cui la distanza minima di dieci metri tra le costruzioni stabilita dall'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968 deve osservarsi in modo assoluto, indipendentemente dall'altezza degli edifici antistanti e dall'andamento parallelo delle loro pareti, purché sussista almeno un segmento di esse tale che l'avanzamento di una o di entrambe le facciate porti al loro incontro, sia pure per quel limitato segmento, dovendosi ravvisare la "*ratio*" della norma non già nella tutela della riservatezza, bensì in quella della salubrità e sicurezza.

Quanto, infine, alle modificazioni delle distanze dovute all'intervento di "*ius superveniens*", **Sez. 2, n. 24206/2018, Scalisi, Rv. 650639-01** ribadisce, uniformandosi all'ormai consolidato orientamento di legittimità, che le disposizioni in materia edilizia, nell'ipotesi di successione di norme nel tempo, sono di immediata applicazione, poiché i piani regolatori, come i regolamenti edilizi comunali, essendo essenzialmente diretti alla tutela dell'interesse generale nel campo urbanistico, prescindono dall'interesse del privato: sicché se, dopo la concessione della licenza edilizia, sopravviene una diversa regolamentazione sulle distanze fra edifici,



le costruzioni devono adeguarsi alla disciplina vigente al momento della loro realizzazione, a nulla rilevando la legittimità della precedente autorizzazione a costruire mentre, qualora l'esercizio dello "*ius aedificandi*" abbia già avuto inizio e concreta attuazione alla data di entrata in vigore della normativa sopravvenuta, ha rilievo l'epoca dell'inizio dell'opera con conseguente inapplicabilità della disposizione edilizia, sopraggiunta nel corso della costruzione anteriormente iniziata, che stabilisca distanze maggiori, non potendo essa avere efficacia retroattiva ed incidere su situazioni pregresse, neppure ove l'esecuzione dei lavori si sia protratta oltre il termine previsto dalla suddetta licenza edilizia. Conformemente la successiva **Sez. 2, n. 26886/2018, Criscuolo, Rv. 651380-01** specifica che lo "*ius superveniens*" che contenga prescrizioni più restrittive incontra la limitazione dei diritti quesiti e non trova applicazione con riferimento alle costruzioni che, al momento della sua entrata in vigore, possono considerarsi già sorte, in ragione dell'avvenuta realizzazione delle strutture organiche, costituenti punti di riferimento essenziali per la misurazione delle distanze. Applicazione pratica di tali principi si rinviene, in tema di sopraelevazione, in **Sez. 2, n. 11320/2018, Penta, Rv. 648832-01**, per cui, qualora lo strumento urbanistico locale, successivamente intervenuto, abbia sancito l'obbligo inderogabile di osservare una determinata distanza dal confine ovvero tra le costruzioni, tale nuova disciplina vincola il preveniente che rimane tenuto, se vuole sopraelevare, alla osservanza della diversa distanza stabilita, senza alcuna facoltà di allineamento (in verticale) alla originaria preesistente costruzione, a meno che la normativa regolamentare non preveda una espressa eccezione in proposito. D'altra parte, in principio è coerente con la considerazione, fatta propria da **Sez. 2, n. 05049/2018, Dongiacomo, Rv. 647818-01**, per cui la sopraelevazione a tutti gli effetti deve essere considerata come nuova costruzione e può essere di conseguenza eseguita solo con il rispetto della normativa sulle distanze legali dalle costruzioni esistenti sul fondo confinante.

#### **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*": d'altra parte, già Sez. 2, n. 00705/2013, Giusti, Rv. 624971-01 aveva chiarito che la domanda con cui l'attore chieda di dichiarare abusiva ed illegittima l'occupazione di un immobile di sua proprietà da parte del convenuto, con conseguente condanna dello stesso al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni da essa derivanti, senza ricollegare la propria pretesa al venir meno di un negozio giuridico, che avesse giustificato la consegna della cosa e la relazione di fatto sussistente tra questa ed il medesimo convenuto, non dà luogo ad un'azione personale di restituzione, e deve qualificarsi come azione di rivendicazione. Nella medesima occasione, peraltro, la Corte ha escluso che detta domanda possa qualificarsi come di restituzione, in quanto tendente al risarcimento in forma specifica della situazione possessoria esistente in capo all'attore prima del verificarsi dell'abusiva occupazione, non potendo il rimedio ripristinatorio ex art. 2058 c.c. surrogare, al di fuori dei limiti in cui il possesso è tutelato dal nostro ordinamento, un'azione di spoglio ormai impraticabile. Nel medesimo solco si muove **Sez. 2, n. 25052/2018, Giannaccari, Rv. 650672-01**, la quale evidenzia, per l'appunto, come l'azione personale di restituzione sia destinata ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione di ritrasferire un bene in precedenza volontariamente trasmesso dall'attore al convenuto, in forza di negozi giuridici (quali la locazione, il comodato ed il deposito) che non presuppongono necessariamente nel "*tradens*" la qualità di proprietario.

Caratteristica peculiare della "*rei vindicatio*" è, poi, 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. A tal fine, però, non è sufficiente, stando a quanto chiarito da **Sez. 6-2, n. 21940/2018, Falaschi, Rv. 650080-01**, produrre l'atto di accettazione ereditaria, chenon prova il possesso del dante causa, né il contratto di acquisto del bene, che non prova l'immissione in possesso dell'acquirente. Né il rigore della "*probatio diabolica*" riceve attenuazione per il fatto che la controparte proponga domanda riconvenzionale ovvero eccezione di usucapione, in quanto - come chiarito da **Sez. 3, n. 14734/2018, Graziosi, Rv. 649050-01** - chi è convenuto nel giudizio di rivendicazione non ha l'onere di fornire

alcuna prova, potendo avvalersi del principio "*possideo quia possideo*", anche nel caso in cui opponga un proprio diritto di dominio sulla cosa rivendicata, dal momento che tale difesa non implica alcuna rinuncia alla più vantaggiosa posizione di possessore. Diverso è, invece, il caso in cui il convenuto spieghi una domanda ovvero un'eccezione riconvenzionale, invocando un possesso "*ad usucapionem*" iniziato successivamente al perfezionarsi dell'acquisto ad opera dell'attore in rivendica (o del suo dante causa) in quanto - come spiegato da Sez. 2, n. 08215/2016, Falabella, Rv. 639670-01 - in tale ipotesi l'onere probatorio gravante su quest'ultimo effettivamente si riduce alla prova del suo titolo d'acquisto, nonché della mancanza di un successivo titolo di acquisto per usucapione da parte del convenuto, attenendo il "*thema disputandum*" all'appartenenza attuale del bene al convenuto in forza dell'invocata usucapione e non già all'acquisto del bene medesimo da parte dell'attore.

Legittimato passivo a resistere alla domanda di rivendicazione, a qualsiasi titolo proposta (dunque, anche a titolo di usucapione), è unicamente chi possiede il bene o ne è proprietario all'atto della domanda, e non anche il precedente dante causa che, pertanto, non ha veste di litisconsorte necessario (così Sez. 6-2, n. 24260/2018, Cosentino, Rv. 651231-01).

#### 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: essa, secondo quanto chiarito da Sez. 2, n. 11823/2018, Criscuolo, Rv. 648357-01, è esperibile non soltanto dal proprietario, ma anche al titolare di un diritto reale di godimento sul fondo servente diverso da quello di proprietà.

In linea generale la Corte se ne è occupata, nel corso del 2018, per ragioni di carattere squisitamente processuale, essendosi chiarito che: (a) rispetto all'azione negatoria di servitù, costituisce domanda nuova, per diversità di "*petitum*" e di "*causa petendi*", quella diretta, ai sensi dell'art. 1067 c.c., all'accertamento dell'avvenuto aggravamento della servitù stessa e al ripristino della precedente situazione, con la conseguenza che tale ultima domanda, ove venga proposta per prima volta in appello, è inammissibile, stante il divieto sancito dall'art. 345 c.p.c (Sez. 2, n. 14502/2018, Criscuolo, Rv. 648846-01). Ed infatti, in linea di continuità con Sez. 2, n. 00203/2017, Scarpa, Rv. 642206-

01 può osservarsi che, mentre la "*negatoria*" tende alla negazione di qualsiasi diritto, anche dominicale, affermato dal terzo sul bene e, quindi, non al mero accertamento dell'inesistenza della pretesa servitù ma al conseguimento della cessazione della dedotta situazione antiggiuridica, al fine di ottenere la libertà del fondo, domanda di riduzione in pristino per aggravamento di servitù esistente prospetta un'alterazione dei luoghi compiuta dal titolare di una servitù prediale e trova fondamento nei rimedi di cui agli artt. 1063 e 1067 c.c.; (b) nell'azione volta ad ottenere l'accertamento della inesistenza della servitù di apporre le tubature del gas sul muro perimetrale di un edificio e la conseguente condanna alla loro rimozione la legittimazione passiva spetta all'ente erogatore del gas, quale proprietario del fondo dominante costituito dall'impianto di distribuzione e non all'utente del servizio di fornitura comproprietario del muro (così **Sez. 2, n. 22050/2018, Tedesco, Rv. 650074-01**); (c) **Sez. 2, n. 17664/2018, Chiesi, Rv. 649385-01**, infine, precisa che l'azione per l'osservanza della limitazione legale della proprietà prevista dall'art. 913 c.c. per lo scolo delle acque, la quale miri ad ottenere, oltre all'accertamento dell'aggravamento della condizione del fondo inferiore in conseguenza di opere abusivamente costruite in quello superiore, la demolizione di tali opere, si sostanzia in una "*actio negatoria*" di servitù di scolo che, poiché diretta alla rimozione di opere realizzate nel fondo altrui, determina, ove la piena proprietà di questo appartenga a più soggetti (comproprietari o usufruttuario e nudo proprietario), un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti di tutti costoro.

Un'attenzione particolare è stata poi dedicata ad un'ipotesi peculiare di "*actio negatoria servitutis*", quale quella volta al rispetto delle distanze legali tra le costruzioni. Chiarisce infatti **Sez. 2, n. 15041/2018, Cavallari, Rv. 649068-01** come il proprietario che lamenti la realizzazione di un manufatto su un fondo limitrofo a distanza non regolamentare deve dare prova solo del fatto della costruzione e di quello della dedotta violazione, mentre il convenuto, che affermi di avere acquisito per usucapione il diritto di mantenere il suo fabbricato a distanza inferiore a quella legale per avere ricostruito un edificio preesistente "*in loco*", deve dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'acquisto a titolo originario, vale a dire la presenza per il tempo indicato dalla legge del manufatto nella stessa posizione e l'assoluta identità fra la nuova e la vecchia struttura. Precisa ulteriormente **Sez. 2, n. 21501/2018, Giu. Grasso, Rv. 650315-02** che 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. Di diverso avviso, però, **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 dettate 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 cui prova deve essere fornita dagli interessati in modo preciso, con riferimento alla sussistenza del danno ed all'entità dello stesso.

Precisato, poi, che l'eventuale sanatoria edilizia di cui all'art. 31 della l. n. 47 del 1985, opera nei rapporti fra l'autore della costruzione e la P.A., ma non comporta la modifica della disciplina urbanistica né fa venir meno la contrarietà della costruzione alle norme che regolano i rapporti fra privati in materia di distanze delle costruzioni contenute nel codice civile o di questo integrative (così **Sez. 2, n. 09268/2018, Bellini, Rv. 648083-01**), quanto al danno concretamente patito in conseguenza dell'illecita attività edificatoria, **Sez. 2, n. 14294/2018, Bellini, Rv. 648840-01** evidenzia che, ove sia disposta la demolizione dell'opera, il risarcimento va computato tenendo conto della temporaneità della lesione del bene protetto dalle norme non rispettate e non del valore di mercato dell'immobile, diminuito per effetto della detta violazione, proprio poiché tale pregiudizio è suscettibile di eliminazione.

#### **4.2. (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini.**

Le azioni cd. "di confine" sono due e perseguono, rispettivamente, 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 - e, in specie, **Sez. 2, n. 11822/2018, Picaroni, Rv. 648496-01** - si è occupata principalmente dell'azione di regolamento di confine, ravvisandone il "*discrimen*" rispetto all'azione di rivendica proprio 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; né - evidenzia **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 relativa alla linea divisoria, prescindendo da ogni controversia sul diritto di proprietà.

Quanto alla prova, ribadendo un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, **Sez. 2, n. 10066/2018, Criscuolo, Rv. 648164-01** chiarisce che solo in caso di rivendica incombe sull'attore l'onere di fornire la prova del suo diritto di proprietà in forza di un titolo di acquisto originario o derivativo risalente ad un periodo di tempo atto all'usucapione; diversamente, nell'azione di regolamento di confini, la quale si configura come una "*vindicatio incertae partis*", **Sez. 2, n. 10062/2018, Chiesi, Rv. 648330-01** chiarisce che incombe sia sull'attore che sul convenuto l'onere di allegare e fornire qualsiasi mezzo di prova idoneo all'individuazione dell'esatta linea di confine, mentre il giudice, del tutto svincolato dal principio "*actore non probante reus absolvitur*", deve determinare il confine in relazione agli elementi che gli sembrano più attendibili, ricorrendo in ultima analisi alle risultanze catastali, aventi valore sussidiario. Interessante, a tale ultimo proposito, il principio affermato da **Sez. 2, n. 20691/2018, Falaschi, Rv. 650006-01**, per cui la regola stabilita dall'art. 950, ultimo comma, c.c. trova applicazione anche nel caso in cui all'accertamento del confine si proceda in via incidentale, ai fini della verifica del rispetto delle distanze, fuori del tipico processo di regolamento di confini previsto nel citato articolo.

#### 4.3. d) (Segue) Le immissioni.

Discorrendo 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").

Tali principi sono ben chiariti da Sez. 2, n. 28201/2018, **Fortunato, Rv. 651181-01** che evidenzia limite di tollerabilità delle immissioni rumorose non è mai assoluto, ma relativo alla situazione ambientale, variabile da luogo a luogo, secondo le caratteristiche della zona e le abitudini degli abitanti, e non può prescindere dalla rumorosità di fondo, ossia dalla fascia rumorosa costante, sulla quale vengono ad innestarsi i rumori denunciati come immissioni abnormi (cd. criterio comparativo), sicché la valutazione diretta a stabilire se i rumori restino compresi o meno nei limiti della norma deve essere riferita, da un lato, alla sensibilità dell'uomo medio e, dall'altro, alla situazione locale, appropriatamente e globalmente considerata.

La materia registra evidenti collegamenti con la normativa (di stampo pubblicistico) antinquinamento, pur dovendosi tenere sempre presente la distinzione tra tutela reale ex art. 844 c.c. (a vantaggio del proprietario) e generale tutela delle persone, ex art. 2043 (o 2059) c.c.: Sez. 2, n. 23754/2018, **Criscuolo, Rv. 650628-01** ne trae pertanto la conclusione per cui i parametri fissati dalle norme speciali a tutela dell'ambiente (dirette alla protezione di esigenze della collettività, di rilevanza pubblicistica), pur potendo essere considerati come criteri minimali inderogabili, al fine di stabilire l'intollerabilità delle emissioni che li superino, non sono sempre vincolanti per il giudice civile il quale, nei rapporti fra privati, può pervenire al giudizio di intollerabilità ex art. 844 c.c. anche qualora le immissioni siano contenute nei summenzionati parametri, sulla scorta di un prudente apprezzamento che tenga conto della particolarità della situazione concreta e dei criteri fissati dalla norma civilistica e che, ove adeguatamente motivato, costituisce accertamento di merito insindacabile in sede di legittimità. Sicché se il superamento dei limiti pubblicisti rende l'immissione senz'altro illecita, non è sempre vero il contrario. Nel procedere a tale valutazione, peraltro, occorre tenere conto che il limite della tutela della salute è da ritenersi ormai intrinseco nell'attività di produzione, oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata: sicché Sez. 2, n. 21504/2018, **Penta,**

**Rv. 650317-02** ne trae la conclusione per cui la soddisfazione di una normale qualità della vita deve sempre considerarsi prevalente rispetto alle esigenze della produzione, con esclusione, in siffatta evenienza, dell'impiego di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso.

L'accertamento del superamento della soglia di normale tollerabilità di cui all'art. 844 c.c. comporta, nella liquidazione del danno da immissioni, l'esclusione di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso poiché, venendo in considerazione, in tale ipotesi, unicamente l'illiceità del fatto generatore del danno arrecato a terzi, si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. e specificamente, per quanto concerne il danno non patrimoniale risarcibile, in quello dell'art. 2059 c.c. (**Sez. 2, n. 21554/2018, Federico, Rv. 650173-01**). Nè rileva, in senso ostativo all'azionabilità della tutela ex art. 844 c.c., la mancanza della certificazione di abitabilità del bene interessato dalle propagazioni, ad esclusione dei casi in cui emergano circostanze concrete che incidano, negandola, sulla configurabilità dell'illegittima limitazione del godimento dello stesso o della concreta riduzione del suo valore (**Sez. 2, n. 11677/2018, Fortunato, Rv. 648329-01**).

## 5. Comunione di diritti reali.

Fermo il rinvio al relativo capitolo tematico, cionondimeno vanno comunque evidenziate alcune decisioni che affermano principi di carattere generale in materia di comunione.

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 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. Con particolare riferimento, poi, all'ipotesi di recesso dal consorzio - prospettabile anche in termini di cd. abbandono liberatorio e che



rappresenta l'ipotesi che maggiormente interessa, ai fini che in questa sede rilevano - in assenza di una disciplina contrattuale specifica si è posta la questione relativa alle norme da applicare, in ragione dell'aspetto di realtà delle vicende del rapporto consortile. In proposito, secondo l'orientamento costante della Corte, ai consorzi costituiti tra proprietari di immobili per la gestione delle parti e dei servizi comuni di una zona residenziale si applicano le disposizioni in materia di condominio (Sez. 1, n. 03665/2001, Verucci, Rv. 544731-01), con esclusione, laddove esista una specifica disciplina in tema di condominio (art. 1139 c.c), delle norme sulla comunione; del pari, qualora si verta in tema di consorzi di urbanizzazione finalizzati alla costruzione, manutenzione e ripristino di opere stradali, nonché di quelle per la distribuzione dell'acqua e dell'energia elettrica (svolgendo, ancora, tutte le altre attività comunque utili al comprensorio), è stata esclusa ogni possibilità di recesso degli associati, se non per effetto di trasmissione a terzi del diritto di proprietà immobiliare (evidentemente esclusiva, la quale comporta altresì il trasferimento delle pertinenze, tra le quali le quote delle cose comuni asservite alla proprietà esclusiva) (Sez. 1, n. 04125/2003, Rv. 561278-01). Se ne è tratta, pertanto, la conclusione per cui nei consorzi di urbanizzazione per la disciplina dei beni in proprietà comune ai consorziati, e posti al servizio delle proprietà esclusive dei medesimi, in difetto di diversa disciplina contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto, trovano applicazione le norme sul condominio, e, tra esse, l'art. 1118, comma 2, c.c. (Sez. 2, n. 20989/2014, Falaschi, Rv. 632395-01).

La conclusione è stata confermata da **Sez. 2, n. 27634/2018, Casadonte, Rv. 651029-01** che ha ribadito come, atteso il nesso funzionale tra i beni di proprietà comune e quelli di proprietà esclusiva, il recesso del consorziato 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. Tale soluzione appare, peraltro, perfettamente 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 comune.

Con più specifico riferimento alla tematica della comunione, invece, merita di essere anzitutto segnalata **Sez. 2, n. 27645/2018, Oliva, Rv. 651175-01**, la quale evidenzia che, quando i beni in godimento comune provengono da titoli diversi, non si realizza un'unica comunione, ma tante comunioni quante sono i titoli di

provenienza dei beni, corrispondendo, quindi, alla pluralità di titoli una pluralità di masse, ciascuna delle quali costituisce un'entità patrimoniale a sé stante. Pertanto, in caso di divisione del complesso, si hanno, in sostanza, tante divisioni, ciascuna relativa ad una massa e nella quale ogni dividente fa valere i propri diritti indipendentemente da quelli che gli competono sulle altre masse. Nell'ambito di ciascuna massa, inoltre, debbono trovare soluzione i problemi particolari relativi alla formazione dei lotti e alla comoda divisione dei beni immobili che vi sono inclusi. *Adde* a quanto precede **Sez. 2, n. 25756/2018, Picaroni, Rv. 650835-01**, per cui in tal caso il litisconsorzio necessario tra i dividenti si determina soltanto all'interno del giudizio di divisione relativo a ciascuna massa, potendo procedersi a un'unica divisione solo in presenza del consenso di tutte le parti e purché la circostanza risulti da uno specifico negozio.

Quanto alle modalità di stima dei beni facenti parte della masse, in caso di scioglimento di comunioni ereditarie, **Sez. 6-2, n. 14406/2018, Criscuolo, Rv. 649089-02**, si è occupata di indicare un criterio per la determinazione del valore del diritto di abitazione sulla casa coniugale spettante al coniuge superstite. Orbene, la decisione - che si pone in ideale linea di continuità con Sez. U, n. 04847/2013, Mazzacane, Rv. 625171-01 (la quale ha chiarito che, in tema di successione legittima, spettano al coniuge superstite, in aggiunta alla quota attribuita dagli artt. 581 e 582 cod. civ., i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, di cui all'art. 540, comma 2, c.c., dovendo il valore capitale di tali diritti essere detratto dall'asse prima di procedere alla divisione dello stesso tra tutti i coeredi, secondo un meccanismo assimilabile al prelegato, e senza che, perciò, operi il diverso procedimento di imputazione previsto dall'art. 533 c.c., relativo al concorso tra eredi legittimi e legittimari e strettamente inerente alla tutela delle quote di riserva dei figli del "*de cuius*") - evidenzia come la stima del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite può essere determinata attraverso i criteri relativi al diritto di usufrutto, nonostante tali diritti differiscano per le facoltà che ne sono oggetto e la relativa disciplina, poiché l'obiettivo attitudine del bene destinato a casa coniugale a soddisfare esigenze abitative comporta una sostanziale identità delle utilità ricavabili dall'immobile da parte dell'usufruttuario e dell'abitatore..

Un'attenzione particolare, infine, è stata dedicata alla tematica dell'accessione rispetto ai beni in comproprietà: così, risolvendo anzitutto un contrasto che si era determinato a livello di sezioni

semplici, **Sez. U, n. 03873/2018, Lombardo, Rv. 647093-01**, ha definitivamente chiarito che la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene, per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari dell'immobile, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del terreno o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta "*ad substantiam*". Viene così peraltro risolta - in senso negativo - anche la correlata questione della riconducibilità dell'accessione ai "titoli contrari" richiesti dall'art. 1117 c.c. onde sottrarre un bene, astrattamente rientrate tra quelli tipologicamente ascrivibili ai nn. 1, 2 e 3 della menzionata disposizione, al regime legale di condominialità.

Quindi, ribadendo un principio ormai pacifico a proposito del regime giuridico della costruzione realizzata da entrambi i coniugi in regime di comunione legale su suolo di proprietà esclusiva di uno solo dei due, **Sez. 2, n. 27412/2018, Carrato, Rv. 651027-01** ha evidenziato che il 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 e la cui operatività può essere esclusa soltanto da una specifica pattuizione tra le parti o da una altrettanto specifica disposizione di legge, non trova deroga nella disciplina della comunione legale tra coniugi, poiché 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: sicché, 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 in virtù dei principi generali in materia di accessione, spettando al coniuge non proprietario che abbia contribuito all'onere della costruzione il diritto di ripetere nei confronti dell'altro le somme spese, ai sensi dell'art. 2033 c.c.

### 5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria.

Sul versante più spiccatamente processualistico, la Corte ha indiguato particolarmente sul regime patrimoniale della famiglia, intervenendo in due occasioni: nel primo caso, **Sez. 6-3, n. 11033/2018, Rubino, Rv. 648914-01** ha escluso che il coniuge dell'acquirente di un immobile, che sia rimasto estraneo alla

stipulazione dell'atto di compravendita, sia litisconsorte necessario nel giudizio promosso dal venditore per l'accertamento della simulazione del contratto, perché l'inclusione del bene nella comunione legale ai sensi dell'art. 177 c.c. costituisce un effetto "*ope legis*" dell'efficacia e validità del titolo di acquisto; nella seconda circostanza, **Sez. 2, n. 25754/2018, Abete, Rv. 650834-01** ha invece chiarito che in regime di comunione legale tra i coniugi, l'atto di straordinaria amministrazione costituito dal conferimento ex art. 2253 c.c. di un bene immobile in società personale, posto in essere da un coniuge senza la partecipazione o il consenso dell'altro, è soggetto alla disciplina dell'art. 184, comma 1, c.c. e non è pertanto inefficace nei confronti della comunione, ma solamente esposto all'azione di annullamento da parte del coniuge non consenziente nel breve termine prescrizione entro cui è ristretto l'esercizio di tale azione, decorrente dalla conoscenza effettiva dell'atto ovvero, in via sussidiaria, dalla trascrizione o dallo scioglimento della comunione; con la conseguenza che ne discende per cui, finché l'azione di annullamento non venga proposta, l'atto è produttivo di effetti nei confronti dei terzi.

## 6. Usufrutto, uso e abitazione.

La proprietà può essere in vario modo compressa, non solo sulla base di diritti che altri soggetti vantano 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 parziali 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.

Proprio con riferimento all'usufrutto la Corte ha affrontato la questione concernente la compatibilità dello schema ex art. 1333 cod. civ. (per cui la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivano obbligazioni a carico del solo proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza del destinatario; il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi e, in mancanza di tale rifiuto, il contratto è concluso) con la conclusione dei contratti ad efficacia reale: questione che registra un

acceso dibattito in dottrina, oscillandosi tra chi nega tale possibilità, sulla scorta del rilievo per cui la richiamata disposizione contempla esclusivamente obbligazioni a carico del solo proponente, mentre non consente di imporre all'oblato obblighi manutentivi di beni, per di più conseguentemente al loro trasferimento mediante invio della semplice proposta e chi, al contrario, la ammette, considerando, da un lato, la presenza di diverse disposizioni che prevedono atti unilaterali ad effetti reali (quale, ad esempio, l'art. 1070 cod. civ.) e, dall'altro, la possibilità che il contratto a favore di terzo possa produrre effetti reali.

In particolare, **Sez. 2, n. 15997/2018, Tedesco, Rv. 649225-01**, accogliendo una posizione mediana tra le due tesi innanzi proposte, risolve il problema affermando l'applicabilità dell'art. 1333 cod. civ. anche ai contratti con effetti traslativi da una sola parte, a condizione, tuttavia, che si tratti di attribuzioni traslative che non comportino alcun onere od obbligo a carico del beneficiario, in quanto la presenza di un pregiudizio, anche solo potenziale - quali gli oneri di custodia, gestione o tributari - impone la necessaria accettazione del destinatario. Ancor più chiara, nel passato, era stata Sez. 2, n. 05748/1987, Girone, Rv. 454162 - 01, pure richiamata in motivazione dalla pronuncia in esame, per la quale, poiché la "*ratio*" dell'art. 1333 c.c. - che consente la formazione del contratto per mancato rifiuto da parte del destinatario della proposta - risiede nel fatto che a quest'ultimo possono derivare soltanto vantaggi dal contratto medesimo, la detta disposizione deve essere intesa nel senso che non soltanto gli effetti obbligatori derivanti dal contratto, ma anche gli eventuali effetti dispositivi o estintivi debbano essere ad esclusivo carico del proponente.

Peculiare, invece, è la vicenda affrontata da **Sez. 2, n. 02754/2018, Scarpa, Rv. 647792-02**: la sentenza che accoglie l'azione di annullamento di un contratto di vendita della nuda proprietà di una quota di un bene immobile fa venir meno l'estinzione dell'usufrutto su di essa gravante a seguito di riunione, verificatasi in epoca successiva al negozio annullato, dell'usufrutto medesimo e della proprietà in capo alla medesima persona, non quale effetto dell'estensione dell'efficacia della pronuncia di annullamento al successivo contratto traslativo del diritto di usufrutto, né della reviviscenza del diritto di usufrutto, bensì quale conseguenza, discendente dalla natura costitutiva e dal valore retroattivo della sentenza di annullamento, della negazione dell'effetto della consolidazione ex art. 1014, n. 2, c.c.

Quanto, infine, al diritto di abitazione, **Sez. 2, n. 10065/2018, Criscuolo, Rv. 648163-01**, evidenzia come il credito derivante dalle migliorie e dalle addizioni apportate dal relativo titolare è inesigibile prima della restituzione del bene al nudo proprietario in quanto, in applicazione del principio del divieto di arricchimento ingiustificato, solo al momento della riconsegna è possibile verificare se sia residuata una differenza tra lo speso e il migliorato.

## 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; per la valida costituzione di una servitù, però, 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. 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.

Quanto alla fonte costitutiva, le servitù possono essere volontarie o coattive (o legali) a seconda che siano riconducibili ad un atto volitivo delle parti (che, tuttavia, come evidenziato da **Sez. 2, n. 21501/2018, Giu. Grasso, Rv. 650315-01**, oltre a dovere necessariamente rivestire la forma scritta "*ad substantiam*" ex art. 1350, n. 4, c.c. - cfr. anche **Sez. 2, n. 20958/2018, Penta, Rv. 650021-02** - pur senza ridondare in formule sacramentali o formule sacrali particolari - cfr. **Sez. 2, n. 10169/2018, Dongiacomo, Rv. 648318-01** - deve altresì, ai fini della sua opponibilità all'avente causa dell'originario proprietario del fondo servente, essere stato trascritto o espressamente menzionato nell'atto di trasferimento al terzo del fondo medesimo, rimanendo, altrimenti, vincolante solo tra le parti originarie. A tale ultimo riguardo, in particolare l'indagine sull'opponibilità di una servitù ai terzi successivi acquirenti va condotta con esclusivo riguardo al contenuto della nota di trascrizione del contratto che della servitù integra il titolo sicchè,

rileva **Sez. 2, n. 08000/2018, Carrato, Rv. 648004-01**, detta opponibilità può essere ritenuta solo quando dalla nota menzionata sia possibile desumere l'indicazione del fondo dominante e di quello servente, la volontà delle parti di costituire la servitù ovvero ad una previsione legislativa, nel senso che, in tale ultimo caso, possono essere costituite anche senza il consenso del titolare del fondo servente (cfr. "*infra*"), essendo il relativo diritto riconosciuto "*ex lege*" al titolare del fondo dominante.

Così, ad esempio, osserva **Sez. 2, n. 14477/2018, Cavallari, Rv. 648975-01**, la costituzione di servitù coattiva di passaggio a favore di fondo non intercluso, ai sensi dell'art. 1052 c.c., e l'ampliamento del passaggio già esistente ex art. 1051, comma 3, c.c. possono avvenire, dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 167 del 1999, non soltanto in presenza di esigenze dell'agricoltura e dell'industria, ma anche quando sia accertata, in generale, l'inaccessibilità all'immobile da parte di qualsiasi persona portatrice di handicap o con ridotta capacità motoria, essendo irrilevante l'inesistenza in concreto della disabilità in capo al titolare del fondo medesimo, oppure qualora occorra garantire la tutela di necessità abitative, da chiunque invocabili.

Ove non apparenti, 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; tale indennizzo, peraltro, può condizionare l'esercizio stesso della servitù (cfr. l'art. 1030, comma 2, c.c.) e va calcolato con riferimento al peso imposto, indipendentemente da altre limitazioni che, in conseguenza, il fondo servente venga a subire. Così **Sez. 1, n. 20136/2018, Tinelli, Rv. 649956-01** rappresenta come in tema di servitù di elettrodotto, nella determinazione dell'indennità di asservimento del fondo, è esclusa l'eventuale diminuzione del valore della residua proprietà (fabbricato) che si viene a trovare in posizione di vicinanza con l'opera pubblica realizzata e specificamente con il traliccio portante i cavi di conduzione dell'energia, riguardando tali effetti le limitazioni legali della proprietà che gravano in modo indifferenziato su tutti i beni che vengano a trovarsi in prossimità dell'opera pubblica.

Interessante il caso affrontato da **Sez. 2, n. 14481/2018, Cavallari, Rv. 649067-02** che, rileggendo l'art. 1062 c.c. chiarisce che la costituzione di servitù (volontaria) per destinazione del padre di

famiglia può sorgere pure se la divisione del fondo sia stata disposta, anziché dal proprietario, dal giudice dell'esecuzione con il decreto di trasferimento dei lotti risultanti dal frazionamento del terreno in sede di vendita forzata, salvo che il giudice stesso manifesti una volontà a ciò contraria anche tramite l'ordine di rimozione delle opere o dei segni apparenti che avrebbero integrato il contenuto della detta servitù, sostituendosi egli, in tale caso, al "*dominus*" - padre di famiglia.

Circa il modo di esercizio, 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.): il criterio è ribadito in maniera estremamente chiara da **Sez. 2, n. 20696/2018, Giannaccari, Rv. 650010-01**, la quale evidenzia come l'estensione e le modalità di esercizio della servitù (nella specie, di passaggio) devono essere dedotte anzitutto dal titolo, quale fonte regolatrice primaria del diritto, tenendo conto della comune intenzione dei contraenti, da ricavarsi, peraltro, non soltanto dal tenore letterale delle espressioni usate, ma anche dallo stato dei luoghi, dall'ubicazione reciproca dei fondi e dalla loro naturale destinazione, elementi tutti formativi e caratterizzanti l'"*utilitas*" legittimante la costituzione della servitù; solo ove il titolo manifesti imprecisioni o lacune, non superabili mediante adeguati criteri ermeneutici, è possibile ricorrere ai precetti sussidiari di cui agli artt. 1064 e 1065 c.c.. Sicché, prosegue **Sez. 2, n. 15046/2018, Fortunato, Rv. 649070-01**, in applicazione di tali criteri residuali deve farsi riferimento al temperamento delle esigenze del fondo dominante col minore aggravio di quello servente, tenendo conto, con riferimento all'epoca della loro costituzione, dello stato dei luoghi, della naturale destinazione dei fondi e degli altri elementi rivelatori della "*utilitas*" da soddisfare, con una valutazione ispirata ai normali criteri di prevedibilità.

Né il proprietario del fondo servente può compiere alcunché in grado di diminuire l'esercizio della servitù o a renderlo più incomodo: ai sensi dell'art. 1068 c.c., infatti, lo spostamento delle opere necessarie per l'esercizio della servitù non può avvenire per iniziativa unilaterale del proprietario del fondo servente il quale, ove l'originario esercizio di quel diritto impedisca di effettuare lavori, operazioni o miglioramenti, può offrire al proprietario del fondo dominante un luogo altrettanto comodo per godere del suo diritto; ove, tuttavia, detta offerta non sia accettata, tale spostamento, evidenzia **Sez. 2, n. 14821/2018, Scarpa, Rv. 648853-01**, può essere



chiesto e conseguito dal proprietario del fondo servente o per decisione del giudice o per effetto di convenzione scritta ex art. 1350, n. 4, c.c. intercorsa tra le parti, implicando il mutamento del luogo di esercizio variazioni nel contenuto della servitù medesima.

Avuto riguardo, infine, ai modi di estinzione delle servitù, **Sez. 2, n. 09879/2018, Varrone, Rv. 648156-01** rappresenta che la costituzione di una servitù volontaria ben può essere subordinata a condizione risolutiva - anche se meramente potestativa, in quanto l'art. 1355 c.c. limita la nullità, nell'ambito delle condizioni meramente potestative, a quelle sospensive - che non è incompatibile con la costituzione di una servitù poiché non incide sul requisito della permanenza, connaturale al contenuto reale dell'asservimento tra due fondi, ma si risolve in un modo convenzionale di estinzione della servitù stessa.

### **7.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù.**

La difesa del diritto di servitù è affidata all'azione confessoria che 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 chiunque ne contesti l'esercizio.

In proposito, **Sez. 2, n. 03851/2018, Dongiacomo, Rv. 647806-01** si occupa dei rapporti tra alienante ed acquirente del fondo dominante, ove l'alienazione sia intervenute nelle more del giudizio volto a far valere la servitù: il giudizio, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., prosegue tra le parti originarie, ma la sentenza ha effetto anche nei confronti dell'acquirente che può, pertanto, essere chiamato in giudizio o intervenire, mentre l'alienante, se le parti vi consentono, può esserne estromesso.

Come evidenziato in precedenza, poi, il giudizio volto alla costituzione di servitù coattiva può altresì estendersi, in caso di proposizione della relativa domanda ad opera del titolare del fondo servente, alla determinazione dell'indennità ex art. 1053 c.c.: come chiarito da **Sez. 2, n. 09543/2018, Chiesi, Rv. 648153-01**, tale domanda non rientra, però, tra quelle per cui è prevista la trascrizione ai sensi degli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c., sicchè, non operando la clausola di salvezza degli effetti della trascrizione contemplata dall'art. 111, comma 4, ultimo periodo, c.p.c., la decisione, emanata nei confronti della parte originaria fa stato ed è eseguibile nei riguardi del successore a titolo particolare, restando del tutto irrilevante il momento in cui avvenne la trascrizione ad opera di quest'ultimo.

## 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: sicché per **Sez. 2, n. 17376/2018, Carrato, Rv. 649349-01** non è sufficiente a tal fine la mera coltivazione del fondo perché essa, di per sé, non esprime, in modo inequivocabile, l'intento del coltivatore di possedere, occorrendo, invece, che tale attività materiale, corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, sia accompagnata da univoci indizi, i quali consentano di presumere che essa è svolta "*uti dominus*".

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 è invece richiesto il compimento di atti di interversione in caso di compossesso che muti in possesso esclusivo: seguendo il costante orientamento di legittimità, infatti, **Sez. 2, n. 09100/2018, Federico, Rv. 648079-01** ribadisce che il partecipante alla comunione che intenda dimostrare l'intenzione di possedere non più a titolo di compossesso, ma di possesso esclusivo, non ha la necessità di compiere atti di "*interversio possessionis*" alla stregua dell'art. 1164 c.c., dovendo, peraltro, il mutamento del titolo consistere in atti integranti un comportamento durevole, tali da evidenziare un possesso esclusivo ed "*animo domini*" della cosa, incompatibile con il permanere del compossesso altrui: non sono tuttavia ritenuti sufficienti all'uopo atti soltanto di gestione, consentiti al singolo compartecipante o anche atti familiarmente tollerati dagli altri ovvero, ancora, atti che, comportando solo il soddisfacimento di obblighi o l'erogazione di spese per il miglior godimento della cosa comune, non possono dare luogo ad una estensione del potere di fatto sulla cosa nella sfera di altro compossessore.

Non consente il decorso del termine "*ad usucapionem*" neppure il comodato precario di un bene immobile, che al contrario - come evidenziato da **Sez. 6-2, n. 12080/2018, Orilia, Rv. 648535-01,**

costituisce detenzione, tanto in favore del comodatario quanto dei familiari con lo stesso conviventi, con la conseguenza che il comodatario che si oppone alla richiesta di risoluzione del comodato, sostenendo di aver usucapito il bene, non può limitarsi a provare il potere di fatto sull'immobile, ma deve dimostrare l'avvenuta interversione del possesso, cioè il compimento di attività materiali in opposizione al proprietario concedente. Chiarisce inoltre **Sez. 2, n. 11141/2018, D'Ascola, Rv. 648051-01** che non è configurabile l'usucapione decennale, ai sensi dell'art. 1159 c.c., in favore di colui che abbia acquistato un'area di parcheggio vincolata al diritto d'uso riservato "ex lege" ai proprietari delle unità immobiliari comprese nei fabbricati di nuova costruzione, trattandosi di atto nullo per contrarietà a norme imperative e, perciò, di titolo inidoneo a trasferire la proprietà, a prescindere dalla sua trascrizione.

L'aspetto relativo all'interruzione del decorso del termine "*ad usucapionem*" è stato affrontato sotto molteplici profili, collegati al singolo atto cui detto effetto viene astrattamente ricondotto. Così: a) per **Sez. 2, n. 27170/2018, Sabato, Rv. 651019-01**, ai fini della configurabilità del riconoscimento del diritto del proprietario da parte del possessore, idoneo a interrompere il termine utile per il verificarsi dell'usucapione, ai sensi degli artt. 1165 e 2944 c.c., non è sufficiente un mero atto o fatto che evidenzi la consapevolezza del possessore circa la spettanza ad altri del diritto da lui esercitato come proprio, ma si richiede che il possessore, per il modo in cui questa conoscenza è rivelata o per fatti in cui essa è implicita, esprima la volontà non equivoca di attribuire il diritto reale al suo titolare: in particolare, costituendo la cd. volontà "attributiva" del diritto un requisito normativo del riconoscimento, questa può normalmente desumersi dall'essere state intavolate trattative con i titolari del diritto di proprietà ai fini dell'acquisto in via derivativa, restando invece esclusa quando tali iniziative siano ispirate dalla diversa volontà di evitare lungaggini giudiziarie per l'accertamento dell'usucapione, ovvero di prevenire in via conciliativa la relativa lite. Situazione peculiare si verifica, invece, nel caso di rinuncia a far valere l'acquisto per usucapione maturatosi per effetto del possesso ininterrotto del fondo protrattosi per un certo periodo di tempo: osserva **Sez. 2, n. 01363/2018, Cortesi, Rv. 646673-01** come in tal modo la parte non rinuncia ad un diritto di proprietà già acquisito, bensì solo ad avvalersi della tutela giuridica apprestata dall'ordinamento per garantire la stabilità dei rapporti giuridici, con la conseguenza che tale rinuncia non soggiace al requisito della forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350 n. 5 c.c., che la impone, a pena di nullità, solo per gli atti di

rinuncia a diritti reali, assoluti o limitati, su beni immobili.; b) è certamente idonea ad interrompere il possesso "*ad usucapionem*" il promuovimento dell'azione di reintegrazione, indipendentemente dall'esito dell'azione medesima, rilevando piuttosto - come osserva **Sez. 2, n. 23850/2018, Bellini, Rv. 650631-02** - la volontà di riacquistare il possesso mediante un atto idoneo ad instaurare il giudizio; c) non esercita, invece, alcuna incidenza sulla situazione di fatto utile ai fini dell'usucapione l'atto di disposizione del diritto dominicale da parte del proprietario in favore di terzi, anche se conosciuto dal possessore, rappresentando quello, rispetto a quest'ultimo, "*res inter alios acta*", ininfluenza sulla prosecuzione dell'esercizio della signoria di fatto sul bene, non impedito materialmente, né contestato in modo idoneo (così **Sez. 2, n. 02752/2018, Manna, Rv. 647791-01**).

Ad ogni buon conto, è pacifico (ed il principio è stato ribadito da **Sez. 2, n. 11657/2018, D'Ascola, Rv. 648395-01**) che gli atti interruttivi dell'usucapione, posti in essere nei confronti di uno dei compossessori, non hanno effetto interruttivo verso gli altri, in quanto il principio espresso dall'art. 1310 c.c., secondo cui gli atti interruttivi contro uno dei debitori in solido interrompono la prescrizione contro il comune creditore con effetto verso gli altri debitori, trova applicazione in materia di diritti di obbligazione e non di diritti reali, per i quali non sussiste vincolo di solidarietà, dovendosi, invece, fare riferimento ai singoli comportamenti dei compossessori, che favoriscono o pregiudicano solo coloro che li hanno (o nei cui confronti sono stati) posti in essere.

Diverso modo di acquisto della proprietà, pur sempre per il tramite del possesso, è esaminato da **Sez. 1, n. 12860/2018, Ferro, Rv. 648888-01** che, occupandosi dei beni mobili soggetti ad iscrizione in pubblici registri, ma di fatto non iscritti o non validamente iscritti, non si applica la norma di cui all'art. 1156 c.c., con la conseguenza che la loro proprietà può acquistarsi in attuazione del principio del possesso di buona fede, quando ricorrono le condizioni stabilite dall'art. 1153 c.c.. Quanto al regime giuridico proprio di tale ultima disposizione, peraltro, mentre **Sez. 2, n. 01593/2017, Falabella, Rv. 642469-03**, aveva già evidenziato come la buona fede ivi richiesta corrisponda a quella di cui all'art. 1147 c.c. (onde essa non è invocabile da chi compie l'acquisto ignorando di ledere l'altrui diritto per colpa grave), **Sez. 2, n. 02100/2018, Cortesi, Rv. 647645-01** precisa come il requisito della consegna reale, proveniente dall'alienante e previsto dall'art. 1153, comma 1, c.c., non comporta anche la necessità di un contatto fisico e diretto

dell'acquirente con il bene, rilevando unicamente che quest'ultimo sia posto in grado di esercitare sulla "res" i poteri di controllo e vigilanza che costituiscono il contenuto proprio del possesso, ed essendo così sufficiente che la "traditio" spieghi effetto nella sua sfera giuridica (con la conseguenza che, nell'ambito di un rapporto di locazione finanziaria, ai fini dell'acquisto del possesso da parte dell'acquirente-concedente, è ben possibile che la consegna sia effettuata materialmente all'utilizzatore del bene, che del primo assume la veste di "adiectus solutionis causa").

### 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. n. 35 del 2005, conv. con mod. dalla l. n. 80 del 2005 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. Ciò non toglie, però, che, pur in tale mutato regime normativo, debba essere comunque dichiarato inammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza sul reclamo, atteso che, in caso di prosecuzione del giudizio di merito ex art. 703, comma 4, c.p.c., l'ordinanza in questione - come osservato da **Sez. 6-2, n. 01501/2018, Manna, Rv. 647381-01** - rimane assorbita nella sentenza, unico provvedimento decisorio mentre, in caso contrario, l'ordinanza stessa acquista una stabilità puramente endoprocessuale, inidonea al giudicato, o determina una preclusione "pro iudicato" da estinzione del giudizio.

Prendendo le mosse dalle azioni possessorie e premesso che il decorso del relativo termine di decadenza non è rilevabile d'ufficio dal giudice ed è soggetto al regime delle preclusioni, in primo come in secondo grado - giacché, vertendosi in materia di diritti disponibili, deve essere eccepito, ex art. 2969 c.c., dalla parte interessata la quale,

peraltro, nel sollevare l'eccezione deve manifestare chiaramente la volontà di avvalersi dell'effetto estintivo dell'altrui pretesa (così **Sez. 6-2, n. 01455/2018, Scarpa, Rv. 647347-01**) - la differenza tra spoglio, da un lato e turbativa o molestia, dall'altro (che rispettivamente presiedono all'esperibilità dell'azione di reintegrazione e di manutenzione) va rinvenuta nella definitiva privazione della disponibilità del bene: sicché, si ha molestia possessoria anche ove la condotta comporti una modifica dello stato dei luoghi, idonea a determinare una condizione di potenziale pericolo al possesso altrui e a produrre un'apprezzabile compressione delle facoltà con cui detto possesso si esteriorizza (**Sez. 2, n. 26787/2018, Carrato, Rv. 651378-01**).

Anche l'acqua sorgiva può formare oggetto di tutela possessoria, se il rapporto con essa si concreta ed estrinseca in un potere di fatto (corrispondente all'acquisto di un diritto reale) autonomo, diretto ed immediato sulle opere indispensabili per la derivazione e l'utilizzazione dell'acqua medesima: tale possesso, secondo **Sez. 6-2, n. 01455/2018, Scarpa, Rv. 647347-02** è tutelabile con l'azione di spoglio nei confronti di chi, ricorrendone l'elemento soggettivo, apra un pozzo che, alimentato dalla stessa falda sotterranea, riduca la portata della sorgente, non rilevando, in contrario, che le acque sotterranee siano defluenti a notevole distanza dalla sorgente, in quanto il possesso di quest'ultima implica anche quello della falda che l'alimenta.

Quanto alla legittimazione passiva, evidenzia **Sez. 2, n. 24967/2018, Sabato, Rv. 650670-01** che devono considerarsi autori morali dello spoglio e, quindi, legittimati passivi alla domanda di reintegra unitamente all'autore materiale, il mandante e colui che "*ex post*", pur senza autorizzarlo, abbia utilizzato consapevolmente a proprio vantaggio il risultato dello spoglio, sostituendo il suo possesso a quello dello spogliato. Conformemente **Sez. 2, n. 23855/2018, Tedesco, Rv. 650632-01**, per cui, affinché un soggetto possa qualificarsi come autore morale della turbativa, occorre che lo stesso, pur non avendo autorizzato la condotta illecita, ne abbia tratto vantaggio (secondo il criterio del "*cui prodest*") e che sia consapevole dell'illiceità dell'atto di molestia compiuto da terzi.

Da ultimo, mentre la prova della consapevolezza dello spoglio in capo al suo autore grava su chi propone la domanda (**Sez. 2, n. 21475/2018, Casadonte, Rv. 650312-01**), per ciò che attiene alle conseguenze derivanti dall'utile esperimento delle azioni possessorie, **Sez. 2, n. 20726/2018, Cosentino, Rv. 650020-01**, chiarisce che la riduzione in pristino, cui è diretta l'azione di manutenzione, può

consistere non già nella mera riproduzione della situazione dei luoghi modificata o alterata da una determinata azione lesiva dell'altrui possesso, ma anche nell'esecuzione di un "*quid novi*", qualora il rifacimento puro e semplice sia inidoneo a realizzare il ripristino stesso.

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: sicché, il processo di cognizione che si svolga in difetto dell'atto propulsivo di parte, a causa dell'erronea fissazione giudiziale di un'udienza successiva all'ordinanza cautelare, è affetto da nullità assoluta per violazione del principio della domanda, rilevabile d'ufficio dal giudice e non sanata dall'instaurarsi del contraddittorio tra le parti (**Sez. 2, n. 21491/2018, Giannaccari, Rv. 650038-01**).





## **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. - 9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari.

#### **1. Premessa.**

Nel corso del 2018, 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”.

#### **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.

Tale affermazione si pone in linea di continuità con l'orientamento, già sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità,

---

\* *Vittorio Corasaniti ha redatto i paragrafi 1, 2, 3, 6 e 7; Valeria Pirari ha redatto i paragrafi nn. 4, 5, 8 e 9.*

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 applicazione di tale principio, chiarisce Sez. 2, n. 10073/2018, Fortunato, Rv. 648166-01, che 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.

Secondo la menzionata pronuncia, quindi, ai fini dell'esclusione della presunzione di proprietà comune prevista dall'art. 1117 c.c. non è necessario che il contrario risulti in modo espresso dal titolo, essendo sufficiente che da questo emergano elementi univoci in contrasto con la reale esistenza di un diritto di comunione, dovendo la citata presunzione fondarsi sempre su elementi obiettivi che rivelino l'attitudine funzionale del bene al servizio o al godimento collettivo. Ne consegue che viene meno il presupposto della presunzione quando il bene, per le sue obiettive caratteristiche strutturali, serve in modo esclusivo all'uso o al godimento di una sola parte dell'immobile, oggetto di un autonomo diritto di proprietà, o risulta comunque essere stato a suo tempo destinato dall'originario proprietario dell'intero immobile ad un uso esclusivo, così da rivelare - sulla base di elementi oggettivi, secondo l'incensurabile apprezzamento del giudice di merito - che si tratta di un bene dotato

di propria autonomia e perciò non destinato a servizio dell'edificio condominiale.

Sussistendo, invece, il presupposto di operatività della presunzione di cui all'art. 1117 c.c., precisa Sez. 2 n. 20693/2018, Besso Marcheis, Rv. 650008-01, che per stabilire se esista un titolo ad essa contrario occorre fare riferimento all'atto costitutivo del condominio e, quindi, al primo atto di trasferimento di un'unità immobiliare dell'originario proprietario ad altro soggetto. Ne discende - in conformità a precedenti arresti della S.C. (Sez. 2, n. 11812/2011, San Giorgio, Rv. 618093-01) - che se in occasione della prima vendita la proprietà di un bene potenzialmente rientrante nell'ambito dei beni comuni risulti riservata ad uno solo dei contraenti, deve escludersi che tale bene possa farsi rientrare nel novero di quelli comuni.

Quanto poi all'incidenza di siffatta presunzione sul riparto dell'onere probatorio nei giudizi a tutela delle parti comuni, Sez. 2, n. 20593/2018, Grasso GL., Rv. 650001-01, chiarisce che in tema di condominio negli edifici, per tutelare la proprietà di un bene appartenente a quelli indicati dall'art. 1117 c.c. non è necessario che il condominio dimostri con il rigore richiesto per la rivendicazione la comproprietà del medesimo, essendo sufficiente, per presumerne la natura condominiale, che esso abbia l'attitudine funzionale al servizio o al godimento collettivo, e cioè sia collegato, strumentalmente, materialmente o funzionalmente con le unità immobiliari di proprietà esclusiva dei singoli condomini, in rapporto con queste da accessorio a principale, mentre spetta al condomino che ne affermi la proprietà esclusiva darne la prova.

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. 03739/2018, Varrone, Rv. 647800-01, in tema di condominio degli edifici, la presunzione legale di comunione di talune parti, stabilita dall'art. 1117 c.c., trova applicazione anche nel caso di cortile esistente tra più edifici limitrofi ma strutturalmente autonomi appartenenti a proprietari diversi, ove lo stesso sia destinato a dare aria, luce ed accesso a tutti i fabbricati che lo circondano.

Chiarisce Sez. 2, n. 11288/2018, Falaschi, Rv. 648502-01, che i muri perimetrali dell'edificio in condominio, pur non avendo funzione di muri portanti, vanno intesi come muri maestri al fine della presunzione di comunione di cui all'art. 1117 c.c., poiché determinano la consistenza volumetrica dell'edificio unitariamente

considerato, proteggendolo dagli agenti atmosferici e termici, delimitano la superficie coperta e delineano la sagoma architettonica dell'edificio stesso. Pertanto, nell'ambito dei muri comuni dell'edificio rientrano anche quelli collocati in corrispondenza dei piani di proprietà singola ed esclusiva e in posizione avanzata o arretrata rispetto alle principali linee verticali dell'immobile.

Puntualizza, poi, Sez. 6-3, n. 24266/2018, Scarano, Rv. 650887-01, che il solaio che separa due unità abitative, l'una sovrastante all'altra ed appartenenti a diversi proprietari, deve ritenersi, salvo prova contraria, di proprietà comune ai due piani; tale presunzione *iuris tantum* vale per tutte le strutture che hanno una funzione di sostegno e copertura, in quanto svolgono una inscindibile funzione divisoria tra i due piani, con utilità ed uso uguale per entrambi e correlativa inutilità per gli altri condomini, sicché le spese per la loro manutenzione e ricostruzione competono in parti eguali ai rispettivi proprietari, come previsto dall'art. 1125 c.c. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, statuendo sulla ripartizione delle spese di riparazione e manutenzione di una terrazza di proprietà e in uso esclusivo, costituente il solaio dell'appartamento sottostante, aveva applicato in via analogica l'art. 1125 c.c. ed escluso l'utilizzabilità dell'art. 1126 c.c.

Specifica, tuttavia, Sez. 2, n. 15048/2018, Giannaccari, Rv. 649171-01, che in tema di piani sovrapposti di un edificio appartenente a proprietari diversi, gli spazi pieni o vuoti che accedono al soffitto o al pavimento e non sono essenziali alla struttura divisoria restano esclusi dalla comunione e sono utilizzabili rispettivamente da ciascun proprietario nell'esercizio del suo pieno ed esclusivo diritto dominicale, ben potendo il possesso su di essi essere mantenuto *solo animo*. Nella specie, la S.C. ha escluso la natura condominiale dello spazio vuoto esistente fra il solaio ed il controsoffitto e ha ritenuto che il proprietario dell'appartamento sovrastante, collocando al di sotto degli assi di sostegno delle travi del suo pavimento dei tubi e delle condutture, avesse compiuto uno spoglio in danno del possesso esercitato *solo animo* dal proprietario dell'immobile sottostante.

Afferma, inoltre, Sez. 2, n. 22720/2018, Oliva, Rv. 650372-01, che l'intercapedine esistente tra il piano di posa delle fondazioni di un edificio condominiale - che costituisce il suolo di esso - e la prima soletta del piano interrato, se non risulta diversamente dai titoli di acquisto delle singole proprietà, ed anzi in quelli del piano terreno e seminterrato non è neppure menzionata tra i confini, è comune, in quanto destinata alla aerazione o coibentazione del fabbricato. In

applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione impugnata nella parte in cui aveva ritenuto che l'area sottostante al pavimento del piano terreno dell'edificio non fosse ricompresa nell'ambito delle parti comuni dello stabile.

E ancora, secondo Sez. 2, n. 01027/2018, Orilia, Rv. 646671-01, premesso che a norma dell'art. 1117, n. 3, c.c., si presumono comuni i canali di scarico solo "fino al punto di diramazione" degli impianti ai locali di proprietà esclusiva, va escluso che rientri nella proprietà condominiale la c.d. braga (vale a dire, l'elemento di raccordo tra la tubatura verticale di pertinenza del singolo appartamento e quella verticale di pertinenza condominiale), atteso che la stessa, a differenza della colonna verticale, che, raccogliendo gli scarichi di tutti gli appartamenti, è funzionale all'uso di tutti i condomini, serve soltanto a convogliare gli scarichi di pertinenza del singolo appartamento.

Principio, questo, che ha trovato ulteriore specificazione in Sez. 2, n. 27248/2018, Besso Marcheis, Rv. 650851-01, ove si chiarisce che la presunzione di proprietà comune dell'impianto idrico di un immobile condominiale, *ex art.* 1117, n. 3, c.c., non può estendersi a quella parte dell'impianto ricompresa nell'appartamento dei singoli condomini, cioè nella sfera di proprietà esclusiva di questi e, di conseguenza, nemmeno alle diramazioni che, innestandosi nel tratto di proprietà esclusiva, anche se questo sia allacciato a quello comune, servono ad addurre acqua negli appartamenti degli altri proprietari.

Da ultimo è interessante segnalare quanto affermato da Sez. 2, n. 29457/2018, Criscuolo, Rv. 651388-01, in ordine alla particolare ipotesi in cui più soggetti, esclusivi proprietari di aree tra loro confinanti, si accordino per realizzare una costruzione. Secondo la menzionata pronuncia, infatti, per il principio dell'accessione, ciascuno di essi, salvo convenzione contraria, acquista la sola proprietà della parte di edificio che insiste in proiezione verticale sul proprio fondo, con la conseguenza che anche le opere e strutture inscindibilmente poste a servizio dell'intero fabbricato (quali scale, androne, impianto di riscaldamento, ecc.) rientrano, per accessione, in tutto o in parte, a seconda della loro collocazione, nella proprietà dell'uno o dell'altro, salvo l'istaurarsi sulle medesime, in quanto funzionalmente inscindibili, di una comunione incidentale di uso e di godimento, comportante l'obbligo dei singoli proprietari di contribuire alle relative spese di manutenzione e di esercizio in proporzione dei rispettivi diritti dominicali. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, evidenziando l'erroneo presupposto da cui era partita la corte

d'appello, rappresentato dall'affermazione secondo cui anche laddove un manufatto sia realizzato su due fondi contigui, ma appartenenti a soggetti diversi, si instaura una comunione sull'opera realizzata, trascurando che la proprietà resta esclusiva nella parte che si sviluppa in proiezione verticale sulle porzioni di rispettiva titolarità.

Nel corso del 2018, peraltro, la S.C. ha affrontato, in materia di parti comuni, anche alcune questioni di carattere processuale.

Segnatamente, in tema di domanda di rivendica di un bene proposta da uno o più soggetti che assumono di esserne i comproprietari, afferma **Sez. 2, n. 24234/2018, Giannaccari, Rv. 650646-01**, che la necessità dell'integrazione del contraddittorio dipende dal comportamento del convenuto. Infatti, qualora egli si limiti a negare il diritto di comproprietà degli attori, non si richiede la citazione in giudizio di altri soggetti, non essendo in discussione la comunione del bene; qualora, al contrario, eccepisca di esserne il proprietario esclusivo, la controversia ha come oggetto la comunione di esso, cioè l'esistenza del rapporto unico plurisoggettivo, e il contraddittorio deve svolgersi nei confronti di tutti coloro dei quali si prospetta la contitolarità (litisconsorzio necessario), affinché la sentenza possa conseguire un risultato utile che, invece, non avrebbe in caso di mancata partecipazione al giudizio di alcuni, non essendo essa a loro opponibile. In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, in un giudizio di opposizione di terzo in cui l'attore aveva chiesto accertarsi un proprio diritto – di comproprietà - autonomo incompatibile rispetto a quello – di proprietà esclusiva - vantato dal convenuto, aveva escluso la necessità di integrare il contraddittorio verso coloro che sarebbero risultati comproprietari dell'immobile, ove il bene non fosse stato compreso nella compravendita invocata dall'opposto.

E ancora, precisa, **Sez. 2, n. 04685/2018, Scarpa, Rv. 647846-01**, che nel giudizio promosso per conseguire la rimozione di una costruzione, illegittimamente realizzata in un'unità immobiliare in danno delle parti comuni di un edificio condominiale, sono litisconsorti necessari tutti i comproprietari di tale unità, indipendentemente dal fatto che solo uno od alcuni di essi ne siano stati gli autori materiali.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 03575/2018, D'Ascola, Rv. 647798-01**, la domanda di un terzo estraneo al condominio, volta all'accertamento, con efficacia di giudicato, della proprietà esclusiva su di un bene condominiale ed al conseguente rilascio dello stesso in proprio favore, si deve svolgere in contraddittorio con tutti i condomini, stante la loro condizione di comproprietari dei beni

comuni e la portata delle azioni reali, che incidono sul diritto *pro quota* o esclusivo di ciascun condomino, avente pertanto reale interesse a contraddire.

### 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 c.c., 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, fonte di obbligazione risarcitoria.

Di particolare interesse, sul punto, è quanto affermato da Sez. 6-2, n. 17460/2018, Scarpa, Rv. 649269-01, in tema di danno risarcibile, secondo cui in tema di condominio negli edifici, ove l'uso della cosa comune da parte di uno dei condomini avvenga in modo da impedire quello, anche solo potenziale, degli altri partecipanti, mentre il danno patrimoniale per il lucro interrotto è da ritenere *in re ipsa*, non altrettanto è da dirsi in relazione al danno non patrimoniale, quale disagio psico-fisico conseguente alla mancata utilizzazione di un'area comune condominiale, potendosi ammettere il ristoro di tale ultima posta risarcitoria solo in conseguenza della lesione di interessi della persona di rango costituzionale o nei casi espressamente previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 2059 c.c., e sempre che si tratti di una lesione grave e di un pregiudizio non futile. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva escluso il risarcimento del danno non patrimoniale in un caso di occupazione stabile, mediante un'autovettura lasciata in sosta per l'intero giorno e da oltre un anno, dello spazio antistante la rampa di accesso al garage condominiale.

Sempre in tema di illecito si è espressa Sez. U, n. 03873/2018, Lombardo, Rv. 647093-01, con riguardo alla condotta del singolo comproprietario che, senza il consenso degli altri comunisti, abbia edificato sul suolo comune, cambiandone la destinazione, la quale, si è detto, realizza un'alterazione della destinazione della cosa comune e impedisce agli altri comunisti di fare uso di essa secondo il loro diritto, in contrasto con il disposto di cui all'art. 1102 c.c., alla cui ratio rispondono anche gli artt. 1120 e 1108 c.c. (che consentono le innovazioni deliberate dalle maggioranze ivi previste, ma sempre a condizione che si tratti di innovazioni che non pregiudichino l'uso e il godimento della cosa comune da parte di alcuno dei partecipanti).

Le SS.UU. hanno, quindi, sostenuto che, salvo contrario accordo traslativo della proprietà del terreno o costitutivo di un diritto reale su di esso da stipularsi con la forma scritta *ad substantiam*, la costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene, per accessione ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune agli altri comproprietari dell'immobile, ritenendo incompatibile proprio con l'esistenza del pari diritto di ogni comunista sulla cosa



comune l'opposto orientamento (Sez. 2, n. 04120/2001, Mazziotti Di Celso, Rv. 545016-01) che, sulla base della reputata inapplicabilità del disposto di cui all'art. 934 c.c. in quanto riguardante le sole costruzioni od opere eseguite su terreno altrui da un terzo non (com)proprietario, sosteneva, per contro, l'acquisto della proprietà esclusiva del manufatto e del suolo comune su cui esso insiste da parte del comproprietario costruttore.

Hanno chiarito, altresì, che la manifestazione del consenso alla costruzione eseguita da uno dei comproprietari del suolo, da parte del comproprietario non costruttore, pur se inidonea alla costituzione di un diritto di superficie o di altro diritto reale, preclude l'esercizio dello *ius tollendi*, il cui mancato esercizio fa insorgere nei comproprietari del suolo l'obbligo di rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sostenute per l'edificazione dell'opera.

#### **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 quest'ultimo riguardo, Sez. 2, n. 21342/2018, Picaroni, Rv. 650035-01, in linea col precedente orientamento (cfr, Sez. 2, n. 15308/2011, Bianchini, Rv. 618639-01), ha chiarito che tale limite non si identifica nel semplice disagio, ovvero nel minor godimento che l'innovazione procuri al singolo condomino rispetto a quella che, fino a quel momento, è stata la sua fruizione della cosa comune, implicando il concetto di inservibilità la concreta inutilizzabilità della *res communis* secondo la sua naturale fruibilità, e ha perciò ritenuto non vietata la destinazione a parcheggio di un'area adibita a giardino condominiale.

Per contro, Sez. 2, n. 23076/2018, Scarpa, Rv. 651006-01, ha ritenuto che costituisca innovazione vietata la realizzazione di un ascensore nella corte comune, essendosi con tale opera ridotta la luce e l'aria dell'appartamento, posto al piano terra, di una condolina ed essendosi impedito a quest'ultima l'uso di una porzione rilevante della stessa corte, con conseguente privazione dei suoi diritti individuali su una parte comune dell'edificio, resa inservibile all'uso e al godimento della medesima.

Con riguardo, infine, al differente ambito applicativo degli artt. 1120 e 1102 c.c., **Sez. 2, n. 31462/2018, Criscuolo, Rv. 651761-01**, ha chiarito che mentre l'art.1120 c.c., nel prescrivere che le innovazioni della cosa comune siano approvate dai condomini con determinate maggioranze, tende a disciplinare l'approvazione di quelle che comportano oneri di spesa per tutti i condomini, l'art. 1102 c.c. (in forza del quale ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri condomini di farne uguale uso secondo il loro diritto, e può perciò apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa comune), norma che contempla anche le innovazioni, trova, invece, applicazione nel caso in cui non si debba procedere a tale ripartizione per essere stata la spesa relativa alle innovazioni assunta interamente a proprio carico da un condomino. Nel caso esaminato, il giudice del merito aveva, in particolare, rigettato la domanda di riduzione in pristino avanzata

dagli attori, ritenendo che l'installazione di un ascensore sulle parti comuni, eseguita dai convenuti a loro spese, non comportasse una limitazione della proprietà degli istanti incompatibile con la realizzazione dell'opera.

## **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.

A questo riguardo, va ricordato che, secondo la già citata Sez. 2, n. 09278/2018, Carrato, Rv. 648086-01, la disciplina del condominio degli edifici, di cui agli artt. 1117 c.c. e segg., è ravvisabile ogni qual volta sia accertato in fatto un rapporto di accessorietà necessaria che lega alcune parti comuni, quale quelle elencate in via esemplificativa - se il contrario non risulta dal titolo - dall'art. 1117 c.c., a porzioni, o unità immobiliari, di proprietà singola, delle quali le prime rendono possibile l'esistenza stessa o l'uso e che la nozione di condominio si configura, pertanto, non solo nell'ipotesi di fabbricati che si estendono in senso verticale, ma anche nel caso di beni adiacenti orizzontalmente, purché dotati delle strutture portanti e degli impianti essenziali indicati dal citato art. 1117 c.c., oltre a poter essere frutto di autonomia privata, nel caso in cui manchi un così stretto nesso strutturale, materiale e funzionale, in un complesso immobiliare che comprenda porzioni eterogenee per struttura e destinazione (in tema di condominio sorto in virtù di autonomia privata, si rinvia a Sez. 2, n. 09547/2018, Lombardo, Rv. 648092-01, citata al paragrafo 8, sull'amministratore, la quale affronta la disciplina delle unità minime di intervento costituite ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 76 del 1990, con riferimento agli immobili distrutti o da demolire o da riparare in conseguenza degli eventi sismici di cui al medesimo decreto).

L'accertamento della sussistenza di un condominio e la stessa individuazione delle porzioni funzionalmente comuni, secondo la nozione sopra delineata, assume particolare importanza nel campo della responsabilità, rispondendo il condominio, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dell'omessa manutenzione, cura, vigilanza e custodia delle stesse in caso di pregiudizio arrecato a terzi (ivi compresi gli stessi condomini).

Che il condominio sia il centro di imputazione degli atti e delle attività compiute dalla collettività condominiale e delle relative conseguenze patrimoniali sfavorevoli, è stato di recente ribadito da

**Sez. 2, n. 23076/2018, Scarpa, Rv. 651006-01**, la quale, nell'esaminare il caso della realizzazione di un ascensore nella corte interna dell'edificio condominiale, deliberata in sede assembleare, e della conseguente riduzione di aria e luce subita dall'appartamento al piano terra di una condomina, nonché dell'impedimento a quest'ultima dell'uso di una porzione rilevante dell'area comune, ha ritenuto che il condominio rispondesse dei danni subiti dalla stessa.

Quanto poi alla responsabilità del condominio sui beni funzionalmente comuni, come il lastrico solare in quanto avente funzione primaria di copertura e protezione delle sottostanti strutture, **Sez. 2, n. 11671/2018, Chiesi, Rv. 648327-01**, ha sostenuto che, in caso di appalto che non implichi il totale trasferimento all'appaltatore del potere di fatto sull'immobile nel quale deve essere eseguita l'opera appaltata, trova applicazione il principio secondo cui non viene meno per il committente e detentore del bene il dovere di custodia e di vigilanza e, con esso, la conseguente responsabilità *ex art. 2051 c.c.*, la quale, essendo di natura oggettiva, sorge in ragione della sola sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha determinato l'evento lesivo, e che il lastrico solare, proprio in considerazione della sua funzione, rimane sempre nella disponibilità del condominio committente, indipendentemente dalla sua consegna all'appaltatore, con conseguente permanenza, in capo a quest'ultimo, delle obbligazioni connesse alla sua custodia e delle connesse responsabilità per il relativo inadempimento.

## **6. Il regolamento di condominio.**

In base alla previsione dell'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. 6-2, n. 20567/2018, Abete, Rv. 650349-01, che il regolamento di condominio di natura contrattuale è, in ogni caso, un atto di produzione privata, anche nei suoi effetti tipicamente regolamentari, cioè incidenti sulle modalità di godimento delle parti comuni dell'edificio. Ne consegue, sul piano processuale, che non avendo il medesimo natura di atto normativo generale e astratto, il ricorso per cassazione col quale si lamenti la violazione o falsa applicazione delle norme di tale regolamento non è proponibile ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c., ma solo come vizio di motivazione ai sensi del n. 5) del medesimo art. 360.

Sempre sul piano processuale, afferma Sez. 2, n. 06769/2018, Scarpa, Rv. 647860-01, che la questione relativa alla mancata trascrizione in un'apposita nota di una clausola del regolamento di condominio contenente limiti alla destinazione delle proprietà esclusive, ed alla conseguente inopponibilità di tali limiti ai terzi acquirenti, non costituisce oggetto di un'eccezione in senso stretto, quanto di un'eccezione in senso lato, sicché il suo rilievo non è subordinato alla tempestiva allegazione della parte interessata, ma rimane ammissibile indipendentemente dalla maturazione delle preclusioni assertive o istruttorie.

## **7. La ripartizione delle spese condominiali.**

L'art. 1123, comma 1, c.c. fissa 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), chiarisce **Sez. 6-2, n. 01848/2018, Scarpa, Rv. 647385-01**, che in tema di revisione e modificazione delle tabelle millesimali, qualora i condomini, nell'esercizio della loro autonomia, abbiano espressamente dichiarato di accettare che le loro quote nel condominio vengano determinate in modo difforme da quanto previsto negli artt. 1118 c.c. e 68 disp. att. c.c., dando vita alla "diversa convenzione" di cui all'art. 1123, comma 1, ultima parte, c.c., la

dichiarazione di accettazione ha valore negoziale e, risolvendosi in un impegno irrevocabile di determinare le quote in un certo modo, impedisce di ottenerne la revisione ai sensi dell'art. 69 disp. att. c.c., che attribuisce rilievo esclusivamente alla obiettiva divergenza tra il valore effettivo delle singole unità immobiliari dell'edificio ed il valore proporzionale ad esse attribuito nelle tabelle. Ove, invece, tramite l'approvazione della tabella, anche in forma contrattuale (mediante la sua predisposizione da parte dell'unico originario proprietario e l'accettazione degli iniziali acquirenti delle singole unità immobiliari, ovvero mediante l'accordo unanime di tutti i condomini), i condomini stessi intendano (come, del resto, avviene nella normalità dei casi) non già modificare la portata dei loro rispettivi diritti ed obblighi di partecipazione alla vita del condominio, bensì determinare quantitativamente siffatta portata (addivenendo, così, alla approvazione delle operazioni di calcolo documentate dalla tabella medesima), la semplice dichiarazione di approvazione non riveste natura negoziale, con la conseguenza che l'errore il quale, in forza dell'art. 69 disp. att. c.c., giustifica la revisione delle tabelle millesimali, non coincide con l'errore vizio del consenso, di cui agli artt. 1428 e ss. c.c., ma consiste, per l'appunto, nella obiettiva divergenza tra il valore effettivo delle singole unità immobiliari ed il valore proporzionale ad esse attribuito.

Di particolare interesse poi, sul tema della ripartizione delle spese, è quanto affermato da Sez. 2, n. 09280/2018, Fortunato, Rv. 648087-01, secondo cui la disciplina del condominio di edifici trova applicazione anche in caso di c.d. condominio minimo, cioè di condominio composto da due soli partecipanti, tanto con riguardo alle disposizioni che regolamentano la sua organizzazione interna, quanto, a fortiori, con riferimento alle norme che regolamentano le situazioni soggettive dei partecipanti.

Ne consegue, quale precipitato logico, che in tema di condominio minimo, in mancanza di tabelle regolarmente approvate, la quota di partecipazione alle spese gravante sui singoli proprietari deve essere determinata dal giudice in base alla disciplina del condominio di edifici di cui all'art. 1123 c.c. e, quindi, tenendo conto del valore delle loro proprietà esclusive, e non, invece, applicando la regolamentazione in materia di comunione prevista dall'art. 1101 c.c., secondo la quale, in assenza di altra indicazione degli accordi, le quote si presumono uguali.

Inoltre, conformemente a precedenti arresti della giurisprudenza di legittimità (Sez. 2, n. 21015/2011, Petitti, Rv. 619325-01), dalla predetta affermazione discende, sempre in tema di

condominio minimo, che il singolo condomino ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la gestione della cosa comune nell'interesse degli altri proprietari senza autorizzazione degli organi condominiali, solo qualora, ai sensi dell'art. 1134 c.c., dette spese siano urgenti, secondo quella nozione che distingue l'urgenza dalla mera necessità, poiché ricorre quando, secondo un comune metro di valutazione, gli interventi appaiano indifferibili allo scopo di evitare un possibile, anche se non certo, nocumento alla cosa, mentre nulla è dovuto in caso di mera trascuranza degli altri comproprietari, non trovando applicazione le norme in materia di comunione (**Sez. 2, n. 09280/2018, Fortunato, Rv. 648087-02**).

In ultimo, è utile segnalare, per il periodo in rassegna, quanto argomentato da Sez. 2, n. 01629/2018, Scarpa, Rv. 647644-01, sul criterio di riparto delle spese legali relative a giudizio vertente tra il condominio ed un singolo condomino. Secondo la richiamata pronuncia è nulla la deliberazione dell'assemblea condominiale che, all'esito di un giudizio che abbia visto contrapposti il condominio ed un singolo condomino, disponga anche a carico di quest'ultimo, *pro quota*, il pagamento delle spese sostenute dallo stesso condominio per il compenso del difensore nominato in tale processo; in tal caso, infatti, non può farsi applicazione, neanche in via analogica, degli artt. 1132 e 1101 c.c., trattandosi di spese per prestazioni rese a tutela di un interesse comunque opposto alle specifiche ragioni personali del singolo condomino.

## 8. L'amministratore.

L'art. 1129 c.c., nella formulazione attualmente vigente, prevede che quando i condomini sono più di otto, se l'assemblea non provvede, la nomina dell'amministratore è fatta dall'autorità giudiziaria su ricorso di uno o più condomini o dell'amministratore dimissionario.

La citata norma descrive altresì gli adempimenti cui l'amministratore è tenuto al momento della nomina, le modalità di pubblicizzazione della stessa e i casi di revoca, rispetto ai quali sono stati tipizzati gli inadempimenti che ne costituiscono il presupposto in ragione della loro gravità.

Nei successivi artt. 1130 e 1130 bis c.c. sono analiticamente descritti i compiti assegnati all'amministratore e nell'art. 1131 c.c. i limiti dei poteri di rappresentanza, anche processuali, ad esso attribuiti in stretta connessione con le sue mansioni.

A quest'ultimo riguardo, Sez. 2, n. 02436/2018, Orilia, Rv. 647790-01, interpretando estensivamente la portata dei poteri attribuiti all'amministratore dall'art. 1130, n. 4, c.c., nel senso che gli atti conservativi dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio, cui egli è tenuto, non sono limitati a quelli necessari ad evitare pregiudizi a questa o quella parte comune, ma riguarda anche quelli volti a salvaguardare i diritti concernenti l'edificio condominiale unitariamente considerato, ha stabilito che rientra tra essi anche l'azione di cui all'art. 1669 c.c. intesa a rimuovere i gravi difetti di costruzione, nel caso in cui questi riguardino l'intero edificio condominiale e i singoli appartamenti, vertendosi in un'ipotesi di causa comune di danno che abilita alternativamente l'amministratore del condominio e i singoli condomini ad agire per il risarcimento, senza che possa farsi distinzione tra parti comuni e singoli appartamenti o parte di essi soltanto.

Con riferimento poi alla legittimazione passiva dell'amministratore *ex art.* 1131, comma 2, c.c., Sez. 2, n. 22911/2018, Abete, Rv. 650378-01, ha precisato che essa sussiste - anche in ordine all'interposizione d'ogni mezzo di gravame che si renda eventualmente necessario - in relazione a ogni tipo d'azione, anche reale o possessoria, promossa da terzi o da un singolo condomino nei confronti del condominio medesimo relativamente alle parti comuni dello stabile condominiale (tali dovendo estensivamente ritenersi anche quelle esterne, purché adibite all'uso comune di tutti i condomini), trovando ragione nell'esigenza di facilitare l'evocazione in giudizio del condominio, quale ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini.

Alla stregua di tale principio, si è dunque affermata la legittimazione passiva dell'amministratore rispetto a un'*actio negatoria* proposta da un condomino relativamente ad un'area cortilizia esterna al fabbricato ma adibita all'uso comune ed è stata perciò cassata la pronuncia di merito che l'aveva negata sul presupposto della natura non condominiale di tale porzione immobiliare.

I poteri rappresentativi dell'amministratore, anche in sede processuale, possono poi subire un ampliamento ed estendersi a materie non strettamente attribuite *ex lege* al medesimo, quando siano deliberati dall'assemblea, quale finale depositaria del potere deliberativo che ad essa compete in materia di gestione dei beni comuni, ben oltre lo steccato apparentemente limitativo dell'art. 1135 c.c., e organo provvisto di una competenza decisoria a carattere generale nella gestione dei beni facenti parte del patrimonio comune,



avente corrispondente potestà deliberativa in ordine all'assunzione delle liti processuali che li riguardino, sia in virtù del disposto di cui all'art. 1131, comma 1, c.c. (secondo cui «*nei limiti delle attribuzioni stabilite dall'articolo precedente o dei maggiori poteri conferitigli dal regolamento di condominio o dall'assemblea, l'amministratore ha la rappresentanza dei partecipanti e può agire in giudizio sia contro i condomini sia contro i terzi*»), sia del disposto di cui all'art. 1136, comma 4, c.c. (secondo cui «*le deliberazioni che concernono la nomina e la revoca dell'amministratore o le liti attive e passive relative a materie che esorbitano dalle attribuzioni dell'amministratore medesimo, le deliberazioni che concernono la ricostruzione dell'edificio riparazioni straordinarie di notevole entità e le deliberazioni di cui agli articoli 1117-quater, 1120, secondo comma, 1122-ter nonché 1135, terzo comma, devono essere sempre approvate con la maggioranza stabilita dal secondo comma del presente articolo*»).

Sulla base di tale premessa, Sez. 1, n. 05900/2018, Marulli, Rv. 648779-01, ha stabilito che l'amministratore del condominio, quando sia autorizzato a maggioranza dall'assemblea condominiale, è legittimato a costituirsi nel giudizio di opposizione alla stima in conseguenza dell'espropriazione di un bene condominiale, dovendo ricorrersi a maggioranze qualificate, oppure all'unanimità dei condomini, solo nei casi previsti dalla legge. A quest'ultimo riguardo si è, infatti, detto che la collegialità, sebbene sia insita nell'adozione del metodo assembleare e presupponga che tutti i condomini siano posti in condizione di esprimere, mediante il voto, il loro giudizio in ordine agli affari comuni, non può restare prigioniera del volere del singolo, sicché la regolazione dell'attività deliberativa dell'assemblea in base al principio maggioritario diviene non solo scelta ordinaria, ma scelta pure obbligata, al fine di evitare che la dialettica assembleare si risolva in danno di un'efficiente gestione dei beni comuni.

In coerenza con i poteri dell'assemblea come sopra delineati, Sez. 2, n. 05014/2018, Criscuolo, Rv. 647157-01, ha sostenuto che l'assemblea può, con una specifica delibera, riconoscere all'amministratore un compenso aggiuntivo, al fine di remunerare un'attività straordinaria da lui compiuta, quando reputi insufficiente il compenso forfettario in precedenza accordato, sebbene, in linea generale, valga il principio che vuole l'attività dell'amministratore ricompresa, per tutta la durata del rapporto, nel corrispettivo stabilito al momento del conferimento dell'incarico se connessa e indispensabile allo svolgimento dei suoi compiti istituzionali e non esorbitante dal mandato con rappresentanza.

Quanto, infine, al momento della cessazione dell'incarico dell'amministratore per scadenza del termine di cui all'art. 1129 c.c. o

per dimissioni, **Sez. 2, n. 12120/2018, Scalisi, Rv. 648358-01**, in linea col precedente orientamento (Sez. 2, n. 15858/2002, Schettino, Rv. 558421-01), ha ritenuto che la *perpetuatio* di poteri in capo al predetto, in quanto fondata sulla presunzione della sua conformità all'interesse e alla volontà dei condomini, non operi quando l'assemblea condominiale esprima, con delibera, una volontà contraria alla conservazione dei poteri di gestione da parte dell'amministratore cessato dall'incarico.

La disciplina del condominio e, con essa, le attribuzioni dell'amministratore trovano, infine, applicazione anche in caso di condominio costituito in via convenzionale ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. 30 marzo 1990, n. 76 ("Testo unico delle leggi per gli interventi nei territori della Campania, Basilicata, Puglia e Calabria colpiti dagli eventi sismici del novembre 1980, del febbraio 1981 e del marzo 1982), il quale, sotto il titolo "Condominio di edifici", dispone che, "per gli immobili distrutti o da demolire o da riparare in conseguenza degli eventi sismici, i proprietari delle unità immobiliari procedono alla costituzione convenzionale del condominio al fine di adottare le delibere necessarie per l'esecuzione dei lavori di ricostruzione o riparazione" e che la disposizione in tema di maggioranze "deve intendersi applicabile anche agli atti di costituzione dei condomini o dei consorzi di proprietari di unità minime di intervento, previste nei piani indicati nell'articolo 34, comma 3".

A questo riguardo, Sez. 2, n. 09547/2018, Lombardo, Rv. 648092-01, dopo avere sostenuto che tale disposizione, mirando ad agevolare la ricostruzione delle zone territoriali colpite dal sisma, prevede l'applicabilità della disciplina del condominio non solo nella interlocuzione tra privati e pubblica amministrazione, ma anche per tutto quanto attiene all'esecuzione delle opere di ricostruzione, ha sostenuto che l'amministratore delle unità minime di intervento (cd. "UMI"), è legittimato, sia attivamente che passivamente, per tutto quanto concerne l'esecuzione dei lavori di ricostruzione o riparazione oggetto delle delibere adottate dal condominio, nei medesimi termini in cui lo è l'amministratore di un condominio di edificio, avendo l'art. 15 cit. l'unico fine, acceleratorio e semplificatorio, di rendere applicabile la disciplina codicistica del condominio, quanto alle deliberazioni ed alla rappresentanza delle UMI, sol che sussistano le condizioni previste dalla legge speciale per la ricostruzione ed indipendentemente dalla sussistenza o meno delle condizioni previste dagli artt. 1117 e ss. c.c. per la costituzione del condominio.

## 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.

Con specifico riguardo al soggetto titolare dell'azione, Sez. 2, n. 27162/2018, Scarpa, Rv. 651018-01, ha precisato che il generale potere *ex* art. 1137 c.c. di impugnare le deliberazioni condominiali in relazione alle spese necessarie per le parti comuni dell'edificio compete al proprietario della singola unità immobiliare, ma non all'utilizzatore di un'unità immobiliare in *leasing*, essendo quest'ultimo titolare non di un diritto reale, ma di un diritto personale derivante da un contratto ad effetti obbligatori che rimette il perfezionamento dell'effetto traslativo ad una futura manifestazione unilaterale di volontà del conduttore.

A questo proposito, è stato altresì sostenuto che, ai fini della legittimazione dell'utilizzatore in *leasing* alla partecipazione all'assemblea ed alla correlata impugnativa, non può rilevare il principio dell'apparenza del diritto, che conferisce valore dirimente al fatto che quegli si comportasse abitualmente come fosse un condomino, in quanto nei rapporti fra condominio e singoli partecipanti ad esso non trovano applicazione i principi di affidamento e di tutela dell'*apparentia iuris*.

Quanto poi ai poteri del giudice in ordine ai motivi di annullamento, Sez. 6-2, n. 16675/2018, Scarpa, Rv. 649235-01, ha stabilito che la domanda di declaratoria dell'invalidità di una delibera dell'assemblea dei condomini per un determinato motivo non

consente al giudice, nel rispetto del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, di pronunciare l'annullamento per qualsiasi altra ragione attinente a quella questione né, tantomeno, l'annullamento, sia pure per la stessa ragione esplicitata con riferimento alla deliberazione specificamente impugnata, delle altre delibere adottate nella stessa adunanza ma non ritualmente opposte, in quanto, ancorché sia redatto un unico processo verbale per l'intera adunanza, l'assemblea pone in essere tante deliberazioni ontologicamente distinte ed autonome fra loro, quante siano le diverse questioni e materie in discussione, con la conseguente astratta configurabilità di separate ragioni di invalidità attinenti all'una o all'altra.

Come noto, la disciplina di cui all'art. 1137 c.c. si riferisce alle sole delibere assembleari annullabili, ma non anche a quelle affette da nullità in quanto prive degli elementi essenziali, aventi oggetto impossibile o illecito (contrario all'ordine pubblico, alla morale o al buon costume) o non rientranti nella competenza dell'assemblea, incidenti sui diritti individuali sulle cose o servizi comuni o sulla proprietà esclusiva di ognuno dei condomini, o comunque invalide in relazione all'oggetto, secondo le indicazioni contenute nella pronuncia delle SS.UU. n. 04806/2005, Elefante, Rv. 579439-01.

Sulla base di questo principio, la già citata Sez. 2, n. 01629/2018, Scarpa, Rv. 647644-01, in conformità al precedente orientamento, ha reputato nulla, in quanto incidente sui diritti individuali sulle cose o servizi comuni, la deliberazione dell'assemblea condominiale che, all'esito di un giudizio che aveva visto contrapposti il condominio ed un singolo condomino, aveva posto anche a carico di quest'ultimo, pro quota, il pagamento delle spese sostenute dallo stesso condominio per il compenso del difensore nominato in tale processo, stante l'inapplicabilità, anche in via analogica, del disposto di cui agli artt. 1132 e 1101 c.c. trattandosi di spese per prestazioni rese a tutela di un interesse comunque opposto alle specifiche ragioni personali del singolo condomino, mentre Sez. 2, n. 08014/2018, Giusti, Rv. 647872-01, ha sostenuto la nullità della delibera con la quale era stato disciplinato il godimento di un'area esterna alle mura perimetrali dell'edificio, assegnando direttamente ai condomini i posti macchina insistenti sulla stessa, nonostante fosse rimasta di proprietà del costruttore del fabbricato e nonostante gli acquirenti degli immobili, illegittimamente privati del diritto all'uso dell'area pertinente a parcheggio, non avessero agito per accertare giudizialmente la nullità dei negozi da loro stipulati nella parte in cui era stato omissivo il trasferimento degli spazi a parcheggio, in quanto

incidente sui diritti individuali di proprietà esclusiva di uno dei condomini.



## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

# **LESIONE DELLA PROPRIETÀ, NEGAZIONE DEI DANNI NON PATRIMONIALI E DANNI PATRIMONIALI IN RE IPSA**

(DI ANTONIO SCARPA)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La irrisarcibilità del danno non patrimoniale alla proprietà – 3. La risarcibilità automatica del danno patrimoniale alla proprietà.

### **1. Premessa**

Il problema dei rapporti tra la lesione della proprietà e il risarcimento del danno è stato affrontato frequentemente anche nell'ultimo anno dalle decisioni della Corte di Cassazione, soprattutto per stabilire quali siano gli oneri processuali incombenti al riguardo sull'attore, ovvero se tali oneri possano essere in concreto agevolati dal ricorso a presunzioni semplici e ragionamenti inferenziali. Resta, invece, marginale la riflessione della Suprema Corte sulla risarcibilità della compromissione di interessi o valori privi di contenuto economico quale conseguenza immediata di una violazione delle facoltà proprietarie.

### **2. La irrisarcibilità del danno non patrimoniale alla proprietà -**

Com'è noto, Sez. U, 26972/2008, Preden (e le altre sentenze dell'11 novembre 2008), negando in modo esplicito il risarcimento del danno non patrimoniale in relazione ai diritti riconosciuti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, giacché non parificabile al danno connotato da un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, non lasciava spazio alla risarcibilità del danno non patrimoniale alla proprietà. L'impianto delle pronunce delle Sezioni Unite del 2008 portò a considerare che vi possono, dunque, essere violazioni del principio del *neminem laedere*, di cui all'art 2043 c.c., che arrecano un danno alla proprietà in sé ingiusto (nel suo duplice aspetto di danno prodotto *contra ius* e di danno *non iure*), e però risarcibile soltanto se patrimoniale, e cioè se connotato da immediata rilevanza economica, ovvero anche se non patrimoniale, ma nei soli casi in cui la

lesione della proprietà costituisca anche reato. Ciò non perché, ovviamente, il rapporto di appartenenza, che intercorre tra il *dominus* e la *res*, è “privo di copertura costituzionale”, ma perché la natura economica del diritto e la sua funzione tipicamente (seppur non esclusivamente) patrimoniale ne impediscono la risarcibilità quale forma di tutela della persona.

Si aggiungeva nelle sentenze dell'11 novembre che il danno non patrimoniale, seppur determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce non “danno evento”, quanto “danno conseguenza”, dunque non sussiste *in re ipsa*, ma deve sempre essere allegato e provato dall'attore, sia pur non necessariamente mediante testimoni o documenti, quand'anche facendo ricorso al ragionamento presuntivo.

Va ulteriormente considerato come una delle più sicure ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale per lesione alla proprietà, un tempo ravvisabile, ex art. 185, comma 2, c.p., in presenza della commissione del reato di danneggiamento, debba ora fare i conti con l'intervenuta depenalizzazione del vecchio delitto di danneggiamento semplice, previsto dal primo comma del previgente art. 635, comma 1, c.p., fattispecie perseguita con la sola sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. A ciò si aggiunga che, perché la condotta di danneggiamento sia perseguibile, in forza degli artt. 3 e 4, comma 1, del d.lgs. n. 7 del 2017, con la sanzione pecuniaria civile da € cento a € ottomila, occorre che sia accolta la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa.

Si è poi inserito nell'ordinamento l'art. 34 del d.l. n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, nella legge n. 111/2011, il quale ha introdotto nel Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità l'art. 42 *bis*, ove si prevede che l'autorità, la quale, senza un valido titolo espropriativo, utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, può disporre l'acquisizione sanante al suo patrimonio indisponibile, corrispondendo al proprietario un indennizzo “*per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene*”.

E' infine entrato in vigore, nel frattempo, il nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea. Stante il “carattere sub-costituzionale della CEDU”, si impone un raffronto tra le regole da essa ricavate e la Costituzione. Le norme della Convenzione sono idonee a dar corpo agli “obblighi internazionali” costituenti parametro di costituzionalità della legge italiana in forza dell'art. 117, comma 1, Cost. Il giudice nazionale è perciò chiamato ad assegnare al diritto interno un significato quanto più aderente alla CEDU, fermo il



prioritario compito di adottare sempre una lettura costituzionalmente conforme.

L'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali appresta un'intensa tutela del diritto di proprietà, unico diritto di contenuto patrimoniale cui è dedicata una disposizione convenzionale. Un altrettanto ampio riconoscimento del diritto di proprietà è contenuto nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per la Corte Europea dei diritti dell'uomo il diritto di proprietà rientra tra quelli inviolabili, e perciò la violazione del Protocollo n. 1 della Convenzione comporta il risarcimento dei danni anche non patrimoniali (Corte europea diritti dell'uomo, 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 12 ottobre 2010, *Atanasiu c. Romania*; Corte europea diritti dell'uomo, 21 febbraio 2002, *Ghidotti c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo 28 giugno 2011, *De Caterina e altri c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 1 febbraio 2011, *Quattrone c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 22 dicembre 2009, *Guiso-Gallisy c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 4 dicembre 2007, *Pasculli c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 24 luglio 2007, *Mason c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 6 marzo 2007, *Scordino c. Italia*; Corte europea diritti dell'uomo, 11 dicembre 2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*).

La dottrina prospetta, allora, un dilemma operativo: o va ampliato il catalogo dei diritti inviolabili che consentono la risarcibilità dei danni non patrimoniali, in nome di un'interpretazione (non solo) costituzionalmente e (quindi anche) comunitariamente (ex art. 117 Cost.) orientata, includendovi pure il diritto di proprietà; o si pone una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. nella parte in cui tale norma non permette il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione della proprietà per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU, quale norma interposta.

Basterebbe dare rilevanza, ai fini dell'ingiustizia del pregiudizio arrecato dal terzo ex art. 2043 c.c., alla relazione di strumentalità tra il bene di proprietà leso e l'esercizio di un'attività destinata a soddisfare non un bisogno economico, quanto la realizzazione di diritti inviolabili della persona. La violazione del diritto di proprietà provoca non soltanto la lesione del bene che ne è oggetto, ma coinvolge anche altri interessi, con conseguenze dannose che possono rivelarsi sia patrimoniali, sia, appunto, non patrimoniali. La tutela della proprietà non è, del resto, tutela del suo solo oggetto, economicamente rilevante, ma tutela del più complesso rapporto che si instaura fra l'oggetto di dominio e la persona.

Il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione di un bene oggetto di proprietà dovrebbe, allora, valorizzare la destinazione concreta o comunque attuale della cosa ad un'attività o ad uno scopo, destinazione impressa dal proprietario che può rendersi, invero, strumentale a fornirgli nuove utilità non obiettivamente e direttamente commisurabili in denaro e potenzialmente realizzatrici altresì di interessi fondamentali della persona oggetto di tutela costituzionale. Ciò non significherebbe valutare la rilevanza costituzionale con riferimento al tipo di pregiudizio e non al diritto in sé leso, perché il danno non risarcisce la lesione del bene in sé, ma l'alterazione dell'interesse, e cioè del singolo rapporto tra quel bene e quel soggetto. Il rilievo costituzionalmente qualificato, richiesto ai fini dell'art. 2059 c.c., è predicato indifferente rispetto all'evento naturalistico del danno, ed invece indispensabile per valutare proprio la conseguenza della lesione.

**Sez. 6-2, n. 17460/2018, Scarpa, Rv. 649269-01**, tuttavia, ha escluso la configurabilità di un danno non patrimoniale conseguente alla mancata utilizzazione di un'area comune condominiale, non ravvisandovi alcuna lesione di interessi della persona di rango costituzionale

**Sez. 2, n. 23134/2018, Cavallari**, invece, definendo una causa in tema di difetti di un immobile compravenduto, ha negato all'acquirente la risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato dalla temporanea non disponibilità dell'appartamento alienato, ma ciò considerando che il presunto danneggiato aveva potuto soddisfare le proprie esigenze abitative in altro luogo comunque idoneo, e non già, dunque, a monte, per la natura esclusivamente economica e la funzione tipicamente patrimoniale del diritto del compratore di pretendere, con la consegna del bene, la piena affermazione del suo diritto di proprietà nell'interezza dell'oggetto acquistato. Sez. U, n. 2611/2017, Bianchini, Rv. 642418-01, del resto, nel riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite, per il pregiudizio del diritto al normale svolgimento della vita familiare e del diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, radicava il referente normativo della lesione al godimento della propria abitazione non soltanto nell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche "nell'art. 42, comma 2, Cost., che tutela la proprietà privata e detta i limiti per la compressione del relativo diritto". Occorre, altrimenti, intendere che il riferimento all'art. 42 Cost., operato da Sez. U, n. 2611/2017, sia stato soltanto un *obiter dictum*, non avendo tale *pronuncia avuto intenzione di affrontare innovativamente* il rapporto tra proprietà, diritti inviolabili e danno non patrimoniale, in quanto, nella fattispecie, veniva in considerazione non il

diritto economico di proprietà, quanto, piuttosto, la tutela del bisogno abitativo della persona, di per sé indipendente dal titolo di appartenenza del bene-casa.

### **3. La risarcibilità automatica del danno patrimoniale alla proprietà –**

La Corte di Cassazione ribadisce univocamente che la lesione di un diritto inviolabile non determina la sussistenza di un danno non patrimoniale "*in re ipsa*", essendo comunque necessario che la vittima abbia effettivamente patito un pregiudizio, il quale va allegato e provato, anche attraverso presunzioni semplici (nell'ultimo anno, **Sez. 3, n. 11269/2018, Olivieri, Rv. 648606 – 01; Sez. 6 - 3, n. 7594/2018, Scarano, Rv. 648443 – 01; Sez. 3, n. 907/2018, Ambrosi, Rv. 647127 – 03; Sez. 2, n. 28472/2018, Bellini, Rv. 651525 – 01**).

E', invece, oggetto di un latente, quanto netto, contrasto di decisioni di legittimità la questione della risarcibilità del danno "*in re ipsa*" subito dal proprietario per la perdita di disponibilità o per la limitazione del godimento di un immobile.

**Sez. 2, n. 21501/2018, Grasso, Rv. 650315 – 02**, aderisce all'orientamento secondo cui la violazione delle distanze tra costruzioni cagiona al proprietario un danno "*in re ipsa*", che non postula 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.

**Sez. 6 - 2, n. 21239/2018, Falaschi, Rv. 650352 – 01**, afferma parimenti che è "*in re ipsa*" il danno subito dal nuovo proprietario nel caso di ritardata consegna di un bene immobile, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dalla impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile.

Ancora, per **Sez. 2, n. 20545/2018/2018, Federico, Rv. 649998 – 01**, nel caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario è "*in re ipsa*", sempre perché correlato alla natura del bene ed alle utilità da esso ricavabili.

Viceversa, per **Sez. 3, n.13071/2018, Graziosi, Rv. 648709 – 01**, nel caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente "*in re ipsa*", arrivandosi altrimenti ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo. Piuttosto, il danno da occupazione "*sine titulo*", in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici,

ma un siffatto alleggerimento dell'onere probatorio non può comportare anche l'esonero dall'allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto.

Ritornando allo schema di Sez. U, 26972/2008, Preden, quel che rilevarebbe ai fini del risarcimento del danno alla proprietà non potrebbe essere, perciò, il “danno evento”, quanto unicamente il “danno conseguenza”, sicché esso non sussiste *in re ipsa*, ma deve sempre essere allegato e provato dall'attore.

In realtà, nella logica del processo vi è una pressoché inevitabile corrispondenza tra «allegare» e «provare».

Allegare un fatto in giudizio vuol dire, in senso proprio, formulare un enunciato descrittivo di quel fatto all'interno di un atto difensivo. L'allegazione di un fatto, se compiuta entro le barriere preclusive che scandiscono il giudizio civile, contribuisce alla fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

L'allegazione di un danno alla proprietà, di cui si chiedi il risarcimento, non può, dunque, ridursi nella enunciazione della patita lesione del diritto, acquisendo quest'ultima rilevanza giuridica se la formulazione esplicita l'effetto giuridico del pregiudizio arrecato ad interessi del proprietario, connotati o meno da rilevanza economica.

Di regola, sulla parte che abbia l'onere di allegare un fatto nel processo incombe poi altresì l'onere di dimostrare con prove che quel fatto si sia davvero verificato. Dover provare un fatto significa dover fornire al giudice i mezzi perché questi ne possa controllare l'esistenza. Tuttavia, poiché le sentenze dicono che il danno, patrimoniale come non patrimoniale, da lesione della proprietà, pur non esistendo automaticamente per la sola natura delle cose, può essere provato avvantaggiandosi dell'invocazione delle presunzioni semplici, nella sostanza all'attore basta allegare e provare la condotta violatrice del diritto di proprietà, perché da questo fatto noto percepito il giudice tragga, mediante procedimento logico di deduzione, il fatto ignoto della lesione di interessi del proprietario, suscettibili, o meno, di immediata valutazione economica. In tal modo, al di là delle definizioni, come si avverte in dottrina, il pregiudizio dell'interesse giuridico tutelato rimane automaticamente compreso nella lesione della proprietà, sicché, se non il danno, quanto meno la sua prova tende inevitabilmente a diventare *in re ipsa*.

## CAPITOLO VI

### LE SUCCESSIONI E DONAZIONI

(DI DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. La delazione ereditaria. - 2. L'accettazione di eredità. - 3. Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni. - 4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata. - 5. Il testamento. - 6. Il legato. - 7. La divisione ereditaria. - 8. Il retratto successorio. - 9. La collazione. - 10. Le donazioni.

#### 1. La delazione ereditaria.

In tema di rapporti fra mandato e successione ereditaria, con riguardo all'efficacia temporale della volontà del *de cuius*, **Sez. 3, n. 11763/2018, Dell'Utri, Rv. 648614-02**, ha ribadito l'ormai risalente orientamento di Sez. 3, n. 2804/1962, La Farina, Rv. 254164-01, secondo il quale è valido ed efficace un mandato *post mortem exequendum* conferito ed accettato durante la vita del mandante ed avente per oggetto un incarico (anche se di contenuto patrimoniale) da eseguirsi dal mandatario dopo la morte del mandante e per conto di questo. Peraltro, è stato rilevato che la validità di un mandato da eseguirsi *post mortem* resta, comunque, subordinata alla circostanza che la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano la successione *mortis causa*, atteso che la volontà del defunto, relativamente ai beni dell'eredità, può operare, dopo il decesso, esclusivamente come volontà testamentaria, nelle forme, nei modi e nei limiti determinati dalla legge.

Pertanto, è stata negata validità ad un mandato contrattuale che comporti, attraverso l'esecuzione da parte del mandatario, dopo la morte del mandante, una trasmissione *mortis causa* di beni patrimoniali, inerenti all'eredità, a favore di terze persone (*mandatum post mortem*).

Sempre al fine di garantire il rispetto delle scelte del defunto, **Sez. 6-2, n. 15919/2018, Criscuolo, Rv. 649095-01**, ha chiarito che è nulla, per violazione degli artt. 458 e 557 c.c., la transazione conclusa da uno dei futuri eredi, allorquando sia ancora in vita il *de cuius*, con la quale egli rinunci ai diritti vantati, anche quale legittimario, sulla futura successione, ivi incluso il diritto a fare accertare la natura simulata degli atti di alienazione posti in essere dall'ereditando perché idonei a dissimulare una donazione.

Con riferimento alla problematica dell'indegnità, **Sez. 2, n. 6747/2018, Picaroni, Rv. 647856-01**, ha confermato il precedente

di Sez. 3, n. 6859/1993, Fancelli, Rv. 482846-01, per il quale la legittimazione a domandare la relativa pronuncia spetta a coloro che sono potenzialmente idonei a subentrare all'indegno nella delazione ereditaria e, quindi, pure al coerede che potrebbe beneficiare dell'accrescimento della propria quota ove i successibili per diritto di rappresentazione in luogo del medesimo indegno non possano o non vogliano accettare l'eredità.

Inoltre, **Sez. U, n. 17122/2018, Manna F., Rv. 649495-02**, ha dato seguito all'indirizzo, espresso in passato da Sez. 2, n. 12158/2015, Nuzzo, Rv. 635621-01, per il quale, in tema di successione testamentaria, l'*institutio ex re certa* ha ad oggetto un bene determinato e solo di riflesso la quota, sicché l'alienazione successiva del bene attribuito implica la revoca della istituzione di erede o l'attribuzione di una quota maggiore rispetto a quella assegnata a favore di altro coerede, senza che possa trovare applicazione l'art. 686 c.c. in materia di legato poiché l'art. 588, comma 2, c.c. consente di determinare la quota spettante all'erede sulla base del valore dei beni assegnati ed in rapporto a quello del restante patrimonio eventualmente attribuito ad altri coeredi.

Sempre trattando di delazione ereditaria, **Sez. U, n. 17122/2018, Manna F., Rv. 649495-01**, ha confermato che nel sepolcro ereditario lo *ius sepulchri* si trasmette nei modi ordinari, per atto *inter vivos* o *mortis causa*, come qualsiasi altro diritto, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia. Al contrario, nel sepolcro gentilizio o familiare - tale dovendosi presumere il sepolcro, in caso di dubbio - lo stesso *ius sepulchri* è attribuito, in base alla volontà del testatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari di esso, acquistandosi dal singolo *iure proprio* sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, *iure sanguinis* e non *iure successionis*, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari, caratterizzata da intrasmissibilità del diritto, per atto tra vivi o *mortis causa*, imprescrittibilità e irrinunciabilità. Il diritto di sepolcro, peraltro, si trasforma in ereditario con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione *mortis causa*.

Infine, in ordine al rapporto con l'istituto del maso chiuso, **Sez. 2, n. 24216/2018, Federico, Rv. 650643-01**, ha chiarito che, ai fini della valutazione della ricorrenza dei requisiti preferenziali posti dall'art. 14 l.p. Bolzano n. 17 del 2001 per l'assunzione del maso stesso, non rileva, in ipotesi di vocazione per rappresentazione, la

posizione del rappresentato, ma quella del rappresentante, poiché l'istituto in questione, diretto alla preservazione dell'agricoltura di montagna ed alla tutela della minima unità colturale, è ispirato alle garanzie di continuazione, in ambito familiare, dell'attività aziendale da parte di chi abbia un particolare legame con il detto maso.

## 2. L'accettazione di eredità.

In tema di rapporti fra delazione ed accettazione dell'eredità, **Sez. 6-2, n. 5247/2018, Cosentino, Rv. 647986-01**, ha affermato che, per l'acquisto della qualità di erede, non è di per sé sufficiente, neanche nella successione legittima, la delazione che segue l'apertura della successione, essendo necessaria l'accettazione del chiamato mediante una dichiarazione di volontà oppure un comportamento obiettivo di acquiescenza.

Seguendo questa impostazione, con una pronuncia che ha confermato la precedente giurisprudenza, esemplificata da Sez. 2, n. 13738/2005, Settimj, Rv. 581423-01, **Sez. 2, n. 10060/2018, Fortunato, Rv. 648326-01**, ha ribadito che, poiché l'accettazione tacita dell'eredità può desumersi dall'esplicazione di un'attività personale del chiamato incompatibile con la volontà di rinunciarvi, *id est* con un comportamento tale da presupporre l'intento di accettare l'eredità, essa può legittimamente reputarsi implicita nell'esperimento, da parte del chiamato, di azioni giudiziarie che - essendo intese alla rivendica o alla difesa della proprietà o al risarcimento dei danni per la mancata disponibilità di beni ereditari - non rientrino negli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti dall'art. 460 c.c. e, quindi, non sarebbero state proponibili dal chiamato, se non avesse voluto fare propri i diritti successori.

Ad identiche conclusioni è giunta **Sez. 2, n. 14499/2018, Scarpa, Rv. 648845-01**, precisando che la valutazione dell'idoneità della condotta del chiamato ad accettare tacitamente l'eredità deve avvenire in maniera obiettiva, alla stregua del comune modo di agire di una persona normale. La S.C. ha, pertanto, ritenuto che la ricezione, da parte del medesimo chiamato, del pagamento dell'indennità per il passaggio coattivo sul fondo servente del *de cuius* comporti tale accettazione tacita.

Le ultime pronunce menzionate palesano l'esistenza di un orientamento ormai univoco, destinato probabilmente a perpetuarsi in futuro.

Con una statuizione di carattere processuale **Sez. 2, n. 9980/2018, Bellini, Rv. 648159-01**, ha chiarito, come in passato

fatto da Sez. 2, n. 9901/1995, Carnevale, Rv. 494083-01, che la prescrizione del diritto di accettare l'eredità ex art. 480 c.c. opera a vantaggio di chiunque vi abbia interesse, pur se estraneo all'eredità. Il convenuto che sia nel possesso dei beni ereditari può, perciò, in virtù di tale sola circostanza e senza che sia necessario che in proprio favore si sia compiuta l'usucapione, opporre la relativa eccezione a qualunque chiamato all'eredità.

Sempre con riferimento a problematiche processuali, secondo **Sez. 2, n. 6745/2018, Scalisi, Rv. 647819-01**, il figlio che aziona in giudizio un diritto del genitore, del quale afferma essere erede *ab intestato*, ove non sia stato contestato il rapporto di discendenza con il *de cuius*, al fine di dare prova della sua legittimazione attiva, non deve ulteriormente dimostrare l'esistenza di detto rapporto, producendo l'atto dello stato civile attestante la filiazione, poiché è sufficiente che egli, in quanto chiamato a titolo di successione legittima, abbia accettato, anche tacitamente, l'eredità, circostanza che può ricavarsi dall'esercizio stesso dell'azione.

Inoltre, **Sez. 2, n. 15066/2018, Criscuolo, Rv. 649077-01**, ha affermato che, nell'ipotesi di morte della parte costituita e di dichiarazione dell'evento interruttivo resa in udienza dal suo procuratore o da questi notificata alle altre parti, la mera circostanza che uno dei successori sia parte del giudizio in nome proprio al momento del decesso, sia pure in una posizione di sostanziale coincidenza di interessi e di linea difensiva con il defunto, non comporta che egli assuma automaticamente la qualità di erede dello stesso né al fine dell'impedimento dell'evento interruttivo né con riguardo alla coltivazione delle domande proposte dal *de cuius*. La S.C. ha, quindi, escluso che il figlio della parte deceduta in corso di causa, presente nel processo in nome proprio, avesse accettato tacitamente l'eredità ex art. 476 c.c. con la semplice proposizione di appello contro la decisione di primo grado, non avendo speso la qualità di erede del genitore.

### **3. Il beneficio d'inventario e la separazione dei beni.**

Rifacendosi al non più recente orientamento espresso da Sez. 2, n. 8527/1994, Santilli, Rv. 488148-01, **Sez. 2, n. 20713/2018, Besso Marcheis, Rv. 649914-01**, ha ribadito che, una volta scaduto il termine dell'art. 498 c.c., ai creditori che non hanno tempestivamente presentato la dichiarazione di credito è preclusa la possibilità di partecipare alla procedura di liquidazione concorsuale, restando loro azione ex art. 502, comma 3, c.c. nei limiti della somma che residui



dopo il pagamento dei creditori e dei legatari collocati nello stato di graduazione.

Ancora con riguardo alla materia del beneficio d'inventario, **Sez. 2, n. 7477/2018, Scarpa, Rv. 647999-01**, ha chiarito che, se, al momento della formazione del titolo esecutivo giudiziale per un debito del *de cuius* nei confronti dell'erede che abbia dichiarato di accettare col beneficio, non sono ancora decorsi i termini per il compimento dell'inventario, la limitazione della responsabilità ex art. 490 c.c. può essere utilmente eccepita dinanzi al giudice dell'esecuzione e a quello dell'opposizione, trattandosi di fatto successivo alla definitività del titolo.

Inoltre, **Sez. 2, n. 20971/2018, Dongiacomo, Rv. 650027-01**, ha specificato che il legittimario totalmente pretermesso dall'eredità che, a tutela del proprio diritto alla reintegrazione della quota di legittima, impugna per simulazione un atto compiuto dal *de cuius*, agisce in qualità di terzo e non in veste di erede - condizione che acquista solo in conseguenza del positivo esperimento dell'azione di riduzione - e, come tale ed al pari dell'erede che eserciti un'azione di simulazione assoluta ovvero relativa, ma finalizzata a fare valere la nullità del negozio dissimulato, non è tenuto alla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. Al contrario, ove il legittimario sia anche erede e proponga un'azione di simulazione relativa, ma volta ad accertare la validità del negozio dissimulato, la domanda deve ritenersi presentata esclusivamente in funzione dell'azione di riduzione e postula, quale condizione per la propria ammissibilità, la previa accettazione beneficiata.

Infine, in un'ottica processuale, **Sez. U, n. 11849/2018, Manna F., Rv. 648546-01**, ha affermato che il decreto con cui la corte di appello rigetta o dichiara inammissibile la domanda di separazione dei beni mobili del defunto da quelli dell'erede ex art. 517 c.c., pur essendo un provvedimento di volontaria giurisdizione, è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., in quanto idoneo, una volta decorso il termine di decadenza dell'art. 516 c.c., ad incidere definitivamente in maniera negativa sul diritto del creditore del *de cuius* a costituirsi un titolo di preferenza, rispetto ai creditori particolari dell'erede, sui beni oggetto della garanzia patrimoniale sui quali aveva fatto affidamento.

#### 4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata.

Secondo **Sez. 2, n. 168/2018, Criscuolo, Rv. 647028-01**, la conferma delle disposizioni testamentarie o la volontaria esecuzione

di esse non opera rispetto a quelle lesive della legittima, perché gli effetti “convalidativi” dell’art. 590 c.c. si riferiscono alle sole disposizioni testamentarie nulle. Ne deriva che, in dette ipotesi, non è preclusa al legittimario l’azione di riduzione, eccetto che egli non abbia manifestato in modo non equivoco la volontà di rinunciare a fare valere la lesione mediante un comportamento concludente incompatibile con la stessa. In particolare, la S.C. ha annullato la decisione impugnata che aveva ritenuto che l’immissione del legittimario nel godimento dei beni legatigli costituisse rinuncia tacita all’azione di riduzione, considerato, peraltro, che l’erede pretermesso, salva l’ipotesi prevista dall’art. 551 c.c., non è tenuto a rinunciare al legato per proporre l’azione *de qua*.

In tema di prova, **Sez. 2, n. 15510/2018, Criscuolo, Rv. 649176-01**, ha affermato che l’erede legittimario, il quale agisca per l’accertamento della simulazione di una vendita compiuta dal *de cuius*, siccome dissimulante una donazione affetta da nullità per difetto di forma, assume, rispetto ai contraenti, la qualità di terzo - con conseguente ammissibilità della prova testimoniale o presuntiva senza limiti o restrizioni - quando abbia proposto la domanda sulla premessa dell’avvenuta lesione della propria quota di legittima. In tale situazione, infatti, detta lesione assurge a *causa petendi* accanto al fatto della simulazione ed il legittimario, benché successore del defunto, non può essere assoggettato ai vincoli probatori previsti per le parti dall’art. 1417 c.c., non rilevando che egli, quale erede legittimo, benefici non solo dell’effetto di reintegrazione della summenzionata quota, ma pure del recupero del bene al patrimonio ereditario per intero, poiché il regime probatorio non può subire differenziazioni a seconda del risultato finale cui conduca l’accoglimento della domanda.

Infine, **Sez. 2, n. 2754/2018, Scarpa, Rv. 647792-01**, ha ribadito, come già deciso da Sez. U, n. 4847/2013, Mazzacane, Rv. 625171-01, che i diritti sull’abitazione adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, attribuiti dall’art. 540, comma 2, c.c., spettano al coniuge superstite anche ove si apra una successione legittima, in aggiunta alla quota attribuita dagli artt. 581 e 582 c.c., essendo i detti diritti finalizzati a dare tutela, sul piano patrimoniale e su quello etico-sentimentale, al coniuge, evitandogli i danni che la ricerca di un nuovo alloggio cagionerebbe alla stabilità delle abitudini di vita della persona.

## 5. Il testamento.

Molte sono state le decisioni concernenti i requisiti di forma del testamento e la volontà del suo autore.

La tendenza della giurisprudenza è, ormai da anni, nel senso di garantire al massimo l'attuazione della intenzione del defunto, il che porta, da un lato, a favorire una interpretazione conservatrice della scheda predisposta del *de cuius* e a ridurre la sindacabilità dell'errore di quest'ultimo, dall'altro, a sanzionare molto severamente gli interventi del terzo nella redazione dell'atto di ultima volontà.

Coerentemente, **Sez. 2, n. 10882/2018, Dongiacomo, Rv. 648096-01**, e **Sez. 2, n. 10075/2018, Criscuolo, Rv. 648333-01**, hanno ribadito, conformandosi all'insegnamento di Sez. 2, n. 24637/2010, San Giorgio, Rv. 615311-01, che l'interpretazione del testamento, cui in linea di principio sono applicabili le regole di ermeneutica dettate dal codice in tema di contratti, con la sola eccezione di quelle incompatibili con la natura di atto unilaterale non recettizio del negozio *mortis causa*, è caratterizzata, rispetto a quella contrattuale, da una più penetrante ricerca, aldilà della dichiarazione, della volontà del testatore, la quale, alla stregua dell'art. 1362 c.c., va individuata con riferimento ad elementi intrinseci alla scheda testamentaria, sulla base dell'esame globale della scheda stessa e non di ciascuna singola disposizione. Tuttavia, ove dal testo dell'atto non emergano con certezza l'effettiva intenzione del *de cuius* e la portata della disposizione, il giudice può fare ricorso ad elementi estrinseci al testamento, ma pur sempre riferibili al testatore, quali, ad esempio, la personalità dello stesso, la sua mentalità, cultura o condizione sociale o il suo ambiente di vita.

Sempre in ordine all'interpretazione del testamento, con riguardo alla distinzione fra sostituzione fedecommissaria e costituzione testamentaria di usufrutto con contestuale istituzione di eredi nudi proprietari, per Sez. 2, n. 25698/2018, Carrato, Rv. **650777-01**, che segue il precedente di Sez. 2, n. 4435/2009, Mazziotti Di Celso, Rv. 606680-01, detta interpretazione, qualora sia volta a determinare se il testatore abbia voluto disporre una sostituzione fedecommissaria o una costituzione testamentaria di usufrutto, deve muovere dalla ricerca della effettiva volontà del *de cuius*, attraverso l'analisi delle finalità che il defunto intendeva perseguire, oltre che mediante il contenuto testuale della scheda testamentaria. Ne consegue che la disposizione con la quale il *de cuius* stesso lascia a persone diverse rispettivamente l'usufrutto e la nuda proprietà di uno stesso bene (o dell'intero complesso dei beni ereditari) non integra

gli estremi della sostituzione fedecommissaria, ma quelli di una formale istituzione di erede, quando le disposizioni siano dirette e simultanee e non in ordine successivo, i chiamati non succedano l'uno all'altro, ma direttamente al testatore, e la consolidazione tra usufrutto e nuda proprietà costituisca un effetto non della successione, ma della *vis expansiva* della proprietà.

In tema di modifiche della scheda testamentaria, ad avviso di **Sez. 2, n. 27414/2018, Scarpa, Rv. 650939-01**, nel testamento olografo l'omessa o incompleta indicazione della data ne comporta l'annullabilità. Al contrario, l'apposizione di questa ad opera di terzi, se effettuata durante il confezionamento del documento, lo rende nullo perché, in tal caso, viene meno l'autografia dell'atto, senza che rilevi l'importanza dell'alterazione. Peraltro, l'intervento del terzo, se avvenuto in epoca successiva alla redazione, non impedisce al negozio *mortis causa* di conservare il suo valore tutte le volte che sia comunque possibile accertare la originaria e genuina volontà del *de cuius*.

Si tratta di una decisione che richiama un orientamento tradizionale di legittimità, come quello di Sez. 2, n. 20703/2013, Scalisi, Rv. 627712-01, estremamente severo con la partecipazione di soggetti diversi dal testatore nella predisposizione del testamento.

Secondo **Sez. 2, n. 7178/2018, Carrato, Rv. 647862-01**, che si ricollega a Sez. 2, n. 2132/1971, Persico, Rv. 352872-01, l'errore sul motivo, assunto dall'art. 624, comma 2, c.c. quale causa di annullamento di disposizioni testamentarie, si identifica in quello che cade sulla realtà obiettiva e non già sulla valutazione che di essa abbia fatto il testatore nel suo libero e insindacabile apprezzamento circa l'importanza e le conseguenze della realtà stessa, in relazione alle sue personali vedute e aspirazioni ed ai fini perseguiti nel dettare le sue ultime volontà, sicché tale soggettiva valutazione della realtà obiettiva è da qualificarsi come giuridicamente irrilevante.

Inoltre, con riferimento ai vizi del testamento, **Sez. 2, n. 4653/2018, Picaroni, Rv. 647813-01**, ha confermato il precedente di Sez. 2, n. 14011/2008, Mazzacane, Rv. 603416-01, per il quale, in tema di impugnazione di una disposizione testamentaria che si assuma effetto di dolo, per poterne configurare la sussistenza non è sufficiente qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni, ma occorre la presenza di altri mezzi fraudolenti che - avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso - siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe

spontaneamente indirizzata. La relativa prova, pur potendo essere presuntiva, deve fondarsi su fatti certi che consentano di identificare e ricostruire l'attività captatoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore.

Nella stessa ottica, **Sez. 6-2, n. 3934/2018, Criscuolo, Rv. 647981-01**, ha dato seguito alla consolidata giurisprudenza, espressa da Sez. 2, n. 27351/2014, Mazzacane, Rv. 633616-01, per la quale l'incapacità naturale del testatore postula la esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi. Peraltro, atteso che lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi impugni il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo. Più specificamente, **Sez. 2, n. 25053/2018, Giannaccari, Rv. 650673-01**, ha chiarito che, mentre nell'ipotesi di infermità tipica, permanente ed abituale, l'incapacità del testatore si presume e l'onere della prova che il testamento sia stato redatto in un momento di lucido intervallo spetta a chi ne afferma la validità, qualora, invece, detta infermità sia intermittente o ricorrente, poiché si alternano periodi di capacità e di incapacità, non sussiste tale presunzione e, quindi, la prova dell'incapacità deve essere data da chi impugna il testamento.

Con una pronuncia di carattere processuale, **Sez. 2, n. 27414/2018, Scarpa, Rv. 650939-02**, ha confermato l'indirizzo, già seguito da Sez. 2, n. 8366/2012, Mazzacane V., Rv. 622459-01, per il quale la domanda giudiziale con cui la parte intenda fare accertare la nullità di un testamento, al fine di poterne disconoscere gli effetti, si pone, rispetto ad un'ipotetica domanda di annullamento di quel medesimo atto dipendente da un'invalidità meno grave, nei termini di maggiore a minore, sicché il giudice, in luogo della richiesta declaratoria di radicale nullità del testamento, può pronunciarne l'annullamento, ai sensi dell'art. 606, comma 2, c.c., ove quest'ultimo risulti fondato sugli stessi fatti, senza che la sentenza sia censurabile per il vizio di ultrapetizione. Al riguardo, non assume rilievo il principio di conservazione delle ultime volontà del defunto, non ricorrendo, nel caso in esame, una questione di interpretazione del testamento, bensì di qualificazione della suddetta domanda di nullità.

Vi sono state, altresì, delle statuizioni che hanno riguardato la materia, invero poco approfondita, della diseredazione.

Per **Sez. 2, n. 26062/2018, Tedesco, Rv. 650779-01**, poiché, al fine di giustificare l'interesse ad agire per fare accertare l'invalidità di una disposizione testamentaria, occorre che si possa vantare un diritto successorio in dipendenza della detta invalidità, tale posizione non è riconoscibile in capo a chi, potenziale successibile *ex lege*, sia stato validamente escluso, per diseredazione, dalla successione, atteso che l'invalidità colpisce, di regola, una o più singole disposizioni testamentarie, lasciando valide le altre, inclusa quella di esclusione.

Sul medesimo argomento è intervenuta pure, con considerazioni molto innovative, **Sez. 2, n. 26062/2018, Tedesco, Rv. 650779-02**, rilevando che la diseredazione, al pari dell'indegnità a succedere, ha efficacia meramente personale e non si estende *ipso iure* all'intera stirpe dell'escluso, nei cui confronti, pertanto, opera l'istituto della rappresentazione, salvo che il testatore disponga in modo diverso, escludendo dalla successione anche tutti i discendenti della persona diseredata. Nell'enunciare il principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva ritenuto che, con l'esclusione di fratelli e nipoti, la *de cuius* avesse manifestato la volontà di escludere dalla successione tutta la stirpe dei fratelli.

Quest'ultima sentenza è di un certo interesse perché sembra palesare la tendenza ad intendere la clausola di diseredazione in senso restrittivo, ricollegandosi essa ad elementi e valutazioni di carattere meramente soggettivo.

Con riferimento alla figura dell'esecutore testamentario ed all'esonero dello stesso dal suo ufficio, **Sez. 2, n. 24218/2018, Giannaccari, Rv. 650644-01**, ha ribadito che, in considerazione dell'esplicito richiamo all'art. 710 c.c. contenuto nell'art. 750, ultimo comma, c.p.c., il provvedimento del presidente del tribunale è reclamabile davanti a quello della corte d'appello e la decisione assunta da quest'ultimo non è impugnabile in cassazione con ricorso straordinario ex art. 111 Cost.

Con una pronuncia che ha affrontato una questione non frequentemente esaminata, **Sez. 2, n. 28272/2018, Criscuolo, Rv. 651381-02**, ha dato seguito al lontano precedente di Sez. 2, n. 1823/1970, Pratis, Rv. 888031-01, in base al quale l'istituzione di erede subordinata alla prestazione, da parte dell'istituto, di assistenza al testatore fino alla morte va qualificata come condizionata ed è comunque valida, giacché la disposizione non cessa di essere condizionale solo perché l'evento contemplato dal testatore è

destinato a diventare certo al momento del suo decesso. La S.C., nel negare che, in caso di istituzione condizionata di erede, potesse tenersi conto, ai fini dell'azione di riduzione, del valore della prestazione di assistenza resa, ha escluso la riconducibilità di una previsione siffatta a clausola testamentaria modale, considerato che, producendo l'onere i propri effetti obbligatori esclusivamente a fare data dall'apertura della successione, l'essere già venuti meno a tale epoca i beneficiari delle prestazioni ivi contemplate avrebbe reso effettivamente priva di efficacia la clausola *de qua*.

Infine, **Sez. 2, n. 169/2018, Criscuolo, Rv. 646665-01**, ha affermato, in tema di revocazione del testamento per sopravvenienza di figli, che il disposto dell'art. 687, comma 1, c.c. ha un fondamento oggettivo, riconducibile alla modificazione della situazione familiare rispetto a quella esistente al momento in cui il *de cuius* ha disposto dei suoi beni, sicché, dovendo ritenersi che tale modificazione sussista non solo quando il testatore riconosca un figlio, ma anche ove venga esperita nei suoi confronti vittoriosamente l'azione di accertamento della filiazione, il testamento è revocato pure qualora si verifichi il secondo di questi eventi, in virtù del combinato disposto degli artt. 277, comma 1, c.c. e 687 c.c., senza che abbia rilievo che la dichiarazione giudiziale di paternità o la proposizione della relativa azione intervengano dopo la morte del *de cuius* o che quest'ultimo, durante la sua vita, non abbia voluto riconoscere il figlio, pur essendo a conoscenza della sua esistenza.

## 6. Il legato.

Per ciò che concerne le disposizioni *mortis causa* a titolo particolare, la S.C. ha affrontato varie questioni di diritto intertemporale, adottando un indirizzo volto a favorire l'efficacia delle disposizioni *de quibus*.

Secondo Sez. 6-2, n. 1468/2018, Criscuolo, Rv. 647348-01, in tema di legato, laddove sia in contestazione la risoluzione della disposizione a detto titolo gravante su tutti i coeredi, in ragione del preteso inadempimento del legatario alle obbligazioni su di lui gravanti a titolo di onere, sussiste litisconsorzio necessario tra i coeredi onerati, poiché l'eventuale accoglimento della domanda di risoluzione produce necessariamente i suoi effetti in favore di ogni coerede.

Qualora, poi, il legato sia in favore di un ente di assistenza che sia stato soppresso dopo l'apertura della successione e le cui funzioni amministrative e relativo patrimonio siano stati trasferiti *ex lege* ad

altri enti, **Sez. 2, n. 17481/2018, Scarpa, Rv. 649451-03**, ha precisato che l'espressa definizione, ad opera del testatore, dello scopo perseguito dal predetto legato, imprimendo un vincolo di destinazione alle somme di denaro derivanti dalla vendita dei cespiti immobiliari che ne sono oggetto, può efficacemente assumere connotazione modale decisiva per l'individuazione dell'ente legittimamente chiamato alla successione, perché deputato ad assolvere tale scopo nel più ampio quadro dei propri fini istituzionali. In particolare, la S.C. ha ritenuto che all'Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia, a vantaggio della quale era stato legato un immobile perché, col ricavato della sua vendita, venisse realizzata una struttura a tutela della maternità e dell'infanzia, fosse succeduto il Comune, rientrando tra le sue attribuzioni le funzioni relative agli asili nido e ai consultori familiari.

Inoltre, sempre con riguardo all'Opera nazionale per la protezione della maternità e dell'infanzia, **Sez. 2, n. 17481/2018, Scarpa, Rv. 649451-01**, ha chiarito che, per l'accettazione dei legati da parte della stessa, non è necessaria la preventiva autorizzazione governativa prevista dal previgente art. 1, comma 4, del r.d. n. 2316 del 1934, abrogato dall'art. 13, comma 1, della l. n. 127 del 1997, e ciò anche quando la relativa disposizione testamentaria sia precedente a tale abrogazione, poiché l'art. 1 della l. n. 192 del 2000, di modifica del citato art. 13, ha esteso la rimozione della summenzionata preventiva autorizzazione alle acquisizioni deliberate o verificatesi in data anteriore all'entrata in vigore della l. n. 127 del 1997, salvi i casi di rapporti già definiti mediante intervenuta autorizzazione prima di detta data.

Con riferimento alle successioni regolate dal codice civile del 1865, **Sez. 2, n. 21480/2018, Casadonte, Rv. 650313-01**, rifacendosi a **Sez. 3, n. 2289/1968, Abbamondi, Rv. 334583-01**, ha confermato che il vigente art. 551 c.c., che reca la disciplina del legato in sostituzione di legittima, ha carattere interpretativo, e non innovativo, ed è, quindi, applicabile anche alle successioni aperte sotto il vigore del codice civile del 1865.

Infine, **Sez. 2, n. 18502/2018, Bellini, Rv. 649593-01**, ha affermato che, in tema di legato di cosa dell'onerato che sia coerede, qualora il beneficiario eserciti l'azione di rivendica del bene non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti di tutti gli eredi, dovendo la domanda essere proposta solo contro il suddetto onerato poiché la sentenza, anche se emessa senza la partecipazione al giudizio degli altri successori, non è *inutiliter data*.



## 7. La divisione ereditaria.

Nel corso dell'anno vi sono state varie pronunce riguardanti l'individuazione del criterio di assegnazione dei beni ereditari in presenza di una pluralità di masse e di immobili.

Da queste statuizioni sembra potersi evincere la tendenza, ragionevolmente destinata a rafforzarsi in futuro, a soddisfare, nei limiti del possibile, le esigenze dei singoli dividendi, interpretando in senso estensivo i poteri del giudice al momento della decisione, a condizione che sia garantita, comunque, la partecipazione di tutti gli interessati al giudizio, in particolare applicando in maniera rigida le regole sul litisconsorzio.

Si tratta di un tentativo della giurisprudenza di legittimità di interpretare le regole del codice civile e di quello di rito in modo da ottenere un processo giusto e, al contempo, celere, rispettando lo spirito dell'art. 111 Cost.

Pertanto, secondo **Sez. 2, n. 20961/2018, Giannaccari, Rv. 650023-01**, seguita sul punto da **Sez. L, n. 24832/2018, Garri, Rv. 650727-01**, che sviluppano una riflessione presente già in **Sez. 2, n. 25603/2016, Abete, Rv. 639280-01**, l'art. 720 c.c. non obbliga il giudice ad attenersi necessariamente al criterio della quota maggiore, ove uno o più immobili non siano comodamente divisibili, riconoscendogli la legge il potere discrezionale di derogare alla regola della preferenziale assegnazione al dividendo titolare della maggior quota. Tale discrezionalità non subisce alcuna limitazione nemmeno quando la scelta vada effettuata tra il singolo titolare della quota maggiore e, congiuntamente, gli altri titolari delle quote inferiori, che sommate, tuttavia, superano la prima. Infatti, in questo caso, pur trovando preferibilmente applicazione il principio del *favor divisionis* (poiché la richiesta avanzata dal titolare della quota maggiore determinerebbe l'immediato scioglimento della comunione), vengono fatte salve le ragioni di opportunità, che devono essere esplicitate dal giudice di merito, quando ritenga di procedere all'assegnazione congiunta del bene.

Nelle divisioni di beni provenienti da titoli diversi e, perciò, appartenenti a distinte comunioni, **Sez. 2, n. 25756/2018, Picaroni, Rv. 650835-01**, ha ribadito, conformandosi a **Sez. 2, n. 314/2009, Mazzacane, Rv. 606113-01**, che si deve procedere a tante divisioni quante sono le masse, derivandone il litisconsorzio necessario tra i dividendi soltanto all'interno del giudizio di divisione relativo a

ciascuna di esse. Al contrario, può esservi una unica divisione in presenza del consenso di tutte le parti, purché la circostanza risulti da uno specifico negozio. Come rilevato da **Sez. 2, n. 27645/2018, Oliva, Rv. 651175-01**, in questa eventualità non si realizza un'unica comunione e, pertanto, in ipotesi di divisione del complesso, ogni dividente fa valere, per ciascuna massa, i propri diritti, indipendentemente da quelli che gli competono sulle altre, dovendo trovare soluzione nell'ambito delle singole masse i problemi particolari relativi alla formazione dei lotti e alla comoda divisione dei beni immobili che vi sono inclusi.

Con riguardo all'istanza di assegnazione in proprietà esclusiva ed a quella di vendita del bene nel giudizio di divisione di beni immobili, **Sez. 2, n. 26944/2018, Oliva, Rv. 650850-01**, ha chiarito, rifacendosi al precedente di Sez. 2, n. 24728/2011, Mazzacane, Rv. 619765-01, che dette richieste sono da considerare fra loro antitetiche. Ne consegue che, ove la parte che in precedenza abbia avanzato la prima di tali istanze, abbia formulato, in sede di precisazione delle conclusioni, domanda di vendita, il giudice non può procedere all'assegnazione del bene in proprietà esclusiva, dovendosi presumersi abbandonata la relativa precedente richiesta. Peraltro, non può assumere rilievo una eventuale modifica delle conclusioni formulata in comparsa conclusionale, attesa la limitata funzione di quest'ultima.

Per quanto concerne la formazione delle porzioni, **Sez. 2, n. 9282/2018, Scarpa, Rv. 648088-01**, ha precisato, nel solco di Sez. 2, n. 27405/2013, Matera, Rv. 628856-01, che, in tema di divisione ereditaria o di cose in comunione, non è necessario formare delle porzioni assolutamente omogenee, considerato che il diritto del dividente ad una porzione in natura dei beni compresi nelle categorie degli immobili, dei mobili e dei crediti in comunione non consiste nella realizzazione di una ripartizione quotistica delle singole entità appartenenti alla medesima categoria, ma nella proporzionale divisione dei beni rientranti nelle suddette tre categorie, dovendo evitarsi un eccessivo frazionamento dei cespiti. Pertanto, qualora nel patrimonio comune vi siano più immobili da dividere, spetta al giudice del merito accertare se il diritto della parte sia meglio soddisfatto attraverso il frazionamento delle singole entità immobiliari oppure per mezzo dell'assegnazione di interi immobili ad ogni dividente, salvo conguaglio.

**Sez. 2, n. 726/2018, Criscuolo, Rv. 647070-01**, ha affermato, poi, che il giudice, nello scegliere, fra più progetti di divisione, quale approvare, ben può privilegiare quello che limita al massimo la

misura dei conguagli, così assicurando che la quota sia prevalentemente formata in natura.

Con una pronuncia di rilievo pratico, **Sez. 6-2, n. 14406/2018, Criscuolo, Rv. 649089-02**, ha riconosciuto che la stima del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite può avvenire attraverso i criteri relativi al diritto di usufrutto, nonostante tali diritti differiscano per le facoltà che ne sono oggetto e la relativa disciplina, poiché l'obiettiva attitudine del bene destinato a casa coniugale a soddisfare esigenze abitative comporta una sostanziale identità delle utilità ricavabili dall'immobile da parte dell'usufruttuario e dell'abitatore.

Si tratta di una decisione che sembra dettata principalmente da esigenze di semplificazione del contenzioso, tentando di fornire ai giudici di merito un indirizzo di base al quale conformarsi. Si dovrà valutare, in futuro, lo spazio che potrebbero ancora avere differenti sistemi di calcolo, ritenuti più congrui nei singoli casi dalle corti di merito.

Con riferimento alla resa dei conti di cui all'art. 723 c.c., **Sez. 2, n. 18857/2018, Fortunato, Rv. 649703-01**, ha confermato che questa, oltre che operazione inserita nel procedimento divisorio, può anche costituire un obbligo a sé stante, fondato - così come avviene in qualsiasi situazione di comunione - sul presupposto della gestione di affari altrui condotta da uno dei partecipanti. Ne consegue che l'azione di rendiconto può presentarsi pure distinta ed autonoma rispetto alla domanda di scioglimento della comunione, benché le due domande abbiano dato luogo ad un unico giudizio, sicché le medesime possono essere scisse e decise senza reciproci condizionamenti.

Nella stessa ottica, per **Sez. 2, n. 25120/2018, Gorjan, Rv. 650675-01**, che segue Sez. 2, n. 1458/2002, Triola, Rv. 552066-01, il rendiconto, ancorché per il disposto dell'art. 723 c.c. costituisca operazione contabile che deve necessariamente precedere la divisione, poiché preliminare alla determinazione della quota spettante a ciascun dividendo, non si pone, tuttavia, in rapporto di pregiudizialità con la proposizione della domanda di divisione giudiziale. Infatti, tale divisione può essere chiesta ex art. 1111 c.c. a prescindere dal rendiconto medesimo, a tanto potendosi e dovendosi provvedere nel corso del giudizio. Il giudice non può, peraltro, disporre il rendiconto senza istanza delle parti, le quali devono indicare i presupposti di fatto del relativo obbligo, con la conseguenza che la detta istanza è soggetta al regime dell'art. 345 c.p.c.

Inoltre, **Sez. 2, n. 15504/2018, Tedesco, Rv. 649257-01**, ha chiarito che il compartecipe, il quale si ritenga proprietario per usucapione di un bene in comunione, non può iniziare il giudizio di divisione e, qualora sia stato in questo convenuto da uno o più degli altri comproprietari, deve fare valere l'avvenuta usucapione in tale giudizio poiché la divisione, accertando i diritti delle parti sulla base di una comunione di beni indivisi, presuppone il riconoscimento dell'appartenenza delle cose in comunione. Qualora egli, al contrario, non contesti il diritto alla divisione di quel determinato cespite o resti contumace, non può opporre successivamente l'usucapione al condividente cui detto bene sia stato assegnato o al terzo aggiudicatario dello stesso in seguito a vendita all'incanto, salvo che non possa impugnare la divisione contestandone il presupposto e deducendo un titolo di possesso diverso da ogni altro che possa derivargli dalla disciolta comunione.

È una pronuncia che mira a responsabilizzare le parti affinché esse prendano posizione immediatamente in ordine ai profili rilevanti del giudizio di divisione, in maniera che non sorgano successivamente ulteriori contenziosi.

Questa tendenza, come sopra accennato, è ormai palese e si ricollega all'esigenza di garantire un processo giusto, ma pure celere ex art. 111 Cost.

Sempre in relazione al rapporto con l'usucapione, **Sez. 2, n. 10734/2018, Scarpa, Rv. 648439-01**, ha ribadito che il coerede il quale, dopo la morte del *de cuius*, sia rimasto nel possesso del bene ereditario, può, prima della divisione, usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso; a tal fine, egli, che già possiede *animo proprio* ed a titolo di comproprietà, è tenuto ad estendere il suo possesso in termini di esclusività, il che avviene quando il coerede medesimo goda del bene con modalità incompatibili con la possibilità di godimento altrui, così da evidenziare una inequivoca volontà di possedere *uti dominus* e non più *uti condominus*. La S.C. ha ritenuto, al riguardo, non univocamente significativo che egli abbia utilizzato ed amministrato il bene ereditario e che i coeredi si siano astenuti da analoghe attività, sussistendo la presunzione *iuris tantum* che abbia agito nella qualità e operato anche nell'interesse degli altri.

Con una pronuncia di carattere processuale, **Sez. 6-2, n. 14406/2018, Criscuolo, Rv. 649089-01**, ha confermato, rispettando il precedente di Sez. 2, n. 12242/2011, Carrato, Rv. 618059-01, che, nel giudizio di divisione di una comunione ereditaria, ove una quota abbia costituito oggetto di cessione, la qualità di litisconsorte

necessario spetta ai cessionari della quota stessa e non agli eredi cedenti.

Secondo **Sez. 2, n. 7178/2018, Carrato, Rv. 647862-02**, in caso di divisione del patrimonio ereditario disposta direttamente dal testatore, la domanda di nullità proposta dal legittimario pretermesso nel testamento (o, in sostituzione del medesimo, da un suo erede) deve essere accolta qualora lo stesso legittimario (o un suo erede agente *iure successionis*), da considerarsi preterito per non essere stato compreso nella divisione, abbia positivamente esperito in via preventiva l'azione di riduzione.

**Sez. 6-2, n. 4428/2018, Criscuolo, Rv. 647984-01**, ha affermato, altresì, che la vendita di un bene, facente parte di una comunione ordinaria, da parte di uno solo dei comproprietari, ha effetto meramente obbligatorio, essendo la sua efficacia subordinata all'assegnazione del bene al venditore a seguito della divisione. Pertanto, fino a questo momento, poiché il bene continua a fare parte della comunione, l'acquirente può avvalersi esclusivamente dei diritti di cui all'art. 1113 c.c. e non è parte necessaria del giudizio di divisione, con la conseguenza che la sua mancata evocazione in giudizio comporta unicamente che la divisione non abbia effetto nei suoi confronti, ma non l'invalidità della sentenza pronunciata in sua assenza.

Con una decisione di elevato rilievo sistematico, poiché concernente i rapporti fra giudizio di divisione (e riduzione per lesione di legittima) e le preclusioni processuali, **Sez. 2, n. 28272/2018, Criscuolo, Rv. 651381-01**, ha affrontato un contrasto esistente all'interno della giurisprudenza di legittimità e lo ha risolto sancendo che, nel giudizio di riduzione per lesione della legittima, come anche in quello di divisione, è esclusa la possibilità di allegare ovvero provare, per la prima volta in appello, l'esistenza di altri beni idonei ad incidere sulla determinazione del *relictum* e, conseguentemente, dell'effettiva entità della lesione, dovendo il potere di specificazione della domanda manifestarsi nel rispetto delle preclusioni previste dal codice di rito. In applicazione di tale principio, la S.C. ha chiarito che, in appello, le richieste di ricostruzione del *relictum* e del *donatum* mediante l'inserimento di beni e liberalità o l'indicazione di pesi o debiti del *de cuius* sono ammissibili, nei limiti consentiti dagli elementi tempestivamente acquisiti con l'osservanza delle summenzionate preclusioni, trattandosi di operazioni alle quali il giudice è tenuto d'ufficio. La sentenza si è espressamente discostata dall'indirizzo seguito da Sez. 2, n. 26741/2017, Picaroni, Rv. 645959-01, e da Sez. 2, n. 13385/2011,

Bucciante, Rv. 618334-01, mentre ha fatto proprio l'orientamento di Sez. 2, n. 22274/2013, Manna F., Rv. 627902-01, e Sez. 2, n. 29372/2011, Triola, Rv. 620778-01.

Viene così rafforzata la tendenza a ricondurre i giudizi di divisione e riduzione nell'ambito degli ordinari processi civili. L'influsso dell'art. 111 Cost. è palese, tentando la S.C. di concentrare in un unico giudizio tutte le questioni concernenti l'eredità, nell'ottica di valorizzare il dovere delle parti processuali di "parlare chiaro" fin da subito.

## 8. Il retratto successorio.

Per **Sez. 2, n. 12504/2018, Giannaccari, Rv. 648754-01**, che si conforma a Sez. 2, n. 6293/2015, Oricchio, Rv. 634733-01, il retratto successorio, previsto in tema di comunione ereditaria al fine di impedire l'intromissione di estranei nello stato di contitolarità determinato dall'apertura della successione *mortis causa*, non si applica nella situazione di comunione ordinaria conseguente alla congiunta attribuzione di un bene ad alcuni coeredi in sede di divisione, non potendo, peraltro, operare, in tal caso, l'art. 732 c.c., in virtù del rinvio di cui all'art. 1116 c.c., in quanto, per la comunione ordinaria, vige il principio di libera disposizione della quota, ai sensi dell'art. 1103 c.c.

Con riguardo al rapporto con la comunione legale dei beni, **Sez. 6-2, n. 15271/2018, Criscuolo, Rv. 649214-01**, ha chiarito che, qualora una quota di eredità sia stata alienata a persona, non facente parte della comunione, che sia, però, sposata, in regime di comunione legale, con uno dei coeredi, l'acquirente non può essere considerato soggetto estraneo ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione previsto dall'art. 732 c.c. poiché tale quota rientra automaticamente ex art. 177 c.c. nella suddetta comunione legale e, pertanto, il regime proprietario conseguente alla cessione è identico a quello che sarebbe derivato se il cessionario fosse stato il coniuge coerede.

Questa ultima pronuncia riconosce, quindi, la prevalenza della normativa sulla comunione legale dei beni su quella del retratto successorio.

## 9. La collazione.

Ad avviso di **Sez. 6-2, n. 9177/2018, Criscuolo, Rv. 648226-01**, la collazione per imputazione si differenzia da quella in natura per il fatto che i beni già oggetto di donazione rimangono di proprietà del medesimo donatario, con la conseguenza che, ove il dividendo

abbia optato per la prima, la somma di denaro corrispondente al valore del bene donato, quale accertato con riferimento alla data di apertura della successione, viene sin da quel momento a far parte della massa ereditaria in sostituzione del *donatum*, costituendo, in tal modo, *ab origine* un debito di valuta a carico del donatario, cui si applica il principio nominalistico. Se ne ricava che anche gli interessi legali vanno rapportati al detto valore e decorrono dal medesimo momento.

Inoltre, **Sez. 6-2, n. 1506/2018, Criscuolo, Rv. 647383-01**, ha precisato che il presupposto dell'obbligo di collazione, ai sensi dell'art. 737 c.c., è che il soggetto ad esso tenuto abbia ricevuto beni o diritti a titolo di liberalità dal defunto, direttamente o indirettamente tramite esborsi effettuati da quest'ultimo. Ne deriva che, se, durante la vita del *de cuius*, il coerede ha acquistato direttamente dal venditore la nuda proprietà di un immobile dopo che questo era stato oggetto di un preliminare di vendita concluso dalla madre con prezzo interamente da lei pagato, in sede di divisione dell'eredità paterna non vi è alcun obbligo di collazione in relazione a quell'immobile, poiché il medesimo *de cuius*, sebbene fosse sposato in regime di comunione legale con la madre dell'acquirente, non ha mai acquistato il diritto reale trasferito al figlio né ha sostenuto esborsi affinché il figlio stesso lo acquistasse.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 8510/2018, Besso Marcheis, Rv. 648007-01**, che riprende un orientamento esemplificato da Sez. 2, n. 15131/2005, Settimj, Rv. 582041-01, l'obbligo della collazione sorge automaticamente e i beni donati in vita dal *de cuius* devono essere conferiti indipendentemente da una espressa richiesta, essendo sufficiente, a tal fine, la proposizione della domanda di accertamento della lesione della quota di legittima e di riduzione e la menzione in essa dell'esistenza di determinati beni facenti parte dell'asse ereditario da ricostruire.

## 10. Le donazioni.

Innanzitutto, **Sez. 2, n. 14504/2018, Criscuolo, Rv. 648848-01**, ha ribadito l'orientamento di Sez. 2, n. 1867/1967, Iannitti Piromallo, Rv. 328787-01, secondo cui la donazione nulla, benché insuscettibile di sanatoria da parte del donante, può, tuttavia, essere rinnovata da quest'ultimo con efficacia *ex nunc*, mediante un altro atto

dotato dei requisiti di forma e di sostanza prescritti dalla legge per porre in essere tale negozio traslativo.

Inoltre, per Sez. 3, n. 24160/2018, Rubino, Rv. **651128-01**, l'attività con la quale il marito fornisce il denaro affinché la moglie divenga con lui comproprietaria di un immobile è riconducibile nell'ambito della donazione indiretta, così come, finché dura il matrimonio, i conferimenti patrimoniali eseguiti spontaneamente dal donante, volti a finanziare lavori nell'immobile, giacché tali conferimenti hanno la stessa causa della donazione indiretta. Tuttavia, dopo la separazione personale dei coniugi, analoga finalità non può automaticamente attribuirsi ai pagamenti fatti dal marito o alle spese sostenute per l'immobile in comproprietà poiché, in questo ultimo caso, non può ritenersi più sussistente la finalità di liberalità e le relative spese dovranno considerarsi quali esborsi sostenuti da uno dei comproprietari in regime di comunione, con l'applicazione delle regole ordinarie. Conseguentemente, il coniuge comproprietario potrà ripetere il 50% delle spese che ha sostenuto per la conservazione ed il miglioramento della cosa comune, purché abbia avvisato preliminarmente l'altro comproprietario ed a condizione che questi, a fronte di un intervento necessario, sia rimasto inerte.

In tema di liberalità d'uso, **Sez. 2, n. 15334/2018, Criscuolo, Rv. 649079-01**, ha dato seguito all'indirizzo tradizionale di Sez. 2, n. 18280/2016, D'Ascola, Rv. 641076-01, per il quale la liberalità d'uso prevista dall'art. 770, comma 2, c.c., che non costituisce donazione in senso stretto e non è soggetta alla forma propria di questa, trova fondamento negli usi invalsi a seguito dell'osservanza di un certo comportamento nel tempo, di regola in occasione di festività, ricorrenze, ricorrenze celebrative nelle quali sono comuni le elargizioni, tenuto in particolare conto dei legami esistenti tra le parti, il cui vaglio, sotto il profilo della proporzionalità, va operato anche in base alla loro posizione sociale ed alle condizioni economiche dell'autore dell'atto. In particolare, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto configurabile una liberalità d'uso nella sporadica elargizione di somme di denaro tra soggetti legati da una relazione sentimentale, pur in mancanza, tra di essi, dell'elemento della convivenza.

**Sez. 2, n. 24235/2018, Tedesco, Rv. 650638-01**, ha affermato che la donazione compiuta dal rappresentante privo di potere non può essere né ratificata né convalidata dagli eredi del donante, atteso che l'art. 1399 c.c. non è applicabile alla donazione e che la convalida ai sensi dell'art. 799 c.c. presuppone una donazione nulla, ma compiuta personalmente dal donante.



Con una statuizione di rilievo processuale **Sez. 2, n. 24131/2018, Oliva, Rv. 650637-01**, ha, poi, chiarito che l'azione di risoluzione della donazione modale per inadempimento dell'onere in essa stabilito a carico del donatario può essere proposta solo dal momento in cui si verifica tale inadempimento, purché questo non sia determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile all'obbligato, con la conseguenza che l'azione di risoluzione è soggetta alla prescrizione e al relativo termine, decorrente dall'epoca dell'inadempimento dell'onere e non dalla data di conclusione del contratto di donazione.

Infine, con riferimento alla problematica della revocazione per ingratitudine, **Sez. 2, n. 20722/2018, Falaschi, Rv. 650019-01**, ha precisato, sviluppando il precedente di Sez. 2, n. 22013/2016, Grasso G., Rv. 641570-01, che l'ingiuria grave richiesta, ex art. 801 c.c., quale presupposto necessario per la revocabilità di una donazione per ingratitudine, pur mutuando dal diritto penale la sua natura di offesa all'onore ed al decoro della persona, si caratterizza per la manifestazione exteriorizzata, ossia resa palese ai terzi, mediante il comportamento del donatario, di un durevole sentimento di disistima delle qualità morali e di irrispettosità della dignità del donante, contrastanti con il senso di riconoscenza che, secondo la coscienza comune, aperta ai mutamenti dei costumi sociali, dovrebbe, invece, improntarne l'atteggiamento. Perciò, in presenza di tali presupposti, resta indifferente la legittimità del comportamento del donatario. In particolare, la S.C. ha ritenuto ingiurioso il comportamento dei donatari che, in assenza di un'oggettiva giustificazione, avevano dapprima intimato, con lettera formale, alla donante il rilascio dell'immobile oggetto della donazione e successivamente agito a questo fine in giudizio, chiedendo, altresì, il pagamento di un'indennità di occupazione.



# PARTE TERZA

## OBBLIGAZIONI, CONTRATTI E RESPONSABILITA'

(COORDINATA DA IRENE AMBROSI, PAOLA D'OVIDIO E PAOLO SPAZIANI)

### CAPITOLO VII

#### LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Buona fede e correttezza: “contatto sociale qualificato” e responsabilità. – 3. Obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza quale fonte di autonomo dovere giuridico. – 4. La natura contrattuale dell'obbligazione indennitaria *ex lege* in favore di soggetti detenuti o internati. – 5. Adempimento secondo diligenza e rapporti con i doveri di correttezza e buona fede dell'altro contraente. – 6. Correttezza, buona fede e solidarietà: inadempimento e valutazione della domanda risarcitoria. – 7. Dovere di correttezza e buona fede quale parametro per l'esercizio non abusivo del diritto. – 8. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale: parcellizzazione della domanda giudiziale e condanna per mala fede nel comportamento processuale. – 9. La compensazione. – 10. Disciplina dell'indebito oggettivo, compensazione e relativa eccezione. – 11. Compensazione e *datio in solutum*. – 12. La novazione.

#### 1. Premessa.

Nel corso del 2018 la S.C. ha posto alla base di rilevanti decisioni in tema di obbligazioni il principio di correttezza e buona fede, quale espressione del generale principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Quanto innanzi è emerso con particolare riferimento non solo ai limiti dell'esercizio abusivo del diritto, alla stregua appunto del parametro della correttezza e della buona fede, ma anche in merito al “contatto sociale qualificato” ed alla relativa responsabilità, oltre che in ordine all'adempimento secondo diligenza ed ai rapporti con la correttezza e buona fede dell'altro contraente, nonché alla valutazione della domanda risarcitoria.

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, con conseguente condanna per mala fede nel comportamento processuale.

In tema di compensazione, infine, sono stati ulteriormente vagliati i rapporti tra la relativa disciplina, la disciplina dell'indebito oggettivo e l'eccezione di compensazione, oltre che quelli tra la compensazione e la *datio in solutum*.

## **2. Buona fede e correttezza: “contatto sociale qualificato” e responsabilità.**

Il contatto sociale qualificato è inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c.

Tale fatto, ha precisato, Sez. 3, n. 24071/2017, Olivieri, Rv. 645832-01, opera anche nella materia contrattuale, prescrivendo un autonomo obbligo di condotta che si aggiunge e concorre con l'adempimento dell'obbligazione principale, in quanto diretto alla protezione di interessi ulteriori della parte contraente, estranei all'oggetto della prestazione contrattuale, ma comunque coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato

In materia di contratti pubblici, in particolare, l'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e *tamquam non esset* per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la P.A. a dover corrispondere il risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario.

Tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al “contatto” tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto ed origina dalla violazione dei doveri di buona fede e correttezza.

In questi termini si era già espressa Sez. 1, n. 24438/2011, Forte, Rv. 620472-01, per la quale, nella fattispecie di cui innanzi, l'Amministrazione, avendo indetto la gara e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima, provoca la lesione dell'interesse del privato, non qualificabile come interesse legittimo ma assimilabile a un diritto soggettivo, avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione stessa.

Muovendo da siffatta ricostruzione della fonte della responsabilità da contatto sociale, fondata sui doveri di correttezza e buona fede, **Sez. 1, n. 19775/2018, Cirese, Rv. 649953-01**, ha confermato che il risarcimento del danno dovuto all'appaltatore necessita di essere parametrato non già alla conclusione del contratto bensì al c.d. interesse contrattuale negativo, che copre sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute, che il lucro cessante. Quest'ultimo, però, deve essere riferito ad altre occasioni di contratto che la parte allega di avere perso e non deve intendersi alla stregua di mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito.

Per converso, sempre muovendo dalla medesima ricostruzione, **Sez. 1, n. 15707/2018, Di Marzio M., Rv. 649278-01**, in tema di sollecitazione al pubblico risparmio, ha ritenuto di natura aquiliana la responsabilità per violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che correda l'offerta di prodotti finanziari. Tali regole, difatti, sono volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti ed a consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, non essendo ancora configurabile, al momento dell'emissione del prospetto, un contatto sociale con i futuri eventuali investitori.

### **3. Obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza quale fonte di autonomo dovere giuridico.**

L'obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione del generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito non solo contrattuale ma anche extracontrattuale. Esso difatti pone una regola di comportamento in base alla quale, nei rapporti della vita di relazione, ciascuno è tenuto ad un comportamento leale, volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio (si veda, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 10182/2009, Vivaldi, Rv. 608010-01).

Argomentando dalla ricostruzione di cui innanzi in termini di violazione dell'autonomo dovere giuridico fondato sull'obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza, **Sez. 3, n. 02057/2018, Scarano, Rv. 647906-01**, ha ritenuto fonte di responsabilità extracontrattuale il comportamento dell'INPDAP che aveva liquidato per intero al debitore l'indennità di buona uscita, pretendendo, per l'opponibilità dell'assegnazione nei suoi confronti, l'instaurazione di un nuovo pignoramento presso terzi, tenuto conto che in tale ipotesi non ricorre una cessione del debito (o una novazione soggettiva), ma una semplice delegazione di pagamento.

Quanto innanzi è stato in particolare statuito dall'ordinanza da ultimo citata in fattispecie caratterizzata dall'aver il creditore già avuto, all'esito di un procedimento ex art. 543 c.p.c., l'assegnazione nei confronti del Ministero, terzo pignorato, di un quinto dello stipendio e dell'eventuale t.f.r. del debitore, dipendente pubblico, con conseguente invio all'ente previdenziale, da parte del Ministero, di copia del provvedimento di assegnazione, con il riepilogo della situazione debitoria, "per l'ulteriore seguito di competenza".

#### **4. La natura contrattuale dell'obbligazione indennitaria ex lege in favore di soggetti detenuti o internati.**

In ragione dello stretto rapporto che si instaura tra lo Stato ed il detenuto, la violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti di soggetti detenuti determina una responsabilità di tipo contrattuale, sicché quella indennitaria di cui all'art. 35 ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, è un'obbligazione *ex lege* di cui all'art. 1173 c.c..

Dalla premessa di cui innanzi **Sez. 3, n. 31556/2018, Fiecconi, Rv. 651946 - 01**, ne ha fatto derivare, sotto il profilo del riparto dell'onere probatorio, la spettanza in capo all'Amministrazione penitenziaria, chiamata a rispondere della violazione di obblighi di protezione e di norme di comportamento, l'onere di provare l'adempimento conforme ai principi della Convenzione.

Per converso, graverà in capo al detenuto l'onere di provare il danno lamentato ed il nesso causale tra quest'ultimo ed il dedotto inadempimento. Ferma restando però la possibilità di avvalersi, oltre che delle presunzioni e del principio di non contestazione, dei poteri integrativi ed officiosi del giudice, propri del rito camerale prescelto dal legislatore. Tra essi, in particolare, si annovera il potere di assumere informazioni previsto dall'art. 738, comma 3, c.p.c., che costituisce - in funzione della salvaguardia del principio di effettività della tutela giurisdizionale di diritti di indubbia matrice costituzionale e convenzionale - utile meccanismo riequilibratore nell'ambito di un procedimento caratterizzato da una situazione di squilibrio tra la parte pubblica, titolare della potestà punitiva, e il soggetto privato che la subisce.

Proprio muovendo dall'assunto per il quale quello di cui al citato art. 35 ter è un indennizzo che ha origine nella violazione di obblighi gravanti *ex lege* sull'Amministrazione penitenziaria, **Sez. U., n. 11018/2018, Curzio, Rv. 648270-01**, ha chiarito che si prescrive in dieci anni il diritto alla somma di denaro pari ad otto euro per ciascuna giornata di detenzione in condizioni non conformi ai criteri

di cui all'art. 3 della CEDU. Il detto termine decorre altresì dal compimento di ciascun giorno di detenzione nelle su indicate condizioni, salvo che per coloro che abbiano cessato di espiare la pena detentiva prima del 28 giugno 2014 (data di entrata in vigore del citato art. 35 ter), rispetto ai quali, se non sono incorsi nelle decadenze previste dall'art. 2 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (che ha introdotto il detto art. 35 ter), il termine comincia a decorrere solo da tale data.

### **5. Adempimento secondo diligenza e rapporti con i doveri di correttezza e buona fede dell'altro contraente.**

La S.C. ha evidenziato i rapporti tra inadempimento contrattuale di un contraente e dovere di buona fede e correttezza dell'altro contraente, nella specie, con particolare riferimento a prestazione d'opera professionale del notaio.

Il notaio, 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.

### **6. Correttezza, buona fede e solidarietà: inadempimento e valutazione della domanda risarcitoria.**

I principi di correttezza e buona fede nonché di solidarietà, anche nel 2018, sono stati posti dalla S.C. alla base non solo della valutazione della condotta dei contraenti ma anche della domanda risarcitoria.

La banca mutuante che segnali al gestore dell'archivio dei debitori insolventi (cosiddetto CRIF) il nominativo del mutuatario, il

cui inadempimento all'obbligo di restituzione della somma mutuata si riveli essere, al momento della segnalazione stessa, conseguenza di un disguido ad esso non imputabile, integra la violazione del fondamentale dovere di solidarietà inerente al rapporto contrattuale, in forza del quale ciascun contraente è tenuto a non pregiudicare ingiustificatamente le ragioni dell'altro.

Nei termini suddetti **Sez. 1, n. 09385/2018, Di Marzio P., Rv. 648448-01**, ha confermato l'orientamento fatto proprio, con specifico riferimento ai rapporti tra banca e mutuatario, da Sez. 1, n. 23033/2011, Rordorf, Rv. 620483-01, nonché il più generale assunto per il quale correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della Costituzione, impongono a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge.

La relativa violazione, quindi, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato.

In tal senso si veda anche Sez. 1, n. 21250/2008, Panzani, Rv. 604664-01, che ha cassato la sentenza di merito che, discostandosi da tale principio, aveva escluso che l'improvvisa revoca da parte della banca di un affidamento potesse essere qualificato come illegittimo o potesse in ogni caso costituire titolo per l'azione di danni.

Parimenti, ancorché in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore (ex art. 145 del d.lgs. n. 209 del 2005), **Sez. 3, n. 01829/2018, Fanticini**, ha 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.

Con particolare riferimento alla valutazione della domanda risarcitoria, invece, **Sez. 3, n. 17724/2018, Di Florio, Rv. 650180-01**, ha confermato che, 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 A., Rv. 636373-01).

## **7. Dovere di correttezza e buona fede quale parametro per l'esercizio non abusivo del diritto.**

Il rispetto del dovere di correttezza e buona fede segna anche il limite all'esercizio del diritto tale da escluderne l'abusività.

L'abuso del diritto non è difatti ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi. Esso è invece configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti.

Nel confermare il principio di cui innanzi, **Sez. L, n. 15885/2018, Negri Della Torre, Rv. 649311-01**, ha ritenuto esente da critiche la sentenza di merito che aveva escluso configurasse un abuso il trasferimento, in sedi lontane e disagiate, di alcuni lavoratori che avevano scelto di non aderire ad una proposta di conciliazione per l'accettazione della mobilità in una condizione di libera

autodeterminazione e nella consapevolezza delle conseguenze di ciascuna delle opzioni esistenti.

In senso conforme si è in precedenza espressa anche Sez. L. n. 10568/2013, Napoletano, Rv. 626199-01, per la quale, in applicazione del principio, nel contratto di agenzia, l'abuso del diritto è da escludere, allorché il recesso non motivato dal contratto sia consentito dalla legge, la sua comunicazione sia avvenuta secondo buona fede e correttezza e l'avviso ai clienti si prospetti come doveroso.

È stata altresì ritenuta non “abusiva”, in applicazione del medesimo principio, la condotta del locatore di un immobile, avente la veste di società commerciale, che aveva ceduto le proprie quote ad altra società commerciale, per poi fondersi per incorporazione in essa, disattendendo la domanda del conduttore secondo cui tale condotta era volta a dissimulare un trasferimento a titolo oneroso dell'immobile locato, e quindi a privarlo della facoltà di esercitare il diritto di prelazione (Sez. 3, n. 08567/2012, Amatucci, Rv. 622633-01).

#### **8. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale: parcellizzazione della domanda giudiziale e condanna per mala fede nel comportamento processuale.**

Il principio di correttezza e buona fede 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.

La citata ordinanza ha confermato l'orientamento frutto dell'intervento nomofilattico di Sez. U., n. 23726/2007, Morelli, Rv. 599317-01.

Quest'ultima sentenza aveva altresì precisato 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., attenendo esclusivamente al profilo del regolamento delle spese processuali senza incidere sul valore della controversia. Così statuendo, le citate Sez. U. avevano 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 al 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**).

## **9. La compensazione.**

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.

Con la statuizione di cui innanzi **Sez. 3, n. 31359/2018, Rossetti, Rv. 651827-01**), ha aderito all'orientamento proprio di Sez. U., n. 23225/2016, Chiarini, Rv. 641764-01. Quest'ultima ha altresì chiarito che, nell'ipotesi descritta, resta 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 di compensazione, **Sez. 1, n. 17277/2018, Di Marzio M., Rv. 649515-01**, ha statuito che nel giudizio introdotto ai sensi dell'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, non può 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 del principio da ultimo evidenziato, **Sez. 1, n. 30824/2018, Terrusi, Rv. 651883-01**, ha 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.

## **10. Disciplina dell'indebito oggettivo, compensazione e relativa eccezione.**

Qualora venga acclarata la mancanza di una *causa acquirendi* in ragione della dichiarazione di nullità, dell'annullamento, della risoluzione o della rescissione di un contratto o del venire comunque meno del vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo.

Premesso quanto innanzi, **Sez. 2, n. 00715/2018, Criscuolo, Rv. 647258-01**, ha proseguito ritenendo non contrario al principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato l'accoglimento da parte

del giudice delle richieste restitutorie in conseguenza del rilievo di ufficio della nullità del contratto, anche laddove fosse stata inizialmente proposta domanda di risoluzione, dovendosi escludere che la correlazione operata dalla parte tra la suddetta domanda di ripetizione ed una specifica e differente causa di caducazione del contratto impedisca la condanna alla ripetizione dell'indebitato.

Facendo applicazione del medesimo principio **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 comporti l'applicazione della disciplina dell'indebitato oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c. Ne consegue il sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, 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 alla banca per eseguire l'operazione e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti 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.

L'ordinanza in esame ha peraltro chiarito che in tema di giudizi aventi ad oggetto rapporti di intermediazione finanziaria, ove sia stata dichiarata la nullità del contratto quadro su domanda dell'investitore, non è precluso all'intermediario, che pure non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, di sollevare l'eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio che gli deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto quadro dichiarato nullo (**Sez. 1, n. 06664/2018, Nazzicone, Rv. 648251-01**).

## **11. Compensazione e *datio in solutum*.**

In tema di compensazione e *datio in solutum*, infine, **Sez. T, n. 16533/2018, Federici, Rv. 649200-01** ha ritenuto che la convenzione di lottizzazione sia un accordo endoprocedimentale di diritto pubblico, volto al conseguimento dell'autorizzazione urbanistica o edilizia, il quale non costituisce un contratto a prestazioni corrispettive, mancando tra le stesse una corrispondenza di natura negoziale. Ne consegue l'inapplicabilità dell'istituto della compensazione e l'operatività della *datio in solutum*, atteso che l'obbligazione relativa all'esecuzione delle opere concordate con

l'ente territoriale si estingue solo al momento della realizzazione delle medesime.

## 12. La novazione.

In tema di novazione, rileva la conferma dell'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, ha proseguito **Sez. L, n. 05714/2018, Amendola F., 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 FRANCESCO CORTESI)

SOMMARIO: 1. Brevi premesse – 2. L'accordo delle parti. – 3. La causa. – 3.1. La teoria della "causa concreta". – 3.2. Causa concreta e meritevolezza degli interessi. – 3.3. Causa concreta e collegamento negoziale. – 4. La forma. – 5. Trattative e responsabilità precontrattuale – 6. Buona fede nell'esecuzione della prestazione. – 6.1. In generale. – 6.2. Buona fede in pendenza della condizione. – 6.3. Applicazioni del principio di buona fede nell'esecuzione della prestazione. – 7. Interpretazione ed integrazione del contratto. – 8. Contratto preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. – 9. Risoluzione e recesso. – 9.1. Operatività della risoluzione giudiziale – 9.2. Risoluzione stragiudiziale e suoi presupposti. – 9.3. Recesso ed altre ipotesi di scioglimento. – 10. Invalidità ed inefficacia. – 10.1. Invalidità del contratto e poteri del giudice. – 10.2. Inefficacia del contratto e delle singole clausole.

#### 1. Brevi premesse.

Nel 2018 la Suprema Corte è più volte intervenuta su temi concernenti la disciplina generale del contratto.

Meritano attenzione, anzitutto, le pronunzie che hanno riguardato gli elementi essenziali del contratto, ed in particolare il tema dell'accordo delle parti, della causa e della forma.

Con riferimento a tali istituti, infatti, la Corte ha in parte ribadito – in alcuni casi specificandone la portata – principi già affermati da precedenti decisioni, ed in parte si è attestata su posizioni più innovative, tenendo conto delle mutate prospettive di tutela degli interessi sottesi al contratto, alla luce delle prassi negoziali più diffuse nonché, in alcuni casi, delle esperienze presenti in altri ordinamenti, di cultura giuridica comune al nostro. Si colloca in quest'ultimo ambito, in particolare, il novero delle pronunzie che muovono dall'ormai acquisita riconduzione della nozione di causa del contratto alla teoria della "causa concreta", improntata sulla considerazione dello scopo pratico dell'affare piuttosto che sulla predeterminazione causale del negozio alla luce della funzione economico-sociale stabilita dal legislatore.

Destano poi interesse le sentenze che si sono occupate del tema della responsabilità precontrattuale e della sua collocazione sistematica; a detta questione, infatti, la stessa giurisprudenza di legittimità non è estranea, a partire da alcune decisioni degli ultimi anni che hanno ricondotto il dovere di comportarsi secondo buona

fedele nelle trattative precontrattuali al modello della responsabilità “da contatto sociale”, con le note conseguenze in termini di riparto dell’onere probatorio e di prescrizione del diritto.

Diverse pronunzie, inoltre, documentano l’attualità del dibattito sul ruolo della buona fede nell’interpretazione e nell’esecuzione del contratto, cui si richiama la soluzione di problemi specifici connessi all’individuazione dell’esatto contenuto della responsabilità contrattuale.

Ancora, è affrontato il tema del contratto preliminare, in particolar modo dalla prospettiva dell’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre e del relativo giudizio.

Da ultimo, vengono richiamate le decisioni che hanno riguardato il tema dell’invalidità e dell’inefficacia del contratto, con riferimento tanto all’intero negozio quanto a singole clausole di esso, e con particolare attenzione al tema della rilevabilità d’ufficio di una causa di nullità del contratto da parte del giudice.

## **2. L’accordo delle parti.**

In merito alla conclusione del contratto si segnalano due pronunzie relative al perfezionamento del contratto mediante esecuzione della prestazione, che si richiamano entrambe al principio della disponibilità degli interessi.

**Sez. 2, n. 13033/2018, Dongiacomo, Rv. 648760-01**, nel muovere dal rilievo secondo cui la pattuizione di una determinata forma per l’accettazione, ex art. 1326, comma 4, c.c., è posta nell’esclusivo interesse del proponente, per le esigenze di certezza e di agevolazione della prova di cui lo stesso ha necessità o da cui trae utilità, ha conseguentemente affermato che il medesimo proponente può rinunciare al rispetto della forma pattuita, e ritenere così sufficiente un’adesione manifestata in modo diverso (consistita, in specie, nell’esecuzione della prestazione contrattuale tipica anziché nell’accettazione per iscritto), ove la legge non richieda una forma particolare per la validità dell’accordo.

D’altro canto, **Sez. 2, n. 21550/2018, Fortunato, Rv. 650069-01**, ha affermato che il pagamento effettuato da una parte all’altra in forza di una clausola contrattuale nulla può costituire valida forma di conclusione del contratto mediante inizio dell’esecuzione ove le parti, consapevoli della causa di nullità, intendano rimuoverla, ponendo nel nulla le patologie da cui il contratto era inizialmente affetto con un comportamento idoneo ad esternare un tale intento negoziale; in mancanza di tale prova, il pagamento effettuato dal soggetto che se

ne era assunto invalidamente l'obbligo resta qualificabile come adempimento del contratto nullo, tale perciò da legittimare la restituzione di quanto versato in applicazione dei principi dell'indebito oggettivo.

### 3. La causa.

#### 3.1. La teoria della “causa concreta”.

La giurisprudenza di legittimità ha da tempo evidenziato la centralità del ruolo del giudice nella qualificazione del contratto, ovvero nella definizione, in base ai fatti dedotti in lite, della natura del rapporto contrattuale, sì da precisarne il contenuto, gli effetti e le norme applicabili.

Tale qualificazione presuppone un'indagine sulla causa del contratto, che va condotta, secondo un orientamento ormai consolidato, non sulla base della funzione economico-sociale assegnata dal legislatore al modello negoziale in esame, ma con riguardo alle esigenze concrete dello specifico contratto (lo “scopo pratico dell'accordo”, ovvero lo “spirito dell'intesa” raggiunta dalle parti, come talune pronunzie affermano), per come emergono alla stregua dell'interpretazione sistematica e funzionale del contratto in relazione alle circostanze del caso.

Ciò che rileva, pertanto, è la funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato (Sez. 3, n. 23941/2009, Rv. 610016-01; Sez. 2 n. 07927/2017, Rv. 643530-01); e tale necessario richiamo alla teoria della “causa concreta”, già diffusamente esposta e condivisa in seno alla Corte, ha ricevuto un definitivo riconoscimento con la pronunzia Sez. U, n. 04628/2015, Rv. 634761-01, ove è affermato che al fine di individuare la causa del contratto occorre procedere all'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare, dovendosi in particolare valutare l'utilità del contratto e la sua idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi che le parti perseguono attraverso quello specifico rapporto contrattuale.

Nell'anno in corso tale impostazione ha trovato ulteriori e significative conferme.

Essa è stata anzitutto ribadita da **Sez. 3, n. 10612/2018, D'Arrigo, Rv. 648703-01** con specifico riferimento ai contratti stipulati in forma orale, per i quali occorrerà dunque aver riguardo agli interessi che il negozio è concretamente diretto a realizzare; in tal

caso, tuttavia, essendo impossibile un'interpretazione testuale, gli interessi delle parti vanno ricostruiti in base alla funzione tipica dell'operazione negoziale, cosicché la parte che prospetti una diversa qualificazione della stessa è gravata dall'onere di provare la sussistenza di ulteriori elementi che consentano di individuare uno scopo pratico del negozio diverso dalla funzione propria dello schema legale tipico.

Ancora, **Sez. 1, n. 15929/2018, Pazzi, Rv. 649529-01**, ha evidenziato come nel mutuo di scopo la destinazione delle somme mutuate all'esclusivo raggiungimento di una determinata finalità entri nella struttura del negozio connotandone il profilo causale e così ampliando lo stesso rispetto alla sua normale consistenza, e ciò tanto sotto il profilo strutturale – poiché il mutuatario si obbliga non solo a restituire la somma con gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto con l'attuazione in concreto dell'attività programmata – quanto sotto quello funzionale, poiché nel sinallagma assume rilievo essenziale anche quest'ultima prestazione, in termini corrispettivi dell'ottenimento della somma erogata.

**Sez. 1, n. 17498/2018, Nazzicone, Rv. 649519-01**, ha poi ritenuto lecito il patto con cui il socio di una s.p.a., in occasione di un finanziamento partecipativo, si obblighi a manlevare l'altro dalle eventuali conseguenze negative del conferimento effettuato, mediante l'attribuzione del diritto di vendita (c.d. "put") entro un termine dato ed il corrispondente obbligo di acquisto della partecipazione sociale a prezzo predeterminato pari a quello dell'acquisto (pur con l'aggiunta di interessi sull'importo dovuto e del rimborso dei versamenti operati nelle more in favore della società), osservando che la ragione pratica di tale meccanismo è quella di finanziare indirettamente l'impresa, con conseguente esclusione della ricorrenza di un patto leonino.

Si richiama, infine, alla nozione di "causa concreta" anche **Sez. 3, n. 04922/2018, Iannello, Rv. 647362-03**, nell'affermare la nullità del patto occulto di maggiorazione del canone contenuto nei contratti di locazione ad uso non abitativo stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 311 del 2004 (che ha introdotto la sanzione della nullità testuale in caso di omessa registrazione), in quanto l'accordo simulatorio trova la sua ragione pratica nella finalità di eludere il fisco, sottraendo all'erario il maggior canone dissimulato realmente pattuito, e così ponendosi in contrasto con le disposizioni imperative che impongono l'obbligo di registrazione, integrale e fedele, dei contratti di locazione.

### 3.2. Causa concreta e meritevolezza degli interessi.

Il ruolo della “causa concreta” assume rilevanza anche nell’applicazione della clausola generale prevista dall’articolo 1322 c.c., che impone di verificare che il contratto sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, fungendo la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti come limite all’esercizio dell’autonomia privata (così Sez. 1, n. 22950/2015, Rv. 638094-01).

Si tratta, in particolare, di verificare se il contratto sia idoneo ad espletare una funzione commisurata agli interessi che le parti perseguono; tale controllo, operato dal giudice sul regolamento degli interessi voluto dalle parti, ha essenzialmente ad oggetto il rispetto, da parte dei contraenti nell’esercizio dell’autonomia negoziale, del principio di conformità all’utilità sociale dell’iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost.. La valutazione di meritevolezza di cui all’art. 1322 c.c., in altri termini, non si esaurisce in una verifica di liceità della causa, ma investe il risultato perseguito con il contratto, del quale deve accertare la conformità ai principi di solidarietà e parità che l’ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati.

In tal senso, riveste particolare rilevanza – per la sua attinenza ad un tipo commerciale assai diffuso – la sentenza **Sez. U, n. 22437/2018, Vincenti, Rv. 650461-01**, che ha affrontato il tema della meritevolezza degli interessi nel contratto di assicurazione per la responsabilità civile con clausole “claims made”.

Tale decisione - dopo aver premesso che il modello “claims made” si colloca ormai nell’area della tipicità legale, rifluendo nell’alveo proprio dell’esercizio dell’attività assicurativa, e dunque consente di superare la logica di un giudizio di meritevolezza ancorato al presupposto dell’atipicità contrattuale (art. 1322, comma 2, c.c.) - ha ritenuto tuttavia necessario che la clausola “on claims made basis”, con la quale il pagamento dell’indennizzo è subordinato al fatto che il sinistro venga denunciato nel periodo di efficacia del contratto, «rispetti, anzitutto, i “limiti imposti dalla legge”, che il primo comma dell’art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell’assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi “causa in concreto” del negozio».

In tal senso, hanno precisato le Sezioni Unite, l’indagine è volta ad accertare l’adeguatezza del contratto agli interessi concreti delle parti; tale verifica, pur essendo necessariamente «condizionata dalle

circostanze del caso concreto, trova già su un piano di generica astrazione le proprie coordinate, selezionate, a loro volta, dalla diversità della tipologia dei rapporti assicurativi, rispetto ai quali la risposta in termini di tutela non potrà che essere diversificata».

Sul punto, infine, la sentenza osserva che l'analisi del sinallagma del contratto assicurativo costituisce un adeguato strumento per verificare se ne sia stata realizzata la funzione pratica di assicurazione dallo specifico pregiudizio, e ciò al fine non di sindacare l'equilibrio economico delle prestazioni (profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale), ma di indagare se lo scopo pratico del negozio presenti un arbitrario squilibrio tra rischio assicurato e premio, poiché nel contratto di assicurazioni contro i danni la corrispettività si fonda su una relazione oggettiva e coerente fra rischio assicurato e premio.

Va peraltro segnalato che l'indagine sull'assetto degli interessi concretamente perseguiti dalle parti assume rilievo decisivo anche nell'interpretazione del contratto; lo ha riaffermato **Sez. 3, n. 06675/2018, Scarano, Rv. 648298-01**, sottolineando, in proposito, che l'elemento letterale, sebbene centrale nella ricerca della reale volontà delle parti, deve essere riguardato alla stregua di ulteriori criteri ermeneutici e, segnatamente, di quello funzionale, che attribuisce rilievo alla causa concreta del contratto ed allo scopo pratico perseguito dalle parti.

### **3.3. Causa concreta e collegamento negoziale.**

Il riferimento allo scopo concretamente perseguito dalle parti del contratto costituisce inoltre uno dei termini che consentono la configurazione di un collegamento fra atti negoziali (nonché altri atti giuridici di diversa tipologia) nel senso precisato da Sez. 1, n. 22216/2018, Genovese, Rv. 650405-01; con tale pronunzia, infatti, la Corte ha rilevato che la considerazione unitaria di tali atti, allo scopo di trarne un vincolo a carico di una parte, impone la ricorrenza non solo del tradizionale requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra gli stessi, ma anche del requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere l'effetto tipico dei singoli atti in concreto posti in essere ed il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

In termini non dissimili, Sez. 1, n. 13305/2018, Vella, Rv. 649159-01 ha evidenziato l'opportunità di verificare caso per caso,

indagando sullo scopo concretamente perseguito dalle parti, se un contratto di “sale and lease back” (in sé valido in quanto contratto d’impresa socialmente tipico) presenti elementi sintomatici di un contratto di finanziamento assistito da una vendita in funzione di garanzia, volto ad aggirare, con intento fraudolento, il divieto di patto commissorio.

Sullo stesso tema, infine, Sez. 1, n. 19748/2018, Iofrida, Rv. 650255-01, ha ritenuto ipotizzabile (e rimessa all’accertamento del giudice nel caso concreto) la sussistenza di un collegamento fra il contratto di vendita del diritto di godimento a tempo parziale di beni e servizi alberghieri (cd. “time-sharing”) ed il contratto di finanziamento del corrispettivo dovuto; conseguentemente, la previsione in quest’ultimo negozio di una clausola di rinuncia, di natura vessatoria, all’opponibilità delle eccezioni afferenti la destinazione dell’importo finanziato ed i vizi del bene acquistato, oppure la sua mancata o ritardata consegna, non esclude l’applicazione delle previsioni sul credito al consumo di cui all’art. 124 T.U.L.B., proprio in forza del collegamento negoziale fra tale mutuo di scopo e il contratto di acquisto cui esso è diretto.

#### **4. La forma.**

Su questo tema, e con particolare riferimento agli oneri imposti dalla legge *ad substantiam actus*, gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità tendono ad un progressivo superamento di ogni posizione “formalista”, preferendo indagare sulle finalità di tali oneri e quindi sulla possibilità di dar corso ad interpretazioni più funzionali alle stesse.

È certamente questo il caso della nota pronunzia Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965 – 01, che ha risolto in senso negativo la questione della nullità del contratto per la prestazione di servizi di investimento (cd. contratto-quadro) di cui all’art. 23 T.U.F. nell’ipotesi di mancata sottoscrizione, da parte dell’intermediario, della copia consegnata al cliente; al riguardo, le Sezioni Unite hanno osservato che il requisito della forma scritta del contratto-quadro, posto a pena di nullità azionabile dal solo cliente, va inteso non in senso strutturale, ma funzionale, ovvero nel rispetto della finalità di protezione dell’investitore. Tale requisito, pertanto, è rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente; ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest’ultimo, e non anche quella dell’intermediario, il cui consenso ben può

desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti.

In linea con tale impostazione, Sez. 1 n. 14243/2018, Falabella, Rv. 649119-01 ha poi specificato che la conclusione del negozio non deve necessariamente farsi risalire al momento in cui l'intermediario produce in giudizio la scrittura privata sottoscritta dal solo cliente, potendo la certezza della data desumersi da uno dei fatti espressamente previsti dall'art. 2704 c.c. o da altro fatto che il giudice reputi significativo a tale fine, e nulla impedendo che il negozio venga validamente ad esistenza prima della produzione in giudizio della relativa scrittura, ed indipendentemente da tale evenienza.

Valorizza i profili funzionali dell'atto negoziale anche **Sez. 2, n. 11655/2018, D'Ascola, Rv. 648495-02** nell'escludere la necessità di forma scritta per l'atto con il quale taluno viene incaricato di individuare possibili compratori per un compendio immobiliare, tracciando i profili distintivi di tale atto rispetto alla vera e propria procura ad alienare immobili.

Nello stesso senso, infine, merita di essere segnalata Sez. U, n. 20684/2018, De Stefano, **650274-01**, che ha escluso la necessità di forma scritta *ad substantiam* o l'adozione di altre forme solenni per i contratti conclusi dalle aziende speciali di enti pubblici territoriali. Queste ultime, infatti, pur appartenendo al sistema con il quale l'amministrazione gestisce i servizi pubblici che abbiano per oggetto produzioni di beni e attività rivolte a soddisfare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, non vanno assoggettate agli oneri formali imposti ai contratti con la Pubblica Amministrazione, che per un verso sarebbero incompatibili con la rapidità e l'elasticità imposte dalla natura imprenditoriale dell'attività espletata dalle aziende e, per altro verso, finirebbero con l'integrare un'ingiustificato privilegio a favore di soggetti che gestiscono un'attività imprenditoriale (sia pure pubblicisticamente orientata), senza considerare le esigenze di tutela delle controparti, che legittimamente si attendono - in difetto di norme chiare in senso contrario - di poter contrattare liberamente con l'imprenditore che si trovano davanti ed in applicazione del principio generali di libertà delle forme.

## **5. Trattative e responsabilità precontrattuale.**

Sulla natura della responsabilità precontrattuale – nella connotazione specifica dell'illegittima interruzione di trattative o del mancato perfezionamento dell'affare, con conseguente lesione



dell'affidamento della controparte – la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha continuato a confrontarsi con i principî introdotti da Sez. 1, 14188/2016, Rv. 640485-01, che ha definito tale responsabilità come “da contatto qualificato” tra le parti, assimilabile, anche se non coincidente, con quella di tipo contrattuale, in quanto derivante dalla violazione dei doveri di buona fede, protezione ed informazione che ha comportato la lesione dell'affidamento incolpevole.

In senso conforme a tale posizione si segnala **Sez. 1, n. 19775/2018, Cirese, Rv. 649953-01**, che, in fattispecie relativa ad annullamento di un contratto di appalto pubblico intervenuto successivamente all'aggiudicazione, ha inquadrato l'obbligo dell'amministrazione di risarcire il danno nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., e ribadito che nella specie si configura «una forma di responsabilità che si colloca ai confini tra contratto e torto», fondata su un contatto da cui trae origine un reciproco affidamento dei contraenti e qualificata dall'obbligo di buona fede e dai correlati doveri di informazione e protezione.

A conclusioni apparentemente opposte, ma in realtà coerenti con la *ratio decidendi* di tale impostazione, perviene **Sez. 1, n. 15707/2018, Di Marzio M., Rv. 649278-01**.

Tale pronunzia, relativa ad una vicenda in cui si lamentava la violazione delle regole sul prospetto informativo che correda l'offerta di prodotti finanziari, ha sostenuto che l'eventuale responsabilità che ne scaturisce ha natura aquiliana; ciò, per vero, sul rilievo del fatto che non possono ritenersi (ancora) configurati gli elementi costitutivi del “contatto sociale qualificato” come sopra riassunti, in quanto le regole violate sono volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti ed a consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli; non è dunque ancora predicabile, al momento dell'emissione del prospetto, alcun contatto sociale con i futuri eventuali investitori.

## **6. Buona fede nell'esecuzione della prestazione.**

### **6.1. In generale.**

Numerose decisioni hanno ribadito il contenuto del dovere dei contraenti di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione della

prestazione, nelle varie manifestazioni che esso può assumere nell'ambito del rapporto contrattuale.

Così, ad esempio, **Sez. 3, n. 01829/2018, Fanticini, Rv. 647588-01**, ha sottolineato che tale dovere comporta l'adozione dei comportamenti necessari a che la controparte possa dare esecuzione alla prestazione contrattualmente prevista a suo carico, negando il risarcimento al danneggiato che, nell'ambito di un rapporto assicurativo per la responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore, aveva rifiutato di mettere tempestivamente a disposizione della propria compagnia assicuratrice il veicolo coinvolto nel sinistro.

Si è invece richiamata ad un'accezione del principio di buona fede come dovere di solidarietà, inteso come obbligo di ciascun contraente di non pregiudicare le ragioni della controparte, **Sez. 1, n. 09385/2018, Di Marzio P., 648448-01**, che, in una fattispecie inerente ad un mutuo bancario, ha qualificato come inadempiente la condotta della banca mutuante che segnali al gestore dell'archivio dei debitori insolventi (cosiddetto CRIF) il nominativo del mutuatario, rispetto al quale emerga che la mancata restituzione della somma mutuata, al momento della segnalazione stessa, sia dipesa da un disguido ad esso non imputabile.

In relazione ad una fattispecie affine, **Sez. 3, n. 13068/2018, Fieconi, Rv. 648616-01** ha precisato che il dovere di buona fede e correttezza permea anche il contenuto del rapporto fra la banca ed il cliente nell'esercizio dei servizi cd. di bancoposta di cui al d.P.R. n. 144 del 2001, sicchè la banca ha l'obbligo primario di identificare il cliente che impartisce la disposizione, potendo dare esecuzione agli ordini solo in forza di tale identificazione ed a prescindere dalle procedure utilizzate allo scopo, con la conseguenza che resta irrilevante ogni irregolarità formale dell'operazione bancaria ove risulti che il correntista abbia effettuato e voluto la disposizione patrimoniale.

Diverse pronunzie hanno poi dato continuità al principio affermato da Sez. U, n. 04090/2017, Rv. 643111-01, in relazione al contenuto del dovere di buona fede come divieto di abuso del diritto, nella particolare accezione concernente il possibile "abuso del processo" che può configurarsi con l'introduzione di giudizi separati per il pagamento di crediti distinti ma attinenti al medesimo rapporto.

Nell'occasione, le Sezioni Unite ritennero consentita la proposizione di autonomi giudizi solo in presenza di un interesse oggettivamente valutabile, in capo al creditore, alla tutela processuale frazionata, che dev'essere oggetto di espressa deduzione o, in

mancanza, di rilievo da parte del giudice con conseguente instaurazione del contraddittorio sul punto ex art. 101, comma 2, c.p.c. (in senso conforme alla decisione delle Sezioni Unite si pongono, fra le altre, **Sez. 2, n. 17893/2018, D'Ascola, Rv. 649387-01** e **Sez. 2, n. 20714/2018, Besso Marcheis, Rv. 650013-01**).

Si discosta da tale posizione **Sez. 6-2, n. 19898/2018, Falaschi, Rv. 650068-01**, che richiama invece una precedente pronunzia delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 23726/2007, Rv. 599316-01) nella quale era stata recisamente esclusa la possibilità di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale in un abuso degli strumenti processuali offerti alla parte dall'ordinamento. Nel riportarsi al *dictum* più risalente delle Sezioni Unite, la decisione in questione ha precisato che il principio di buona fede obbliga le parti ad attenersi a canoni di correttezza non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale volta ad ottenerne l'adempimento.

Traccia, invece, un perimetro al contenuto del dovere di buona fede **Sez. 3, n. 23069/2018, Rossetti, Rv. 650881-01**, affermando che lo stesso – essendo diretto a salvaguardare l'utilità della controparte nei limiti dell'interesse proprio, dell'accessorietà all'obbligazione pattuita e della necessità di non snaturare la causa contrattuale – non impone al debitore di avvertire il creditore dell'imminente scadenza del termine di prescrizione del suo credito.

## 6.2. Buona fede in pendenza della condizione.

Nell'ipotesi di contratto sottoposto a condizione, il contenuto del dovere di buona fede è oggetto di **Sez. 2, n. 01887/2018, Scarpa, Rv. 647088-01**, relativa ad una fattispecie di vendita immobiliare sotto condizione sospensiva dell'ottenimento di determinate autorizzazioni o concessioni amministrative. Nell'occasione, la Corte ha ritenuto che il dovere di buona fede obblighi il venditore a conservare integre le ragioni della controparte e quindi a compiere tutte le attività che da lui dipendono per l'avveramento della condizione, senza tuttavia che ciò possa comportare un sacrificio dei suoi diritti o interessi, in particolare imponendo l'accettazione del mutamento dell'equilibrio economico delle prestazioni stabilito nel contratto, posto che l'obbligo di buona fede è semplicemente volto

ad impedire (e non a provocare) ai contraenti un minor vantaggio – ovvero un maggior aggravio – sotto il profilo economico.

Sul medesimo tema, **Sez. 2, n. 22046/2018, Oliva, Rv. 650073-01** ha affermato che nel preliminare di compravendita immobiliare subordinato all’ottenimento, da parte del promissario acquirente, di un mutuo necessario al pagamento del prezzo, ricorre una fattispecie di condizione “mista”, in quanto dipendente anche dal comportamento del promissario acquirente nell’approntare la relativa pratica. A tale proposito, l’eventuale condotta omissiva di quest’ultimo non dà luogo alla finzione di avveramento di cui all’art. 1359 c.c., in quanto – fra l’altro – l’omissione di un’attività può ritenersi contraria a buona fede, e perciò fonte di responsabilità, solo quando costituisca oggetto di un obbligo giuridico, e la sussistenza di un siffatto obbligo deve escludersi per l’attività di attuazione dell’elemento potestativo in una condizione mista.

### **6.3. Applicazioni del principio di buona fede nell’esecuzione della prestazione.**

In applicazione del richiamato principio, si segnalano poi due decisioni di particolare rilievo.

Con la prima – **Sez. 2, n. 07171/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 647861-01** – la Corte ha richiamato il dovere di buona fede per evidenziare che nell’ambito di un contratto di vendita, poiché il trasferimento deve concernere anche il possesso materiale (non soddisfacendo il diritto dell’acquirente l’effetto giuridico traslativo derivante dalla legge ove la situazione dei fatti sia tale da non consentire un’automatica apprensione del bene), l’esatto adempimento del venditore comporta anche il possesso di fatto del bene venduto, senza che rilevi la possibile conoscenza, da parte del compratore al momento della conclusione del contratto, della materiale occupazione dello stesso; l’obbligo di consegna, inoltre, non è adempiuto semplicemente mettendo il bene a disposizione dell’acquirente, occorrendo altresì che quest’ultimo sia posto in condizione di goderne secondo la funzione e la destinazione in considerazione delle quali ha effettuato l’acquisto.

Con riferimento, invece, ad un’ipotesi di responsabilità contrattuale di una società per azioni ex art. 2383 c.c. a seguito di revoca dell’amministratore, **Sez. 1, n. 02037/2018, Nazzicone, Rv. 647624-02** ha statuito che il relativo contenuto, di natura risarcitoria, è limitato al lucro cessante per i compensi residui non percepiti, derivante dal fatto stesso del recesso senza giusta causa. Una

responsabilità ulteriore, ad esempio per violazione del dovere di buona fede e correttezza, può configurarsi solo in presenza di condotte diverse dal recesso in sé od ulteriori rispetto ad esso, come per il caso in cui la relativa delibera si fondi su ragioni (o si estrinsechi in condotte) tali da ledere un diritto della persona distinto dal diritto dell'amministratore alla prosecuzione della carica sino alla sua naturale scadenza; in altri termini, la mera mancanza di una giusta causa di recesso non comporta in sé alcuna violazione del dovere di buona fede, attenendo esclusivamente al rapporto fiduciario fra le parti.

## 7. Interpretazione ed integrazione del contratto.

La Corte ha ribadito la centralità del criterio di buona fede anche nell'ambito dell'interpretazione del contratto.

In particolare, **Sez. 2, n. 19493/2018, Varrone, 649993-01** ha osservato che il permanere di una certa ambiguità od oscurità del senso di un contratto o di una sua clausola nonostante il ricorso ai principali criteri ermeneutici abilita l'interprete a dare applicazione al principio della conservazione degli effetti utili del contratto di cui all'1367 c.c.; occorrerà valutare, in particolare, le contrapposte posizioni delle parti in relazione al contenuto della pattuizione, accertando se esse siano corredate da buona fede, anche sulla base del comportamento complessivo dei contraenti.

Così operando, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto la nullità di una clausola contenuta in un contratto d'opera che limitava la facoltà di recesso del committente al caso di colpa grave, evidenziando che tale lettura – non tenendo conto della volontà dimostrata dalle parti di circoscrivere le ipotesi di scioglimento del rapporto alle sole gravi violazioni del regolamento negoziale, di per sé corrispondenti a circostanze determinate ed oggettive – comportava un'ingiustificata ablazione di tale volontà.

Sul tema dell'ermeneutica del contratto, per il resto, è crescente il numero delle pronunzie che affermano la necessità di far ricorso ai criteri sussidiari rispetto a quello meramente letterale (v. *supra*, p.to 3.2, in relazione alla rilevanza del criterio cd. funzionale).

Vanno tuttavia segnalate due pronunzie che evidenziano ambiti nei quali il criterio letterale mantiene la sua centralità.

Sez. 2, n. 11828/2018, Federico, Rv. 648440-01, ha precisato che, nei contratti soggetti all'obbligo di forma scritta, il criterio della valutazione del comportamento complessivo delle parti può essere

utilizzato solo per chiarire – e non per integrare – la portata e la rilevanza giuridica della dichiarazione negoziale.

**Sez. 6-5, n. 12423/2018, Iacobellis, Rv. 648520-01**, ha invece rilevato che l'utilizzo, da parte dei contraenti, di locuzioni univoche quanto al loro significato in diritto (nella specie, il riferimento al versamento di una somma di denaro come alla dazione di “caparra confirmatoria”), impone il ricorso al criterio ermeneutico del significato letterale delle parole, potendosi interpretarsi diversamente la comune volontà dei contraenti solo in presenza di altre circostanze o situazioni di segno opposto, che evidenzino l'uso improprio di tale espressione o la sua non aderenza alla situazione oggettiva.

## **8. Contratto preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.**

Nutrita, al solito, è stata la produzione sul contratto preliminare, in particolare con riferimento alla domanda di esecuzione in forma specifica ed agli effetti della pronunzia che definisce il relativo giudizio.

Sul contratto preliminare in generale si segnala **Sez. U., n. 19281/2018, D'Ascola, Rv. 649687-02**, che, affrontando una vicenda relativa alla dismissione di immobili pubblici già ceduti in locazione a privati, ha ritenuto che l'accettazione, da parte di questi ultimi, dell'offerta in opzione contenente gli elementi essenziali della vendita, comporti il perfezionamento di un contratto preliminare che attribuisce loro il diritto di acquistare al prezzo fissato. Secondo le Sezioni Unite, infatti, essendo ormai uscita la determinazione del prezzo dalla discrezionalità tecnica dell'offerente, resta irrilevante ogni possibile successiva vicenda che non sia in grado di scalfire il contenuto della pattuizione così fissato, ed in particolare il mutamento di qualifica dell'immobile (nella specie riclassato come “di pregio”).

Affronta poi il tema della prescrizione dei diritti nascenti dal contratto preliminare **Sez. 2, n. 07180/2018, Dongiacomo, Rv. 647863-01**, rilevando che la particolarità dell'oggetto – consistente unicamente nell'obbligo di concludere il definitivo – non esclude che l'inattività delle parti, ove protratta per oltre dieci anni dalla scadenza del termine fissato, sia pur non essenziale, determini l'estinzione dei diritti nascenti dal contratto, salvi gli effetti di eventuali atti interruttivi.

Con riferimento, invece, alla domanda ex art. 2932 c.c., **Sez. 2, n. 27342/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 651021-01** ha precisato che

per il relativo accoglimento è di norma sufficiente la semplice offerta non formale della prestazione che risulti idonea a manifestare la volontà di adempiere da parte dell'offerente, semprechè – tuttavia, e come di regola accade – le parti abbiano previsto il pagamento (o il saldo) del prezzo contestualmente alla stipula del definitivo. Laddove, infatti, tale adempimento sia pattuito in un termine anteriore, la relativa scadenza determina l'obbligo della parte ad effettuare il pagamento nel domicilio del creditore o con offerta formale nei modi di legge, non sussistendo, in tale ipotesi, nessuna ragione che giustifichi un'offerta informale, e potendo la controparte, in mancanza, avvalersi dell'eccezione di inadempimento per rifiutare la stipula.

In linea con tale impostazione, **Sez. 2, n. 14372/2018, Scarpa, Rv. 648974-03** ha chiarito che la previsione di pagamento del prezzo al definitivo fa sì che il requisito dell'offerta di cui all'art. 2932, comma 2, c.c. debba ritenersi soddisfatto con la proposizione della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, perché in essa necessariamente implicito.

In detta ipotesi, peraltro, è solo con il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di accoglimento della domanda che sorge l'obbligo di pagare il prezzo, al quale è subordinato l'effetto traslativo della proprietà. Per tale ragione, **Sez. 2, n. 22997/2018, Carrato, Rv. 650381-01** ha precisato che è illegittima l'imposizione in sentenza di un termine per il pagamento che condizioni tale effetto traslativo, determinandone la decorrenza anticipata rispetto al formarsi del giudicato.

Ove, poi, il pagamento non abbia luogo nel termine fissato dalla sentenza (ovvero, in mancanza, nel congruo lasso di tempo necessario perché la mora del promissario acquirente assuma i caratteri dell'inadempimento di non scarsa importanza per il creditore, rendendo non più possibile l'adempimento tardivo contro la volontà di quest'ultimo), esso assume il carattere di una condizione irrealizzabile, precludendo l'effetto traslativo che ne dipende, come precisato da **Sez. 2, n. 20226/2018, Scalisi, Rv. 649912-01**.

Infine, e con riferimento alla sentenza che definisce il giudizio di esecuzione in forma specifica, **Sez. 2, n. 29422/2018, Bellini, Rv. 650665-01** ha ritenuto che l'eventuale giudicato formatosi sul rigetto della domanda, dipendente dal mancato adempimento o dalla mancata offerta della prestazione inerente al prezzo, non osta a che la domanda possa essere riproposta, sulla base della sopravvenienza di detto adempimento o di detta offerta, sempre che il contratto non sia stato risolto nel frattempo.

## 9. Risoluzione e recesso.

### 9.2. Operatività della risoluzione giudiziale.

In relazione ai presupposti per addivenire alla risoluzione del contratto, fornisce un utile spunto all'inaquadramento del requisito di "non scarsa importanza" dell'inadempimento **Sez. 3, n. 04022/2018, Rossetti, Rv. 647949-01**, che specifica come la gravità dell'inadempimento vada commisurata all'interesse che la parte adempiente aveva o avrebbe potuto avere alla regolare esecuzione del contratto e non alla convenienza, per detta parte, della domanda di risoluzione rispetto a quella di condanna all'adempimento.

Quanto, invece, alla necessità di costituire in mora il contraente inadempiente, **Sez. 2, n. 15993/2018, Tedesco, Rv. 649224-01** ribadisce che tale adempimento è di regola non necessario, salvi i casi nei quali la risoluzione si basi sulla mora in senso stretto, cioè derivi da un inadempimento non definitivo relativo ad una prestazione da eseguire al domicilio del debitore. In tali casi, infatti, la mancata costituzione in mora prima del giudizio di risoluzione non impedisce l'esecuzione della prestazione, in deroga al principio generale dettato dall'art.1453, ultimo comma, c.c..

Con riguardo al giudizio originato dalla domanda di risoluzione, **Sez. 1, n. 16882/2018, Cirese, Rv. 649575-01** affronta il tema dello *jus variandi* richiamandosi al precedente di cui a Sez. U., n. 08510/2014, Rv. 630334-01, consentendo alla parte che modifica l'iniziale azione per l'esatto adempimento in domanda di risoluzione di ottenere, oltre alla restituzione della prestazione eseguita, anche il risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli effetti del regolamento negoziale.

In punto al contenuto della pretesa pecuniaria conseguente alla risoluzione del contratto, **Sez. 6-2, n. 11012/2018, Criscuolo, Rv. 648231-01** torna sul dibattuto (ed irrisolto) problema della compatibilità fra risarcimento del danno e restituzione del doppio della caparra confirmatoria indebitamente ritenuta dal contraente inadempiente, esprimendosi in senso affermativo. La sentenza, in particolare, esclude che violi il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato la condanna alla restituzione della caparra, pur a fronte di un erroneo cumulo fra la relativa domanda e l'azione risolutoria e risarcitoria, costituendo la caparra un bene della vita omogeneo rispetto al danno (seppure ridimensionato), e non sussistendo più alcun titolo della controparte a trattenere la somma versata.



In presenza di un giudizio caratterizzato da reciproche domande di risoluzione fondate da ciascuna parte sugli inadempimenti dell'altra, **Sez. 3, n. 06675/2018, Scarano, Rv. 648298-02** ha ritenuto che se il giudice accerta l'inesistenza di singoli specifici addebiti e non può così pronunciare la risoluzione, deve comunque dare atto dell'impossibilità di dare esecuzione al contratto per effetto della scelta di entrambi i contraenti ex art. 1453, comma 2, c.c., e pronunciare la risoluzione con gli effetti di cui all'art. 1458 c.c., essendo le due contrapposte manifestazioni di volontà dirette all'identico scopo dello scioglimento del rapporto negoziale.

In senso opposto, **Sez. 6-1, n. 14314/2018, Sambito, Rv. 649146-01**, ha affermato che il giudice non può respingere entrambe le domande e dichiarare l'intervenuta risoluzione consensuale del rapporto, implicando ciò una violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, mediante una regolamentazione del rapporto stesso difforme da quella perseguita dalle parti.

Circa le conseguenze della pronunzia risolutoria, si è anzitutto posto all'attenzione della Corte il tema della risarcibilità del cd. maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c..

**Sez. 1, n. 15708/2018, Vella, Rv. 649449-01** ha in particolare ribadito che il riconoscimento di tale voce di danno, soggetto all'onere probatorio del richiedente, va escluso ove il pregiudizio sia assorbito dal riconoscimento di quanto accordato per il danno direttamente conseguente all'inadempimento, onde evitare indebite duplicazioni delle poste risarcitorie. **Sez. 2, n. 14289/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 648837-03**, d'altro canto, ha riaffermato la compatibilità di tale pregiudizio con il credito restitutorio spettante alla parte adempiente in caso di risoluzione, pur se quest'ultimo dà luogo ad un debito di valuta non soggetto a rivalutazione monetaria.

Infine, per l'ipotesi di contratto assistito da clausola penale, **Sez. 2, n. 27994/2018, Bellini, Rv. 651038-01**, pur ribadendo il divieto di cumulo tra la domanda della prestazione principale e quella diretta ad ottenere la penale per l'inadempimento di cui all'art. 1383 c.c., ha rilevato che, in caso di risoluzione del contratto, il risarcimento del danno da inadempimento può essere richiesto insieme con la penale per la mancata esecuzione dell'obbligazione nel termine stabilito, così come quest'ultima può essere domandata in uno con la penale per l'inadempimento.

La pronunzia ha tuttavia precisato che, ove sia cumulato con la penale per il ritardo, il danno da inadempimento va liquidato tenendo conto dell'entità di quanto sia ascrivibile al ritardo già

autonomamente considerato nella determinazione della penale, onde evitare un ingiusto sacrificio del debitore.

## 9.2. Risoluzione stragiudiziale e suoi presupposti.

In relazione al meccanismo di operatività della risoluzione stragiudiziale, va segnalata anzitutto **Sez. 2, n. 15052/2018, Tedesco, Rv. 649073-01**, che ha ritenuto l'inefficacia, ai fini risolutori, della diffida ad adempiere intimata prima della scadenza del termine di esecuzione del contratto. Nell'occasione, la Corte ha ribadito che il ricorso allo strumento dalla diffida postula che si sia già verificato l'inadempimento del contratto, poiché la relativa finalità consiste unicamente nel consentire alla parte adempiente di ottenere una celere risoluzione del contratto senza dovere attendere la pronuncia del giudice.

Muovendo da premesse analoghe ha invece affrontato il tema della clausola risolutiva espressa, **Sez. 3, n. 24532/2018, Graziosi, Rv. 651138-01**; la Corte, dopo aver osservato che tale meccanismo risolutivo presuppone l'inadempimento della controparte di chi se ne avvale, ha ritenuto nella specie che nel caso in cui tale inadempimento non sussista la clausola può al più rilevare come condizione risolutiva ex art. 1353 c.c., purché l'evento cui si riferisce sia sufficientemente determinato e non rimesso alla mera volontà di una parte.

Da ultimo, un rilievo chiarificatore in ordine alla possibilità di risolvere il contratto per mancato rispetto del termine, quantunque non previsto dalle parti come essenziale, giunge da **Sez. 2, n. 11653/2018, D'Ascola, Rv. 648246-01**.

Nel caso in questione, la Corte ha ritenuto che l'inutile decorso del termine non essenziale, seppur ovviamente non abiliti il ricorso al meccanismo risolutivo stragiudiziale, consente comunque alla parte adempiente di proporre domanda giudiziale di risoluzione del contratto. Quest'ultima, tuttavia, anche prima di proporre la domanda può legittimamente rifiutare l'adempimento tardivo quando – tenuto conto della non scarsa importanza dell'inadempimento in relazione alle posizioni delle parti – sia venuto meno il suo interesse all'esecuzione del contratto; essa, pertanto, può agire in giudizio per la risoluzione anche dopo l'eventuale offerta di adempimento tardivo.

### 9.3. Recesso ed altre ipotesi di scioglimento.

In tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta consistente nel cd. *factum principis*, un'importante precisazione giunge da **Sez. 3, n. 14915/2018, Iannello, Rv. 649054-01**.

Con tale decisione, la Corte ha escluso che possa invocare tale fattispecie risolutoria una società di formazione professionale che aveva interrotto i rapporti con i destinatari dell'attività formativa sul presupposto della revoca della relativa autorizzazione da parte dell'amministrazione competente, poi dichiarata illegittima dal giudice amministrativo.

In proposito, premesso che la liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della prestazione ha luogo solo in presenza dell'obiettiva non eseguibilità della prestazione in sé considerata, e dell'assenza di colpa del debitore nella determinazione dell'evento impossibilitante, la sentenza ha ritenuto necessario che il cd. *factum principis* non sia ragionevolmente e facilmente prevedibile, secondo la comune diligenza, all'atto della assunzione della obbligazione; in tal senso, ha così escluso che un contraente possa validamente invocarlo quando, come nella specie, prima del contratto l'amministrazione lo ha già reso edotto del suo possibile verificarsi, attraverso la formale comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo, ed egli non ha posto in essere alcuna preventiva attività volta a scongiurare l'emissione del provvedimento.

In tema di recesso, costituisce una significativa inversione rispetto al precedente orientamento della Corte regolatrice, **Sez. 2, n. 04838/2018, Abete, Rv. 648211-01**, secondo cui la previsione, in seno al regolamento contrattuale, di una multa penitenziale quale corrispettivo per l'esercizio del diritto convenzionale di recesso non sottrae il rapporto obbligatorio alla disciplina generale, con conseguente esclusione del diritto alla percezione della multa se il contraente onerato prova che il proprio recesso è giustificato dall'inadempimento della controparte.

Con tale decisione la Corte si è dunque consapevolmente discostata dal pregresso, consolidato orientamento (documentato, fra le altre, da Sez. 2, n. 06558/2010, Rv. 611811-01) secondo cui la finalità meramente indennitaria della multa penitenziale – correlata alla natura potestativa del diritto di recesso – fa sì che resti escluso, in capo al giudice, ogni compito di indagare sull'addebitabilità del recesso, diversamente da quanto avviene in tema di caparra confirmatoria o di risoluzione per inadempimento.

Ravvisa, infine, la ricorrenza degli estremi di un valido atto di recesso nella revoca della carta di debito (cd. bancomat) al cliente da parte della banca **Sez. 1, n. 15500/2018, Dolmetta, Rv. 649134-01**, pur con il necessario rilievo del fatto che la stessa, per potere essere in grado di produrre effetti, dev'essere preventivamente comunicata al correntista secondo quanto prescritto dall'art. 1334 c.c., trattandosi di atto unilaterale recettizio.

## **10. Invalidità ed inefficacia.**

### **10.1. Invalidità del contratto e poteri del giudice.**

Fermo quanto già esposto ai §§. 1-3 in ordine ai requisiti del contratto, con le relative conseguenze sul piano della nullità, restano da esaminare i profili attinenti alla dimensione giudiziale dell'istituto.

Quanto al possibile rilievo officioso della nullità del contratto, **Sez. 2, n. 21418/2018, Orilia, Rv. 650037-01** si è conformata all'insegnamento reso da Sez. U., n. 26242/2014, Rv. 633504-01, ritenendolo sempre consentito (a meno che la pretesa azionata non venga rigettata in base ad un'individuata "ragione più liquida") in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (risoluzione, annullamento, rescissione) nonché nel caso di azione per l'esatto adempimento del contratto, poiché tali azioni sono tutte disciplinate da un complesso normativo autonomo ed omogeneo.

Si pone in continuità con tale indicazione anche **Sez. 2, n. 26614/2018, Criscuolo, Rv. 651009-01**, che in relazione alla più specifica ipotesi di nullità cd. di protezione evidenziato come il rilievo officioso resti soggetto alla manifestazione dell'interesse a far valere la causa di nullità da parte dell'interessato legittimato in esclusiva, entro il termine di decadenza previsto per il relativo esercizio.

Il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità non può tuttavia estendersi fino alla conversione del contratto nullo, ostandovi la previsione di cui all'art. 1424 c.c.; lo ha ribadito **Sez. 1, n. 22466/2018, Ceniccola, Rv. 650753-01**, con l'ulteriore rilievo che resta ammissibile l'istanza di conversione avanzata dalla parte nella prima difesa utile successiva al rilievo officioso, rispetto al quale si pone in rapporto di stretta consequenzialità.

Sul medesimo tema, **Sez. 1, n. 16051/2018, Terrusi, Rv. 649573-01** ha poi specificato che ove sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto, il giudice ben può rilevarne d'ufficio la nullità solo parziale; e qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano di proporre un'espressa istanza di accertamento

di tale nullità, deve rigettare l'originaria pretesa, non potendo il giudice inammissibilmente sovrapporsi ad esse nelle valutazioni e determinazioni da loro espresse nel processo.

Analizza, infine, i profili distintivi fra l'azione di annullamento per dolo e quella di inadempimento per mancanza delle qualità promesse od essenziali **Sez. 2, n. 13034/2018, Scarpa, Rv. 650830-02**; la decisione evidenzia l'assoluta autonomia fra le due azioni (rispettivamente attinenti al momento formativo ed al profilo funzionale del contratto), e la conseguente insussistenza di alcun rapporto di incompatibilità o di reciproca esclusione.

### 10.3. Inefficacia del contratto e delle singole clausole.

In ordine all'efficacia del contratto sottoposto a condizione, **Sez. 2, n. 09550/2018, Scarpa, Rv. 648050-01** affronta lo specifico tema del contratto preliminare di compravendita immobiliare sottoposto alla condizione della mancata approvazione del progetto di lottizzazione, che qualifica come condizione risolutiva.

La decisione si discosta da alcuni precedenti che avevano qualificato tale pattuizione come condizione potestativa unilaterale, abilitando di conseguenza il promissario acquirente a reclamare la stipulazione del definitivo indipendentemente dal suo verificarsi (per tutte Sez. 2, n. 14938/2008, Rv. 603859-01); rileva, infatti, che con tale previsione si realizza un equilibrio tra le prestazioni e le aspettative economiche dei contraenti, ben diversamente da quanto accade nel caso di condizione unilaterale. Tale ultima non sussiste sulla sola base del fatto che una sola delle parti appare interessata al verificarsi dell'evento dedotto in condizione, ma necessita di una formulazione inequivoca che implichi il riconoscimento, in capo al contraente, di un diritto potestativo il cui mancato esercizio, successivamente al verificarsi dell'evento, dà vita a un nuovo negozio.

Resta, infine, viva l'attenzione della Corte verso la possibile inefficacia di singole clausole in ragione della loro vessatorietà, al di là dei profili di tutela più specificamente attinenti al rapporto fra professionista e consumatore.

**Sez. 3, n. 11757/2018, Ambrosi, Rv. 648707-01**, in particolare, ha escluso che presenti carattere di vessatorietà la clausola del contratto di assicurazione contro i danni con la quale si pattuisce che l'assicurato sia indennizzato mediante la riparazione in forma specifica del danno da sinistro stradale; tale pattuizione, infatti, non concreta alcuna limitazione della responsabilità agli effetti dell'art. 1341 c.c. riducendo le conseguenze dell'inadempimento di una parte,

ma delimita l'oggetto del contratto, diminuendo – senza escluderlo – il rischio garantito e fissando il limite entro cui l'assicuratore è tenuto a rivalere l'assicurato.

Infine, **Sez. 6-3, n. 03307/2018, Cirillo F.F.M., Rv. 647578-01**, ha ritenuto che la clausola di deroga alla competenza territoriale contenuta in un modulo predisposto dal cd. contraente forte, di natura vessatoria e perciò da approvare espressamente per iscritto, dev'essere altresì leggibile; ove, tuttavia, la stessa risulti scarsamente leggibile (perché, ad esempio, redatta su modello fotocopiato o con grafica eccessivamente piccola) il contraente che l'abbia sottoscritta non può lamentare in sede giudiziale di non averne rettamente compreso la portata, ben avendo potuto esigere dalla controparte che gli venisse fornito un modulo contrattuale pienamente leggibile.

## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE.**

(di LUIGI LA BATTAGLIA E ANTONELLA SARRACINO) \*

SOMMARIO: 1. Il danno da perdita di *chance*: caratteri e specificità della figura. - 2. La *chance* come bene giuridico: la concezione c.d. ontologica. - 3. Perdita di *chance* e nesso causale: la concezione c.d. eziologica. - 4. Il danno non patrimoniale da perdita di *chance*. - 5. I recenti approdi della giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale da perdita di *chance*. - 6. Gli orientamenti della giurisprudenza del 2018 in tema di danno patrimoniale da perdita di *chance*. - 7. Il danno da perdita di chance nella giurisprudenza “lavoristica” del 2018. - 8. Conclusioni.

#### **1. Il danno da perdita di *chance*: caratteri e specificità della figura.**

La fattispecie del danno da perdita di *chance* è andata progressivamente consolidandosi nella giurisprudenza della Corte di Cassazione dell’ultimo trentennio, venendo interessata, nel corso del 2018, da importanti arresti della Terza Sezione.

La figura nasce negli anni ’80 del secolo scorso, come risposta a un’istanza di (ulteriore) ampliamento dei confini della tutela risarcitoria, per rendere risarcibile il pregiudizio derivante dalla compromissione non già di un “bene giuridico finale” (diritto soggettivo, ma anche interesse giuridicamente rilevante, meritevole di tutela alla stregua dell’ordinamento giuridico), bensì della semplice possibilità di conseguirlo.

La possibilità di realizzazione del vantaggio non deve essere confusa con la ragionevole certezza (o elevata probabilità) di un incremento della sfera patrimoniale del danneggiato, la cui deprivazione, quale conseguenza del fatto illecito del terzo, sostanzia il danno da lucro cessante propriamente detto. Ne consegue che, a volere essere rigorosi, devono essere tenute fuori dalla categoria della perdita di *chance* tutte quelle fattispecie nelle quali l’espressione viene utilizzata in funzione descrittiva di un pregiudizio che in nulla

---

\* *Luigi La Battaglia* ha redatto i paragrafi nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 8; *Antonella Sarracino* il paragrafo n. 7.

si distingue da un vero e proprio lucro cessante (o, come si vedrà, da altro tipo di danno emergente, conseguenza della lesione di una situazione giuridica “finale” ben individuata).

La giurisprudenza parla frequentemente di danno da perdita di *chance*, per esempio, con riferimento alle conseguenze patrimoniali della lesione della salute. Con tale espressione si fa riferimento, in particolare, alla perdita della capacità lavorativa (generica o specifica), che preclude al danneggiato la possibilità di cogliere, nel futuro, opportunità lavorative idonee a procurargli un guadagno (eventualmente maggiore di quello già conseguito al momento dell'evento lesivo). In Sez. 3, n. 6488/2017, Barreca, Rv. 643410-01, per esempio, la Corte rigettò la domanda di una minorenne rimasta vittima di un incidente stradale, volta al conseguimento di un risarcimento per la “perdita di *chance*” di intraprendere la carriera universitaria, ritenendo che non avesse assolto all'onere di provare che la situazione invalidante le avesse, in concreto, precluso l'accesso a una probabile carriera universitaria o a un probabile inserimento in un determinato e specifico ambito lavorativo. In questi casi, con la locuzione “perdita di *chance*” si allude a un vero e proprio danno patrimoniale futuro, al quale è preordinata la prova che si richiede di fornire all'attore. Danno che non si configura, quindi, come *minus*, corrispondente a un determinato grado di possibilità di conseguimento del bene giuridico “finale”, ma che coincide direttamente con quest'ultimo. Non si fa questione neppure in astratto, infatti, di riduzione della quantificazione del risarcimento rispetto all'entità delle retribuzioni che il lavoratore avrebbe potuto guadagnare. Cionondimeno, si parla di perdita di *chance*, e di questa viene richiamata la definizione quale “entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione”. Nello stesso senso, si pongono Sez. I, n. 21544/2008, De Matteis, Rv. 604311-01; Sez. 3, n. 12243/2007, Federico, Rv. 597488-01 e Sez. 3, n. 1752/2005, Segreto, Rv. 578787-01.

Altre volte, si designa con l'etichetta “perdita di *chance*” una voce di danno, pur sempre conseguente alla lesione della salute ma di natura non patrimoniale, che va sotto il nome di “danno da lesione della cenestesi lavorativa”. Tale pregiudizio rileva come presupposto per la “personalizzazione” in aumento del risarcimento “tabellare” del danno alla salute. Sez. 6-3, n. 20312/2015, Rossetti, Rv. 637454-01, affermò, per esempio, che il danno da lesione della “cenestesi lavorativa”, che consiste nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa (c.d. perdita di *chance*), si risolve in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo e



va liquidato omnicomprensivamente come danno alla salute, potendo il giudice, che abbia adottato per la liquidazione il criterio equitativo del valore differenziato del punto di invalidità, anche ricorrere ad un appesantimento del valore monetario di ciascun punto, mentre non è consentito il ricorso al parametro del reddito percepito dal soggetto leso.

La stessa voce di danno viene invece ricondotta alla categoria del danno patrimoniale da perdita di *chance* da Sez. 3, n. 12211/2015, Scarano, Rv. 635625-01.

Ancora, Sez. I, n. 20829/2015, Buffa, Rv. 637374-01, ha affermato che è astrattamente configurabile un danno risarcibile in favore del medico convenzionato reintegrato nella convenzione (illegittimamente revocatagli), in ragione della perdita di *chance* professionali derivante dalla contemporanea presenza di altro medico convenzionato nella stessa zona. Nel caso di specie, applicando la regola di cui all'art. 1227 c.c., la Corte ha cassato la sentenza di merito che non aveva scomputato, dal complessivo ammontare del danno invocato dall'attore, quello a lui stesso ascrivibile per aver rifiutato *in toto* la riattivazione del rapporto di convenzione, sia pure in "concorrenza" con l'altro medico nel frattempo assunto. Anche in questa fattispecie l'uso del termine *chance* appare improprio (e utile solo dal punto di vista descrittivo), dal momento che a venire in rilievo è né più né meno che l'intero danno patrimoniale da lucro cessante, configurabile quale conseguenza dell'inadempimento del datore di lavoro.

Infine, Sez. 3, n. 243/2017, Frasca, Rv. 642352-01, con riferimento all'omissione, da parte del ginecologo, della prescrizione dell'amniocentesi - che avrebbe permesso alla gestante di conoscere la sindrome di down di cui il feto era affetto -, ha parlato di "perdita della *chance* di conoscere lo stato del feto", ma anche in questo caso il termine *chance* non rileva altro che come variante stilistica sinonimica di "possibilità", se si considera che il pregiudizio prospettato a carico dell'attrice è un danno biologico (precisamente, il "danno alla propria salute psico-fisica che la gestante lamenta per avere avuto la "sorpresa" della condizione patologica del figlio all'esito della gravidanza").

## **2. La *chance* come bene giuridico: la concezione c.d. ontologica.**

L'archetipo di riferimento del danno da perdita di *chance* venne modellato dalla giurisprudenza, a partire dagli anni '80, sul danno patrimoniale, per poi venire esteso (in modo

pressoché automatico e senza particolari differenziazioni, come si vedrà) al danno non patrimoniale.

Le prime pronunce sul tema si riscontrano in campo lavoristico, in fattispecie di illegittima esclusione del lavoratore da procedure concorsuali finalizzate all'attribuzione di una qualifica superiore. Al lavoratore che non fosse in grado di dimostrare che, in caso di legittimo espletamento della procedura, sarebbe stato certamente incluso nell'elenco dei promossi, veniva riconosciuto comunque un risarcimento per la definitiva perdita della possibilità di conseguire tale risultato (in tal senso, tra le tante, Sez. L., n. 14074/2000, Celentano, Rv. 541206-01). Per la risarcibilità del danno si richiedeva la prova che, al momento della partecipazione al concorso, l'attore possedesse concrete possibilità di vittoria.

Altro campo di applicazione della perdita di *chance* (patrimoniale) è tradizionalmente rappresentato dal settore della responsabilità professionale dell'avvocato, in relazione agli errori che precludono al cliente di giocarsi le sue *chances* di vittoria della causa.

L'opzione teorica su cui si fonda tale ricostruzione consiste nella elevazione della possibilità di conseguimento dell'utilità futura (nell'esempio, la promozione ed il correlativo incremento retributivo) a bene giuridico attuale, la cui lesione/compromissione dà luogo – di per sé - a un danno emergente. La *chance*, viene detto, è un'entità patrimoniale a sé stante, concettualmente distinta dal bene giuridico finale, benché a quest'ultimo vada inevitabilmente rapportata nella fase della liquidazione. Essa preesiste, dunque, al fatto illecito, e da questo viene azzerata. È la tesi c.d. ontologica della *chance*, che avrà notevole fortuna negli sviluppi futuri della giurisprudenza.

Occorre subito dire che la circostanza che il bene-*chance* sia costituito di “probabilità” pone il problema se, ai fini della risarcibilità, esse debbano assurgere ad una certa “consistenza” quantitativa. Dal punto di vista logico, infatti, una volta configurata quale danno emergente, la *chance* non dovrebbe tollerare alcuna “franchigia” risarcitoria, nel senso che anche a basse (o bassissime) probabilità di conseguimento del risultato finale dovrebbe corrispondere un (sia pur contenuto) risarcimento. Cionondimeno, è costante nella giurisprudenza di legittimità il richiamo alla necessità che la *chance*, per assurgere al rango della risarcibilità, abbia una qualche consistenza, e non sia quindi irrisoria (Sez. L., n. 6506/1985, Fanelli, Rv. 443577-01, richiede che la prova si atteggi “in relazione alla percentuale di probabilità superiore a quella relativa all'evento sfavorevole, costituito dal mancato superamento della selezione stessa”; Sez. L., n. 4725/1993, Toriello, Rv. 481973-01, afferma, invece, essere sufficiente la

“ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole (non necessariamente superiore al cinquanta per cento)”; Sez. L., n. 10748/1996, Roselli, Rv. 500982-01, richiede la prova che il lavoratore “avrebbe avuto possibilità non distanti da quelle degli altri aspiranti positivamente valutati”; Sez. L., n. 8468/2000, Filadoro, Rv. 537894-01, parla di “ragionevoli probabilità di ottenere un risultato utile”; Sez. L., n. 14074/2000, Celentano, Rv. 541206-01, di “perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile”; Sez. L., n. 11906/2017, Tria, di “elevate probabilità, prossime alla certezza, di essere chiamati e quindi di ottenere l'assunzione”). Si richiede, dunque, che la *chance* esprima una probabilità di conseguimento del risultato, se non superiore al 50%, comunque significativa.

Questa impostazione fa emergere la criticità legata alla difficoltà di individuare il confine tra probabilità scarse irrisarcibili, probabilità “significative” - idonee ad integrare un danno da perdita di *chance* risarcibile - e probabilità più elevate, suscettibili di dar luogo al (maggior) danno scaturente dalla lesione della situazione giuridica soggettiva “finale”. Emblematica di tali incertezze Sez. 3, n. 15759/2001, Settimj, Rv. 551111-01, in tema di responsabilità professionale di un dottore commercialista, secondo cui “la perdita della *chance* di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema di accertamento sotto il profilo dell'*an* - una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale -, ma solo, eventualmente, sotto quello del *quantum* (...)”. All'estremo opposto sembra porsi, invece, la più recente Sez. 1, n. 9571/2017, Valitutti, non massimata, che, relativamente al danno da perdita di *chance* di aggiudicazione di un appalto, cagionato dalla mancata consegna, da parte di un corriere postale, del plico contenente la relativa domanda di partecipazione, ha affermato che il risarcimento può essere riconosciuto solo quando la *chance* ha “la certezza o l'elevata probabilità di avveramento”, in tal modo finendo per far coincidere la perdita di *chance* con il vero e proprio lucro cessante.

Alla stregua della ricostruzione appena illustrata, la (lesione della) *chance* (patrimoniale) sembra rivestire, in seno alla fattispecie di responsabilità, il ruolo di danno-evento, quale bene giuridico dalla cui lesione discendono le conseguenze pregiudizievoli risarcibili.

Resta attuale l'interrogativo se vi sia una soglia di “consistenza quantitativa” delle probabilità, al di sotto della quale non potrebbe darsi un danno ingiusto risarcibile (e la

statuizione risarcitoria assumerebbe, dunque, valenza *lato sensu* sanzionatoria del comportamento del convenuto).

### **3. Perdita di *chance* e nesso causale: la concezione c.d. eziologica.**

Alla tesi “ontologica” è venuta a contrapporsi (più precisamente, ad affiancarsi) quella c.d. eziologica, che “ritaglia” per il pregiudizio in questione uno statuto causale autonomo, distinto da quello ordinario in quanto fondato su un grado di probabilità inferiore. Come noto, nella c.d. sentenza Franzese (n. 30328/2002, Canzio, Rv. 222139-01), le Sezioni unite penali della Corte di Cassazione avevano adottato, per il nesso causale, il criterio dell’elevato grado di credibilità razionale, affermando che “non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell’ipotesi accusatoria sull’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza probatoria disponibile”. A partire da Sez. 3, n. 21619/2007, Travaglino, Rv. 599816-01 (relativa a una fattispecie di responsabilità medica), la Cassazione civile si discostò da tale modello, prospettando una sorta di scala discendente, che dalla “quasi certezza” penalistica muove verso la “causalità civile ordinaria”, attestata “sul versante della probabilità relativa (o “variabile”), caratterizzata (..) dall’accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale” (la regola del “più probabile che non”); per approdare infine alla causalità da perdita di *chance*, “attestata *tout court* sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, inteso tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come “bene”, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute”. La situazione giuridica finale veniva, dunque, a “stemperarsi” in una “aspettativa” di incremento patrimoniale (o non patrimoniale), assimilabile al lucro cessante.

L’inconveniente di questa tesi sta nella difficoltà di ammettere che un danno risarcibile possa scaturire da un meccanismo causale giudicato - in tesi - inidoneo a integrare il “più probabile che non”. In altri termini, se un determinato grado di probabilità nella consecuzione degli eventi non viene ritenuto, in concreto, sufficiente per istituire un nesso causale giuridicamente rilevante, la conseguenza obbligata dovrebbe essere l’impossibilità di riconoscere un danno risarcibile. Il discorso viene a intrecciarsi con quello della natura giuridica della *chance* (e quindi con le acquisizioni della tesi

“ontologica”): se la *chance*, per quanto la si voglia tenere distinta dalla situazione giuridica finale, di questa mutua i caratteri fondamentali, si dovrebbe dar conto del perché un nesso causale giuridicamente inesistente – siccome insufficiente a determinare il tutto – sia invece idoneo a determinare il *minus* rappresentato dalla *chance*. *Minus* che, nella maggior parte dei casi si traduce, attraverso il richiamo all’art. 1226 c.c., nell’attribuzione alla vittima di una parte del risarcimento che le spetterebbe in relazione alla totale conculcazione della situazione giuridica finale. Ciò che, dal punto di vista logico, pone il problema di equiparare la perdita di una possibilità mai tradottasi in atto alla perdita (accertata) di una parte del tutto.

La *chance* transita, in quest’ottica, dal piano del danno-evento a quello del danno-conseguenza, come appare chiaro in Sez. 3, n. 12961/2011, Segreto, non massimata, nella cui motivazione si afferma che “la idoneità della *chance* a determinare presuntivamente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione è, viceversa, rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa, posto che nel primo caso il valore della *chance* è certamente maggiore che nel secondo e, quindi, lo è il danno per la sua perdita, che, del resto, in presenza di una possibilità potrà anche essere escluso, all’esito di una valutazione in concreto della prossimità della *chance* rispetto alla consecuzione del risultato e della sua idoneità ad assicurarla”. Ne consegue che – contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza prevalente - la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* venne interpretata, in questa pronuncia, come “riduzione dell’originaria domanda di risarcimento dell’intero pregiudizio assunto”, sicché “non determina una *mutatio libelli* ed il relativo accertamento può essere effettuato d’ufficio dal giudice”.

Si giunge, per tale via, a un risultato non dissimile da quello del concorso tra causa umana e causa naturale, in presenza del quale la Suprema Corte (sempre in tema di responsabilità sanitaria) ha avallato una graduazione *in minus* del pregiudizio risarcibile, consentendo di ascrivere al convenuto – sul piano della causalità giuridica – il solo danno-conseguenza “differenziale” rispetto a quello che il danneggiato avrebbe comunque subito per cause naturali (così Sez. 3, n. 3893/2016, Scarano, Rv. 639350-01). Esiste, tuttavia, una differenza di fondo tra le due fattispecie, se è vero che, in quella da ultimo richiamata, il nesso di causalità materiale tra l’illecito (o l’inadempimento) e l’evento lesivo della situazione giuridica finale è pienamente accertato, mentre in quella della perdita di *chance* è per definizione escluso.

#### 4. Il danno non patrimoniale da perdita di *chance*.

Sul versante del danno non patrimoniale, il terreno elettivo sul quale l'istituto del danno da perdita di *chance* si è sviluppato è senz'altro quello della responsabilità medica.

Le fattispecie in cui la perdita di *chance* viene generalmente evocata, in questo campo, sono quelle nelle quali il comportamento (per lo più omissivo) del medico determina una contrazione delle possibilità di guarigione o di sopravvivenza del paziente. In questi casi, la successione cronologica degli eventi sfocia nella compromissione/perdita, rispettivamente, della salute o della vita del danneggiato, il quale riporta un danno biologico (da invalidità permanente) ovvero decede. A venire in gioco non è però il danno biologico o da morte *tout court*, ma un danno quantitativamente e qualitativamente inferiore, correlato non al mancato raggiungimento del risultato sperato (per l'appunto, la guarigione o la sopravvivenza), ma alla perdita della possibilità di conseguirlo.

In questo contesto, la giurisprudenza della Corte ha sostanzialmente riprodotto, fino a tempi recentissimi, lo schema teorico coniato per le fattispecie di danno patrimoniale da perdita di *chance*.

Pur venendo in rilievo, nella maggior parte dei casi, il diritto alla salute del paziente, punto fermo del ragionamento della Corte era che la *chance* fosse comunque una “*entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione*”, tanto che la domanda per il relativo risarcimento viene considerata “*ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato*”. In questi termini si esprime (per vero in un *obiter dictum*, poiché l'attore non aveva formulato una specifica domanda per tale voce di danno) Sez. 3, n. 4400/2004, Segreto, Rv. 570780–01, che segna il debutto del danno da perdita di *chance* nel “sotto-sistema” della responsabilità sanitaria. Anche in questa pronuncia si ribadisce la necessità che la *chance* abbia una certa consistenza, individuandosi il danno-evento nella perdita di una “*consistente possibilità*” di conseguire il risultato finale.

Pure al cospetto di *chances* chiaramente proiettate su interessi non patrimoniali (quali sono le possibilità di sopravvivenza/guarigione del paziente), a venire risarcito è un danno (implicitamente considerato come) patrimoniale, determinato dalla lesione di un bene giuridico (diverso e, appunto, di natura patrimoniale), che si risolve tutto nella “*mera possibilità del risultato finale*”.

Sono evidenti gli echi della teoria ontologica della *chance*.

Per la verità, in Sez. 3, n. 23846/2008, Frasca, Rv. 604660-01, la Cassazione sembrò avallare la ricostruzione della *chance* in termini di omogeneità (sotto il profilo della natura patrimoniale o non patrimoniale) rispetto alla situazione giuridica finale: affermò la Corte, infatti, che “il concetto di patrimonialità va correlato al bene in relazione al quale la *chance* si assume perduta e, quindi, in riferimento al danno alla persona ad una *chance* di conservazione dell'integrità psico-fisica o di una migliore integrità psico-fisica o delle condizioni e della durata dell'esistenza in vita”. A questo ragionamento, tuttavia, non veniva associata la prospettiva di un danno non patrimoniale, confermandosi la definizione della *chance* quale entità “patrimoniale” autonoma. Permaneva, pertanto, l'aporia costituita dalla difficoltà di intendere la “possibilità di guarigione” quale posta del patrimonio del danneggiato (che sarebbe conculcata dall'inadempimento del medico).

La possibilità di configurare un danno patrimoniale appare, invero, preclusa dalla difficoltà di rintracciare, in primo luogo, un interesse funzionale al soddisfacimento di un bisogno economico del paziente, suscettibile di valutazione in denaro (e oggetto della lesione), nonché, in secondo luogo (sul terreno del danno-conseguenza), un decremento del patrimonio – inteso in senso stretto - del danneggiato.

Per quel che riguarda, invece, il danno da perdita di *chance* di sopravvivenza, l'ipotesi ricorrente nella giurisprudenza è quella della tardiva diagnosi di una patologia suscettibile di cagionare la morte del paziente, con conseguente ritardo nella somministrazione di una terapia che, se non idonea a scongiurare tale esito, avrebbe potuto quantomeno lenire le sue sofferenze, ovvero rallentare il decorso infausto della malattia, assicurandogli qualche mese (o anno) di vita in più. Si possono citare, al riguardo, Sez. 3, n. 23846/2008, Frasca, Rv. 604660-01 (che prospetta la conculcazione, a carico del paziente, “di una doppia *chance*, quella di vivere durante il progresso della malattia meglio (per l'effetto, naturalmente, delle cure palliative che si sarebbero innestate su una situazione sulla quale l'intervento chirurgico si sarebbe avuto prima e, quindi, in un momento del progresso della malattia anteriore) e quella di vivere più a lungo, di poche settimane o di pochi mesi”), e Sez. 3, n. 7195/2014, Barreca, Rv. 630704-01, relativa ad un caso di erroneo trattamento terapeutico di un tumore ovarico, che aveva precluso ad una donna (comunque destinata a morire) una più lunga sopravvivenza (si parla di “*perdita della possibilità di vedere rallentato il decorso della malattia e quindi aumentata la durata della sopravvivenza*”). Anche in tali pronunce, da un lato si richiamano i precedenti che dipingono la *chance* come bene giuridico autonomo (sulla scia della teoria ontologica,

dunque); dall'altro si profila un danno-conseguenza dal carattere evidentemente non patrimoniale, essendo correlato al miglioramento delle condizioni psico-fisiche della vittima o alla possibilità, per la stessa, di vivere più a lungo.

In ogni caso, viene da chiedersi se il pregiudizio risarcito, in questi casi, consista realmente nella perdita della possibilità di vivere meglio o più a lungo, ovvero – più semplicemente – non assuma le sembianze di un danno biologico (o morale), integrato dal peggioramento delle condizioni di vita della vittima nel periodo che la separa dall'*exitus*.

## **5. I recenti approdi della giurisprudenza in tema di danno non patrimoniale da perdita di chance.**

In questo scenario, dominato da significative oscillazioni e incertezze, sono intervenute, nel 2018, tre pronunce della Terza Sezione, le quali hanno inteso “sistematizzare” la materia del danno da perdita di *chance*, compiendo un significativo passo avanti verso la razionalizzazione di tale problematico istituto. La prima (**Sez. 3, n. 5641/2018, Travaglio, Rv. 648461-01, 648461-02, 648461-03**) si è occupata di un caso di ritardo colposo nella diagnosi di un tumore polmonare. La decisione prende le mosse dalla censura di quello che viene definito un “duplice paralogismo” della teoria della *chance*, consistente, da un lato, nel ricostruire i tratti caratterizzanti della figura, invariabilmente, intorno al modello del danno patrimoniale; e, dall'altro, nel sovrapporre impropriamente i due distinti elementi della fattispecie dell'illecito, rappresentati dal nesso causale e dal bene tutelato oggetto della lesione. Viene quindi ripristinata la simmetria della *chance* rispetto alla situazione giuridica soggettiva finale di riferimento, distinguendo “morfologicamente” il danno da perdita di *chance* patrimoniale da quello non patrimoniale. Mentre la *chance* patrimoniale (definita “pretensiva”) postula la preesistenza di un *quid* che incorpora *in nuce* la possibile evoluzione migliorativa verso la situazione giuridica finale, e viene frustrata dal fatto illecito del danneggiante; la seconda (definita “non pretensiva”) si innesta su una preesistenza negativa (la patologia), e viene dapprima creata, e subito dopo frustrata dall'intervento del sanitario. A tale differenza “morfologica” fa da corollario una distinzione sotto il profilo della liquidazione, posto che, a differenza della *chance* patrimoniale, il risarcimento della *chance* non patrimoniale “non potrà essere proporzionale al risultato perduto”, ma dovrà essere equitativamente commisurato alla possibilità di realizzare quel risultato. Per quanto riguarda il nesso di causa, la sentenza sottolinea la necessità di mantenerlo concettualmente autonomo dall'evento di danno,



rappresentato dalla possibilità perduta. Ove questo evento (inteso in termini di “eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze”) sia “apprezzabile”, “serio” e “consistente”, si determinerà un danno da perdita di chance risarcibile; ove, invece, si ravvisino “fattori alternativi che ne interrompano la relazione logica con l’evento (quale il sopravvenire di altra patologia determinante di per sé sola dell’*exitus* o di altri eventi ascrivibili alla condotta di terzi o dello stesso danneggiato)”, non si configurerà alcun danno.

Altro importante arresto è rappresentato da **Sez. 3, n. 6688/2018, Graziosi, Rv. 648486-01**, anch’essa in tema di tardiva diagnosi tumorale, che non aveva consentito alla paziente di compiere tempestivamente le scelte più opportune per alleviare le conseguenze della malattia nel periodo che le restava da vivere. La Corte ribadisce, anzitutto, il parallelismo tra natura del danno da perdita di *chance* e natura del diritto alla cui acquisizione la prima è preordinata. Viene, dunque, sconfessata la teorica “patrimonialistica” della *chance* quale bene giuridico (patrimoniale) autonomo rispetto alla posizione giuridica “finale”. Segue una rassegna della giurisprudenza più significativa sul danno da perdita di *chance* nella responsabilità sanitaria, alla quale viene addebitato di avere privato “il concetto di *chance* della sua ontologica eventualità” e di averlo confuso “con la perdita di beni del cui relativo diritto il paziente è già titolare”. Il concetto di *chance* viene depurato, quindi, dal riferimento alle ipotesi in cui a venire in questione è la lesione *tout court* di un diritto soggettivo di cui il paziente è già titolare: è il caso del malato terminale, per il quale “non è ravvisabile la perdita di una possibilità proiettata nel futuro nel senso di futuro miglioramento della propria condizione”, bensì del “diritto alle cure palliative per mantenere il fisico in uno stato sensorialmente tollerabile”, e del “diritto all’esercizio delle proprie capacità psico-fisiche e alla conseguente gestione libera e consapevole di se stesso”. Emerge, quindi, una nuova declinazione del diritto all’autodeterminazione del paziente, la cui lesione si traduce in un pregiudizio assimilabile al danno alla salute (la motivazione parla di “lesione della qualità della vita nel tempo conclusivo di un’esistenza che una persona si trova a trascorrere come malata terminale”).

Il tema è ripreso in **Sez. 3, n. 7260 del 2018, Dell’Utri, Rv. 647957-01**, in cui pure si discute del danno consistente nell’imposizione, a carico del paziente, “di una condizione esistenziale di materiale impedimento a scegliere “cosa fare” nell’ambito di ciò che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all’esito infausto, ovvero di programmare il suo essere persona e, dunque, l’esplicazione delle sue attitudini psico-fisiche in vista e fino a quell’esito”. Anche in questo caso, viene messa a fuoco dalla

Corte la lesione di un bene non qualificabile in termini di *chance*, ma “reale, certo (sul piano sostanziale) ed effettivo, (..) apprezzabile con immediatezza quale correlato del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto”: una “specificata forma dell'autodeterminazione individuale”, che dà luogo a un danno sostanzialmente *in re ipsa*, dal momento che la sua risarcibilità non è subordinata all'allegazione delle concrete scelte del paziente relativamente all'ultimo tratto della sua esistenza.

Tra le pronunce del 2018 in tema di perdita di *chance* non patrimoniale va menzionata anche **Sez. 3, n. 3691/2018, Sestini, Rv. 647601-01**, che discorre di “logica e giuridica incompatibilità” tra danno da perdita di *chance* e danno biologico o morale, nel senso che “il riconoscimento congiunto del danno da perdita di *chance* e di quello biologico comporterebbe dunque la necessità di affermare che, accertato un concreto nocumento alla salute conseguente alla condotta del sanitario, il danneggiato conservi il diritto a essere risarcito per la perdita di una *chance* di cura, che è tuttavia superata dall'avvenuta lesione dell'integrità psicofisica, in una relazione di assorbimento tra "contenente" e "contenuto"; il che non può essere consentito, se non a pena di un'inammissibile duplicazione delle voci risarcitorie”.

6 Gli orientamenti della giurisprudenza del 2018 in tema di danno patrimoniale da perdita di *chance*.

Per quanto riguarda il danno da perdita di *chance* patrimoniale, **Sez. 3, n. 14916 del 2018, Iannello, Rv. 649303-01**, ha esaminato il caso in cui un avvocato lamentava l'errato inserimento dei propri dati negli elenchi (e nei siti internet) delle Pagine Bianche e Pagine Gialle, configurando un danno di tal fatta, senza ritenere necessaria la prova della mancata acquisizione di nuovi clienti a causa dell'illecito, “posto che proprio l'incertezza sul punto, in un senso o nell'altro, definisce la *chance* di cui si lamenta la perdita”.

Discorre di danno da perdita di *chance*, nel campo del diritto societario, **Sez. 1, n. 19741 del 2018, Di Marzio M., Rv. 650161-01**, con riguardo alla perdita della possibilità di disinvestimento azionario, preclusa dall'illegittima omissione di un'offerta pubblica d'acquisto. Anche in questo caso (come in altre pronunce sopra richiamate) oggetto della decisione sembra essere un vero e proprio danno da lucro cessante, del tutto coincidente con “quello che l'azionista avrebbe potuto conseguire se l'Opa fosse stata lanciata ed egli vi avesse aderito”, tanto che il risarcimento “va determinato raffrontando il prezzo di rimborso delle azioni in caso di Opa con il loro valore effettivo ritratto dalle risultanze di borsa, secondo il successivo andamento del titolo, nell'arco

temporale intercorrente tra il giorno in cui si è consumata la violazione dell'obbligo di Opa e quello del disinvestimento (se vi è stato, ovvero in caso contrario della proposizione della domanda risarcitoria)".

Da segnalare, infine, **Sez. 3, n. 29829 del 2018, Scarano, Rv. 651843 - 01**, occupatasi del danno patrimoniale patito dal socio di una società di persone per la mancata percezione degli utili dovuta alla chiusura della società, in conseguenza dell'infortunio (con conseguente perdita della capacità lavorativa) occorso ad altro socio, unico prestatore d'opera infungibile. Nella motivazione si legge che, "trattandosi di utili dalla società non ancora conseguiti ma meramente futuri, l'impossibilità di relativa ritrazione conseguente alla cessazione della società rimane invero integrata un'ipotesi di lesione aquiliana della mera possibilità, qualificabile come chance, del relativo conseguimento". Si parla di una "*ragione di credito avente ad oggetto la chance di conseguimento degli utili futuri*", considerata come una posizione giuridica attuale di vantaggio in termini di possibilità, ciò che riverbera in termini di diminuzione equitativa del risarcimento, rispetto all'integrale ammontare degli utili ipoteticamente realizzabili.

## **7. Il danno da perdita di chance nella giurisprudenza "lavoristica" del 2018.**

Nell'ambito della sezione lavoro continua, niente affatto sopita, la dialettica tra la tesi eziologica e quella ontologica della *chance*.

Se Sez. L, n. 13483/2018, Di Paolantonio, Rv. 64874101 ha aderito alla tesi ontologica, Sez. L, n. 11165/2018, Bellè, n. 64818701 e Sez. L, n. 25727/2018, Tria, Rv. 65105502, hanno invece scelto l'approccio causale.

La prima delle due pronunzie è resa in un caso di illegittima cancellazione dell'invalido dalle liste di collocamento obbligatorio e si interroga se da detta cancellazione consegua un danno patrimoniale da possibilità perduta.

A tal fine opera, in primo luogo, una importante distinzione tra la posizione giuridica dell'invalido che, in materia di assunzione obbligatoria, lamenti nei confronti della P.A. di essere stato illegittimamente cancellato dalle liste o di non essere stato reinscritto tempestivamente, da quella del soggetto, avviato al lavoro, cui sia stata poi illegittimamente rifiutata l'iscrizione.

In questa seconda ipotesi, scrive il giudice di legittimità, si fa valere, infatti, una responsabilità contrattuale da inadempimento consistente nella mancata instaurazione del rapporto lavorativo, sicché, senza bisogno di specifica prova,

il risarcimento può essere parametrato alle retribuzioni che l'avviato al lavoro avrebbe percepito se – come avrebbe dovuto - fosse stato assunto tempestivamente.

Nella prima ipotesi invece (quella di illegittima cancellazione dalle liste o anche di mancata tempestiva reinscrizione nelle stesse), il danno cagionato è quello tipico da perdita di *chance*, consistente nell'incisione della possibilità dell'invalido di ottenere un avviamento.

Fatta questa precisazione, in ordine alla qualificazione della possibilità perduta, la Corte la definisce come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o un determinato risultato, precisando che essa non costituisce una mera aspettativa di fatto (che, come tale, sarebbe irrisarcibile), ma piuttosto una entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, un danno concreto ed attuale, sebbene non coincidente con il risultato utile al quale si aspirava, ma piuttosto alla probabilità di conseguirlo. E' evidente l'accoglimento della tesi ontologica.

Quanto all'onere della prova della possibilità di raggiungere il risultato sperato, la pronunzia, in adesione ai più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, ritiene che essa gravi sul ricorrente, il quale potrà offrirla anche per mezzo di presunzioni.

Una volta assolto l'onere probatorio, il danno va liquidato in via equitativa, tenendo conto, quale parametro di riferimento, delle retribuzioni perse (con le quali pure non coincide), e rapportandole al grado di probabilità ed alla natura del danno da perdita di *chance*.

La pronunzia, dunque, qui aziona i tipici controlimiti giurisprudenziali, volti a delimitare l'area del risarcimento alle sole "*chances sérieuses*", chiamando in campo, peraltro, anche la percentuale probabilistica della possibilità perduta da accertare eziologicamente.

Sul binario che procede in senso opposto, per converso, **Sez. L, n. 11165/2018, Bellè, Rv. 64818701**, che abbraccia la tesi eziologica.

La sentenza afferma che l'espletamento di una procedura concorsuale illegittima non comporta di per sé il diritto al risarcimento del danno da possibilità perduta, occorrendo che il dipendente provi il nesso di causalità tra l'inadempimento datoriale ed il suddetto danno in termini prossimi alla certezza, essendo insufficiente il mero criterio di probabilità quantitativa dell'esito favorevole.

Nello specifico, il soggetto che agiva in giudizio per il risarcimento da perdita di *chance* assumeva che, in caso di espletamento di una procedura concorsuale illegittima, in carenza di ulteriori parametri, la *chance* di superamento della procedura poteva essere positivamente apprezzata in virtù del

mero rapporto tra posti messi a concorso ed il numero dei soggetti partecipanti alla selezione, che - nella specie - avrebbe determinato una percentuale con esito positivo pari al 55% (sicché, applicando la regola del “più probabile che non”, il danneggiato avrebbe avuto diritto al risarcimento). La deduzione non viene ritenuta corretta dal giudice di legittimità che così argomenta la decisione.

In *primis*, è infondato l'assunto, pure sostenuto dalla parte ricorrente, secondo cui l'illegittimità delle procedure concorsuali ridonderebbe sempre nella causazione di un danno risarcibile, salvo che il datore provi che il lavoratore non avesse alcuna possibilità di superare positivamente la valutazione concorsuale; *in secundis*, è onere del danneggiato dimostrare, pur se solo in modo presuntivo, il nesso di causalità tra l'inadempimento datoriale ed il danno, quindi la concreta sussistenza della possibilità di risultare vincitore nella procedura concorsuale.

A tal riguardo, si evidenzia, in linea di continuità con gli insegnamenti della S.C., che la prova del danno è sempre a carico del danneggiato che può offrirla anche a mezzo di presunzioni, dimostrando la ricorrenza del nesso causale tra il danno e l'inadempimento, mentre è la prova dell'inadempimento che è retta dalla regola tracciata da Sez. U, n. 13533/2001, Preden, Rv. 54995601.

Quanto poi alla verifica della regola causale - ed è questo uno dei punti più interessanti del percorso motivazionale - si afferma che, pur volendo ritenere che il criterio della probabilità statistica possa costituire mezzo idoneo all'apprezzamento del nesso eziologico, non può essere ritenuto utile e valorizzato ai fini del risarcimento del danno da possibilità perduta il mero superamento della soglia del 50% (nella fattispecie nel rapporto tra posti disponibili e partecipanti al concorso).

Si legge a tal riguardo nella sentenza che “rispetto alla prova del nesso causale tra comportamento illegittimo e danno risarcibile per perdita di chance, la giurisprudenza di questa Corte è attestata su parametri valutativi che richiedono l'apprezzamento del probabile trasformarsi della chance in reale conseguimento del beneficio in termini di ‘elevata probabilità, prossima alla certezza’ (...) Tale impostazione va ribadita, in quanto è chiaro che una cosa è la determinazione di un nesso causale tra un comportamento e danno nel quale caso in ambito civilistico vale la cd. regola del ‘più probabile che non’ ed altro è stabilire i criteri di valutazione della rilevanza di un pregiudizio che (...) è addirittura incerto nella sua verifica.”

Proprio detta incertezza nella verifica dell'evento (possibilità perduta), secondo questa ricostruzione, impone che la regola causale attinga nel caso di perdita di *chance*, ai

parametri più elevati della scala probabilistica, sicché, se l'unico elemento valutativo è quello statistico, il livello di probabilità per ritenere sussistente il diritto al risarcimento non potrà essere quello del mero superamento della soglia del 50%, essendo necessario un grado di probabilità di verifica del risultato quasi prossimo alla certezza.

A tal proposito, va peraltro rilevato che l'affermazione che lo statuto eziologico in materia di *chance* ha in sostanza regole diverse e più severe di quelle normalmente volte all'accertamento della causalità in diritto civile, in cui è sufficiente la regola della preponderanza causale, è stata compiuta in plurime pronunzie, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 04052/2009, Ambrosio, Rv. 60702101; Sez. 3, n. 11353/2010, Vivaldi, Rv. 61300001; Sez. L, n. 04014/2016, Mammone, Rv. 63908601 (in cui è ritenuto sufficiente, ai fini del risarcimento da possibilità perduta di promozione, il coefficiente probabilistico del 90%); Sez. 1, n. 19604/2016, Valitutti, Rv. 64133401 (in cui, pur accogliendosi la tesi ontologica della *chance* quale danno emergente, il problema causale viene affrontato ai fini della quantificazione della possibilità perduta, affermandosi, azionando i noti controlimiti giurisprudenziali, che la sua esistenza deve risultare in termini di certezza o di elevata probabilità); da ultimo, sulla stessa scia anche Sez. L, n. 11906/2017, Tria, Rv. 64433502, in cui del pari si ribadisce che la *chance* occorre sia provata in termini di certezza o di elevata probabilità.

Infine, si occupa della *chance* anche **Sez. L, n. 25727/2018, Tria, Rv. 65105502**, la quale, aderendo alla tesi eziologica, afferma che in tema di risarcimento di tale danno (nel caso specifico veniva in rilievo il danno da perdita di *chance* di promozione) incombe sul singolo dipendente l'onere di provare, pur se in modo presuntivo, il nesso di causalità tra l'inadempimento datoriale ed il danno, ossia la concreta sussistenza della probabilità di ottenere la qualifica superiore.

La pronunzia tocca, peraltro, anche un ulteriore tema, quello della violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione da parte del datore, che ridondano in violazioni degli artt. 1175 e 1375 c.c., sicché, qualora tali regole non vengano rispettate (in ipotesi perché la P.A. violi il principio di uguaglianza o non motivi le proprie scelte), è - in linea generale - configurabile, scrive la S.C., un inadempimento contrattuale suscettibile di produrre un danno risarcibile dal giudice ordinario.

In conclusione, è evidente - allo stato - la presenza di plurime impostazioni ricostruttive della risarcibilità della *chance* che meritano ulteriore riflessione ai fini della composizione, oltre che, probabilmente, una complessiva rielaborazione dell'approccio ai temi causali, come già innanzi si è detto, previa enucleazione della natura della figura.

Di detti aspetti, con riferimento anche alle possibili linee di tendenza future, si discorrerà nel paragrafo che segue.

## 8. Conclusioni.

Dalla panoramica svolta nei paragrafi precedenti appare chiaro come la giurisprudenza – che pure ha compiuto, nel 2018, importanti passi avanti nel senso della chiarificazione dei caratteri distintivi della fattispecie - sia ancora lontana dall'aver assicurato alla perdita di *chance* uno statuto teorico solido e coerente con i principi fondamentali della responsabilità civile.

Apprezzabile appare, in primo luogo, la sottolineatura delle specificità che l'istituto in esame assume, in relazione alla natura (patrimoniale o non patrimoniale) della situazione giuridica finale, “a immagine della quale” la *chance* è modellata. Tale presa di posizione sembra, in primo luogo, escludere la riproponibilità della tesi c.d. ontologica con riguardo al danno non patrimoniale: se, in questo caso, anche la *chance* riveste natura non patrimoniale, essa evidentemente non può – sul piano logico - configurarsi come “entità patrimoniale a sé stante”.

Si pone, però, a questo punto, il problema di individuare l'interesse non patrimoniale (peraltro di rango inviolabile) “incorporato” dalla *chance* - che sia diverso dal danno alla salute, dal danno morale, o dal danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente -, onde giustificare l'autonoma dignità concettuale del danno non patrimoniale da perdita di *chance*. L'indiscriminata adozione (più o meno consapevole) del modello di responsabilità extracontrattuale (che richiede, quale anello intermedio della catena causale che conduce dalla condotta al danno-conseguenza, la lesione di una situazione giuridica soggettiva del danneggiato) aveva consentito di aggirare il problema attraverso l'adozione della concezione ontologica della *chance*, che “ipostatizzava” la possibilità di conseguimento del risultato trasformandola in un elemento preesistente del patrimonio del danneggiato (la cui lesione, peraltro, determinava un danno sostanzialmente *in re ipsa*, con contestuale obliterazione dell'elemento del danno-conseguenza).

Ma l'adesione alla logica contrattuale (che rende superflua l'individuazione della situazione giuridica soggettiva lesa, discendendo la responsabilità del debitore direttamente dall'inadempimento dell'obbligazione preesistente) non sembra poter dissipare tutti i dubbi. È noto, infatti, che, alla stregua della sistemazione teorica adottata dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01, il danno non patrimoniale scaturente da fattispecie di

responsabilità contrattuale è risarcibile (oltre che nelle ipotesi di espressa previsione della legge ordinaria e di ricorrenza di una fattispecie astratta di reato) in caso di lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti. Ci si deve, quindi, domandare se a tale categoria di diritti possa ascrivere, nel campo della responsabilità medica, la *chance* di guarigione (intesa come situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto alla salute), e, prima ancora, se quest'ultima possa essere concepita quale bene giuridico autonomo (la cui salvaguardia venga "presa in carico" dal medico nel momento dell'esecuzione della prestazione sanitaria). Prendendo come riferimento il danno da perdita di *chance* di guarigione, dovrebbe trattarsi di un interesse giuridico omogeneo al diritto alla salute (sotto il profilo della natura non patrimoniale), ma non coincidente con esso (pena l'inutilità della categoria di cui si va discorrendo).

Un pronunciamento chiarificatore sul punto, da parte della giurisprudenza, si mostra – all'evidenza – improcrastinabile.

Sotto il profilo del nesso causale, poi, se è senz'altro importante la puntualizzazione circa l'applicabilità, alla perdita di *chance*, delle ordinarie regole causali civilistiche, non risultano adeguatamente sviluppati i corollari che ne derivano, dal punto di vista della necessaria combinazione di due declinazioni della probabilità: da un lato, quella che sostanzia "ontologicamente" la *chance*; dall'altro, quella che esprime il parametro di riferimento elettivo per l'accertamento del nesso causale ("più probabile che non"). Con la conseguenza che il fatto (attivo o omissivo) viene collegato, "più probabilmente che non", ad una probabilità. Rimane, quindi, irrisolto il nodo della compatibilità della causalità civilistica con uno scenario caratterizzato da un evento di danno per definizione incerto, nel senso che (come afferma testualmente, in motivazione, **Sez. 3, n. 5641/2018, Travaglino**), "le conclusioni del c.t.u. risultano, cioè, 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"). Non viene, in tal modo, superata (se non con il richiamo a ragioni di politica del diritto) la critica che mette l'accento su una sostanziale "evaporazione" del nesso causale, che dà la stura a un danno risarcibile in maniera pressoché automatica, in contrasto con la proclamata necessità che la *chance* rivesta i caratteri della serietà e consistenza.

Per quanto concerne il danno patrimoniale, soprattutto nella sua declinazione "lavoristica", una volta delimitato rigorosamente il campo rispetto alle ipotesi in cui viene in rilievo un danno da lucro cessante *tout court* (come si è visto sopra), permane il nodo rappresentato dalla "misurabilità"



delle probabilità necessarie ad integrare la figura di pregiudizio in discorso (benché non sufficienti a costituire il lucro cessante), e della prova che, al riguardo, si richiede al danneggiato. Con il rischio, guardando la scala delle probabilità, di giungere, verso il basso, a un risarcimento sostanzialmente punitivo nei confronti del danneggiante e di tributare al danneggiato, verso l'alto, nulla più che il danno da lucro cessante, sul presupposto però di una causalità maggiormente "incerta".



## CAPITOLO IX

### I SINGOLI CONTRATTI

(DI STEFANIA BILLI E STEFANO PEPE)<sup>1</sup>

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. L'assicurazione - 2.1. L'assicurazione della responsabilità civile. - 2.2. Assicurazione obbligatoria della r.c.a. - 3. Il comodato, tra figure tipiche e atipiche. - 4. I contratti, la denunciatio, natura e forma - 5. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie - 6. La locazione di immobili abitativi e non abitativi. - 6.1 Sulla responsabilità del locatore per fatto del conduttore - ipotesi di responsabilità per fatto altrui - 6.2 Locazione a uso commerciale – clausola contrattuale di rinuncia a indennità di avviamento - Nullità - Limiti - 7. Il mandato. - 8. La mediazione. – 9. Il mutuo. – 10. La transazione. - 11. Il trasporto. - 12. La vendita. – 12.1. Vizi del consenso e garanzia per i vizi. – 12.2. Azioni di annullamento e di risoluzione e azioni risarcitorie e azione di simulazione. – 12.3. I diversi tipi di vendita. – 12.4. Il contratto preliminare di vendita. – 12.5. La vendita di beni immobili.

#### 1. Il contratto di appalto privato.

Con riferimento a tale tipo di contratto assume rilievo il tema dei limiti e del contenuto dell'onere di diligenza qualificata imposta all'appaltatore e il relativo onere probatorio, affrontato da **Sez. 3, n. 15732/2018, Scarano, Rv. 649409-02**, che ha definito l'ambito dei reciproci obblighi e delle conseguenti responsabilità contrattuali che le parti (committente e appaltatore) assumono con la conclusione del contratto e dei conseguenti oneri probatori in sede di azione di inadempimento. In particolare, nella sentenza si è posto in luce che corollario della conclusione del contratto di appalto è la natura professionale delle obbligazioni da esso derivanti; obbligazioni che, dunque, per la natura del contratto, sono caratterizzate dalla specifica abilità tecnica dell'appaltatore, in cui il committente fa affidamento nel conferirgli l'incarico, al fine del raggiungimento del risultato perseguito o sperato. Tale affidamento è tanto più accentuato, in vista dell'esito positivo nel caso concreto conseguibile, quanto maggiore è la specializzazione del professionista, nonché la qualità

---

<sup>1</sup> Stefano Pepe ha redatto i paragrafi 1, 3, 4, 5, 6, 10, 11; Stefania Billi i paragrafi 2, 7, 8, 9, 12.

organizzativa, materiale e tecnica della struttura operativa di cui si avvale.

Fatte tali premesse la Corte di cassazione ha, poi, richiamato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui in tema di contratto di appalto, l'appaltatore è tenuto a realizzare l'opera a regola d'arte, osservando nell'esecuzione della prestazione la diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., con la conseguenza che se l'impegno dovuto dall'appaltatore si profila superiore a quello del comune debitore, esso va viceversa considerato come corrispondente alla diligenza normale in relazione alla specifica attività professionale esercitata. Il professionista deve così impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale della sua categoria, tale standard valendo a determinare, in conformità alla regola generale, il contenuto della perizia dovuta e la corrispondente misura dello sforzo diligente adeguato per conseguirlo, nonché del relativo grado di responsabilità. In buona sostanza, al professionista, e a fortiori allo specialista, è richiesta una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletarsi. La Corte rileva, quindi, che ai diversi gradi di specializzazione corrispondono diversi gradi di perizia, potendosi così distinguere tra una diligenza professionale generica e una diligenza professionale variamente qualificata, giacché chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o un'obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria (cfr., con riferimento alla diligenza professionale del medico c.d. "strutturato", Sez. 3, n. 8826/2007, Scarano, Rv. 599204 - 01)

La difficoltà dell'intervento e la diligenza del professionista vanno dunque valutate in concreto, rapportandole al livello di specializzazione del professionista e alle strutture tecniche a sua disposizione, sicché il medesimo deve, da un canto, valutare con prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all'ausilio di un consulto e, da altro canto, adottare tutte le misure volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative financo consigliando al committente, se manca l'urgenza di intervenire, di rivolgersi ad altro professionista.

La Corte prosegue rilevando che lo spostamento verso l'alto della soglia di normalità del comportamento diligente dovuto determina la corrispondente diversa considerazione del grado di tenuità della colpa, con corrispondente preclusione della prestazione specialistica al professionista che specializzato non è (cfr Sez. 3 n. 12273/2004, Chiarini, Rv. 574123 - 01)

Alla luce di quanto sopra la Corte ha affermato il caso particolare in cui l'appaltatore compie l'opera a lui affidata attendendosi alle previsioni progettuali redatte da terze persone, come nel caso in cui il committente abbia predisposto il progetto e fornito indicazioni sulla relativa realizzazione. In tali ipotesi l'appaltatore può comunque essere ritenuto responsabile per i vizi dell'opera qualora non abbia, nel fedelmente eseguire il progetto e le indicazioni ricevute, al primo segnalato eventuali carenze ed errori. Al contrario, va esente da responsabilità laddove il committente, pur reso edotto delle carenze e degli errori, gli richieda di dare egualmente esecuzione al progetto o gli ribadisca le indicazioni, in tale ipotesi risultando l'appaltatore ridotto a mero *nudus minister*.

Consegue da quanto sopra che la responsabilità dell'appaltatore è da escludere solo nell'ipotesi in cui risulti costituire passivo strumento nelle mani del committente, direttamente e totalmente condizionato dalle istruzioni ricevute senza possibilità di iniziativa o vaglio critico (cfr. Sez. 2, n. 1981/2016, Manna, Rv. 638792 - 01).

Precisa la Corte che in ogni altro caso la prestazione dovuta dall'appaltatore implica invero pure il controllo e la correzione degli eventuali errori del progetto, richiedendo lo specifico settore di competenza in cui rientra l'attività esercitata la specifica conoscenza ed applicazione delle cognizioni tecniche che sono tipiche dell'attività necessaria per l'esecuzione dell'opera; pertanto, si configura come onere dell'appaltatore predisporre un'organizzazione della sua impresa che assicuri la presenza di tali competenze per poter adempiere l'obbligazione di eseguire l'opera immune da vizi e difformità (artt. 1667, 1668, 1669 c.c.).

La conclusione di tale ragionamento è che l'appaltatore risponde per i difetti della costruzione derivanti (pure) da vizi della cosa anche laddove gli stessi siano ascrivibili alla imperfetta od erronea progettazione fornitagli dal committente, in tal caso prospettandosi l'ipotesi della responsabilità solidale con il progettista, a sua volta responsabile nei confronti del committente, per inadempimento del contratto d'opera professionale ex art. 2235 c.c.

Ed ancora, la Corte afferma che ove l'appaltatore svolga anche i compiti di ingegnere progettista e di direttore dei lavori, l'obbligo di diligenza è ancora più rigoroso, essendo egli tenuto, in presenza di situazioni rivelatrici di possibili fattori di rischio, ad eseguire gli opportuni interventi per accertarne la causa ed apprestare i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi.

Alla luce di tali motivazioni la Corte è passata ad esaminare la tematica dell'onere probatorio in caso di azione di inadempimento, rilevando che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà di cui all'art. 2236 c.c., operante anche in materia di responsabilità dell'appaltatore, non rileva quale criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma soltanto ai fini della valutazione del grado della diligenza e del corrispondente grado della colpa del professionista. Ne consegue che, in caso di inesatta realizzazione dell'opera commissionata, grava sull'appaltatore sia l'onere di dimostrare la particolare difficoltà della prestazione, sia l'onere di provare che il risultato della stessa, non rispondente a quello convenuto, è dipeso da fatto a sé non imputabile in quanto non ascrivibile alla propria condotta conforme alla diligenza qualificata, dovuta in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto.

La riconduzione dell'obbligazione professionale nell'ambito del rapporto contrattuale e della eventuale responsabilità che ne consegue nell'ambito di quella da inadempimento ex art. 1218 c.c., e segg., comporta, sotto il profilo dell'onere probatorio, che il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre è al debitore convenuto che incombe di dare la prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento; di talché il creditore non è tenuto a provare la colpa del professionista e la relativa gravità, né la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà può d'altro canto valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, rilevando essa solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al professionista. La Corte ha, quindi, affermato che l'imposizione della presunzione dell'onere della prova in capo al debitore, il cui fondamento si è indicato nell'operare del principio di c.d. vicinanza alla prova o di riferibilità, va ancor più propriamente ravvisato, come sottolineato anche in dottrina, nel criterio della maggiore possibilità per il debitore onerato di fornire la prova, in quanto rientrante nella sua sfera di dominio, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo estranee alla comune esperienza, e viceversa proprie del bagaglio del debitore come nel caso specializzato nell'esecuzione di una professione protetta.

Alla luce dei principi sopra indicati, la Corte ha rilevato che all'art. 2236 c.c. non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, giacché incombe in ogni caso al professionista dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, laddove la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del medesimo, in relazione alle circostanze del caso concreto. Da ciò consegue che l'appaltatore è responsabile ove abbia mantenuto un comportamento violativo della diligenza professionale qualificata dalla specifica attività esercitata cui è tenuto ex artt. 1176, 2 comma, 2236 c.c.

La Corte ha concluso affermando che alla luce di tali disposizioni incombe al professionista dare la prova della particolare difficoltà della prestazione e, in caso di mancata o inesatta realizzazione dell'opera commissionata, l'appaltatore, la cui obbligazione è di risultato, è tenuto a dare la prova che il risultato "anomalo" o anormale rispetto al convenuto esito della propria prestazione professionale dipende da fatto a sé non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza qualificata dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto. Risulterebbe, infatti, incoerente ed incongruo richiedere al professionista la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di prestazione di facile esecuzione, e addossare viceversa al creditore l'onere di provare "in modo preciso e specifico" le "modalità ritenute non idonee" quando l'opera è di particolare o speciale difficoltà. In tali circostanze è, infatti, indubitabilmente il professionista/specialista a conoscere le regole dell'arte e la situazione specifica del caso concreto, avendo pertanto la possibilità di assolvere all'onere di provare l'osservanza delle prime e di motivare in ordine alle scelte operate in ipotesi in cui maggiore è la discrezionalità rispetto a procedure standardizzate.

### **1.1 Gli atti amministrativi autorizzatori dell'opera e la lororilevanza 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 della concessione. 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 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. 2884/2002, 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.

Alla luce di tale principio la Corte, con la sentenza richiamata, ha concluso che deve affermarsi la validità del contratto ove le parti condizionino la stessa esecuzione dei lavori al previo rilascio di un provvedimento autorizzativo, che funge da presupposizione della sua efficacia.

## **2. Il contratto di assicurazione.**

Sulla questione del cumulo tra indennizzo assicurativo e risarcimento, **Sez. U, n. 12565/2018, Giusti, Rv. 648648-01** si è pronunciata componendo un contrasto sorto all'interno della S.C. In particolare, il quesito verteva sulla necessità, nella liquidazione del danno da fatto illecito, di detrarre dall'ammontare dei danni risarcibili dal danneggiante l'indennità derivante dall'assicurazione contro i



danni che il danneggiato abbia percepito. La pronuncia, resa con riferimento al pregiudizio sofferto dalla compagnia aerea titolare del velivolo abbattuto nel disastro aviatorio di Ustica, ha escluso la possibilità del cumulo, precisando 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. Per giungere alla soluzione la S.C. chiarisce come la questione debba essere inserita in un tema di carattere più generale, che attiene alla individuazione della attuale portata del principio della *compensatio lucri cum damno* e offre i canoni per rispondere all'interrogativo se e a quali condizioni, nella determinazione del risarcimento del danno da fatto illecito, accanto alle poste negative si debbano considerare, operando una somma algebrica, le poste positive che, successivamente al fatto illecito, si presentano nel patrimonio del danneggiato. In particolare, chiarisce che occorre accertare la finalità e la funzione dei diversi tipi di ristoro.

Nel caso esaminato, in capo al danneggiato concorrono due distinti diritti di credito che, pur avendo fonte e titolo diversi, tendono ad un medesimo fine: il risarcimento del danno provocato dal sinistro. Il cumulo non è consentito, in quanto tali diritti sono concorrenti, costituendo, sotto il profilo funzionale, un mezzo idoneo alla realizzazione del medesimo interesse diretto all'eliminazione del danno causato nel patrimonio dell'assicurato-danneggiato per effetto della verifica del sinistro. Ne consegue che l'assicurato-danneggiato non può pretendere dal terzo responsabile e dall'assicuratore che gli indennizzi nel totale superino i danni che il suo patrimonio ha subito.

Sul diverso versante della validità di clausole inserite nel contratto di assicurazione, **Sez. 3, n. 11757/2018, Ambrosi, Rv. 648707-01** ha chiarito che la clausola con la quale si pattuisce che l'assicurato sia indennizzato mediante la riparazione in forma specifica del danno occorsogli in conseguenza di un sinistro stradale traccia i confini dell'oggetto del contratto, in quanto non limita le conseguenze della colpa o dell'inadempimento e non esclude, ma specifica, il rischio garantito, stabilendo il perimetro entro il quale l'assicuratore è tenuto a rivalere l'assicurato.

Peculiare è l'ipotesi esaminata da **Sez. 3, n. 09182/2018, D'Ovidio, Rv. 648591-01**, relativa alla clausola di un contratto di assicurazione che preveda, nel caso in cui il pagamento dei premi successivi al primo avvenga con un particolare ritardo (nella specie, superiore a novanta giorni), il protrarsi della sospensione della copertura assicurativa per un ulteriore periodo stabilito dalle parti

(nella specie, trenta giorni dopo l'avvenuto pagamento): tale clausola, afferma la citata sentenza, non viola l'art. 1901, comma 2, c.c., atteso che tale norma non prevede alcun termine per la riattivazione della polizza dopo il pagamento tardivo delle rate di premio successive, essendo volta a disciplinare solo gli effetti dell'inadempimento e non ad imporre un determinato equilibrio giuridico ed economico dei rapporti di assicurazione.

Con riferimento al contratto di assicurazione per conto di chi spetta, **Sez. 3, n. 04923/2018, Fieconci, Rv. 647363-01** ha precisato che il consenso a pretendere l'indennizzo in luogo dell'avente diritto non può essere presunto in base alla mera sottoscrizione di una clausola di assicurazione che attribuisce al contraente detta potestà. E' necessario, viceversa, che la clausola sia confermata da un consenso espresso del terzo beneficiario del contratto, titolare della pretesa. L'art. 1891, comma 2, c.c. configura, infatti, un'ipotesi di sostituzione processuale, la quale può trovare titolo in uno specifico mandato dell'avente diritto che, quanto all'incasso, può avere ad oggetto sia crediti già sorti che crediti eventuali e futuri, ma non può consistere in una rinuncia per la cui validità ed efficacia sarebbero necessarie l'esistenza del diritto e la consapevolezza di tale esistenza. La pronuncia sembra superare il diverso principio affermato da Sez. 3, n. 13359/2004, Durante, Rv. 576439-01.

In tema di coassicurazione, secondo **Sez. 1, n. 03958/2018, Di Virgilio, Rv. 647418-01**, la clausola di delega o di guida, con cui i coassicuratori conferiscono ad uno solo di essi l'incarico di compiere gli atti relativi allo svolgimento del rapporto assicurativo, non fa venir meno la caratteristica saliente della coassicurazione, consistente nell'assunzione pro quota dell'obbligo di pagare l'indennità, neanche quando preveda che la denuncia di sinistro sia fatta al solo delegato. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui l'impresa delegata operi l'integrale pagamento del sinistro, non si realizzano le due ipotesi di surrogazione legale previste dall'art. 1203 n. 3 c.c. e, dunque, non ricorrono le condizioni per il riconoscimento in favore della delegata del privilegio di cui all'art. 78 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 175 riservato solo agli aventi diritto all'indennizzo.

Sotto un'altra prospettiva, **Sez. 2, n. 18016/2018, D'Ascola, Rv. 649587-04** ha confermato il principio affermato da Sez. 3, n. 02051/1988, Patroni Griffi, Rv. 457928-01, secondo cui la surroga dell'assicuratore, prevista dall'art. 1916 c.c., non avviene automaticamente per effetto del solo pagamento dell'indennità all'assicurato, ma solo quando l'assicuratore medesimo richieda al danneggiante il rimborso dell'indennità. Ne consegue che, qualora

egli non si avvalga di tale facoltà, il danneggiato, pur se abbia già riscosso l'indennità assicurativa, può agire per il risarcimento totale, senza che il responsabile possa opporgli l'avvenuta riscossione.

Sui limiti dell'esercizio della surroga in caso di concorso di colpa del danneggiato, **Sez. 6 - 3, n. 01834/2018, De Stefano, Rv. 647613-01**, ha chiarito che il diritto dell'assicuratore che agisca nei confronti del terzo responsabile è sottoposto al duplice limite del danno effettivamente da questi causato all'assicurato e dell'ammontare dell'indennizzo pagato dall'assicuratore. Ne deriva che, nei casi di concorso di colpa della vittima nella produzione dell'evento, al fine di stabilire il limite della surrogazione, la riduzione per il concorso di colpa dell'assicurato va defalcata dal risarcimento globalmente dovuto dal responsabile, e non dall'indennità corrisposta dall'assicuratore. L'assicuratore può pretendere, pertanto, dal responsabile, la minor somma tra l'entità dell'indennizzo concretamente corrisposto all'assicurato e l'ammontare del risarcimento concretamente dovuto dal responsabile, già al netto della riduzione ascritta al concorso di colpa del danneggiato.

Nell'ambito dell'assicurazione contro i danni rientra, come chiarito da **Sez. 3, n. 10602/2018, D'Ovidio, Rv. 648599-01**, anche quella contro l'invalidità permanente da malattia, al pari di quella per l'infortunio non mortale, dalla quale si differenzia solo perché il danno alla persona deriva da un processo morboso interno alla stessa e non da un fattore causale esterno ad essa. La pronuncia ha altresì chiarito che l'assicurazione contro i danni, si caratterizza anche come assicurazione di persone, e, pertanto, ricade nell'ambito di applicazione del principio indennitario, in virtù del quale l'indennizzo non può mai eccedere il danno effettivamente patito.

Un'importante precisazione proviene da **Sez. L, n. 29422/2018, Negri Della Torre, Rv. 651709-01** a proposito del contratto di assicurazione a favore del dipendente, previsto da una norma della contrattazione collettiva come obbligo a carico del datore di lavoro. In particolare, esso deve intendersi assolto con la stipulazione, senza necessità, in difetto di specifica previsione, di comunicare al dipendente l'avvenuta sottoscrizione ed il contenuto del contratto stesso, dal momento che in tal caso, a differenza di quanto avviene nell'ambito del contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, l'obbligo di stipulare la polizza trova la propria fonte in una previsione contrattuale collettiva, cioè in una norma conoscibile con l'impiego dell'ordinaria diligenza dal lavoratore.

Con riguardo al contratto di assicurazione per il caso di morte, **Sez. 6 - 3, n. 25635/2018, Positano, Rv. 651370-01** ha chiarito che il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1920, comma 3, c.c., un diritto proprio che trova la sua fonte nel contratto e che non entra a far parte del patrimonio ereditario del soggetto stipulante non potendo, di conseguenza, essere oggetto delle sue eventuali disposizioni testamentarie, né di devoluzione agli eredi secondo le regole della successione legittima. Ne consegue che la designazione dei terzi beneficiari del contratto, mediante il riferimento alla categoria degli eredi legittimi o testamentari, non vale ad assoggettare il rapporto alle regole della successione ereditaria, trattandosi di una mera indicazione del criterio per la individuazione dei beneficiari medesimi in funzione della loro astratta appartenenza alla categoria dei successori indicata nel contratto.

In tema di assicurazione sulla vita, invece, **Sez. 3, n. 03707/2018, Tatangelo, Rv. 647908-01** ha precisato la portata dell'art. 1919, comma 2, c.c. La norma, laddove subordina la validità dell'assicurazione contratta per il caso di morte di un terzo al consenso scritto del medesimo, si riferisce all'ipotesi in cui il terzo si venga a trovare nella posizione di mero portatore del rischio, mentre i benefici del contratto assicurativo spettino esclusivamente al contraente o a persona da questo designata nel proprio interesse. Ne consegue che non sussiste la necessità del consenso del terzo quando il beneficiario dell'assicurazione non sia il contraente, ma il terzo stesso, ovvero i suoi eredi o comunque soggetti da lui indicati, configurandosi in tal caso un'assicurazione sulla vita a favore di un terzo, regolata dall'art. 1891 c.c..

Sul diverso contratto di assicurazione contro i rischi di danni alla merce trasportata, stipulata per conto di chi spetta, **Sez. 3, n. 13377/2018, Positano, Rv. 649035-02**, ha affermato che la persona legittimata a domandare l'indennizzo è il destinatario se il trasporto viene affidato dal venditore ad un vettore o ad uno spedizioniere. In tale ipotesi, infatti, per effetto della consegna della merce alla persona incaricata del trasporto, ai sensi dell'art. 1510 c.c. il rischio del perimento di essa si trasferisce in capo al destinatario.

Sotto il profilo della distribuzione dell'onere probatorio **Sez. 1, n. 15630/2018, Terrusi, Rv. 649135-01** ha confermato quanto già espresso da Sez. 3, n. 04234/2012, Lanzillo, Rv. 621633-01, ovvero che, ove l'assicuratore, convenuto per l'adempimento del contratto, alleggi l'esclusione della garanzia, come delimitata alla luce dei criteri normativi di interpretazione del contratto, risolvendosi detta allegazione non nella proposizione di un'eccezione in senso proprio,

ma nella mera contestazione della mancanza di prova del fatto costitutivo della domanda, egli non assume riguardo all'oggetto della copertura assicurativa alcun onere probatorio, che resta, perciò, immutato a carico dell'attore.

In posizione dissonante si colloca **Sez. 3, n. 01558/2018, Rossetti, Rv. 647582-01**, secondo cui nel giudizio promosso dall'assicurato nei confronti dell'assicuratore ed avente ad oggetto il pagamento dell'indennizzo assicurativo è onere dell'attore provare che il rischio avveratosi rientra nei rischi inclusi ovvero nella categoria generale dei rischi oggetto di copertura assicurativa. La pronuncia, tuttavia, stabilisce che, qualora il contratto contenga clausole di delimitazione del rischio indennizzabile, spetta all'assicuratore dimostrare il fatto impeditivo della pretesa attorea e, cioè, la sussistenza dei presupposti fattuali per l'applicazione di dette clausole.

E' ammissibile, poi, secondo **Sez. 1, n. 19320/2018, Terrusi, Rv. 649683-02**, la chiamata in causa, da parte dello assicuratore, del terzo responsabile per la rivalsa a tutela del proprio diritto di surroga, in applicazione del principio di economia processuale anche in difetto del previo pagamento dell'indennità assicurativa. Nello stesso senso già si era espressa Sez. 3, n. 13342/2004, Perconte Licatese, Rv. 575638-01.

In generale, sotto il diverso profilo del divieto imposto alle 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*, **Sez. 1, n. 00384/2018, Dolmetta, Rv. 646588-01** ha chiarito che detto divieto non osta al compimento di singoli atti non aventi natura assicurativa, purché ciò non si traduca in un'attività sistematica implicante l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente ed estremo rispetto a quello tipico dell'assicuratore.

## 2.1. L'assicurazione della responsabilità civile.

Sulle clausole *on claims made basis*, quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è intervenuto l'importante arresto di **Sez. U, n. 22437/2018, Vincenti, Rv. 650461-01**. La pronuncia ha escluso l'atipicità di tali clausole, riconducendole al tipo dell'assicurazione contro i danni. Sulla linea tracciata da Sez. U, n. 09140/2016, Amendola, Rv. 639703-01, effettuando un'analisi ancora più approfondita, tale sentenza ridisegna l'ambito della verifica giudiziale. Il giudice deve, in

particolare, operare un controllo di rispondenza del regolamento contrattuale ai limiti imposti dalla legge, da intendersi in riferimento all'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. Tale indagine riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto, sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti. La verifica è molto ampia, in quanto investe: la fase precontrattuale in cui occorre controllare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle *claims made*; la genesi del regolamento negoziale e l'attuazione del rapporto, come nel caso in cui nel regolamento contrattuale *on claims made basis* vengano inserite clausole abusive.

E' stata, poi, ritenuta idonea a sospendere il corso della prescrizione ex art. 2952, comma 4, c.c., da **Sez. 3, n. 20975/2018, Frasca, Rv. 650323-01**, la lettera con la quale l'assicurato, che in precedenza abbia notiziato l'assicuratore di un sinistro, comunichi la circostanza del proprio rinvio a giudizio da parte del giudice per le indagini preliminari. Tale atto integra la comunicazione dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, ove contenga l'indicazione nell'oggetto del danneggiato, nonché della propria responsabilità professionale e la precisazione, che la comunicazione è fatta per le competenze del caso.

In materia di assicurazione della responsabilità civile, per effetto della specifica disciplina dell'art. 2952, co. 4, c.c., per altro verso, **Sez. 6-3, n. 17543/2018, Dell'Utri, Rv. 649688-01**, ha affermato che l'avvenuta comunicazione all'assicuratore della richiesta risarcitoria del terzo danneggiato attraverso il diretto coinvolgimento della stessa compagnia assicuratrice nel giudizio di danno proposto dal terzo, determina la sospensione della prescrizione dei diritti derivanti dal contratto assicurativo, quali ad esempio, il diritto al rimborso in favore dell'assicurato, fino al passaggio in giudicato della sentenza che abbia reso liquido ed esigibile il credito risarcitorio del terzo. Resta irrilevante, ai fini dell'operatività della predetta sospensione, la mancata riproposizione, in grado di appello, da parte dell'assicurato della domanda di garanzia nei confronti del proprio assicuratore nel giudizio di danno introdotto dal terzo, in quanto la sorte della sospensione è legata esclusivamente all'esito del procedimento diretto alla liquidazione del credito risarcitorio del terzo.

Le spese giudiziali dovute dall'assicurato al danneggiato vittorioso costituiscono, ad avviso di **Sez. 3, n. 24159/2018, Positano, Rv. 651127-01**, un accessorio dell'obbligazione risarcitoria

e, ai sensi dell'art. 1917 c.c., gravano sull'assicuratore se e nei limiti in cui non comportino superamento del massimale di polizza.

## 2.2. L'assicurazione obbligatoria r.c.a.

In tema di assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore, secondo **Sez. 3, n. 20786/2018, Di Florio, Rv. 650408-02**, la garanzia assicurativa copre anche il danno dolosamente provocato dal conducente nei confronti del terzo danneggiato, il quale, pertanto, ha diritto di ottenere dall'assicuratore del responsabile il risarcimento del danno. La pronuncia, consolidando l'indirizzo espresso da Sez. 3, n. 19368/2017, Cirillo F.M., Rv. 645383-01, ha chiarito, infatti, che l'art. 1917 c.c. 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. Resta, tuttavia, salva la facoltà della compagnia assicuratrice di rivalersi nei confronti dell'assicurato-danneggiante, per il quale la copertura contrattuale non opera.

In tema di liquidazione del danno da ritardato adempimento dell'obbligazione da r.c.a. **Sez. 6 - 3, n. 04138/2018, Scoditti, Rv. 648029-01**, ha confermato che l'obbligazione dell'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli nei confronti della vittima di un sinistro stradale ha natura di debito di valuta. Ove, tuttavia, detta obbligazione resti nei limiti del massimale, va liquidata secondo i criteri propri dei debiti di valore, perché di valore è l'obbligazione risarcitoria che determina l'entità del debito indennitario. Quando, invece, il credito della vittima ecceda il massimale, l'obbligazione dell'assicuratore del responsabile va liquidata applicando le regole dettate per le obbligazioni di valuta dall'art. 1224 c.c. Nello stesso senso Sez. 3, n. 08988/2011, Amatucci, Rv. 617895-01.

Sulla scorta del medesimo assunto, ovvero che l'obbligazione dell'assicuratore ha natura di debito di valuta **Sez. 3, n. 15752/2018, Vincenti, Rv. 649415-01**, confermando l'orientamento di Sez. 3, n. 06155/2009, D'Amico, Rv. 607650-01, ha ribadito che esso sorge quando sia divenuto liquido ed esigibile il debito dell'assicurato nei confronti del danneggiato. Ove il ritardo nella liquidazione del danno al danneggiato sia imputabile all'assicuratore, l'assicurato, che a causa del ritardo nella liquidazione del danno debba pagare al terzo danneggiato una somma maggiore di quella che avrebbe corrisposto all'epoca del sinistro, ha il diritto di chiedere all'assicuratore l'indennizzo relativo al pregiudizio derivante dalla svalutazione

monetaria, anche oltre i limiti del massimale. È però necessario, a tale fine, che l'assicurato ne faccia esplicita e tempestiva richiesta, non potendo la relativa domanda ritenersi implicita nella chiamata in causa dell'assicuratore da parte dell'assicurato stesso nel corso del giudizio instaurato dal terzo danneggiato, né potendo tale domanda essere proposta per la prima volta in appello.

Analogamente **Sez. 3, n. 18519/2018, Scarano, Rv. 649727-01**, ha mantenuto il principio affermato da Sez. 3, n. 18307/2014, Scarano, Rv. 632097-01, secondo cui, ai fini della promovibilità dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile è rilevante nei confronti del danneggiato l'autenticità del contrassegno, non la validità del rapporto assicurativo. Il rilascio del contrassegno assicurativo da parte dell'assicuratore della r.c.a. vincola quest'ultimo a risarcire i danni causati dalla circolazione del veicolo, quand'anche il premio assicurativo non sia stato pagato, ovvero il contratto di assicurazione non sia efficace. Ciò, in virtù del combinato disposto dell'art. 7 della l. 24 dicembre 1969, n. 990, attuale art. 127 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 e dell'art. 1901 c.c. Tuttavia, posto che la disciplina del citato art. 7 mira alla tutela dell'affidamento del danneggiato, per escludere la responsabilità dell'assicuratore in ipotesi di contrassegno contraffatto o falsificato, occorre che questi provi l'insussistenza di un proprio comportamento colposo, tale da ingenerare l'affidamento erroneo del danneggiato stesso.

**Sez. 6 - 3, n. 20383/2018, Cirillo F.M., Rv. 650295-01** ha chiarito che, nell'ambito delle procedure di risarcimento di cui agli artt. 144 e ss. del d. lgs. n. 209/05, è ben possibile che l'assicurazione del danneggiato si trovi a rivestire una posizione processuale in contrasto con la domanda da quest'ultimo avanzata.

Sulla definizione di luogo del sinistro **Sez. 3, n. 17017/2018, Giaime Guizzi, Rv. 649512-01** ha ribadito che l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile può essere promossa dal danneggiato quando il sinistro sia avvenuto in un'area che, sebbene privata, possa equipararsi alla strada di uso pubblico, in quanto aperta ad un numero indeterminato di persone, che vi hanno accesso giuridicamente lecito, pur se appartenenti ad una o più categorie specifiche e pur se l'accesso avvenga per finalità peculiari e in particolari condizioni. Nello stesso senso Sez. 3, n. 09441/2012, Carleo, Rv. 622675-01.

In ipotesi di mancato pagamento di premi successivi al primo, sempre in tema di azione diretta, è stato chiarito da **Sez. 3, n. 25366/2018, Giaime Guizzi, Rv. 651463-02**, che, qualora il sinistro si sia verificato posteriormente alla scadenza del termine per il



pagamento di premi successivi al primo, l'assicurazione resta sospesa solo dalle ore ventiquattro del quindicesimo giorno dopo quello della scadenza. Trova applicazione anche in tale caso il disposto dell'art. 1901, comma 2, c.c.

Restando sempre in tema di azione diretta di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005, ma con riferimento al luogo di pagamento del credito ex art. 1182, comma 4, c.c. **Sez. 6 - 3, n. 12599/2018, Olivieri, Rv. 648747-01** ha chiarito che l'adempimento della prestazione, in quanto avente ad oggetto un credito illiquido, ex art. 1182, comma 4, c.c. deve essere richiesto presso la sede legale della società assicuratrice del danneggiato-creditore, la quale, pertanto, assume esclusivo rilievo ai fini della individuazione della competenza territoriale. Il fondamento di detto principio poggia sulla circostanza che l'azione diretta di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005, promossa dal danneggiato nei confronti del proprio assicuratore, non muta la natura risarcitoria dell'obbligazione, ma comporta la sostituzione ex lege del soggetto debitore.

In linea con quanto da tempo affermato da Sez. 3, n. 08816/2002, Mazza, Rv. 555140-01, per **Sez. 6 - 3, n. 22062/2018, Sestini, Rv. 650615-01** è da escludere l'azione diretta in caso di danni alle cose, in quanto l'art. 123 del d.lgs. n. 209 del 2005 prevede l'obbligo di assicurazione per la copertura dei soli danni alla persona.

Con riguardo, invece, alla responsabilità civile per la circolazione dei natanti, la proponibilità dell'azione diretta da parte del danneggiato ai sensi dell'art. 22 della l. n. 990 del 1969, applicabile *ratione temporis*, che prevede il previo invio all'impresa di assicurazione della richiesta risarcitoria a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, è subordinata alle condizioni che si tratti di unità da diporto, dotata di motore ausiliario e che il risarcimento sia richiesto per danni causati alle persone.

Qualora, poi, il danneggiato abbia inviato la richiesta di risarcimento dei danni alla propria impresa di assicurazione, secondo il modello dell'art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005, e per conoscenza all'impresa di assicurazione dell'altro veicolo coinvolto, una volta decorsi i termini di cui all'art. 145 del medesimo decreto, se la fase stragiudiziale non si conclude con un esito positivo, ad avviso di **Sez. 3, n. 24548/2018, Cirillo F.M., Rv. 651154-01** si può proporre la domanda giudiziale anche nei confronti dell'impresa assicuratrice dell'altro veicolo coinvolto.

**Sez. 6-3, n. 09666/2018, Rossetti, Rv. 648408-01** ha confermato che, in tema di inadempimento dell'assicuratore della responsabilità civile all'obbligo di tenere indenne il proprio assicurato

dalle pretese del terzo c.d. "mala gestio" propria, non sussiste alcuna conseguenza pregiudizievole qualora il massimale resti capiente nonostante il ritardato adempimento. Ove, viceversa, il massimale sia divenuto incapiente al momento del pagamento, l'assicurato può pretendere dall'assicuratore una copertura integrale, senza riguardo alcuno al limite del massimale. Nella diversa ipotesi di eccedenza del credito del danneggiato sul massimale già al momento del sinistro, il danno da mala gestio deve essere liquidato, attraverso la corresponsione di una somma pari agli interessi legali sul massimale, salva la prova di un pregiudizio maggiore ai sensi dell'art. 1224, comma 2, c.c. Nello stesso senso Sez. 3, n.13537/2014, Rossetti, Rv. 631441-01.

In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, a norma dell'art. 145 del d.lgs. n. 209 del 2005, non può essere proposta azione risarcitoria dal danneggiato, **secondo Sez. 3, n. 01829/2018, Fanticini, Rv. 647588-01**, ove questi 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 citato d.lgs., violando i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1375 e 1175 c.c.

Sull'azione nei confronti dell'assicurato trasportato, vittima del sinistro, **Sez. 3, n. 01269/2018, Spaziani, Rv. 647359-02**, ha fornito un contributo interpretativo dell'art.18 della l. n. 990 del 1969, attualmente, dell'art. 144 del d.lgs. n. 209 del 2005. In particolare, in conformità al diritto dell'Unione europea, l'assicuratore non può esercitare l'azione di regresso nei confronti dell'assicurato proprietario del veicolo, ove egli sia anche passeggero-vittima del sinistro; ciò, al fine di evitare che quest'ultimo debba restituire quanto conseguito per effetto del risarcimento. Né, in tal senso, può essere opposta la clausola di esclusione dalla copertura assicurativa fondata sul fatto che il veicolo fosse condotto da persona non abilitata o in stato di ebbrezza, a meno che l'assicurato fosse a conoscenza della circostanza che il mezzo era stato rubato.

Altra conseguenza, per la stessa **Sez. 3, n. 01269/2018, Spaziani, Rv. 647359-01**, derivante dalla prevalenza della qualità di vittima-avente diritto al risarcimento su quella di assicurato-responsabile, è che il proprietario del veicolo, il quale al momento del sinistro viaggiava sullo stesso come trasportato, ha diritto ad ottenere dall'assicuratore il risarcimento del danno derivante dalla circolazione non illegale del mezzo, senza che assuma rilevanza la sua eventuale corresponsabilità, salva l'applicazione, in detta ipotesi, dell'art. 1227 c.c.

E' stato, poi, ammesso il diritto di rivalsa, di cui all'art. 18, comma 2, della l. n. 990, nel caso di risarcimento del danno da parte dell'assicuratore sulla base della semplice richiesta del danneggiato, senza il preventivo accertamento della responsabilità dell'assicurato. **Sez. 6-3, n. 25429/2018, Positano, Rv. 651367-01**, ha precisato in proposito che l'assicurato, ove non abbia consentito al pagamento o non abbia partecipato alla transazione, può contrastare la domanda di regresso, con onere probatorio a suo carico, formulando tutte le possibili eccezioni in ordine alla sua responsabilità ed all'entità del risarcimento.

Nell'ipotesi di pluralità di danneggiati dallo stesso sinistro è intervenuta **Sez. 3, n. 13394/2018, Spaziani, Rv. 649037-01**, individuando l'onere a carico dell'assicuratore di provvedere, usando la normale diligenza, all'identificazione di tutti i danneggiati ed attivandosi anche con la loro congiunta chiamata in causa, per procedere alla liquidazione del risarcimento nella misura proporzionalmente ridotta ai sensi dell'art. 27, comma 1, della l. n. 990 del 1969, *ratione temporis* vigente. In mancanza, non può opporre ai danneggiati non risarciti l'incapienza del massimale, ma deve rispondere fino alla concorrenza dell'ammontare del medesimo nei confronti di ciascun danneggiato. La pronuncia ha, altresì, precisato che, nel giudizio promosso dal danneggiato non ancora risarcito, l'assicuratore conserva la facoltà di dimostrare che quanto pagato era effettivamente dovuto, siccome corrispondente al danno subito dal danneggiato risarcito. In tale ipotesi, il suo debito verso il danneggiato non risarcito sarà proporzionalmente ridotto nei limiti della quota di indennizzo che, nel rispetto della *par condicio*, sarebbe spettata al danneggiato precedentemente soddisfatto.

Dal punto di vista processuale, sempre in ipotesi di sinistro stradale con pluralità di danneggiati, secondo **Sez. 3, n. 02348/2018, Scoditti, Rv. 647929-01**, per i giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore dell'art. 140, comma 4, del d.lgs. n. 209 del 2005 non sussiste un litisconsorzio necessario processuale.

**Sez. 3, n. 13379/2018, Scrima, Rv. 648797-01** ha affermato che nel giudizio promosso dal danneggiato contro l'assicuratore della targa prova, è litisconsorte necessario, ai sensi dell'art. 144 del d.lgs. n. 209 del 2005, ovvero dell'art. 23 della l. n. 990 del 1969, il titolare dell'autorizzazione a circolare con quest'ultima e non il proprietario del veicolo.

Più in generale, **Sez. 3, n. 29038/2018, Olivieri, Rv. 651661-01** ha chiarito che l'accertamento della responsabilità del conducente e del proprietario costituisce il presupposto necessario sia della

domanda di garanzia proposta dall'assicurato, conducente o proprietario, nei confronti dell'assicuratore RCA, ove il danneggiato non abbia esercitato contro di lui l'azione diretta, sia della pretesa risarcitoria del danneggiato verso lo stesso assicuratore RCA, ove già inizialmente convenuto con l'azione diretta. Ne consegue che tali cause devono tutte considerarsi tra loro legate da nesso di dipendenza che ne determina l'inscindibilità, ex art. 331 c.p.c., nel giudizio di impugnazione. E' da escludere, pertanto che il giudicato sulla responsabilità del conducente possa essere frazionato con conseguente estensione degli effetti favorevoli dell'impugnazione proposta soltanto da alcune delle parti anche a quelle non impugnanti o contumaci che condividono la medesima posizione processuale

Anche quando l'assicuratore sia terzo chiamato in causa dal convenuto va osservato, secondo **Sez. 3, n. 29034/2018, Di Florio, Rv. 651577-01**, l'onere che l'art. 22 della l. n. 990 del 1969 pone a carico del danneggiato per la richiesta di risarcimento del danno. Né detto onere può considerarsi altrimenti assolto mediante l'atto di chiamata in causa da parte del convenuto o in virtù della comunicazione all'assicuratore da parte del danneggiante circa l'iniziativa giudiziaria intrapresa dal danneggiato.

### **3. Il comodato tra figure tipiche e atipiche.**

La Corte di cassazione (**Sez. 1, n. 8571/2018, 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 concesso dal primo al secondo di un bene immobile, 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 a 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, da un lato, in contrasto 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 del 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 a 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.

#### **4. I contratti agrari, la *denunciatio*, natura e forma**

Con riferimento ai contratti agrari merita di essere evidenziata **Sez. 3, n. 28495/2018, Scarano, Rv. 651574-01**, con la quale la Corte di cassazione ha confermato il proprio precedente indirizzo (Sez. 3, n. 2187/2014, Cirillo, Rv. 630244 - 01) che aveva superato la precedente giurisprudenza di legittimità in tema di forma della *denunciatio* cui è tenuto il proprietario venditore del fondo ai sensi dell'art. 8 della l. n. 590 del 1965 e dell'art. 7 l. n. 81 del 1971.

Ed invero, la Corte ha cassato la sentenza emessa dalla Corte d'appello di Genova, che aveva confermato quella del giudice di

prime cure sul presupposto della validità della *denuntiatio* in forma diversa da quella scritta. La pronuncia impugnata faceva leva sull'indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo cui in tema di prelazione agraria, la norma che prevede le formalità della comunicazione, pur perseguendo finalità di interesse sociale (creazione di imprese coltivatrici moderne ed efficienti con conseguente incremento della produttività agricola), ha carattere dispositivo e non cogente e inderogabile, sicché è rimessa all'iniziativa delle parti l'adozione di forme alternative di comunicazione, purché idonee a consentire la piena conoscenza della proposta in funzione dell'esercizio della prelazione e nell'ambito del principio generale di libertà delle forme e sufficiente anche la forma verbale, non derivando alcun ostacolo dalla disposizione di cui all'art. 1351 c.c., che per i contratti preliminari aventi forma scritta richiede *ad substantiam* la medesima forma, poiché la comunicazione non ha natura di proposta contrattuale (Sez. 3, n. 7768/2003, Durante, Rv. 563267- 01).

Su tali basi, la sentenza di merito impugnata aveva ritenuto che il coltivatore aveva avuto piena conoscenza della proposta di vendita e, dunque, si era realizzata la finalità della legge, avendo partecipato al rogito e così avuto immediata e completa cognizione delle condizioni formulate per iscritto nell'atto di compravendita.

Diversamente, la Corte di cassazione ha affermato che per la comunicazione da parte del proprietario venditore al coltivatore o al confinante della proposta di alienazione del fondo, ai fini della prelazione di cui all'art. 8 l. n. 590 del 1965 e all'art. 7 l. n. 817 del 1971, è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, non essendo all'uopo sufficiente altro e diverso tipo di comunicazione, anche verbale. La *denuntiatio* non va, infatti, considerata solo quale atto negoziale ma anche come atto preparatorio di una fattispecie traslativa avente ad oggetto un bene immobile, cioè il fondo agrario, onde deve rivestire necessariamente la forma scritta, in applicazione dell'art. 1350 c.c., con inevitabili riflessi sul piano probatorio, non essendo, per questo, consentita la prova testimoniale ex art. 2725 c.c. Precisa la Corte di cassazione che tale forma, peraltro, assolve ad esigenze di tutela e di certezza, rendendo, appunto, certa l'effettiva esistenza di un terzo acquirente, evitando che la prelazione possa essere utilizzata per fini speculativi in danno del titolare del diritto, e assicurando, a sua volta, al terzo acquirente, in caso di mancato esercizio della prelazione nello *spatium deliberandi* a disposizione del coltivatore (o del confinante), la certezza della compravendita stipulata con il proprietario, sottraendo l'acquirente al pericolo di

essere assoggettato al retratto esercitato dal coltivatore (o confinante) pretermesso; garantisce, infine, il coltivatore (o confinante) in ordine alla sussistenza di condizioni della vendita più favorevoli stabilite dal proprietario promittente venditore e dal terzo promissario acquirente.

## **5. 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 alla 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. 17997/2018, Campanile, Rv. 649522-01**, ha confermato il principio secondo il quale, nel caso in cui il credito principale sia assistito dalla garanzia personale prestata da un terzo, non è ammissibile la cessione del solo credito di garanzia in assenza del consenso del garante, in quanto, ai sensi dell'art. 1263, comma 1, c.c., in ipotesi di cessione, il credito principale è trasferito al cessionario con i privilegi, le garanzie personali e reali e gli altri accessori, esistendo tra i detti crediti uno stretto collegamento che impone la loro titolarità sempre in capo al medesimo soggetto giuridico.

La questione specificamente esaminata dalla citata pronuncia non aveva precedenti e riguardava la fattispecie in cui una società di assicurazione aveva prestato, a favore della Provincia di Livorno, fideiussione a garanzia delle spese necessarie per la rimozione, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti in relazione all'attività di gestione di un impianto di rifiuti speciali svolta da una società, la quale, affidata al ripristino della corretta gestione a seguito dell'emersione di irregolarità nella gestione dell'impianto, aveva abbandonato il compendio ed era stata poi dichiarata fallita. Successivamente era intervenuto un accordo - non avendo la società assicuratrice dato seguito alla richiesta di liquidare le spese occorrenti per lo smaltimento dei rifiuti - fra la Provincia di Livorno e una nuova



società, la quale avrebbe provveduto allo smaltimento dei rifiuti venendo surrogata nei diritti vantati dall'ente territoriale verso la Compagnia assicuratrice. La Corte d'Appello, in accoglimento del ricorso proposto dalla suddetta società, aveva condannato la Compagnia di assicurazione al pagamento della somma pari al costo sopportato per lo smaltimento dei rifiuti. Tale decisione di merito si fondava sul presupposto che il rapporto giuridico al suo esame doveva qualificarsi quale cessione della posizione creditoria della Provincia in favore della società appellante in relazione al diritto di credito derivante dalla polizza fideiussoria rilasciata dalla Compagnia di assicurazione. A fronte di tale fattispecie, la Corte di cassazione, partendo dal dato normativo di cui all'art. 1263 c.c., e rilevato che esso è applicabile anche alle obbligazioni autonome di garanzie, ha valorizzato lo stretto collegamento esistente tra credito principale e obbligazione di garanzia che lo assiste, ritenendo la sussistenza di una inscindibilità tale da rendere inammissibile la cessione del credito di garanzia separatamente dal credito contro il debitore garantito.

Nel corso dell'anno 2018 la Corte di cassazione ha, poi, esaminato diverse forme contrattuali aventi le finalità sopra descritte, riconoscendo loro tutela giuridica in ragione degli interessi da esse 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 dal 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, diversamente il fideiussore può opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base ex art.1945 c.c.

In ragione di tali principi **Sez. 1, n. 16345/2018, Campese, Rv. 649780-01** ha precisato, delimitandolo, l'ambito applicativo dell'inopponibilità delle eccezioni di merito derivanti dal rapporto principale da parte del garante. In proposito, ha rilevato che tale inopponibilità non può comportare un'incondizionata sudditanza del garante ad ogni pretesa del beneficiario, sicché al primo è riconosciuta la possibilità di avvalersi del rimedio generale dell'*exceptio doli*, che lo pone al riparo da eventuali escussioni abusive o fraudolente, purché alleghi non circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di un'eccezione che il debitore garantito potrebbe opporre al creditore, ma faccia valere - sussistendone prova liquida

ed incontrovertibile - la condotta abusiva del creditore. Questa può consistere nel fatto che il creditore, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, ha fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della fattispecie, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero ha esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o ancora contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui. In applicazione di tali principi la Corte ha confermato la sentenza di merito, che aveva ritenuto non provato nei termini sopra indicati la eccepta condotta dolosa posta in essere dal creditore garantito, non essendo all'uopo sufficiente il fatto che l'escussione era stata avanzata dal commissario giudiziale del concordato preventivo.

Sempre con riferimento alle possibili eccezioni sollevabili dal garante, **Sez. 1, n. 371/2018, Falabella, Rv. 647026-01** ha, poi, precisato che il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative. Ne consegue che può essere sollevata nei confronti della banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta.

Con riferimento ad altra forma di garanzia personale atipica, la lettera di gradimento o di patronage, **Sez. 1, n. 384/2018, Dolmetta, Rv. 646588-01**, con riferimento alla già riconosciuta possibilità da parte di una impresa di assicurazione di rilasciare tale tipo di garanzia, ha precisato che tale 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, tale 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 alle garanzie 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 tali 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.

Ed invero, con la vendita con patto di riscatto il venditore si riserva il diritto di riacquistare la cosa venduta alle condizioni stabilite dagli artt. 1500 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.

In proposito **Sez. 1, n. 4514/2018, Ferro, Rv. 647431-01**, ha affermato che la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto ogni qualvolta il versamento del prezzo da parte del compratore non si configuri come corrispettivo dovuto per l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di merito, che aveva escluso l'esistenza di un patto commissorio, in presenza della vendita di un immobile in seno alla quale l'acquirente si era accollato il mutuo gravante sul venditore, impegnandosi a retrocedere il bene venduto nel caso in cui il detto debito fosse stato estinto.

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

## **6. La locazione di immobili abitativi e non abitativi.**

Con riferimento ai contratti in esame assume importanza la pronuncia con la quale si è delimitato il confine della responsabilità

del locatore in ordine alle caratteristiche del bene locato. In particolare, **Sez. 3, n. 14731/2018, Moscarini, Rv. 649048-01**, con riferimento al contratto di locazione di immobile non destinato ad uso abitativo, ha affermato che grava sul conduttore l'onere di verificare che le caratteristiche del bene siano adeguate a quanto tecnicamente necessario per lo svolgimento dell'attività che egli intende esercitarvi, nonché al rilascio delle necessarie autorizzazioni amministrative. Il corollario di tale principio è che, ove il conduttore non riesca ad ottenere tali autorizzazioni, non è configurabile alcuna responsabilità per inadempimento a carico del locatore e ciò anche se il diniego sia dipeso dalle caratteristiche proprie del bene locato. La Suprema Corte di cassazione ha, poi, precisato che la destinazione particolare dell'immobile, tale da richiedere che lo stesso sia dotato di precise caratteristiche e che attenga specifiche licenze amministrative, è elemento che diviene rilevante, quale condizione di efficacia, quale elemento presupposto o, infine, quale contenuto dell'obbligo assunto dal locatore nella garanzia di pacifico godimento dell'immobile in relazione all'uso convenuto, solo se abbia formato oggetto di specifica pattuizione, non essendo sufficiente la mera enunciazione, in contratto, che la locazione sia stipulata per un certo uso e l'attestazione del riconoscimento dell'idoneità dell'immobile da parte del conduttore.

### **6.1 Sulla responsabilità del locatore per fatto del conduttore - ipotesi di responsabilità per fatto altrui.**

Il nostro codice civile disciplina alcune ipotesi di responsabilità indiretta, anche detta "per fatto altrui", disciplinate dagli artt. 2047 e ss. c.c.; responsabilità che si aggiunge e, a volte, si sostituisce, a quella di un altro soggetto, al fine di accrescere, in capo alla persona lesa, le possibilità di ottenere il risarcimento del pregiudizio subito.

Alla luce di tale premesse **Sez. 6, n. 4908/18, Rossetti, Rv. 648039-01**, ha precisato i limiti entro i quali il proprietario di un immobile concesso in locazione può rispondere dei danni provocati dal conduttore, nella specie quelli conseguenti alle immissioni ritenute intollerabili provenienti dall'immobile oggetto del contratto. Ed invero, la fattispecie oggetto di esame da parte della Corte di cassazione traeva origine dalla domanda di risarcimento danni proposta da alcuni condomini di un edificio nei confronti di un proprietario e del conduttore di un locale posto al piano terreno del medesimo immobile adibito a bar, nel quale si eseguivano

intrattenimenti musicali e dal quale provenivano immissioni sonore ritenute intollerabili.

La Corte d'Appello di Milano aveva ravvisato una colpa aquiliana della società proprietaria del suddetto locale, consistente nella mancata adozione degli interventi necessari ad impedire il verificarsi del danno, ed in particolare nel non avere vigilato sull'uso che della cosa locata faceva il conduttore, in modo da evitare che provocasse danno agli altri condòmini.

Tale pronuncia è stata ritenuta dalla Corte di cassazione in contrasto con l'art. 2043 c.c. nella parte in cui tale norma esige l'accertamento in concreto della colpa. In particolare, l'esclusione da ogni forma di responsabilità nella vicenda discendeva dal fatto che non era rinvenibile in capo al proprietario alcun obbligo di vigilanza, di intervento o di veto conseguente ad una norma positiva o contrattuale, né si era accertato che quest'ultimo, al momento della stipula del contratto di locazione, poteva prefigurarsi, impiegando la diligenza di cui all'art. 1176 c.c., che il conduttore avrebbe certamente recato danni a terzi con la propria attività.

In conclusione, la responsabilità in capo al proprietario locatorio per fatto del conduttore può discendere, ex art 2043 c.c., solo in caso di un esito positivo circa l'avvenuta violazione da parte del primo di norme, clausole contrattuali o del più generale principio di cui all'art. 1176 c.c.

## **6.2 Locazione a uso commerciale – clausola contrattuale di rinuncia a indennità di avviamento – Nullità - Limiti.**

Con riferimento alla clausola contrattuale apposta al contratto di locazione commerciale con la quale le parti convengono di rinunciare alla indennità di avviamento, la Corte di cassazione, ha precisato i principi generali che regolano tale rinuncia.

In proposito, **Sez. 3, n. 20974/2018, Armano, Rv. 650322-02** ha affermato che la nullità, ai sensi dell'art. 79 l. n. 392 del 1978, della clausola di rinuncia preventiva, da parte del conduttore, all'indennità di avviamento, non importa la nullità dell'intero contratto, atteso che tale pattuizione è sostituita di diritto dalla norma imperativa, di cui all'art. 34 l. n. 392 del 1978, attributiva del credito indennitario, né assume rilevanza il fatto che le parti abbiano convenuto il venir meno dell'intero contratto in caso di declaratoria di invalidità della pattuizione di rinuncia, rimanendo l'essenzialità di tale clausola esclusa dalla presenza di una disciplina inderogabile del diritto rinunciato, la quale impone *ex se*, senza la necessità di una

disposizione espressa, la sostituzione ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c.

Con altra pronuncia la Corte di cassazione ha, poi, precisato la *ratio* posta a fondamento della sanzione di nullità della clausola in esame e, conseguentemente, ha delimitato i casi in cui tale nullità può essere evocata. In proposito **Sez. 3, n. 15373/2018, Armano, Rv. 649307-01**, ha affermato che l'art. 79 della l. n. 392 del 1978, il quale sancisce la nullità di ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto di locazione o ad attribuire al locatore un canone maggiore di quello legale, ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della legge stessa, 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. In sostanza, la sanzione di nullità prevista dall'art. 79 cit. non può essere estesa agli accordi transattivi conclusi dal conduttore, che già si trovi nel possesso del bene, per regolare gli effetti di fatti verificatisi nel corso del rapporto e che, perciò, incidono su situazioni giuridiche patrimoniali già sorte e disponibili.

Con tale ultima pronuncia, la Corte di cassazione conferma, quindi, il principio della nullità della clausola che determina la rinuncia all'indennità di avviamento nei limiti sopra indicati e, dunque, della tutela della parità contrattuale tra le parti, precisando che ciò risponde all'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittima dal quale risulta isolata il precedente costituito da Sez. 3, n. 8705/2015, Scrima, Rv. 635206 – 01, secondo cui, in materia di locazione di immobile ad uso non abitativo, vige il principio della libera determinazione del canone, sicchè, tendendo l'art. 79 cit. 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.

## 7. Il mandato.

Sul versante dell'inadempimento **Sez. 3, n. 07515/2018, Rossetti, Rv. 648304-02** ha chiarito che nel caso di mandato per il compimento di negozi giuridici implicanti specifiche conoscenze

tecniche, non è ravvisabile a carico del mandante alcun concorso di colpa, ai sensi dell'art. 1227 c.c., per non avere di propria iniziativa prevenuto o sanato gli errori del mandatario inadempiente fino a quando questi ultimi non gli siano in qualunque modo resi noti ed evidenti, in quanto il mandante, privo delle necessarie competenze, può fare legittimo affidamento sulla competenza del mandatario.

La riscossione di somme da parte del mandatario per conto del mandante ad avviso di **Sez. 6 - 1, n. 03047/2018, Di Marzio M., Rv. 647339-01** comporta l'obbligo, per il primo, di versare tali somme al preponente mediante un distinto atto di ritrasferimento. Ne consegue che ove intervenga *medio tempore* il fallimento del mandatario, gli eventuali versamenti, da quest'ultimo compiuti in favore del mandante nel cosiddetto periodo sospetto di cui all'art. 67, comma 2, l.fall., integrano gli estremi del pagamento di debiti liquidi ed esigibili, revocabile ai sensi dell'articolo cit. Il principio è stato applicato in una lite tra un'associazione temporanea di imprese e una società fallita, mentre il precedente conforme Sez. 1, n. 13660/1999, Papa, Rv. 531907-01 riguardava una controversia tra un procacciatore d'affari ed una concessionaria di autoveicoli

E' invalido un mandato contrattuale che, in qualsiasi forma e modo, comporti, attraverso l'esecuzione da parte del mandatario dopo la morte del mandante, una trasmissione mortis causa di beni patrimoniali, inerenti all'eredità, a favore di terze persone. Nel nostro ordinamento, per **Sez. 3, n. 11763/2018, Dell'Utri, Rv. 648614-02**, un mandato *post mortem exequendum* conferito ed accettato durante la vita del mandante ed avente per oggetto un incarico, anche se di contenuto patrimoniale, da eseguirsi dal mandatario dopo la morte del mandante e per conto di questo è valido, solo ove la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano la successione mortis causa e in specie la successione testamentaria. La pronuncia ribadendo un principio affermato da Sez. 3, n. 02804/1962, La Farina, Rv. 254164-01, chiarisce, infatti, che la volontà del defunto, relativamente ai beni dell'eredità, non può operare, post mortem, che come volontà testamentaria, nelle forme, nei modi e nei limiti determinati dalla legge.

Sotto il profilo processuale **Sez. 2, n. 17384/2018, Fortunato, Rv. 649350-01**, sulla stessa scia di Sez. 2, n.14682/2014, Matera, Rv. 631208-01 ha ribadito che la presunzione di onerosità del mandato, stabilita dall'art. 1709 c.c., ha carattere relativo e può essere superata dalla prova della sua gratuità, desumibile dalle circostanze del rapporto

Conferma l'indirizzo giurisprudenziale espresso da Sez. 3, n. 00721/2001, Finocchiaro, Rv. 543281-01, **Sez. 2, n. 10487/2018, Penta, Rv. 648169-01** secondo cui la morte del mandante che sta in giudizio per mezzo del mandatario *ad negotia*, costituito tramite procuratore legale, acquista rilevanza processuale e comporta l'interruzione del processo solo se è stata dichiarata o notificata dal procuratore legale, restando irrilevante che la morte della parte sia nota al giudice ed alla controparte. La rappresentanza processuale sopravvive, infatti, al decesso del mandante per il suo particolare carattere di rapporto esterno rispetto al giudice ed alla controparte. Nei rapporti interni fra mandante e mandatario, gli atti, compresa la nomina di un procuratore ad processum, che siano stati compiuti dal mandatario prima di conoscere l'estinzione del mandato, per morte del mandante restano validi, sia nei confronti del mandante, sia dei suoi eredi, salva da parte di questi ultimi la ratifica dell'operato del mandatario.

L'azione diretta del mandante nei confronti del sostituto del mandatario, di cui all'art. 1717, comma 4, c.c., è consentita **secondo Sez. 3, n. 01580/2018, Rubino, Rv. 647925-01** in tutti casi di sostituzione previsti dai primi tre commi della medesima disposizione e, quindi, anche nell'ipotesi di sostituzione non autorizzata, indebitamente operata dal mandatario nell'ambito di un mandato allo svolgimento di un incarico professionale, necessariamente caratterizzato dall'*intuitus personae*.

**Sez. 1, n. 07364/2018, Falabella, Rv. 647765-01** ha chiarito che l'attività di amministrazione compiuta dalla società fiduciaria, caratterizzata dalla facoltà di compiere per conto del cliente un'attività volta alla realizzazione sui singoli beni ad essa affidati di una serie di atti giuridici coordinati in vista del raggiungimento di un risultato, è qualificabile come mandato senza rappresentanza. Ne consegue che le azioni a tutela della proprietà dei beni spettano al fiduciante, mentre quelle inerenti la gestione dei beni affidati spettano al fiduciario.

## 8. La mediazione.

L'incarico a trattare finalizzato ad individuare possibili compratori per un compendio immobiliare non richiede, **Sez. 2, n. 11655/2018, D'Ascola, Rv. 648495-02** diversamente dalla procura a vendere, la forma scritta ad substantiam.

Sul punto, inoltre, **Sez. 2, n. 11656/2018, D'Ascola, Rv. 648394-01** ha precisato che, ai fini della configurabilità del rapporto



di mediazione, non è necessaria l'esistenza di un preventivo conferimento di incarico per la ricerca di un acquirente o di un venditore, ma è sufficiente che la parte abbia accettato l'attività del mediatore avvantaggiandosene. Nello stesso senso già si era espressa Sez. 3, n. 25851/2014, Stalla, Rv. 633809-01.

Il diritto del mediatore alla provvigione sorge tutte le volte in cui la conclusione dell'affare sia in rapporto causale con l'attività intermediatrice, non occorrendo un nesso eziologico diretto ed esclusivo tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare, poiché è sufficiente che il mediatore abbia messo in relazione le stesse, sì da realizzare l'antecedente indispensabile per pervenire alla conclusione del contratto, secondo i principi della causalità adeguata. Il diritto nasce anche in assenza di un intervento del mediatore in tutte le fasi della trattativa ed anche in presenza di un processo di formazione della volontà delle parti complesso ed articolato nel tempo. La pronuncia in tal senso di **Sez. 2, n. 00869/2018, Picaroni, Rv. 646668-01** conferma quanto in precedenza espresso da Sez. 3, n. 25851/2014, Stalla, Rv. 633808-01 citata.

**Sez. 2, n. 06552/2018, Bellini, Rv. 647854-01** ha, inoltre, precisato che il diritto del mediatore alla provvigione consegue alla conclusione dell'affare, mentre non rileva che questo sia concluso dalle medesime parti ovvero da parti diverse da quelle cui è stato proposto, purché vi sia un legame, anche se non necessariamente di rappresentanza, tra la parte originaria e quella con cui è stato successivamente concluso, tale da giustificare, nell'ambito dei reciproci rapporti economici, lo spostamento della trattativa o la stessa conclusione dell'affare su un altro soggetto. La parte originaria resta comunque debitrice nei confronti del mediatore.

Sul tema, inoltre, secondo **Sez. 2, n. 11655/2018, D'Ascola, Rv. 648495-01**, il diritto alla provvigione si ricollega all'efficacia dell'intervento del mediatore nel favorire la conclusione dell'affare, non alle forme giuridiche mediante le quali l'affare medesimo è concluso, né alla coincidenza soggettiva tra fase delle trattative e formalizzazione del negozio. Il mediatore può, pertanto, domandare la provvigione alla persona che gli ha affidato l'incarico e ha condotto le trattative, la quale risponde in proprio, tranne che abbia dichiarato fin dall'origine di agire in rappresentanza di un terzo. La pronuncia si pone sulla stessa linea di Sez. 6 - 3, n. 04758/2012, Lanzillo, Rv. 622114-01.

Qualora il mandato ad un mediatore per la ricerca di un acquirente di un immobile sia venuto a scadenza non è comunque preclusa, secondo **Sez. 6 - 2, n. 14623/2018, Scarpa, Rv. 649092-01**

a chi ha conferito l'incarico, l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento, verificatosi anteriormente al decorso del termine. In tal caso, la pronuncia di risoluzione ha efficacia retroattiva al momento dell'inadempimento e prevale, per la priorità nel tempo dell'operatività dei suoi effetti, rispetto alle altre cause di estinzione del medesimo rapporto.

Sulla scia di quanto affermato da Sez. U, n. 19161/2017, Petitti, Rv. 645138-01 è configurabile, per **Sez. 5, n. 29287/2018, Putaturo, Rv. 651545-01**, una mediazione negoziale atipica, la cd. mediazione unilaterale, che si realizza ove, a fronte dell'attività di mediazione svolta senza vincoli di collaborazione, dipendenza o rappresentanza di una sola delle parti, sussista un rapporto di mandato ovvero il conferimento dell'incarico al mediatore ad opera di una parte di ricercare una persona interessata allo stesso affare a determinate e prestabilite condizioni.

Dal punto di vista processuale, infine, **Sez. 6-2, n. 30730/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 651632-01**, ha chiarito che la domanda di condanna avanzata dal mediatore per il pagamento della provvigione contro ciascuna delle parti dell'affare concluso in ragione del suo intervento dà luogo ad un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo proprio per comunanza di titolo, con conseguente scindibilità delle cause stesse in fase di appello. Ne deriva che, ove entrambi i partecipanti all'affare siano risultati soccombenti in primo grado, l'appello proposto da uno solo dei due non giova all'altro, nei cui confronti, in difetto di impugnazione incidentale, la sentenza sfavorevole passa in cosa giudicata; inoltre, nei riguardi di quest'ultimo, quale che sia l'esito dell'appello, non ha luogo il regolamento delle spese, né per il primo grado, ostandovi il giudicato, né per il secondo, non avendo egli assunto la qualità di parte.

## 9. Il mutuo.

Nel mutuo fondiario secondo **Sez. 1, n. 11201/2018, Dolmetta, Rv. 648901-01**, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità di quest'ultimo. Resta, tuttavia, salva la possibilità della sua conversione in ordinario finanziamento ipotecario qualora, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto e all'intento pratico perseguito dalle parti, emerga che il conseguimento dei peculiari vantaggi fondiari non ha costituito la ragione unica o determinante

dell'operazione. La pronuncia conferma quanto espresso da Sez. 1, n. 17352/2017, Terrusi, Rv. 644846-01.

Sul medesimo fronte, **Sez. 1, n. 29745/2018, Dolmetta, Rv. 651489-01**, ha precisato che l'indicazione nel contratto di mutuo fondiario del valore del bene offerto in garanzia non assurge a requisito di forma prescritto ad substantiam, non essendo previsto come tale dalla disciplina specifica di cui agli artt. 38 e 117 d.lgs. n. 385 del 1993, cd. T.U.B., e non rientrando nell'ambito delle condizioni contrattuali di carattere economico. Ne consegue che la sua omissione non impedisce l'applicabilità del limite di finanziabilità, che è requisito di sostanza del contratto.

Consolida l'indirizzo espresso da Sez. 3, n. 25205/2014 Barreca, Rv. 633489-01, **Sez. 6-1, n. 08028/2018, Scaldaferrì, Rv. 647904-01**, in tema di determinazione degli interessi corrispettivi, ai sensi dell'art. 1346 c.c., sulle rate di ammortamento scadute. In particolare, è ammissibile la determinazione convenzionale per relationem, nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge 17 febbraio 1992, n. 154, purché contenga un richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, obiettivamente individuabili e funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse.

**Sez. 1, n. 15929/2018, Pazzi, Rv. 649529-01**, ha chiarito meglio la struttura e la funzione del mutuo di scopo. Elemento essenziale del contratto è la destinazione delle somme mutate alla finalità programmata che incide sulla causa del contratto fino a coinvolgere direttamente l'interesse dell'istituto finanziatore. In tal senso assume rilevanza corrispettiva l'impegno del mutuatario a realizzare tale destinazione, mentre non è indispensabile che il richiamato interesse del finanziatore sia bilanciato in termini sinallagmatici, oltre che con la corresponsione della somma mutuata, anche mediante il riconoscimento di un tasso di interesse agevolato al mutuatario. Detto contratto ha la funzione, infatti, di procurare al mutuatario i mezzi economici destinati al raggiungimento di una determinata finalità, comune al finanziatore, la quale, integrando la struttura del negozio ne amplia la causa rispetto alla sua normale consistenza.

Sotto il profilo dell'inadempimento del mutuatario, **Sez. 1, n. 09385/2018, Di Marzio, Rv. 648448-01**, ha affermato che integra la violazione del fondamentale dovere di solidarietà inerente al rapporto contrattuale la segnalazione all'archivio dei debitori insolventi, cd. CRIF, da parte della banca mutuante del nominativo del mutuatario, qualora l'inadempimento all'obbligo di restituzione della somma mutuata si riveli essere, al momento della segnalazione

stessa, conseguenza di un disguido ad esso non imputabile. La pronuncia si allinea a quanto espresso in termini da Sez. 1, n. 23033/2011, Rodorf, Rv. 620483-01.

La procura a vendere un immobile, conferita dal mutuuario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, è idonea, secondo **Sez. 2, n. 22903/2018, Carrato, Rv. 650377-01**, ad integrare la violazione divieto di patto commissorio, ex art. 2744 c.c., qualora si accerti che tra il mutuo e la procura sussista un nesso funzionale. La valutazione è demandata al giudice di merito che, nel compierla, non deve limitarsi ad un esame formale degli atti posti in essere dalle parti, ma deve considerarne la causa in concreto e, in caso di operazione complessa, valutarli alla luce di un loro potenziale collegamento funzionale, apprezzando ogni circostanza di fatto rilevante e il risultato stesso che l'operazione negoziale era idonea a produrre e, in concreto, ha prodotto. Nello stesso senso Sez. 3, n. 15486/2014 Cirillo F.M., Rv. 631747-01.

Sotto il profilo delle nullità **Sez. 1, n. 13286/2018, Dolmetta, Rv. 649156-02**, ha confermato quanto già affermato da Sez. 1, n. 17352/2017, Terrusi, Rv. 644846-02, in tema di richiesta di conversione del contratto nullo di mutuo fondiario in contratto di mutuo ipotecario ordinario. In particolare, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità non può estendersi alla conversione del contratto nullo, ostandovi la previsione di cui all'art. 1424 c.c.; è, viceversa, ammissibile l'istanza in tal senso avanzata dalla parte nel primo momento utile successivo alla rilevazione suddetta, poiché è consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo posto a fondamento dell'originaria domanda.

Sotto il profilo processuale, è ammessa la prova testimoniale della conclusione di un contratto di mutuo in forma orale, qualora il giudice ritenga verosimile tale ipotesi, avuto riguardo alla sua natura ed alla qualità delle parti, nonostante il valore della lite ecceda il limite previsto dalla citata disposizione. Con tale principio Sez. 2, n. 01751/2018, Cosentino, Rv. 647153-03 conferma Sez. 6 - 3, n. 14457/2013, Lanzillo, Rv. 626705-01.

Dal lato processuale **Sez. 2, n. 30944/2018, Bellini, Rv. 651538-03**, ha precisato che qualora l'attore fondi la sua domanda su un contratto di mutuo, la circostanza che il convenuto ammetta di avere ricevuto una somma di denaro dall'attore, ma neghi che ciò sia avvenuto a titolo di mutuo, non costituisce una eccezione in senso sostanziale, sì da invertire l'onere della prova. La negazione dell'esistenza di un contratto di mutuo non equivale all'eccezione di inefficacia, modificazione o estinzione, ma vuol dire negare il titolo

posto a base della domanda. Ne consegue che rimane fermo l'onere probatorio a carico dell'attore. Si tratta di un orientamento consolidato; da ultimo v. Sez. 3, n. 06295/2013, Ambrosio, Rv. 625490-01.

Sulla base degli stessi principi è da tempo affermato che l'attore che chieda la restituzione di somme date a mutuo è tenuto a provare gli elementi costitutivi della domanda e, pertanto, non solo l'avvenuta consegna della somma, ma anche il titolo da cui derivi l'obbligo della vantata restituzione. In questo senso **Sez. 2, n. 30944/2018, Bellini, Rv. 651538-02**, ma anche Sez. 3, n. 09541/2010, Segreto, Rv. 612425-01.

Sez. 1, n. **04202/2018, Ferro, Rv. 648106-01**, ha confermato l'orientamento espresso da Sez. 1, n. 03955/2016, Terrusi, Rv. 638838-01, secondo cui è revocabile, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2), l.fall., e in ogni caso ex art. 67, comma 2 l.fall., la rimessa conseguente alla concessione di un mutuo garantito da ipoteca destinata a ripianare uno scoperto di conto, laddove il mutuo ipotecario e il successivo impiego di una somma siano inquadrabili in un'operazione unitaria posta in essere in funzione dell'azzeramento della preesistente esposizione debitoria del mutuatario. Il giudice è tenuto, tuttavia ad accertare se una parte del finanziamento potesse essere destinata ad una nuova sovvenzione invece che al consolidamento del passivo.

## 10. La transazione.

La Corte di cassazione (**Sez. 2, n. 26168/2018, Scarpa, Rv. 650839-01**), con riferimento al caso di rinuncia all'azione di nullità di un contratto illecito e dei suoi limiti, ha accolto il ricorso avverso la sentenza emessa dalla Corte d'Appello che aveva ritenuto preclusa l'azione di simulazione proposta dagli aventi causa di persona che in diverso giudizio aveva sottoscritto una transazione avente ad oggetto la rinuncia all'azione di nullità del contratto di compravendita in quanto simulato, giudizio che si era, per tale motivo, concluso con la dichiarazione della sua estinzione. Tale rinuncia, a parere dei giudici di merito, sarebbe idonea ad impedire ai ricorrenti la medesima azione nel diverso giudizio. La nullità della transazione, per la Corte di Firenze, doveva poi negarsi, in quanto con essa "non si transige su contratti illeciti, ma sulle domande volte a tale accertamento, al quale si rinuncia".

La Corte di cassazione osserva che la sentenza oggetto di ricorso si fondava su remoto precedente giurisprudenziale, secondo

cui, se è vero che il negozio giuridico nullo non è convalidabile, è però anche vero che la parte interessata può rinunciare all'azione di nullità così come può rinunciare al giudicato di nullità, dovendosi configurare queste rinunce come atti di disposizione della situazione sostanziale legittimante all'azione di nullità. Tali rinunce comportano indirettamente l'impossibilità di divenire titolare dei diritti che eventualmente deriverebbero dalla suddetta situazione sostanziale, seppur non possono configurarsi quali rinunce a diritti futuri (Cass. Sez. 3, n. 3925/1977, Mercurio, Rv. 504094-01). Rileva la Corte che tale indirizzo, peraltro, si pone in rapporto di continuità con quanto affermato in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui l'indisponibilità dell'esistenza di una causa di nullità non impedisce al soggetto, che abbia proposto la domanda diretta alla relativa declaratoria, di rinunciare alle situazioni soggettive cui si ricollegano l'interesse e la legittimazione all'azione proposta (rinunziando all'azione e precludendo ogni ulteriore tutela giurisdizionale del diritto), e quindi di determinare la cessazione della materia del contendere. In conclusione, l'insorgere di una causa che determina la cessazione della materia del contendere farebbe, del resto, venir meno altresì il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un atto negoziale (Cass. Sez. 1, n. 2280/1973, Granata, Rv. 365574-01). Alla luce di tali premesse, la Corte, con la sentenza in esame, osserva che la dottrina aveva affermato in modo pressoché unanime, che non era possibile rinunciare a far valere la nullità negoziale, in quanto l'effetto invalidante assoluto deriva direttamente dalla legge e non è disponibile dai privati. L'inammissibilità della convalida del contratto nullo, sancita dall'art. 1423 c.c., impedisce, quindi, di dar rilievo negoziale alla rinuncia unilaterale di un contraente, nel senso di rendere valido ciò che è nato come nullo, rimanendo eccezionale, per la *ratio* sottesa, la previsione della conferma ed esecuzione volontaria delle donazioni nulle *ex art. 799 c.c.* Tale interpretazione si fonda sul presupposto che, essendo la nullità negoziale rimedio posto a tutela anche di interessi pubblici, se l'atto processuale dispositivo di una parte dovesse intendersi in grado non soltanto di rinunciare all'azione, ma anche ai diritti conseguenti alla declaratoria di nullità, nel senso di precludere definitivamente anche ogni futuro intervento giudiziale, rimarrebbe travolta anche la *ratio* che è sottesa alla rilevabilità d'ufficio della nullità stessa, come in generale di tutte le eccezioni in senso lato, rilevabilità funzionale ad una concezione del processo che trae linfa applicativa proprio nel valore di giustizia della decisione e attenta all'essenza della categoria

della nullità, che risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo.

A conclusione di tale *iter* logico argomentativo, la Corte di cassazione osserva che a parere della richiamata dottrina deve negarsi che la rinuncia alla domanda di nullità possa portare ad altro che all'estinzione del processo, senza cioè intaccare il diritto sostanziale, sicché l'azione rimarrebbe in sé impregiudicata e sarebbe riproponibile in successivi giudizi. La Corte di cassazione, quindi, partendo dalle pronunce sopra richiamate e tenuto conto della tesi della dottrina riportata, osserva che nella giurisprudenza di legittimità si afferma, più in generale, che la rinuncia alle azioni vertenti su interessi indisponibili (cfr. Sez. 1, n. 14879/2017, Di Palma Rv. 644976-01) spiega i suoi limitati effetti nel relativo giudizio, determinandone l'estinzione con cessazione della materia del contendere, per esser venuto meno l'interesse ad agire e a contraddire del rinunciante, e cioè l'interesse ad ottenere la pronuncia del giudice sulla sua domanda originaria. Il limitato effetto della rinuncia all'azione di nullità nell'ambito del procedimento in cui venga manifestata lascia, pertanto, intatta la facoltà di riproporre successivamente la domanda, nel senso che considera tale rinuncia come non incidente direttamente sul diritto sostanziale alla declaratoria di nullità, finendo altrimenti essa per contrastare con l'indisponibilità degli interessi generali sottostanti alla categoria delle nullità negoziali.

All'esito di tali motivazioni, la Corte osserva che nel giudizio in esame, la sentenza impugnata in realtà, più che fondare l'effetto preclusivo dell'azione di nullità proposta dai ricorrenti dall'atto di transazione sottoscritto in altro giudizio dalla loro dante causa, ha quale presupposto la portata preclusiva in sé della suddetta transazione. Ed invero, la Corte osserva che i giudici di merito avevano sostenuto che la transazione non avesse disposto sui contratti illeciti, (simulazione di un contratto di vendita con violazione del patto commissorio) quanto sulle sole domande volte a tale accertamento, rinunciandovi, con ciò non tenendo conto che in realtà la transazione era finalizzata a rendere lecito un contratto di compravendita in violazione dell'art. 2744 c.c e. quindi, illecito, con la conseguenza che tale rinuncia in sede transattiva all'azione di nullità di un contratto illecito si rivela nient'altro che rinuncia ai diritti conseguenti alla declaratoria giudiziale della nullità, in contrasto con l'art. 1972, comma 1, c.c.

## 11. Il Trasposto.

Con riferimento a tale tipo di contratto, nel 2018 assume rilevanza la pronuncia con la quale la Corte di cassazione ha delimitato i limiti tra diritto comunitario e interno in ambito di trasporto aereo e, in particolare, in tema di responsabilità contrattuale per inadempimento o inesatto adempimento, onere probatorio, criteri di riparto, applicazione dei principi generali in assenza di una disciplina speciale.

Con la **Sez. 3 n. 1584/2018, D'arrigo, Rv. 647585-01**, la Corte di cassazione ha affrontato la questione di diritto concerne l'ampiezza dell'onere probatorio gravante sul passeggero che intenda agire in giudizio nei confronti del vettore aereo chiedendo il risarcimento dei danni da ritardo. In particolare, la controversia verteva sulla circostanza se il passeggero possa limitarsi a provare l'esistenza del contratto di trasporto (ossia l'avvenuto acquisto del biglietto aereo) e ad allegare il ritardo del volo, oppure se egli sia onerato di fornire la prova piena anche di questo secondo elemento, gravando sul vettore il solo onere della prova liberatoria.

La Corte, ai fini di giungere alla individuazione del riparto dell'onere probatorio in esame, preliminarmente, esamina il quadro normativo di riferimento.

Ed invero, il Collegio osserva che la Convenzione di Montréal (sottoscritta dalla Comunità eu- ropea il 9 dicembre 1999, approvata con decisione del Consiglio 5 aprile 2011, 2001/539/CE e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 12 del 2004) non detta una regola specifica in ordine alla prova dell'inadempimento; introduce, però, una presunzione di responsabilità del vettore aereo laddove all'art. 19 è previsto che *“il vettore è responsabile del danno derivante da ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci. Tuttavia il vettore non è responsabile per i danni da ritardo se dimostri che egli stesso e i propri dipendenti e preposti hanno adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente richieste per evitare il danno oppure che era loro impossibile adottarle”*. Per il vettore aereo è possibile superare tale presunzione offrendo la prova liberatoria dell'imprevedibilità del danno, tale che non era ragionevole ex ante adottare delle misure idonee ad evitarne l'avveramento, ovvero dell'oggettiva impossibilità di adottarle, operando l'esenzione in esame in presenza del caso fortuito o della forza maggiore.

La Corte riporta, poi, le norme contenute nel Regolamento CE n. 261/2004, il quale istituisce regole comuni in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, e alcune pronunce



della Corte di Giustizia, dalle quali risulta confermata la ratio secondo cui la responsabilità del vettore viene esclusa solo in caso di caso fortuito o forza maggiore.

Da tale uniforme quadro normativo deriva l'immanenza del principio di presunzione di responsabilità del vettore aereo. Dunque, una volta provato l'inadempimento - o, più esattamente, l'inesatto adempimento - l'imputabilità dello stesso al vettore aereo costituisce oggetto di una presunzione superabile, tanto che si faccia riferimento alla Convenzione di Montréal quanto che si applichi il Regolamento CE, solamente attraverso la prova liberatoria del caso fortuito o della forza maggiore; presunzione di responsabilità che opera, com'è ovvio, sul piano dell'imputabilità dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 1218 c.c., non su quello della prova oggettiva dello stesso sul cui onere le norme sopra riportate nulla dispongono.

In ragione di ciò, conclude la Corte di cassazione che l'assenza di una norma speciale, impone di far riferimento ai criteri ordinari di riparto dell'onere della prova, di cui all'art. 2697 c.c., e l'affermazione del seguente principio di diritto "il passeggero che agisca per il risarcimento del danno derivante dal negato imbarco o dalla cancellazione (inadempimento) o dal ritardato arrivo dell'aeromobile rispetto all'orario previsto (inesatto adempimento), deve fornire la prova della fonte (negoziale) del suo diritto e il relativo termine di scadenza, ossia deve produrre il titolo o il biglietto di viaggio o altra prova equipollente, potendosi poi limitare alla mera allegazione dell'inadempimento del vettore. Spetta a quest'ultimo, convenuto in giudizio, dimostrare l'avvenuto adempimento, oppure che, in caso di ritardo, questo sia stato tenuto sotto le soglie di rilevanza fissate dall'art. 6, comma 1, del Regolamento CE n. 261/2004".

## 12. La Vendita

. In generale sugli obblighi e gli oneri delle parti negoziali per **Sez. 2, n. 07171/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 647861-01**, è a carico del venditore l'obbligo di adoperarsi fattivamente al fine di trasferire al compratore non soltanto la proprietà ed il possesso giuridico, ma anche il possesso reale o di fatto del bene venduto, essendo la consegna dello stesso l'atto con cui il compratore è posto nella condizione non solo di disporre materialmente della cosa trasferita

nella sua proprietà, ma anche di goderla secondo la funzione e destinazione in considerazione della quale l'ha comprata.

L'espressa dichiarazione del venditore che il bene compravenduto è libero da oneri o diritti reali o personali di godimento ad avviso di **Sez. 2, n. 14289/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 648837-01**, esonera l'acquirente dal compiere qualsiasi indagine, operando a suo favore il principio dell'affidamento nell'altrui dichiarazione. Ne consegue che, se la dichiarazione è contraria al vero, il venditore è responsabile nei confronti della controparte tanto se i pesi sul bene erano dalla stessa facilmente conoscibili, quanto, a maggior ragione, se essi non erano apparenti, restando irrilevante la trascrizione del vincolo, che assume valore solo verso il terzo acquirente e non per il compratore il quale, nel rispetto del canone della buona fede, ha il diritto di stare alle dichiarazioni dell'alienante. Tale diritto, però, viene meno qualora dette dichiarazioni trovino diretta ed immediata smentita nel modo d'essere del bene percepibile attraverso i sensi, in quanto, in questo caso, non opera il principio dell'affidamento ed il compratore deve subire le conseguenze della sua negligenza.

### **12.1. Vizi del consenso e garanzia per i vizi.**

Nell'ambito della vendita di cosa gravata da oneri o da diritti di godimento di terzi, **Sez. 2, n. 00057/2018, Guido, Rv. 646615-01**, ha confermato quanto espresso da Sez. 2, n. 08500/2013, Carrato, Rv. 626150-01, ovvero che la responsabilità del venditore ex art. 1489 c.c. è esclusa, sia nel caso in cui il compratore abbia avuto effettiva conoscenza del peso gravante sulla cosa, presumendosi che egli l'abbia accettata con tale peso, sia nel caso in cui si tratti di oneri e diritti apparenti, che risultino cioè da opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio. A nulla rileva, in tal senso, la dichiarazione del venditore della inesistenza di pesi od oneri sul bene medesimo. Il principio dell'affidamento non può trovare applicazione, in quanto il compratore, avendo la possibilità di esaminare la cosa prima dell'acquisto, ove abbia ignorato ciò che poteva ben conoscere in quanto esteriormente visibile, deve subire le conseguenze della propria negligenza, secondo il criterio di auto-responsabilità. Il principio trova conferma con quanto affermato nel paragrafo precedente a proposito della vendita in generale.

Sullo stesso tema, **Sez. 3, n. 16795/2018, Sabato, Rv. 649661-01**, ha precisato che la conoscibilità del vincolo urbanistico gravante

sulla cosa, idonea ad escludere la responsabilità del venditore ex art. 1489 c.c., deve essere valutata in concreto, alla luce della natura del vincolo medesimo e della possibilità per l'acquirente di avvertire la necessità di compiere una verifica.

Sotto il diverso profilo dei vizi del consenso, **Sez. 2, n. 29010/2018, Guido, Rv. 651385-01**, ha affermato che l'errore sulla valutazione economica del bene oggetto del contratto non rientra nella nozione di errore di fatto idoneo a giustificare una pronuncia di annullamento, in quanto non incide sull'identità o qualità della cosa, ma attiene alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un certo accordo e al rischio che il contraente si assume, nell'ambito dell'autonomia contrattuale, per effetto delle proprie personali valutazioni sull'utilità economica dell'affare. La pronuncia si pone in linea con l'orientamento espresso da Sez. 2, n. 20148/2013, Nuzzo, Rv. 627680-01, ma ancor prima da Sez. 3, n. 05139/2003, Segreto, Rv. 561770-01.

**Sez. 2, n. 12116/2018, Guido, Rv. 648506-01** è rimasta sul solco tracciato da Sez. 2, n.13869/1991, Paolella, Rv. 475150-01, laddove ha affermato che l'assunzione della garanzia per i vizi della cosa venduta, ai sensi dell'art. 1490 c.c. è configurabile in capo ad un soggetto diverso dal venditore, qualora sia legato da particolari rapporti con il venditore stesso e non, invece, con l'acquirente, come ad esempio di commissione o di preposizione institoria.

## **12.2. Azioni di annullamento e di risoluzione e azioni risarcitorie e azione di simulazione.**

In generale, **Sez. 2, n. 01889/2018, Scarpa, Rv. 647133-01**, ha chiarito che il termine di prescrizione del diritto dell'acquirente alla risoluzione del contratto e al risarcimento del danno, derivante dalla consegna di aliud pro alio, decorre, ai sensi dell'art. 2935 c.c., non dalla data in cui si verifica l'effetto traslativo, ma dal momento in cui, rispettivamente, ha luogo l'inadempimento e si concretizza la manifestazione oggettiva del danno. E' necessario, tuttavia, avere riguardo all'epoca di accadimento del fatto lesivo, per come obiettivamente percepibile e riconoscibile, e non al dato soggettivo della conoscenza della mancata attuazione della prestazione dovuta.

La sentenza che accoglie l'azione di annullamento di un contratto di vendita della nuda proprietà di una quota di un bene immobile, secondo **Sez. 2, n. 02754/2018, Scarpa, Rv. 647792-02**, fa venir meno l'estinzione dell'usufrutto su di essa gravante per effetto della consolidazione dell'usufrutto medesimo e della proprietà

in capo alla medesima persona, ex art. 1014, n. 2, c.c., verificatasi in epoca successiva al negozio annullato. Tale conseguenza deriva dalla natura costitutiva e dal valore retroattivo della sentenza di annullamento.

Nello stesso senso di Sez. 2, n.18202/2013, Correnti, Rv. 627306-01, **Sez. 2, n. 02429/2018, Guido, Rv. 647789-01**, ha affermato che l'alienazione o la trasformazione della cosa affetta da vizi, di per sé, non è sufficiente a precludere al compratore l'azione di risoluzione del contratto per vizi della cosa venduta, ai sensi dell'art. 1492, comma 3, c.c. occorrendo a tal fine che quel comportamento evidenzi univocamente che l'acquirente abbia inteso accettare la cosa, consapevole dei vizi, rinunciando alla maggiore tutela risarcitoria rispetto alla riduzione del prezzo. Nell'ipotesi in cui l'azione di risoluzione per vizi, nonostante il perimento del bene, non sia preclusa, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1492 c.c., all'obbligo della restituzione specifica dei beni periti si sostituisce quello della restituzione per equivalente, che opera in via automatica, senza necessità di una specifica domanda da parte dell'acquirente.

L'autotutela consistente nella vendita senza ritardo delle cose, a spese del compratore, a mezzo di persona autorizzata prevista dall'art. 1515 c.c. in favore del venditore che non ottiene il pagamento del prezzo costituisce, secondo Sez. 2, n. 31308/2018, Besso Marcheis, Rv. 651757-01, una facoltà e non un obbligo. La parte adempiente ha, infatti, la possibilità di agire in via ordinaria per il risarcimento del danno, che va determinato nella sua entità dal giudice in base agli ordinari criteri posti dall'art. 1223 c.c.

Sotto il profilo processuale **Sez. 2, n. 08804/2018, Tedesco, Rv. 648014-01** si è allineata all'orientamento espresso da Sez. 3, n. 03869/2004, Trifone, Rv. 570572-01, affermando che in materia di simulazione di contratti di compravendita di immobili, che esigono la forma scritta ad substantiam, è ammissibile l'interrogatorio formale tra le parti, in quanto sia diretto a provocare la confessione del soggetto cui è deferito e a dimostrare la simulazione assoluta del contratto, poiché, in tal caso, oggetto del mezzo di prova è l'inesistenza della compravendita.

Non è litisconsorte necessario nel giudizio promosso dal venditore per l'accertamento della simulazione del contratto il coniuge dell'acquirente di un immobile, che sia rimasto estraneo alla stipulazione dell'atto di compravendita, in quanto, per **Sez. 6 - 3, n. 11033/2018, Rubino, Rv. 648914-01**, l'inclusione del bene nella comunione legale ai sensi dell'art. 177 c.c. costituisce un effetto *ope legis* dell'efficacia e validità del titolo di acquisto.

Un'importante precisazione è stata effettuata da **Sez. 2, n. 00879/2018, Guido, Rv. 647071-01**, secondo cui nel processo civile volto alla declaratoria di nullità, per violazione dell'art. 18 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, ha efficacia di giudicato l'accertamento in ordine alla sussistenza del reato di lottizzazione abusiva contenuto in una sentenza penale di condanna divenuta irrevocabile. Secondo la pronuncia il riconoscimento di tale nullità discende dall'accertamento degli stessi fatti materiali ritenuti rilevanti in sede penale.

### 12.3. I diversi tipi di vendita.

Sez. 1, n. 04514/2018, Ferro, Rv. 647431-01, ha nuovamente confermato che la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, pur non integrando direttamente un patto commissorio, può rappresentare un mezzo per sottrarsi all'applicazione del relativo divieto ogni qualvolta il versamento del prezzo da parte del compratore non si configuri come corrispettivo dovuto per l'acquisto della proprietà, ma come erogazione di un mutuo, rispetto al quale il trasferimento del bene risponda alla sola finalità di costituire una posizione di garanzia provvisoria, capace di evolversi in maniera diversa a seconda che il debitore adempia o meno l'obbligo di restituire le somme ricevute. La pronuncia costituisce una conferma di un consolidato principio espresso dalla S.C. (Tra le tante v. Sez. 2, n. 02725/2007, Oddo, Rv. 595520-01, Sez. 1, n. 08957/2014, Mercolino, Rv. 631126-01).

Vendita con riserva di proprietà - Fallimento del compratore - Facoltà spettanti al venditore - Azione di risoluzione per inadempimento del fallito in ipotesi di avvenuto subentro del curatore nel rapporto negoziale - Improponibilità - Fondamento.

Nella vendita con riserva di proprietà in corso al momento della dichiarazione di fallimento del compratore, **Sez. 1, n. 00826/2018, Ferro, Rv. 646797-01**, in linea di continuità con Sez. 2, n. 21388/2013, D'Ascola, Rv. 627969-01, Sez. 1, n. 02261/2004, Nappi, Rv. 572499-01, ha confermato che il venditore può richiedere la restituzione della cosa nell'ipotesi di scioglimento del contratto, quando ancora il curatore non si sia avvalso della facoltà di subentrare nel rapporto negoziale, oppure può proseguire l'azione di risoluzione già intrapresa nei confronti dell'acquirente successivamente fallito; non può, invece, dopo la dichiarazione di fallimento e ove il curatore si sia avvalso della facoltà di subentrare nel contratto in corso, chiedere la risoluzione dello stesso, benché fondata su clausola risolutiva espressa, per il pregresso

inadempimento del fallito. Il fallimento, infatti, determina la destinazione del patrimonio di quest'ultimo al soddisfacimento paritario di tutti i creditori, con l'effetto che la pronuncia di risoluzione non può produrre gli effetti restitutori e risarcitori suoi propri, i quali sarebbero lesivi della par condicio.

Conferma, altresì, un principio consolidato **Sez. 2, n. 30713/2018, Abete, Rv. 651530-01**, secondo cui integra un'ipotesi di vendita di aliud pro alio e legittima l'acquirente a richiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore ex art. 1453 c.c. la cessione di un'opera d'arte falsamente attribuita ad artista che, in realtà, non ne è stato l'autore (per tutte Sez. 2, n. 17995/2008, Schettino, Rv. 604082-01).

Analogamente sul solco tracciato da molteplici pronunce in tema di vendita con spedizione **Sez. 3, n. 13377/2018, Positano, Rv. 649035-01**, ha ribadito che con la consegna della merce al vettore o allo spedizioniere il venditore trasferisce all'acquirente, salvo patto contrario, la proprietà dei beni medesimi e, quindi, il rischio connesso al loro perimento. Ne consegue che la qualità di assicurato avente diritto all'indennizzo, nel contratto di assicurazione per conto di chi spetta, è rivestita non dal venditore ma dall'acquirente. In senso conforme, tra le varie, Sez. 2, n. 10770/2003, Mazziotti Di Celso, Rv. 564903-01, Sez. 3, n. 13957/1999, Favara, Rv. 532113-01

In tema di compravendita di animali, **Sez. 2, n. 22728/2018, Lombardo, Rv. 650374-01**, ha chiarito che la persona fisica che acquista un animale da compagnia, per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, va qualificato a tutti gli effetti consumatore, così come va qualificato venditore, ai sensi del codice del consumo, chi, nell'esercizio del commercio o di altra attività imprenditoriale, venda un animale da compagnia che, a sua volta, costituisce bene di consumo. Ne consegue che la denuncia del difetto della cosa venduta è soggetta, ai sensi dell'art. 132 c.cons., al termine di decadenza di due mesi dalla data di scoperta del difetto.

#### **12.4. Il contratto preliminare di vendita.**

Molteplici sono state le pronunce sul tema del contratto preliminare di immobili.

Sui requisiti richiesti per la validità del contratto preliminare, è intervenuta **Sez. 2, n. 11297/2018, Abete, Rv. 648322-02**, per chiarire che non è indispensabile la completa e dettagliata indicazione di tutti gli elementi del futuro contratto, risultando sufficiente

l'accordo delle parti su quelli essenziali. In particolare, nel preliminare di compravendita immobiliare, per il quale è richiesto l'atto scritto come per il definitivo, è sufficiente che dal documento risulti che le parti abbiano inteso fare riferimento ad un bene determinato o, comunque, determinabile. In tal senso è sufficiente anche il rimando ad elementi esterni, a condizione che siano idonei a consentirne l'identificazione in modo inequivoco. A differenza di quanto richiesto per il definitivo, l'indicazione pertanto, può essere incompleta, purché l'intervenuta convergenza delle volontà risulti, sia pure aliunde o per relationem, logicamente ricostruibile.

Il contratto preliminare di vendita di un immobile non è configurabile quale atto di disposizione del patrimonio, in quanto non produce effetti traslativi. **Sez. 3, n. 15215/2018, Cigna, Rv. 649407-01**, sulla scia di un consolidato orientamento già espresso da Sez. 3, n. 17365/2011, Carluccio Rv. 619120-01, ha confermato che il preliminare non è, dunque, assoggettabile all'azione revocatoria ordinaria. Tale azione può, invece, essere proposta con riguardo al definitivo successivamente stipulato. Ne consegue che la sussistenza del presupposto dell'eventus damni per il creditore va accertata con riferimento alla stipula del contratto definitivo, mentre l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2901 c.c. in capo all'acquirente va valutato con riguardo alla conclusione del contratto preliminare, momento in cui si consuma la libera scelta delle parti.

Nel contratto preliminare di compravendita ad esecuzione anticipata, **Sez. 6 - 2, n. 11605/2018, Scarpa, Rv. 648534-01**, ha confermato i limiti del diritto del promittente venditore agli interessi compensativi, fissati da Sez. 6 - 2, n. 20860/2014, Manna F., Rv. 632397-01. In particolare, quest'ultimo ne ha diritto ex art. 1499 c.c. esclusivamente per il periodo successivo alla data prevista per la stipulazione del definitivo, ancorché il promittente acquirente abbia ritardato il pagamento del saldo per causa a lui non imputabile o avvalendosi dell'eccezione di inadempimento, e non pure per il periodo intercorrente tra la data della consegna anticipata del bene e quella della stipulazione del definitivo.

In applicazione del principio dell'accessione, attraverso il preliminare di compravendita di un terreno su cui insistano delle costruzioni, si verifica il trasferimento anche di tali immobili, ancorché non espressamente menzionati nell'atto. E' comunque fatta salva, per **Sez. 2, n. 01750/2018, Sabato, Rv. 647084-01**, l'ipotesi che il promittente venditore, contestualmente alla cessione, riservi a sé stesso o ad altri la proprietà del fabbricato, costituendo

formalmente sul terreno un diritto di proprietà superficiaria ex art. 952 c.c..

**Sez. 2, n. 22046/2018, Oliva, Rv. 650073-01**, ha poi confermato quanto affermato da Sez. 3, n. 23824/2004, Finocchiaro, Rv. 578807-01, ovvero che quando le parti subordinino gli effetti di un contratto preliminare di compravendita immobiliare alla condizione che il promissario acquirente ottenga da un istituto bancario un mutuo per potere pagare in tutto o in parte il prezzo stabilito, tale condizione è qualificabile come mista. E' di tale natura, in quanto il suo avveramento dipende, non solo, dal comportamento del promissario acquirente nell' approntare la pratica, ma anche del terzo nel concedere il mutuo. La mancata erogazione del prestito, però, comporta le conseguenze previste in contratto, senza che rilevi, ai sensi dell'art. 1359 c.c., un eventuale comportamento omissivo del promissario acquirente.

Nella particolare ipotesi di stipulazione di un contratto preliminare nel quale le parti abbiano concordato il corrispettivo in una misura tale da comprendere anche l'ammontare dell'imposta al cui pagamento è tenuto il cedente, ai fini delle agevolazioni previste per la cd. prima casa, dalla nota II-bis all'art. 1 della tariffa, parte prima, allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, secondo **Sez. 2, n. 03132/2018, Dongiacomo, Rv. 647876-01**, le dichiarazioni di sussistenza delle condizioni ivi previste, ove non siano state rese nel contratto preliminare e il contratto definitivo non sia stato stipulato con la conseguente proposizione della domanda di esecuzione in forma specifica, possono essere rese anche nel corso del giudizio, fino alla sentenza pronunciata a norma dell'art. 2932 c.c.

Restando sul tema della pronuncia costitutiva dell'obbligo a contrarre, **Sez. 2, n. 24922/2018, Bellini, Rv. 650665-01** ha confermato l'orientamento espresso da Sez. 6 - 2, n. 00684/2011, Giusti, Rv. 615941-01, ribadendo che il giudicato formatosi sulla pronuncia di rigetto della domanda di esecuzione in forma specifica di preliminare di vendita, per il mancato adempimento o la mancata offerta della prestazione inerente al prezzo, non impedisce che quella domanda possa essere riproposta, sulla base della sopravvenienza di detto adempimento o di detta offerta, a condizione che il contratto non sia stato risolto.

Se le parti di un preliminare di vendita immobiliare hanno convenuto che il pagamento del prezzo debba essere effettuato alla stipulazione del definitivo, il requisito dell'offerta di cui all'art. 2932, comma 2, c.c. è da ritenersi soddisfatto con la proposizione della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, perché in



essa necessariamente implicito. **Secondo Sez. 2, n. 14372/2018, Scarpa, Rv. 648974-03**, in tale ipotesi, deve senz'altro essere emessa la sentenza produttrice degli effetti del contratto non concluso ed il pagamento del prezzo va imposto come condizione per il verificarsi dell'effetto traslativo derivante dalla pronuncia del giudice.

**Sez. 2, n. 02022/2018, Scalisi, Rv. 649912-01**, ha poi dato seguito all'indirizzo consolidato, secondo cui, nel rapporto giuridico che si costituisce per effetto della sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto preliminare di compravendita, il pagamento del prezzo ancora dovuto dal promissario acquirente, pur conservando la sua originaria natura di prestazione essenziale del compratore, assume anche il valore e la funzione di una condizione sospensiva dell'effetto traslativo. Detta condizione o si avvera con l'adempimento oppure diviene irrealizzabile nell'ipotesi di omesso pagamento nel termine fissato dalla sentenza oppure, in mancanza, nel congruo lasso di tempo necessario perché la mora del promissario compratore assuma i caratteri dell'inadempimento di non scarsa importanza per il creditore, rendendo non più possibile l'adempimento tardivo contro la volontà di quest'ultimo. Nello stesso senso si era espressa Sez. 2, n. 10827/2001, Rv. 548807-01.

Sul dies a quo di decorrenza del termine dal passaggio in giudicato della sentenza costitutiva si è **pronunciata Sez. 2, n. 22997/2018, Carrato, Rv. 650381-01**. Ad avviso della S.C. il promissario acquirente che chieda l'esecuzione specifica di un contratto preliminare di vendita è tenuto ad eseguire la prestazione a suo carico o a farne offerta nei modi di legge se tale prestazione sia già esigibile al momento della domanda giudiziale o entro il termine convenzionalmente pattuito, mentre non è tenuto a pagare il prezzo quando, in virtù delle obbligazioni nascenti dal preliminare, il pagamento dello stesso o della parte residua così come l'assolvimento delle altre eventuali condizioni cui si sia obbligato risultino dovute all'atto della stipulazione del contratto definitivo. In tal caso ne deriva che solo con il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica sorge l'obbligo, anche per l'eventuale successivo mancato saldo del prezzo, al quale è subordinato l'effetto traslativo della proprietà. E' illegittima, pertanto, la sentenza emessa ex art. 2932 c.c. che imponga un termine per l'assolvimento delle condizioni a cui risulta subordinato l'effetto traslativo che decorra anticipatamente rispetto al passaggio in giudicato della pronuncia costitutiva.

In tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita, ai sensi dell'art. 40 l. n. 47 del 1985, ad

avviso di Sez. 2, n. 11659/2018, D'Ascola, Rv. 648396-01, può essere pronunciata una sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c. nel caso in cui l'immobile abbia un vizio di regolarità urbanistica non oltrepassante la soglia della parziale difformità rispetto alla concessione. La pronuncia, sottolinea che, anche quando sia stata presentata istanza di condono edilizio con versamento della somma prevista per l'oblazione e la pratica non sia stata definita, occorre distinguere tra ipotesi di abuso primario, relativo a beni immobili edificati o resi abitabili in assenza di concessione, e abuso secondario, caratterizzato dalla circostanza che solo una parte di unità immobiliare già esistente abbia subito modifica o mutamento di destinazione d'uso.

Con riguardo alla risoluzione per inadempimento del promittente venditore, **Sez. 6 - 2, n. 11012/2018, Criscuolo, Rv. 648231-02**, ha escluso che, ove sia accolta la domanda di risoluzione del contratto preliminare di vendita proposta dal promittente compratore, possano essere compresi nel risarcimento del danno anche i frutti della cosa promessa in vendita successivi alla domanda di risoluzione. Detta domanda, infatti, non solo comporta la rinuncia definitiva alla prestazione del promittente venditore, ai sensi dell'art. 1453, comma 3, c.c., ma preclude anche al promittente compratore di lucrare i frutti che dalla cosa avrebbe tratto dopo la rinuncia.

La promessa di vendita effettuata da un comproprietario pro indiviso preclude la facoltà del promissario acquirente di richiedere, ex art. 2932 c.c., il trasferimento coattivo limitatamente alla quota appartenente allo stipulante. **Sez. 6 - 2, n. 21938/2018, Falaschi, Rv. 650079-01**, ha chiarito, infatti, che l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto è ammessa, ai sensi dell'art. 2932, comma 1, c.c., solo qualora sia possibile e non è, del resto, consentito, in via giudiziale, costituire un rapporto giuridico diverso da quello voluto dalle parti con il preliminare.

## **12.5. La vendita di beni immobili.**

In generale, ha affermato **Sez. 2, n. 27256/2018, Scarpa, Rv. 650852-01** la validità di una separata alienazione del soprasuolo dal sottosuolo quali entità giuridicamente autonome, nonché la costituzione in via accessoria di diritti di servitù in favore del sottosuolo trasferito all'acquirente e a carico del soprasuolo rimasto all'alienante, al fine della migliore utilizzazione del fondo alienato. In tal modo l'unica proprietà originaria appartenente a un solo soggetto si scinde in più proprietà distinte in senso verticale facenti capo a

soggetti diversi. La pronuncia conferma il risalente indirizzo espresso da Sez. 2, n. 03750/1999, *Mazziotti Di Celso*, Rv. 525416-01.

In tema di compravendita immobiliare, secondo **Sez. 6 - 2, n. 12226/2018, Orilia, Rv. 648536-01**, qualora il venditore ometta di consegnare il certificato di abitabilità e, tuttavia, si accerti l'utilizzabilità del bene, il compratore non può chiedere il risarcimento del danno commisurato all'importo dei canoni di locazione perduti, atteso che il mancato rilascio di concessioni, autorizzazioni o licenze amministrative relative alla destinazione d'uso di un bene immobile o alla sua abitabilità non è in sé di ostacolo alla valida costituzione di un rapporto locatizio.

In linea con un consolidato orientamento **Sez. 2, n. 30721/2018, Scarpa, Rv. 651596-01**, l'inclusione dell'immobile nel piano regionale di vendita ex art. 1, comma 4, l. 24 dicembre 1993, n. 560, non comporta automaticamente l'obbligo, per l'ente proprietario di alloggi di edilizia residenziale pubblica, di alienare l'immobile all'inquilino, che abbia manifestato una volontà in tal senso. L'inserimento nel piano regionale, infatti, costituisce un mero atto preparatorio del procedimento amministrativo finalizzato all'alienazione, per il cui perfezionamento sarà comunque necessaria un'ulteriore manifestazione di volontà da parte dell'ente proprietario. Nello stesso senso Sez. 3, n. 09719/2012, Rv. 623018-01.

In tema di edilizia economia e popolare, **Sez. 2, n. 00196/2018, Giusti, Rv. 647773-01**, ha affermato che la nullità della cessione di alloggio da parte dell'assegnatario con patto di riscatto, se stipulata in violazione dell'art. 26 d.P.R. 9 aprile 1956, n. 1265, non toglie che l'assegnatario possa validamente stipulare un preliminare di vendita, che pur se effettuato in pendenza del termine di assegnazione, anche eventualmente accompagnato dall'anticipata attribuzione del possesso dell'immobile, richiede un'ulteriore manifestazione della volontà negoziale dopo l'acquisto della proprietà, al fine di produrre effetti traslativi.

Con riferimento agli spazi destinati a parcheggio **Sez. 6 - 2, n. 22154/2018, Scarpa, Rv. 650084-01**, ha chiarito che la sostituzione automatica della clausola che riserva al venditore la proprietà esclusiva dell'area destinata a parcheggio, ai sensi dell'art. 41 *sexies* della l. 17 agosto 1942, n. 1150, con la norma imperativa che sancisce il proporzionale trasferimento del diritto d'uso a favore dell'acquirente di unità immobiliari comprese nell'edificio attribuisce al venditore, ad integrazione dell'originario prezzo della compravendita, il diritto al corrispettivo di tale diritto d'uso. In difetto di pattuizione tra le parti, tale diritto va determinato in base al

prezzo di mercato, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto, presumendosene ex art. 1474, comma 1, c.c. la coincidenza con quello normalmente praticato dall'alienante. L'importo così calcolato ha natura di debito di valuta con la conseguenza che, trovando applicazione la disciplina dettata dall'art. 1277 c.c. e, in caso di ritardo nell'adempimento, dall'art. 1224, comma 2, c.c., lo stesso non è suscettibile di automatica rivalutazione per effetto del processo inflattivo della moneta, né vanno accordati interessi con funzione compensativa sulla somma dovuta aumentata gradualmente nell'intervallo di tempo trascorso fra la conclusione del contratto e la liquidazione operata in sentenza.

## CAPITOLO X

### LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ripetizione d'indebito: portata ed onere probatorio. – 3. La rilevanza della mala fede nella ripetizione dell'indebito. – 4. Ripetizione d'indebito e prescrizione. – 5. Ripetizione d'indebito ed espropriazione. – 6. Mancanza di una *causa adquirendi*, ripetizione d'indebito oggettivo e principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. – 7. Prestazione contraria al buon costume. – 8. L'arricchimento senza causa. – 9. Domande di adempimento contrattuale e di indennizzo per ingiustificato arricchimento.

#### 1. Premessa.

Nel corso del 2018 la S.C. ha ribadito oltre che chiarito principi in merito alla disciplina della ripetizione dell'indebito, con particolare riferimento alla portata ed all'onere probatorio, alla prescrizione, ai rapporti con l'esecuzione forzata oltre che ai rapporti con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

In merito all'arricchimento senza causa, invece, ha sono stati ribaditi nonché ulteriormente specificati i principi che governano i rapporti tra domanda di adempimento contrattuale e domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento.

#### 2. La ripetizione d'indebito: portata ed onere probatorio.

La disciplina della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c. ha portata generale e si applica a tutte le ipotesi di inesistenza, originaria o sopravvenuta, del titolo di pagamento, qualunque ne sia la causa.

In applicazione del principio **Sez. L, n. 18266/2018, Lorito, Rv. 649965-01**, ha ritenuto applicabile la disciplina in oggetto, con il conseguente regime prescrizione decennale, al diritto del preponente, in caso di risoluzione anticipata del contratto d'agenzia, alla restituzione degli anticipi provvigionali corrisposti all'agente.

Il pagamento effettuato dal soggetto che aveva assunto il relativo obbligo, ancorché in base ad un contratto nullo, rimane comunque qualificabile come adempimento del contratto stesso, suscettibile di comportare la restituzione dell'importo versato in applicazione dei principi dell'indebito oggettivo.

In particolare, ha chiarito **Sez. 2, n. 21550/2018, Fortunato, Rv. 650069-01**, detto pagamento resta atto dovuto e non assume carattere e significato negoziale, tranne che nelle ipotesi tipiche indicate dall'art. 1327 c.c., non potendo essere interpretato quale accettazione della proposta di modifica di un contratto giudicato invalido di cui costituisca mera esecuzione.

Circa l'onere probatorio, per **Sez. 2, n. 30713/2018, Abete, Rv. 651530-02**, nella ripetizione di indebito opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi.

Colui che agisce per la ripetizione di un indebito allega la dazione senza causa della somma di denaro non come adempimento di un negozio giuridico ma come spostamento patrimoniale. Sicché, può assolvere l'onere della prova di questo fatto al di fuori dei limiti probatori previsti per i contratti, atteso che detti limiti sono applicabili solo al pagamento dedotto come manifestazione di volontà contrattuale e non a quello prospettato come fatto materiale estraneo alla esecuzione di uno specifico rapporto giuridico.

Ne consegue, per la precedente Sez. 2, n. 18483/2010, Migliucci, Rv. 614623-01, che la prova dell'indebito può essere fornita anche per testimoni, indipendentemente dai limiti di cui all'art. 2721 c.c.

Proposta la domanda di ripetizione dell'indebito, l'attore ha l'onere di provare l'inesistenza di una giusta causa delle attribuzioni patrimoniali compiute in favore del convenuto, ma solo con riferimento ai rapporti specifici intercorsi tra le parti e dedotti in giudizio, non potendosi invece esigere dall'attore la dimostrazione dell'inesistenza di ogni e qualsivoglia causa di dazione tra *solvens* e *accipiens*.

Ne consegue che ai fini della prova del diritto alla ripetizione di somme riscosse da A.G.E.A. (Agenzia per le erogazioni in Agricoltura) per contributi ritenuti erogati indebitamente è sufficiente dimostrare l'inesistenza del diritto alla restituzione in capo all'Agenzia pubblica e non, invece, la titolarità del diritto a ricevere aiuti comunitari in capo all'azienda agricola (**Sez. 2, n. 20522/2018, De Marzo, Rv. 650167-01**).

### **3. La rilevanza della mala fede nella ripetizione dell'indebito.**

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, ha chiarito **Sez. 1, n. 03912/2018, Nazzicone L., 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.

#### **4. Ripetizione d'indebitto e prescrizione.**

**Sez. 3, n. 03706/2018, Tatangelo, Rv. 647602-01**, ha 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.

Sempre in tema di ripetizione dell'indebitto e prescrizione è intervenuta altresì **Sez. 1, n. 27704/2018, Nazzicone, Rv. 651326-01**. Essa ha 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).

Quanto innanzi deve coordinarsi con le causa 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. Ripetizione d'indebito ed espropriazione.**

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**).

Per converso, ha chiarito **Sez. 3, n. 20994/2018, Saija, Rv. 650324-01**, 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 esplicito col rispetto delle forme atte a salvaguardare gli interessi delle parti ed incompatibile con qualsiasi sua revocabilità, in presenza di un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti, all'interno del processo esecutivo.

Ne consegue che il soggetto espropriato non può 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).

### **6. Mancanza di una *causa acquirendi*, ripetizione d'indebito oggettivo e principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.**

Qualora venga acclarata la mancanza di una *causa acquirendi in ragione* della dichiarazione di nullità, dell'annullamento, della risoluzione o della rescissione di un contratto o del venire comunque meno del vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo.

Pertanto, non viola il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato il giudice che accolga le richieste restitutorie in conseguenza del rilievo di ufficio della nullità del contratto, anche laddove fosse stata inizialmente proposta domanda di risoluzione,



dovendosi escludere che la correlazione operata dalla parte tra la suddetta domanda di ripetizione ed una specifica e differente causa di caducazione del contratto impedisca la condanna alla ripetizione dell'indebito (**Sez. 2, n. 00715/2018, Criscuolo, Rv. 647258-01**).

In senso conforme all'orientamento di cui innanzi si è espressa anche la precedente Sez. 3, n. 09052/2010, Ambrosio, Rv. 612681-01, la quale, proprio in applicazione del principio, ha ritenuto che non fosse incorsa in ultrapetizione la sentenza impugnata, di accoglimento della domanda di restituzione delle somme versate in esecuzione di un contratto, escludendo la configurabilità dello stesso come donazione obnuziale priva di causa per rottura del finanziamento da parte dei nubendi, come sostenuto dall'attore, ma ravvisandovi un complesso accordo negoziale affetto da nullità perché stipulato in frode alla legge.

Parimenti, **Sez. 1, n. 06664/2018, Nazzicone, 648251-02**, che, con riferimento alla nullità del contratto d'investimento, ha statuito che 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. Ne consegue il sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, 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 alla banca per eseguire l'operazione e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti 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.

## **7. Prestazione contraria al buon costume.**

La nozione di prestazione non ripetibile di cui all'art. 2035 c.c., non si identifica con un dato materiale, qual è la ripetibilità in concreto della prestazione, bensì con un dato giuridico, nel senso che la prestazione fornita non può formare oggetto di obbligazione restitutoria, in favore di chi sia stato partecipe del negozio immorale, in quanto fondata su un contratto illecito, non corrispondente, di conseguenza, ad un interesse giuridicamente tutelabile del creditore (Sez. 1, n. 25631/2017, Lamorgese, Rv. 647056-05).

L'accertata nullità di un contratto di finanziamento stipulato in danno della P.A., da parte di un funzionario infedele, in conseguenza della illiceità della causa per violazione di norme imperative, non preclude l'autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della sua

eventuale contrarietà anche al buon costume che, ove sia accertata, stante il disposto dell'art. 2035 c.c., impone di negare la ripetizione della prestazione eseguita al finanziatore (Sez. 1, n. 25631/2017, Lamorgese, Rv. 647056-04).

Quanto innanzi è stato statuito conformemente al principio per il quale chi abbia versato una somma di denaro per una finalità truffaldina o corruttiva non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tali finalità, certamente contrarie a norme imperative, sono da ritenere anche contrarie al buon costume (Sez. 3, n. 09441/2010, Amendola A., Rv. 612552-01).

Sicché, il comune, che sia rimasto estraneo alla stipula di un contratto di finanziamento nullo perché avente causa illecita, concluso dal funzionario infedele, è legittimato a domandare l'applicazione della *soluti retentio* quando gli effetti del contratto siano ricaduti sulla sua sfera giuridica (Sez. 1, n. 25631/2017, Lamorgese, Rv. 647056-03).

L'impostazione di cui innanzi si è mossa sulla scia di quanto ha chiarito in precedenza la S.C. circa l'applicabilità della *soluti retentio* prevista dall'art. 2035 c.c.

La nozione di buon costume, in particolare, non si identifica soltanto con le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprende anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico. Sicché, chi abbia versato una somma di denaro per una finalità truffaldina o corruttiva non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tali finalità, certamente contrarie a norme imperative, sono da ritenere anche contrarie al buon costume (Sez. 3, n. 09441/2010, Amendola A., Rv. 612552-01).

In applicazione del medesimo principio **Sez. L, n. 02014/2018, Curcio, Rv. 647263-01**, ha ritenuto, nell'ipotesi di simulazione assoluta di un rapporto di lavoro, non ammessa la ripetizione delle somme versate a titolo di retribuzione ovvero di contribuzione, perché esclusivamente finalizzate a costituire il presupposto truffaldino per il conseguimento di benefici pensionistici indebiti.

Negli stessi termini si è espressa anche **Sez. Sez. 6-3, n. 08169/2018, Cirillo F.M., Rv. 648539-01**, per la quale, chi abbia versato una somma di denaro per l'ottenimento di un posto di lavoro (nella specie, presso un istituto bancario), a prescindere dall'esito della trattativa immorale, non è ammesso a ripetere la prestazione, perché tale finalità, certamente contraria a norme imperative, è da ritenere anche contraria al buon costume.

## 8. L'arricchimento senza causa.

L'azione generale di arricchimento, di cui all'art. 2041 c.c., presuppone che l'arricchimento di un soggetto e la diminuzione patrimoniale a carico di altro soggetto siano provocati da un unico fatto costitutivo e siano entrambi mancanti di causa giustificatrice, potendo il medesimo arricchimento consistere anche in un risparmio di spesa, purché si tratti sempre di risparmio ingiustificato, nel senso che la spesa risparmiata dall'arricchito debba essere da altri sostenuta senza ragione giuridica.

In applicazione del consolidato principio di cui innanzi **Sez. 1, n. 15145/2018, Cirese, Rv. 649467-01**, ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto inoperanti i presupposti dell'ingiustificato arricchimento in relazione al pagamento delle spese per la progettazione ed il collaudo delle opere di urbanizzazione primaria effettuate dal proprietario di un immobile ricompreso in area P.E.E.P ed in favore del proprietario di immobile adiacente al primo. Nella specie, difatti, l'arricchimento e l'impovertimento invece non trovavano giustificazione nei contratti conclusi con il comune e l'impovertito era contrattualmente tenuto al pagamento delle dette spese solo limitatamente alla quota inerente l'immobile di proprietà.

In applicazione del medesimo principio sono stati altresì ritenuti inoperanti i presupposti dell'ingiustificato arricchimento in relazione al pagamento, eseguito da una banca, titolare del servizio di tesoreria comunale, in favore di terzi creditori del comune, atteso che il risparmio di spesa ottenuto dall'ente trovava autonoma giustificazione in una sentenza della Corte dei conti, che aveva condannato l'istituto tesoriere a reintegrare il fondo-cassa comunale, depauperato per effetto di delibere annullate o prive di esecutorietà (Sez. 1, n. 20226/2013, Lamorgese, Rv. 627805-01).

L'azione generale di arricchimento ha come presupposto la locupletazione di un soggetto a danno dell'altro che sia avvenuta senza giusta causa; ne consegue che non è dato invocare la mancanza o l'ingiustizia della causa qualora l'arricchimento sia conseguenza di un contratto, di un impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell'adempimento di un'obbligazione naturale.

Sicché, ha statuito **Sez. 3, n. 14732/2018, Rubino, Rv. 649049-01**, è possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *more uxorio* nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza – il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei

componenti della famiglia di fatto – e travalicanți i limiti di proporzionalità e di adeguatezza.

Con la citata ordinanza la S.C. ha ritenuto operante il principio dell'indebito arricchimento in relazione ai conferimenti di denaro e del proprio tempo libero, impegnato in ore di lavoro per la costruzione della casa che doveva essere la dimora comune, effettuati da uno dei due partner in vista della instaurazione della futura convivenza, atteso che la volontarietà del conferimento non era indirizzata a vantaggio esclusivo dell'altro partner – che se ne era giovato dopo lo scioglimento del rapporto sentimentale in ragione della proprietà del terreno e del principio dell'accessione – e pertanto non costituiva né una donazione né un'attribuzione spontanea (nello stesso senso, in precedenza, Sez. 3, n. 01130/2009, Ambrosio, Rv. 608287-01).

In applicazione dello stesso principio **Sez. 1, n. 15243/2018, Campanile, Rv. 649468-01**, ha invece ritenuto che le regressioni tariffarie, relative a prestazioni sanitarie, costituissero una sorta di elemento naturale del negozio, introdotte dal d.lgs. n. 502 del 1992 per esigenze di contenimento della spesa, accettate dall'ente convenzionato con l'incasso dei pagamenti in misura ridotta e, pertanto, insuscettibili di fondare l'azione di ingiustificato arricchimento.

Fermo restando quanto innanzi, però, anche dall'esecuzione di un contratto nullo può derivare il diritto all'indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c. Il concreto modo in cui il rapporto è risultato attuato può infatti determinare l'arricchimento di una parte, con corrispondente depauperamento dell'altra.

Ne consegue, per **Sez. 2, n. 20069/2018, Grasso GL., Rv. 649909-01**, che nell'ambito di un rapporto professionale, la nullità del patto di quota lite, non comportando l'invalidità dell'intero accordo, non preclude la richiesta di ripetizione di un eventuale spostamento patrimoniale non giustificato.

La sussidiarietà caratterizzante l'azione di ingiustificato arricchimento, però, ne esclude la proponibilità quando il danneggiato avrebbe potuto esercitare un'azione tipica e questa si è prescritta (così, **Sez. 3, n. 30614/2018, Fiecconi, Rv. 651857-01**, ed in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 6-L, n. 29916/2011, La Torre M., Rv. 620274-01).

## 9. Domande di adempimento contrattuale e di indennizzo per ingiustificato arricchimento.

La domanda di adempimento contrattuale e quella di arricchimento senza causa, pur essendo azioni riguardanti diritti eterodeterminati, si differenziano strutturalmente e tipo logicamente, sia quanto alla *causa petendi* (esclusivamente nella seconda rilevando come fatti costitutivi la presenza e l'entità del proprio impoverimento e dell'altrui locupletazione), sia quanto al *petitum* (pagamento del corrispettivo pattuito o indennizzo).

Ne consegue che la seconda integra, rispetto alla prima originariamente formulata, una domanda nuova con la conseguenza che nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo al creditore opposto, che riveste la posizione sostanziale di attore, è consentito avanzare con la comparsa di costituzione e risposta domanda di arricchimento senza causa soltanto qualora l'opponente abbia introdotto nel giudizio, con l'atto di citazione, un ulteriore tema di indagine che possa giustificare tale esigenza.

Nel confermare il detto orientamento, **Sez. 2, n. 17842/2018, Casadonte, Rv. 649452-01**, ha escluso che il creditore opposto, che aveva agito in sede monitoria per il pagamento di prestazioni professionali nascenti da titolo contrattuale, potesse avanzare, in sede di opposizione, un'autonoma domanda di arricchimento senza causa, poiché l'opponente si era limitato ad eccepire l'inesistenza del titolo contrattuale a sostegno della pretesa, non estendendo il tema di indagine (trattasi di applicazione di principio di cui a Sez. U., n. 26128/2010, Vivaldi R., Rv. 615487-01).

La domanda di arricchimento senza causa è inammissibile, ove proposta dall'opposto nel giudizio incardinato ai sensi dell'art. 645 c.p.c. avverso il decreto ingiuntivo dallo stesso conseguito per il pagamento di prestazioni professionali, non potendo egli far valere in tale sede domande nuove, rispetto a quella di adempimento contrattuale posta alla base della richiesta di provvedimento monitorio, salvo quelle conseguenti alla domande ed alle eccezioni in senso stretto proposte dall'opponente, determinanti un ampliamento dell'originario *thema decidendum* fissato dal ricorso ex art. 633 c.p.c. (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 08582/2013, D'Amico P., Rv. 626031-01).

**Sez. 1, n. 27124/2018, Mercolino, Rv. 651448-01**, nel confermare l'orientamento di cui innanzi ha ritenuto esente da critiche la sentenza con la quale la Corte d'appello aveva escluso che, nel caso di decreto ingiuntivo ottenuto per il pagamento di prestazioni professionali, la proposizione, da parte dell'opponente,

delle sole eccezioni di inesigibilità e prescrizione del credito avessero comportato l'introduzione di nuovi temi di indagine, tali da legittimare la proposizione di una nuova domanda, di arricchimento senza causa, da parte degli opposti.

Nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è però 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.

Così statuendo, **Sez. U., n. 22404/2018, Scrima, Rv. 650451-01**, si è sostanzialmente posta nel solco tracciato da Sez. U., n. 12310/2015, Di Iasi, Rv. 645536-01, per la quale 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*). Ciò, però, 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. Proprio della dette premesse in termini processuali ne consegue l'ammissibilità della modifica, nella memoria ex art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda formulata ex art. 2932 c.c. con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo.

L'accertamento, con sentenza passata in giudicato, dell'infondatezza dell'azione contrattuale, per insussistenza del titolo negoziale che attribuisca all'attore il relativo diritto, non preclude alla stessa parte di chiedere, in un successivo giudizio, di essere indennizzato per l'indebito arricchimento dalla controparte conseguito, dato che tale seconda azione è diversa per *petitum* e per *causa petendi* e che, inoltre, avendo funzione sussidiaria e natura residuale, trova il riconoscimento della sua esperibilità proprio nell'indicato diniego di tutela contrattuale.

**Sez. 1, n. 15496/2018, Cirese, Rv. 649133-01**, ha confermato il detto consolidato principio con riferimento ad un giudizio nel quale era stata chiesta la condanna a titolo di arricchimento senza causa di un comune una volta formatosi il giudicato sull'infondatezza dell'azione di pagamento del corrispettivo per la custodia dei veicoli, rimossi per conto dell'ente territoriale (si veda, *ex plurimis*, Sez. 6-2, n. 11489/2011, Giusti A., Rv. 617797-01).

La modificazione, da parte del giudice di appello, della qualificazione giuridica della domanda operata dal primo giudice è

illegittima – per violazione del giudicato interno formatosi in ragione dell’omessa impugnazione sul punto della parte interessata – solo se detta qualificazione abbia condizionato l’impostazione e la definizione dell’indagine di merito.

Le dette premesse di natura processuale hanno portato **Sez. 6-3, n. 14077/2018, Dell’Utri, Rv. 649336-01**, a ritenere consentita la riqualificazione in termini di ripetizione di indebito, ex art. 2033 c.c., della domanda originariamente qualificata come azione di ingiustificato arricchimento, ex art. 2041 c.c., quando i fatti dedotti in giudizio dalle parti siano rimasti pacificamente acclarati e non modificati.

**Sez. 3, n. 15196/2018, D’Ovidio, Rv. 649304-01**, a fronte di una domanda originaria di indebito oggettivo – proposta dal debitore principale nei confronti del creditore garantito per aver quest’ultimo illegittimamente escusso la garanzia autonoma prestata in suo favore – ha però ritenuto inammissibile, per novità, sia una domanda di risarcimento danni contrattuali che una domanda di ingiustificato arricchimento, ancorché proposte in riferimento alla medesima vicenda contrattuale, atteso che la diversità delle rispettive *causae petendi* e dei relativi *petita* poneva nuove questioni di diritto, tali da implicare differenti indagini ed accertamenti di fatto.

La S.C. ha in particolare argomentato dal principio per il quale il giudizio di cassazione ha, per sua natura, la funzione di controllare la difformità della decisione del giudice di merito dalle norme e dai principi di diritto; sicché sono precluse non soltanto le domande nuove, ma anche nuove questioni di diritto, qualora queste postulino indagini ed accertamenti di fatto non compiuti dal giudice di merito che, come tali, sono esorbitanti dal giudizio di legittimità.





## CAPITOLO XI

### LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

(DI GIOVANNI ARMONE, LAURA MANCINI E LUIGI LA BATTAGLIA)

\*

SOMMARIO: 1. L'ingiustizia del danno. – 2. La colpa. – 3. La legittima difesa – 4. Il nesso di causalità. – 5. Il concorso di colpa del danneggiato. – 6. La responsabilità solidale. – 7. Il danno patrimoniale. – 7.1. La determinazione del danno risarcibile. – 7.2. Il danno da perdita di “chance” a carattere patrimoniale. – 7.3. Il danno da ritardato adempimento dell’obbligazione risarcitoria. – 7.4. Allegazione e prova del danno patrimoniale. – 7.5. Il danno patrimoniale futuro. – 8. Il danno non patrimoniale. – 8.1. Nozione e caratteri del danno non patrimoniale. – 8.2. La prova del danno non patrimoniale. – 8.2.1. Il danno da perdita di “chance” a carattere non patrimoniale. – 8.3. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all’autodeterminazione. – 9. La liquidazione del danno non patrimoniale. – 9.1. La liquidazione in via equitativa: casistica. – 9.2 La liquidazione del danno biologico – 9.3. 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.

Il dibattito intorno al requisito dell'ingiustizia del danno nell'art. 2043 c.c., che ha in passato conosciuto una stagione di grande vitalità, sembra ormai sopito.

Una controversia in tema di lesione aquiliana del credito ha tuttavia offerto alla S.C. l'occasione per ribadire che l'illecito aquiliano può consistere nella lesione di un diritto assoluto, di un diritto relativo, di un interesse legittimo, e di qualsiasi altro interesse preso in considerazione dall'ordinamento, senza che l'art. 2043 introduca alcuna distinzione, quanto all'elemento soggettivo, tra i suddetti tipi di illeciti (**Sez. 3, n. 31536/2018, Rossetti**, Rv. 651943 - 01 ).

---

\* *Giovanni Arnone ha redatto i par. da 1 a 4 e 10 a 10.7., Laura Mancini quelli da 5 a 7.5. e da 8.2. a 8.3., Luigi La Battaglia quelli da 9 a 9.3. I par. 8 e 8.1. sono stati redatti congiuntamente da Laura Mancini e Luigi La Battaglia.*

Per il resto, il tema dell'ingiustizia del danno è stato affrontato dalla giurisprudenza di legittimità nel 2018 prevalentemente con riguardo ai danni cagionati dall'attività amministrativa.

Un quadro completo è stato delineato da **Sez. 1, n. 16196/2018, Mucci, Rv. 649479-01 e 649479-02**, chiamata ad affrontare il caso dei danni lamentati da una società privata per la risoluzione, da parte dell'Amministrazione, del contratto di programma relativo a un piano di investimenti industriali nel Mezzogiorno.

La Corte ha anzitutto ribadito l'inesistenza della cd. "pregiudiziale amministrativa", già affermata nella giurisprudenza di legittimità prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e oggi confermata dall'art. 30 c.p.a.; la domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi è svincolata dal giudizio di annullamento dell'atto amministrativo presupposto. Pertanto, il giudice di merito procede correttamente a scrutinare la legittimità della condotta tenuta dall'amministrazione, pur in assenza della domanda di annullamento dell'atto dinanzi al giudice amministrativo, pervenendo alla statuizione di condanna risarcitoria previo accertamento della sussistenza degli ordinari elementi dell'evento dannoso, della sua ingiustizia, della sua riferibilità ed imputabilità all'amministrazione.

A tale ultimo proposito, la stessa pronuncia ha tuttavia chiarito che l'ingiustizia del danno non può considerarsi "*in re ipsa*", quale conseguenza dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa o pubblica in generale, dovendo il giudice procedere, in ordine successivo, anche ad accertare se: a) sussista un evento dannoso; b) il danno accertato sia qualificabile come ingiusto, in relazione alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l'ordinamento (a prescindere dalla qualificazione formale di esso come diritto soggettivo); c) l'evento dannoso sia riferibile, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei criteri generali, ad una condotta della P.A.; d) l'evento dannoso sia imputabile alla responsabilità della P.A., sulla base non solo del dato obiettivo dell'illegittimità del provvedimento, ma anche del requisito soggettivo del dolo o della colpa.

Un'importante precisazione è giunta poi da **Sez. 1, n. 00651/2018, Marulli, Rv. 646590-01**: con riferimento agli interessi pretensivi, l'ingiustizia del danno si configura in relazione alla consistenza della protezione che l'ordinamento riserva all'istanza di ampliamento della sfera giuridica del pretendente, essendo necessario che egli sia titolare non già di una mera aspettativa, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la consecuzione, secondo la disciplina applicabile

ed un criterio di normalità, di un esito favorevole (in una fattispecie di diniego di concessione per l'installazione di un chiosco sulla spiaggia, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, omettendo il giudizio prognostico sulla fondatezza o meno della richiesta, aveva escluso la sussistenza di un pregiudizio risarcibile correlando la risarcibilità non all'idoneità del provvedimento denegato ad ampliare la sfera del pretendente, ma al mero dato fattuale delle possibilità economiche residue in capo ad esso in esito al procedimento).

**Sez. 1, n. 11695/2018, Marulli, Rv. 648561-01**, ha confermato l'inquadrabilità nella responsabilità aquiliana della concessione abusiva di credito. La fattispecie era relativa a una banca che aveva finanziato un'impresa insolvente e ne aveva perciò ritardato il fallimento, con conseguenti danni lamentati dai terzi che avevano confidato nella sua solvibilità e avevano continuato ad intrattenere rapporti contrattuali con essa. La S.C. ha precisato che la responsabilità sussiste purché sia provato che i terzi non fossero a conoscenza dello stato di insolvenza e che tale mancanza di conoscenza non fosse imputabile a colpa.

Resta infine confermato che il potere di qualificazione giuridica del fatto e di conseguente inquadramento normativo – nella fattispecie generale di responsabilità o in una di quelle speciali – è compito del giudice, purché, in caso di diverso inquadramento rispetto alla proposta contenuta nell'atto introduttivo, tale potere si eserciti sui fatti come prospettati dalle parti, non potendo l'esercizio del potere di qualificazione giuridica comportare la modifica officiosa della domanda così come definita nelle fasi di merito. La precisazione è di **Sez. 3, n. 17015/2018, Guizzi, Rv. 649511-03**, in un giudizio promosso dal pilota di un rimorchiatore per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di un sinistro verificatosi durante la navigazione, dove la responsabilità era stata riportata esclusivamente all'art. 2087 c.c.

## 2. La colpa.

La questione del danno subito dai risparmiatori per l'omessa vigilanza degli organi d'ispezione e controllo (nella specie, la Consob) ha offerto l'occasione alla S.C. per tornare su un tema di particolare delicatezza, quello dei contenuti della colpa nell'ipotesi di illecito omissivo.

Pur consapevole dell'esistenza di voci dottrinali dissonanti, **Sez. 1, n. 09067/2018, Di Marzio M., Rv. 648257-01**, ha confermato l'orientamento classico, secondo cui il rispetto del principio del

“*neminem laedere*” richiede l'astensione da ogni attività e cioè, propriamente, da un “*facere*” che possa recar danno ad altri; da ciò tuttavia non deriva che, sempre e necessariamente, sussista colpa in relazione ad un “*non facere*”, per il solo fatto che l'eventuale attività del soggetto avrebbe potuto impedire l'evento dannoso. Non la semplice inattività può dar luogo a responsabilità per colpa, ma soltanto quella inattività che si risolve in una vera e propria omissione, cioè nel mancato compimento di un'attività specificatamente dovuta.

### 3. La legittima difesa.

Sono rare, in assoluto, le decisioni in tema di responsabilità civile e legittima difesa. Merita per questo di essere segnalata **Sez. 6-1, n. 12820/2018, Scaldaferrì, Rv. 649643-01**, che ha escluso il ricorrere di una legittima autotutela ex art. 2044 c.c. nella condotta di un imprenditore che aveva avviato una sproporzionata campagna di denigrazione contro l'ex agente, il quale aveva intrapreso un'attività commerciale in violazione del patto di non concorrenza: per poter esimere da responsabilità, la reazione deve rispettare i parametri della continenza generale e della proporzionalità rispetto all'offesa ricevuta.

### 4. Il nesso di causalità.

Nel corso del 2018, la giurisprudenza di legittimità è stata fortemente impegnata dal tema del nesso causale, chiarendo alcune questioni cruciali, sulle quali permaneva un elevato grado d'incertezza.

In termini generali, va anzitutto menzionata **Sez. 3, n. 23197/2018, Olivieri, Rv. 650602-01**, con cui la S.C. ha offerto una ricostruzione ad ampio raggio della causalità omissiva.

La verifica del nesso causale tra condotta omissiva e fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità positiva o negativa del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio controfattuale, che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto. Tale giudizio deve essere effettuato sulla scorta del criterio del “più probabile che non”, conformandosi ad uno “standard” di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va

verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana).

La pronuncia è stata resa in un caso di omessa diagnosi di appendicite acuta, cui era comunque seguita la risoluzione della patologia mediante intervento chirurgico, all'esito del quale era peraltro insorto uno stato di coma con pericolo di vita. Sostituendo alla omessa diagnosi la corretta rilevazione della patologia, il segmento causale successivo sarebbe rimasto immutato, nella sequenza sopra indicata, posto che l'intervento chirurgico aveva trovato il diretto antecedente causale nella malattia non altrimenti trattabile e il successivo stato di coma aveva costituito un evento del tutto anomalo ed eccezionale, la cui genesi eziologica era stata assorbita nella efficienza deterministica esclusiva della condotta gravemente imperita dell'anestesista nel corso dell'intervento.

Sulla stessa scia **Sez. 3, n. 03704/2018, Tatangelo, Rv. 647948-01** e **Sez. 3, n. 21008/2018, Gorgoni, Rv. 650183-01**, hanno ribadito che 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 appunto il criterio del "più probabile che non", causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata.

Altrettanto importante in tema di nesso causale è poi Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-03, con cui, all'esito di un'approfondita disamina, è stato tracciato il percorso logico-argomentativo che è necessario seguire in materia di "*perdita di chance*" (su cui vedi i par. 7.2. e 8.2.1. e l'apposito "approfondimento"). Il giudice – ha osservato la S.C. – deve tenere distinta la dimensione della causalità da quella dell'evento di danno e deve altresì adeguatamente valutare il grado di incertezza dell'una e dell'altra, muovendo dalla previa e necessaria indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento, secondo il criterio civilistico del "più probabile che non", e procedendo, poi, all'identificazione dell'evento di danno, la cui riconducibilità al concetto di "*chance*" postula una incertezza del risultato sperato, e non già il mancato risultato stesso, in presenza del quale non è lecito discorrere di una "*chance*" perduta, ma di un altro e diverso danno; ne consegue che, provato il nesso causale rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze dannose risarcibili, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente.

Su un altro delicato terreno, quello del danno patito dai risparmiatori per l'omessa vigilanza degli organi d'ispezione e controllo (in particolare la Consob), **Sez. 1, n. 09067/2018, M. Di Marzio, Rv. 648257-02**, già sopra citata, ha avuto cura di ribadire che l'omissione di un certo comportamento rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, quando si tratti di condotta imposta da una norma giuridica specifica, sicché il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto. Nella specie, peraltro, la S.C. ha confermato la sentenza di merito sul punto, osservando come la corte territoriale non avesse rinvenuto la colpa omissiva nella generica inerzia nell'adozione di idonee misure di cautela e di prudenza, come affermato dall'organismo di vigilanza, bensì nella diretta violazione di specifici obblighi di agire in base alle disposizioni di settore.

Ancora con riguardo alla causalità omissiva, in un caso in cui si lamentavano i danni derivanti dall'omessa esecuzione dell'attività investigativa delegata dall'autorità giudiziaria per l'accertamento di responsabilità penali, **Sez. 3, n. 06036/2018, Porreca, Rv. 648415-01**, ha escluso che tale omissione possa costituire autonoma fonte di responsabilità civile dell'agente o ufficiale delegato nei confronti di terzi; l'attività pubblicistica dell'organo titolare dell'azione penale si sovrappone alla condotta omissiva del delegato, escludendosi, di conseguenza, la configurabilità di un nesso causale tra tale condotta ed il danno eventualmente risentito da chi si afferma lesa dalla stessa.

Altro profilo rilevante è poi quello affrontato da **Sez. 3, n. 10578/2018, Saija, Rv. 648316-01**, secondo la quale l'accertamento del nesso causale prescinde dall'elemento soggettivo e dal titolo della responsabilità. Pertanto, in caso di responsabilità civile per la morte del lavoratore, l'accertamento in ordine al nesso di causalità tra condotta ed evento nonché alla colpa del datore di lavoro, contenuto nella sentenza definitiva che lo abbia condannato al risarcimento del danno sulla domanda proposta dai congiunti "iure hereditatis", costituisce giudicato esterno nel diverso giudizio promosso dai medesimi ex art. 2043 c.c. per il ristoro del pregiudizio patito "iure proprio", restando irrilevante che l'azione ex art. 2087 c.c. abbia natura contrattuale e sia soggetta alla presunzione di colpa della parte datrice, alla quale spetta dimostrare l'assenza di rimproverabilità soggettiva.

## 5. Il concorso di colpa del danneggiato.

Nel corso dell'anno in rassegna la giurisprudenza di legittimità ha dato continuità all'indirizzo interpretativo (per il quale si veda già Sez. 3, n. 04208/2017, Scoditti, Rv. 643137-01) che individua il fondamento della regola di delimitazione del danno risarcibile sancita dall'art. 1227, comma 1, c.p.c., non nell'autoresponsabilità per colpa, ma piuttosto nel principio di causalità e che interpreta il riferimento alla colpa contenuto in detta disposizione non come criterio soggettivo di imputazione del fatto, bensì come requisito legale della rilevanza causale del comportamento del danneggiato, ovvero come criterio di selezione delle concause rilevanti ai fini della riduzione del risarcimento.

La colpa cui fa riferimento l'art. 1227, comma 1, c.c. non deve, infatti, essere intesa in senso proprio, ossia nell'accezione di elemento soggettivo dell'illecito – assumendo tale nozione rilevanza ai fini soli di un'affermazione di responsabilità, la quale è configurabile soltanto in caso di lesione della sfera giuridico soggettiva altrui – , ma quale sinonimo di comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta imposta da un vincolo negoziale o stabilita da norme positive o dettate dalla comune prudenza.

In quest'ottica, **Sez. 3, n. 02483/2018, Vincenti, Rv. 648247-01**, accedendo ad un'impostazione più che consolidata (per la quale si veda Sez. 3, n. 3242/2012, Giacalone, Rv. 621948-01), ha ribadito che la riduzione proporzionale del risarcimento del danno deve essere praticata anche se la vittima sia incapace di intendere e di volere, atteso che la nozione di colpa in senso oggettivo che viene qui in rilievo non postula il requisito dell'imputabilità.

Ancorché non possa parlarsi di colpa in senso proprio, il fatto colposo, quale comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta stabilita da norme positive o dettata dalla comune prudenza ovvero discendente da un vincolo contrattuale costituisce un presupposto indefettibile per l'operatività della regola di delimitazione del danno risarcibile di cui al comma 1 dell'art. 1227 c.c..

Tale assunto è stato evidenziato da **Sez. 3, n. 07515/2018, Rossetti, Rv. 648304-01-02**, la quale, in materia di mandato, ha ritenuto non configurabile un concorso di colpa a carico del mandante per non avere di propria iniziativa prevenuto o sanato gli errori del mandatario inadempiente, fino a quando questi ultimi non gli siano in qualunque modo resi noti ed evidenti, in quanto il

mandante, privo delle necessarie competenze, può fare legittimo affidamento sulle competenze del mandatario.

Nello stesso senso si è espressa **Sez. 1, n. 29352/2018, Lamorgese, Rv. 651582-01**, stabilendo che, in tema di vendita di azioni ad un prezzo specifico, non può ritenersi corresponsabile del danno ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c. colui che, senza violare alcuna regola di comune prudenza, correttezza o diligenza, non si sia attivato per rimuovere tempestivamente una situazione di pericolo determinata dall'illecito di un terzo, posto che, affinché possa farsi luogo alla diminuzione del ristoro per concorso del creditore nella produzione del danno, è necessario che costui sia tenuto, per legge, o per contratto o per generico dovere di correttezza, ad adottare un determinato comportamento, inerente all'esecuzione del rapporto obbligatorio e idoneo a circoscrivere, se non ad escludere, gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento.

La limitazione codicistica del risarcimento in ragione del concorso di colpa del danneggiato postula, secondo la Suprema Corte, un generale dovere di cautela riconducibile al 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**).

Tale contemperamento, come evidenziato dalle pronunce appena richiamate, risponde al canone di proporzionalità imposto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e più volte affermato dalla Corte di Strasburgo (e in particolare in CEDU, 20/12/2016, Ljaskaj – Croazia), in forza del quale l'esigenza di tutela del diritto alla salute e all'incolumità personale deve essere temperata con quella – conforme al principio di ragionevolezza – di non accollare alla collettività o, comunque, immotivatamente al singolo, le conseguenze dannose, soprattutto di natura economica, che derivino da condotte di volontaria e consapevole esposizione al rischio serio o grave per la vita da parte della potenziale vittima e, quindi, costituenti unica causa del danno da questa patito.

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.

Dando continuità all’orientamento inaugurato da Sez. U., n. 576/2008, Segreto, Rv. 600901-01, le pronunce dell’anno in rassegna hanno, a riguardo, ribadito che la conseguenza normale imputabile è quella che secondo l’*“id quod plerumque accidit”* e, quindi, in base ad una regolarità statistica o ad una probabilità apprezzabile “ex ante”, integra gli estremi di una sequenza costante dello stato di cose originatosi da un evento originario che ne costituisce l’antecedente necessario. La sequenza costante deve, però, essere prevedibile non da un punto di vista soggettivo, ma in base alle regole statistiche o scientifiche oggettivizzate in base ad una loro preponderanza o comune accettazione, da cui sia possibile inferire un giudizio di non improbabilità dell’evento in base a criteri di ragionevolezza.

Il principio della regolarità causale, rapportato ad una valutazione “ex ante”, diviene, così, la misura della relazione probabilistica in astratto tra evento generatore del danno ed evento dannoso, da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata (**Sez. 3, n. 02480/2018, De Stefano, Rv. 647934-01**). Sulla scorta di tale premessa, la S.C. ha delineato la nozione di imprevedibilità, quale obiettiva inverosimiglianza, distinguendola dalla nozione di eccezionalità, quale sensibile deviazione dalla frequenza statistica accettata come normale, ovvero vicina alla media statistica, al fine di distinguere tra l’ipotesi di condotta concorrente del danneggiato idonea a giustificare, in ragione del principio di equità ed in deroga al principio generale di cui all’art. 2055 c.c., la riduzione del risarcimento del danno, dall’ipotesi in cui il comportamento del danneggiato assurge a causa esclusiva dell’evento, interruttiva della serie causale riconducibile alla condotta del danneggiante (nel caso di responsabilità per colpa) ovvero al fatto generatore del danno ad esso imputabile (nel caso di responsabilità oggettiva).

I principi suddetti hanno trovato applicazione tanto con riferimento alla responsabilità per colpa, quanto in relazione alla responsabilità oggettiva.

Con riguardo alla prima, **Sez. 3, n. 02483/2018, Vincenti, Rv. 648247-02** ha affermato che, in tema di risarcimento del danno per fatto illecito, quanto più le conseguenze della condotta altrui sono suscettibili di essere previste e superate attraverso l’adozione, da parte dello stesso danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze del caso concreto, tanto più

incidente deve considerarsi l'efficienza causale del suo comportamento imprudente nella produzione del danno, fino al punto di interrompere il nesso eziologico tra condotta e danno quando lo stesso comportamento sia da escludere come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale.

Con riferimento alla responsabilità oggettiva, in materia di responsabilità per cose in custodia, occorre considerare, oltre alle citate **Sez. 3, n. 02480/2018, De Stefano, Rv. 647934-01** e **Sez. 3, n. 02481/2018, Vincenti, Rv. 647935-01**, anche **Sez. 3, n. 27724/2018, Positano, Rv. 651374-01**, 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 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.

Occorre, altresì, dare evidenza a **Sez. 3, n. 19180/2018, Spaziani, Rv. 649737-02**, la quale, in materia di responsabilità sanitaria, ha chiarito che si ha interruzione del rapporto di causalità tra fatto del danneggiante ed evento dannoso per effetto del comportamento sopravvenuto di altro soggetto (che può identificarsi anche con lo stesso danneggiato), quando il fatto di costui si ponga, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p., come unica ed esclusiva causa dell'evento di danno, sì da privare dell'efficienza causale e rendere giuridicamente irrilevante il precedente comportamento dell'autore dell'illecito, ma non quando, essendo ancora in atto ed in fase di sviluppo il processo produttivo del danno avviato dal fatto illecito dell'agente, nella situazione di potenzialità dannosa da questi determinata si inserisca una condotta di altro soggetto (ed

eventualmente dello stesso danneggiato) che sia preordinata proprio al fine di fronteggiare e, se possibile, di neutralizzare le conseguenze di quell'illecito. In tal caso lo stesso illecito resta unico fatto generatore sia della situazione di pericolo sia del danno derivante dall'adozione di misure difensive o reattive a quella situazione, sempre che rispetto ad essa coerenti ed adeguate.

Anche nel 2018 ha trovato applicazione il principio della rilevabilità d'ufficio del concorso di colpa del danneggiato, in forza del quale una volta allegato, da parte 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 (**Sez. 3, n. 11258/2018, De Stefano, Rv. 648643-02**).

Nell'annualità in rassegna è stato, inoltre, ribadito il principio in forza del quale non integra fatto colposo del danneggiato il pregresso stato morboso o di vulnerabilità della vittima.

Significativi spunti, a riguardo, sono stati offerti da **Sez. 3, n. 20829/2018, Scarano, Rv. 650420-02**, secondo cui in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, ove si individui in un pregresso stato morboso del paziente/danneggiato (nella specie, leucomalacia periventricolare – danno alla sostanza bianca presente nel cervello) 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.

In termini analoghi si è espressa **Sez. 3, n. 20836/2018, Fanticini, Rv. 650421-02**, evidenziando che, laddove il danneggiato, prima dell'evento, versi in pregresso stato di vulnerabilità (o di mera predisposizione), ma l'evidenza probatoria del processo, sotto il profilo eziologico, non consente di dimostrare con certezza che, a prescindere dal comportamento imputabile al danneggiante, detto

stato si sarebbe comunque evoluto, anche in assenza dell'evento di danno, in senso patologico-invalidante, il giudice in sede di quantificazione del danno non deve procedere ad alcuna diminuzione del "*quantum debeatur*", posto che, diversamente, darebbe applicazione all'intollerabile principio secondo cui persone che, per loro disgrazia (e non già per colpa imputabile ex art. 1227 c.c. o per fatto addebitabile a terzi), siano più vulnerabili di altre, dovrebbero irragionevolmente appagarsi di una tutela risarcitoria minore rispetto agli altri consociati affetti da cosiddetta "normalità".

Per quanto concerne la fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 1227 c.c., **Sez. 3, n. 19218/2018, Iannello, Rv. 649740-01** ne ha tracciato la distinzione rispetto all'ipotesi di cui al primo comma, evidenziando che il fatto colposo del creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso (di cui al comma 1 dell'art. 1227 c.c.) va distinto dal contegno dello stesso danneggiato che abbia prodotto il solo aggravamento del danno senza contribuire alla sua causazione, giacché – mentre nel primo caso il giudice deve procedere d'ufficio all'indagine in ordine al concorso di colpa del danneggiato, sempre che risultino prospettati gli elementi di fatto dai quali sia ricavabile la colpa concorrente, sul piano causale, dello stesso – la seconda di tali situazioni forma oggetto di un'eccezione in senso stretto, in quanto il dedotto comportamento del creditore costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede.

**Sez. 1, n. 20146/2018, Falabella, Rv. 649908-02, Sez. 3, n. 24522/2018, Guizzi, Rv. 651135-01 e Sez. 3, n. 25750/2018, Sestini, Rv. 651371-01** hanno, poi, ribadito che l'art. 1227, comma 2, c.c., escludendo il risarcimento per il danno che il creditore avrebbe potuto evitare con l'uso della normale diligenza, impone a quest'ultimo una condotta attiva, espressione dell'obbligo generale di buona fede, diretta a limitare le conseguenze dell'altrui comportamento dannoso, intendendosi comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza, a tal fine richiesta, soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici.

Con specifico riferimento all'onere della prova in relazione all'obbligo del danneggiato di limitare il danno, di sicuro interesse è **Sez. L., n. 17683/2018, Arienzo, Rv. 649596-01**, secondo cui in tema di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro che affermi la detraibilità dall'indennità risarcitoria prevista dal nuovo testo dell'art. 18, comma 4, st. lav., a titolo di "*aliunde percipiendum*", di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi alla ricerca di una

nuova occupazione, ha l'onere di allegare le circostanze specifiche riguardanti la situazione del mercato del lavoro in relazione alla professionalità del danneggiato, da cui desumere, anche con ragionamento presuntivo, l'utilizzabilità di tale professionalità per il conseguimento di nuovi guadagni e la riduzione del danno.

## 6. La responsabilità solidale.

Ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell'illecito, l'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c. può ritenersi sussistente anche ove l'evento di danno sia derivato da più azioni od omissioni costituenti illeciti distinti, purché la pluralità di condotte abbia concorso in maniera efficiente alla produzione dell'evento di danno.

In applicazione di tale principio generale – più volte enunciato nella precedente elaborazione della giurisprudenza di legittimità – **Sez. 1, n. 02039/2018, Nazzicone, Rv. 646862-01**, in materia di violazione del diritto di autore, ha chiarito che, una volta accertata l'esistenza del plagio, sono solidalmente responsabili tra loro tutti i soggetti che hanno dato un contributo rilevante all'illecito, ivi compreso, oltre all'autore materiale del plagio, il soggetto che abbia commercializzato le opere plagiarie nell'ambito della propria attività imprenditoriale, rientrando nel dovere di diligenza qualificata ex art. 1176 c.c., gravante sugli operatori esperti del mercato dell'arte, la verifica che le opere poste in vendita non si palesino plagiarie.

Secondo **Sez. 3, n. 32226/2018 Scoditti, Rv. 651952-01**, l'unicità del fatto dannoso costituente il presupposto per l'operatività del regime della solidarietà tra i concorrenti nell'illecito non è, invece, configurabile, in materia di corresponsabilità per prodotti difettosi ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 (ora art. 121 del d.lgs. n. 206 del 2005), nel caso in cui alla messa in circolazione del prodotto difettoso da parte dei produttori che hanno collaborato nella catena produttiva, si aggiunga la violazione, da parte del fornitore, degli obblighi previsti dall'art. 116 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, avuto riguardo all'estraneità di quest'ultimo rispetto alla produzione e al carattere alternativo della speciale responsabilità prevista dalla norma suddetta a suo carico.

In continuità con un consolidato orientamento (per il quale si veda già Sez. 3, n. 18497/2006, Talevi, Rv. 591889-01), **Sez. 3, n. 32930/2018, Frasca, in corso di massimazione**, ha ribadito che in caso di fatto illecito imputabile a più persone, la questione della gravità delle rispettive colpe e dell'entità delle conseguenze che ne

sono derivate può essere oggetto di esame da parte del giudice del merito, adito dal danneggiato, solo se uno dei condebitori abbia esercitato l'azione di regresso nei confronti degli altri o, in vista del regresso, abbia chiesto espressamente tale accertamento in funzione della ripartizione interna del peso del risarcimento con i corresponsabili, senza che tale domanda possa ricavarsi dalle eccezioni con cui il condebitore abbia escluso la sua responsabilità nel diverso rapporto con il danneggiato.

Occorre, poi, considerare **Sez. 3, n. 02066/2018, Scoditti, Rv. 647360-01**, la quale ha affermato che, in materia di risarcimento del danno da fatto illecito, ove esistano più possibili danneggianti, la graduazione delle colpe tra di essi ha una mera funzione di ripartizione interna tra i coobbligati della somma versata a titolo di risarcimento del danno, e non elide affatto la solidarietà tra loro esistente: ne consegue che la circostanza che il danneggiato si sia rivolto in giudizio contro uno solo degli autori del fatto dannoso non comporta la rinuncia alla solidarietà esistente tra tutte le persone alle quali lo stesso fatto dannoso sia imputabile, sicché, se anche nel corso del giudizio emerge la graduazione di colpa tra i vari corresponsabili, ciò non preclude al danneggiato la possibilità di chiedere di essere integralmente risarcito da uno solo dei corresponsabili.

Per quanto concerne le ricadute processuali del suddetto principio, va segnalata **Sez. 3, n. 20849/2018, De Stefano, Rv. 650425-01**, la quale ha precisato che nel giudizio sulla responsabilità civile, l'impugnazione proposta da uno dei condannati al risarcimento del danno, volta a sostenere la responsabilità anche di altro convenuto o una diversa misura della colpa tra i convenuti già condannati, è ammissibile solo ove l'impugnante abbia proposto una tempestiva e rituale domanda di rivalsa, posto che, in difetto, il condannato non ha un interesse ad impugnare, in quanto la condanna non aggrava la sua posizione di debitore dell'intero nei confronti del danneggiato, in ragione del disposto di cui all'art. 2055 c.c., né pregiudica in alcun modo il suo eventuale diritto di rivalsa, non essendo stato dedotto in giudizio il rapporto interno che lo lega all'altro debitore.

Ancora, a proposito di regresso, occorre considerare **Sez. 2, n. 21197/2018, Besso Marcheis, Rv. 650029-01**, la quale ha chiarito che il condebitore solidale, sia "*ex contractu*" sia "*ex delicto*", che paga al creditore una somma maggiore rispetto a quella dovuta, ha diritto di regresso anche se non ha corrisposto l'intero, giacché anche in tal caso, come in quello del pagamento dell'intero debito, egli ha subito

un depauperamento del proprio patrimonio oltre il dovuto, con corrispondente indebito arricchimento dei condebitori.

Quanto, infine, al regime giuridico della solidarietà operante in caso di concorso di più soggetti della causazione di un unico fatto dannoso ai sensi dell'art. 2055 c.c., merita di essere segnalata **Sez. 2, n. 24728/2018, Scarpa, Rv. 650662-01**, secondo la quale l'obbligazione solidale, pur avendo ad oggetto un'unica prestazione, dà luogo non ad un rapporto unico ed inscindibile, ma a rapporti giuridici distinti, anche se fra loro connessi, e, potendo il creditore ripetere da ciascuno dei condebitori l'intero suo credito, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, il quale può utilmente svolgersi nei confronti di uno solo dei coobbligati. Ne consegue che la mancata impugnazione, da parte di un coobbligato solidale, della sentenza di condanna pronunciata verso tutti i debitori solidali - che, pur essendo formalmente unica, consta di tante distinte pronunce quanti sono i coobbligati con riguardo ai quali essa è stata emessa -, così come il rigetto dell'impugnazione del singolo, comporta il passaggio in giudicato della pronuncia concernente il debitore non impugnante (o il cui gravame sia stato respinto) esclusivamente con riferimento a lui, pure qualora lo stesso sia stato convenuto nel giudizio di appello ex art. 332 c.p.c., mentre il passaggio in giudicato di detta pronuncia rimane, poi, insensibile all'eventuale riforma od annullamento delle decisioni inerenti agli altri coobbligati.

## 7. Il danno patrimoniale.

### 7.1. La determinazione del danno risarcibile.

Tra le pronunce che nell'anno in rassegna hanno affrontato questioni attinenti alle regole di determinazione del danno risarcibile, rilievo primario deve essere attribuito ad alcune sentenze delle Sezioni Unite (**Sez. U, 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 con le ordinanze n. 15534/2017, n. 15535/2017, n. 15536/2017 e n. 15537/2017, hanno enunciato i principi di diritto così massimati:

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 patito 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**).

Per quanto concerne la questione se il danno patrimoniale patito da coniuge di persona deceduta, consistente nella perdita dell'aiuto economico offerto dal defunto, debba essere liquidato detraendo dal credito risarcitorio il valore capitalizzato della pensione di reversibilità accordata al superstite dall'Istituto nazionale della previdenza sociale, **Sez. U, n. 12564/2018, Giusti, Rv. 648647-01**, ha, in primo luogo, dato atto del contrasto interpretativo esistente nella giurisprudenza di legittimità tra l'orientamento prevalente che nega la possibilità di tener conto della pensione di reversibilità nella



liquidazione del danno da morte del familiare in ragione della natura non risarcitoria di tale erogazione previdenziale, e l'indirizzo che, invece, afferma l'opposto principio della non cumulabilità tra le due poste, risarcitoria e previdenziale, in ragione della funzione previdenziale assoluta dal trattamento pensionistico e dell'assunto per il quale, ai fini dell'operatività della "*compensatio lucri cum damno*" occorre verificare non tanto se lucro e danno siano riconducibili alla medesima fonte, ma, piuttosto, se il lucro, al pari del danno, costituisca conseguenza immediata e diretta del fatto illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c., posto che i vantaggi e gli svantaggi derivati da una medesima condotta possono compensarsi anche se alla produzione di essi hanno concorso, insieme alla condotta umana, altri atti o fatti ovvero una previsione di legge.

Hanno, quindi, delineato la nozione generale di "*compensatio lucri cum damno*" quale "regola di evidenza operativa per la stima e la liquidazione del danno" desumibile dall'art. 1223 c.c. – in forza della quale il danno risarcibile deve essere il risultato di una valutazione globale degli effetti prodotti dall'atto dannoso, così che se, in applicazione della regola della causalità giuridica, dall'atto dannoso deriva, accanto al pregiudizio, anche un vantaggio, quest'ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell'entità del risarcimento –, per poi precisare che la delimitazione del danno risarcibile non può ridursi ad una mera operazione contabile, imponendosi la doverosa indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato.

Ed infatti, chiariscono le Sezioni Unite, al fine di individuare i criteri di selezione tra i casi in cui ammettere o negare il cumulo tra risarcimento e vantaggio patrimoniale conseguito all'atto dannoso, occorre verificare "la funzione di cui il beneficio collaterale si rivela essere espressione", per accertare se esso sia compatibile o meno con una imputazione al risarcimento.

In questa prospettiva, la determinazione del vantaggio computabile richiede che il vantaggio sia "causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito", così che in tanto le prestazioni del terzo incidono sul danno, in quanto siano erogate in funzione di risarcimento del pregiudizio risentito dal danneggiato. Non è, dunque, necessario che, come sostenuto dalla giurisprudenza prevalente, i titoli del danno e del vantaggio coincidano, ma, piuttosto, che sussista un collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria.

Secondo la sentenza, ai fini della computabilità nel risarcimento del danno del lucro conseguito al fatto dannoso, occorre, altresì,

accertare se l'ordinamento abbia previsto un meccanismo di surroga o di rivalsa, capace di valorizzare l'indifferenza del risarcimento e di evitare, al contempo, che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio per l'autore dell'illecito. Secondo le Sezioni Unite, se "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". I presupposti essenziali per poter svolgere la decurtazione del vantaggio sono, pertanto: 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".

La sentenza ha, inoltre, chiarito che la pensione di reversibilità, la quale è riconducibile al più ampio "genus" delle pensioni ai superstiti, è una forma di tutela previdenziale nella quale l'evento protetto è la morte e, quindi, un fatto naturale che, secondo una presunzione legislativa, crea una situazione di bisogno per i familiari del defunto, i quali sono i soggetti protetti, per poi evidenziare che 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, né soggiace ad una logica e ad una finalità di tipo indennitario. Essa, costituisce, invece, 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 che, a far data 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. Il trattamento previdenziale, rinvenendo la propria causa nel rapporto di lavoro pregresso, nei contributi versati e nella previsione di legge, non è, quindi, erogato in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato.

Le Sezioni Unite hanno, infine, posto in evidenza che, in materia di pensione di reversibilità, non opera la surrogazione. Difatti, l'art. 1916, comma 4, c.c. si applica alle assicurazioni sociali

contro gli infortuni sul lavoro; l'art. 14 della legge n. 222 del 12 luglio 1984 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 n. 183 del 4 novembre 2010 stabilisce 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".

Alla luce delle suddette argomentazioni le Sezioni Unite sono pervenute alla conclusione per la quale la pensione di reversibilità non può essere scomputata dall'ammontare del risarcimento del danno dovuto ai familiari superstiti in conseguenza della morte del congiunto.

**Sez. U, n. 12565/2018, Giusti, Rv. 648648-01** ha, invece, risolto la questione della scomputabilità dal risarcimento del danno dell'indennizzo assicurativo.

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.

Al danneggiato assicurato competono due distinti diritti di credito che, pur avendo fonte e titolo diversi, tendono al medesimo fine del risarcimento del danno provocato dal sinistro e sono concorrenti in quanto ciascuno di essi realizza, sotto il profilo funzionale, il medesimo interesse all'eliminazione del danno causato nel patrimonio del danneggiato.

Inoltre, se l'assicuratore indennizza per primo l'assicurato, quando il risarcimento da parte del terzo responsabile non ha ancora avuto luogo, trova applicazione l'art. 1916 c.c. e lo stesso assicuratore è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare dell'indennità corrisposta, nel diritto dell'assicurato verso il terzo medesimo.

Con **Sez. U, n. 12566/2018, Giusti, Rv. 648649-01** le Sezioni Unite hanno 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.

La Suprema Corte ha affermato che in tal caso viene in rilievo un infortunio scaturito da un fatto illecito di un terzo estraneo al rapporto giuridico previdenziale e, quindi, 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 rappresentato dal sistema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, che dà titolo ad ottenere le prestazioni dell'assicurazione, e dalla relazione creata dal fatto illecito del terzo regolata dalla disciplina della responsabilità civile.

Anche in relazione alla suddetta questione le Sezioni Unite hanno ribadito che la sollecitazione del collegio remittente a compiere la verifica in tema di assorbimento del beneficio nel danno in base ad una verifica eziologica unitaria, non può spingersi fino al punto di attribuire rilevanza ad 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.

La Corte ha, quindi, richiamato i principi enunciati nella sentenza n. 12564/2018, per rilevare, con riferimento alla specifica questione oggetto di esame, 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.

Ha poi ricordato che, sebbene il ristoro del danno coperto dall'assicurazione obbligatoria possa presentare delle differenze nei valori monetari rispetto al danno civilistico, la rendita corrisposta dall'INAIL soddisfa, neutralizzandola parzialmente, 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 risentito dal lavoratore.

La sentenza ha affrontato anche il profilo di surroga, evidenziando che 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 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. 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. Inoltre, l'art. 142 cod. ass., 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 ha 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 dichiara di avere diritto a tali prestazioni.

La surrogazione, consentendo all'istituto di recuperare dal terzo responsabile le spese sostenute per le prestazioni assicurative erogate al lavoratore danneggiato, impedisce a quest'ultimo di cumulare, per lo stesso danno, la rendita assicurativa e il risarcimento del danno dovutogli dal terzo, e di conseguire così due volte la riparazione del medesimo pregiudizio subito.

Sulla scorta di tali argomentazioni le Sezioni Unite hanno enunciato il principio di diritto secondo cui 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.

**Sez. U, n. 12567/2018, Giusti, Rv. 648650-01** ha, infine, affrontato la questione se nella liquidazione del danno patrimoniale relativo alle spese di assistenza che una persona invalida 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.

Anche in questo caso la Corte ha riaffermato i principi espressi nelle precedenti pronunce n. 12564, 12565 e 12566/2018, per poi chiarire che l'indennità di accompagnamento, 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, necessitano di un'assistenza continua, ha una finalità solidaristica ed assistenziale.

Tale natura solidaristica non osta, di per sé sola, allo scomputo del beneficio dalla liquidazione del risarcimento del danno, purché ricorrano le seguenti condizioni:

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 considerazioni, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la pensione di accompagnamento in favore del danneggiato in conseguenza della minorazione invalidante è volta a compensare direttamente il medesimo pregiudizio patrimoniale causato dall'illecito, ovvero, appunto, quello consistente nella necessità di dover retribuire un collaboratore od assistente per le necessità della vita quotidiana del minore reso disabile per colpa medica. Per altro verso l'art. 41 della l. n. 183 del 2010, secondo cui "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", prevede uno strumento di riequilibrio idoneo ad escludere che l'autore della condotta dannosa possa giovare di quella erogazione solidaristica.

Occorre, infine, dare atto che nell'anno in rassegna sull'istituto della "*compensatio lucri cum damno*" si sono pronunciate anche **Sez. 1, n. 05841/2018, Valitutti, Rv. 647434-01, Sez. 1, n. 16088/2018, Nazzicone, Rv. 649565-01 e Sez. 3, n. 20909/2018, Moscarini, Rv. 650441-01.**

## 7.2. Il danno da perdita di “chance” a carattere patrimoniale.

In tema di perdita di “chance” (per il quale si fa comunque rinvio all’apposito “focus”), la pronuncia più significativa è **Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-02 e 648461-03**. Benché vertente sul danno da perdita di “chance” a carattere non patrimoniale (su cui vedi il par. 8.2.1), la sentenza ha offerto un significativo contributo alla ricostruzione giurisprudenziale dell’ontologia di tale pregiudizio fornendo indicazioni ermeneutiche valide anche in relazione alla “chance” a carattere patrimoniale.

Nella pronuncia suddetta la “chance” patrimoniale viene accostata all’interesse pretensivo così come elaborato dalla dottrina amministrativistica, perché, al pari di tale ultima situazione giuridica soggettiva, presuppone la preesistenza di un “quid” su cui abbia inciso sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante, impedendone la possibile evoluzione migliorativa.

Nel solco dell’impostazione privilegiata da tale decisione si è posta **Sez. 3, n. 29829/2018, Scarano, Rv. 651843 - 01.**, la quale, in merito al pregiudizio da perdita di “chance” patrimoniale, ha chiarito che in caso di illecito commesso da un terzo nei confronti di una società in accomandita semplice con conseguente scioglimento, messa in liquidazione ed impossibilità di prosecuzione dell’attività sociale, il danno da perdita della possibilità di percepire gli utili si configura come perdita di “chance”, atteso che esso non consiste nella perdita di un vantaggio economico ma nella perdita della concreta possibilità di conseguirlo e deve essere provato dal socio danneggiato, anche in via presuntiva, in termini di “possibilità perduta” la quale, oltre a rispondere ai parametri di apprezzabilità, serietà e consistenza, va accertata nell’“an” dal giudice di merito sulla base del criterio del “più probabile che non” e stimata nel “quantum” con valutazione equitativa.

Con specifico riferimento al nesso di causalità, occorre considerare **Sez. L. n. 11165/2018, Bellé, Rv. 648187-01**, secondo cui l’espletamento di una procedura concorsuale illegittima non comporta di per sé il diritto al risarcimento del danno da perdita di chance, occorrendo che il dipendente provi il nesso di causalità tra l’inadempimento datoriale ed il suddetto danno in termini prossimi alla certezza, essendo insufficiente il mero criterio di probabilità quantitativa dell’esito favorevole.

Ha, invece, ritenuto sufficiente una prova in termini di possibilità rispondente ai parametri di apprezzabilità, serietà e consistenza, **Sez. 3, n. 14916/2018, Iannello E., Rv. 649303-01**, in

relazione al danno da perdita della possibilità di acquisire nuovi clienti conseguente al mancato inserimento nell'elenco telefonico dei dati identificativi del fruitore del servizio di telefonia fissa.

Per quanto riguarda la prova del danno da perdita di “chance”, di sicuro interesse è **Sez. L, n. 25727/2018, Tria, Rv. 651055-02**, che ha chiarito che in tema di risarcimento del danno per perdita di “chance”, come conseguenza del mancato riconoscimento di una qualifica superiore, l'onere di provare il nesso di causalità tra l'inadempimento datoriale ed il danno può essere rispettato dal lavoratore anche solo mediante presunzioni.

Ancora, va segnalata **Sez. L., n. 13483/2018, Di Paolantonio, Rv. 648741-01**, la quale ha precisato che in materia di collocamento obbligatorio, all'illegittima cancellazione dell'invalido dalle liste consegue un danno patrimoniale da perdita di “chance”, perché il comportamento illegittimo della P.A. incide sulla possibilità di ottenere un nuovo avviamento al lavoro; il danno in questione, che non coincide con le retribuzioni perse, va commisurato alla probabilità di ottenere il risultato utile sperato, con onere della prova – anche tramite presunzioni – a carico dell'interessato e liquidazione da compiersi in via equitativa.

In merito alla liquidazione del danno da perdita di “chance” a carattere patrimoniale, va, infine, data evidenza a **Sez. 1, n. 19741/2018, M. Di Marzio, Rv. 650161-01**, che ha affermato che in tema di società per azioni quotate in mercati regolamentati, qualora sia inadempito l'obbligo di offerta pubblica di acquisto totalitaria, ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. n. 58 del 1998, gravante a carico dell'acquirente del pacchetto azionario che superi la soglia del 30 per cento, compete agli azionisti, cui l'offerta avrebbe dovuto essere rivolta, il risarcimento del danno patrimoniale che dimostrino di avere sofferto in conseguenza della perdita di “chance” di disinvestimento che l'OPA avrebbe assicurato loro; detto danno va determinato raffrontando il prezzo di rimborso delle azioni in caso di OPA con il loro valore effettivo, ritratto dalle risultanze di borsa, secondo il successivo andamento del titolo nell'arco temporale intercorrente tra il giorno in cui si è consumato l'inadempimento dell'obbligo e quello del disinvestimento, se vi è stato, o, in caso contrario, della proposizione della domanda risarcitoria.



### 7.3. Il danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria.

Nel corso del 2018 la tendenza dei giudici di legittimità a rimarcare la distinzione ontologica tra danno evento e danno-conseguenza e la correlata necessità di specifica allegazione e prova di tutte le conseguenze pregiudizievoli, patrimoniali e non patrimoniali, derivanti dall'illecito o dall'inadempimento è emersa anche con riferimento al danno da ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria.

A fronte dell'orientamento interpretativo (per il quale si veda già Sez. 1, n. 04028/2017, Campanile, Rv. 644309-01), secondo il quale gli interessi compensativi sulla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno (contrattuale o extracontrattuale) costituiscono una componente di quest'ultimo e, nascendo dal medesimo fatto generatore della obbligazione risarcitoria, devono ritenersi ricompresi nella domanda di risarcimento e possono essere liquidati d'ufficio, si sono registrate pronunce di segno contrario, volte a valorizzare anche "*in subjecta materia*" la necessità che il creditore-danneggiato provi, anche attraverso meccanismi presuntivi, l'esistenza del danno da ritardo.

In tal senso, merita di essere menzionata **Sez. 3, n. 18564/2018, Scoditti, Rv. 649736-01**, la quale ha premesso che nell'obbligazione risarcitoria da fatto illecito, che costituisce tipico debito di valore, è possibile che la mera rivalutazione monetaria dell'importo liquidato in relazione all'epoca dell'illecito, ovvero la diretta liquidazione in valori monetari attuali, non valgano a reintegrare pienamente il creditore, che va posto nella stessa condizione economica nella quale si sarebbe trovato se il pagamento fosse stato tempestivo. Ha, quindi, evidenziato che in tal caso è onere del creditore provare, anche in base a criteri presuntivi, che la somma rivalutata o liquidata in moneta attuale sia inferiore a quella di cui avrebbe disposto, alla stessa data della sentenza, se il pagamento della somma originariamente dovuta fosse stato tempestivo. Il che può dipendere, prevalentemente, dal rapporto tra remuneratività media del denaro e tasso di svalutazione nel periodo in considerazione, essendo ovvio che in tutti i casi in cui il primo sia inferiore al secondo, un danno da ritardo non è normalmente configurabile. Ne consegue che, per un verso, gli interessi cosiddetti compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria del danno da ritardo nei debiti di valore; per altro verso, non è configurabile alcun automatismo nel riconoscimento degli stessi, sia perché il danno da ritardo che con quella modalità

liquidatoria si indennizza non necessariamente esiste, sia perché, di per sé, esso può essere comunque già ricompreso nella somma liquidata in termini monetari attuali.

Occorre evidenziare che tale pronuncia si pone nel solco dell'indirizzo ermeneutico, inaugurato da Sez. 3, n. 12452/2003, Amatucci, Rv. 566223-01, che in tempi recenti sta raccogliendo un significativo consenso tra i giudici di legittimità.

Coerente con tale impostazione è, infatti, **Sez. 3, n. 07267/2018, Iannello, Rv. 648301-01**, la quale ha chiarito che in tema di danno da ritardo nel pagamento di debito di valore, il riconoscimento di interessi compensativi costituisce una mera modalità liquidatoria alla quale il giudice può far ricorso col limite costituito dall'impossibilità di calcolare gli interessi sulle somme integralmente rivalutate dalla data dell'illecito. Non gli è invece inibito, purché esibisca una motivazione sufficiente a dar conto del metodo utilizzato, di riconoscere interessi anche al tasso legale su somme progressivamente rivalutate; ovvero sulla somma integralmente rivalutata, ma da epoca intermedia; ovvero, sempre sulla somma rivalutata e con decorrenza dalla data del fatto, ma con un tasso medio di interesse, in modo da tener conto che essi decorrono su una somma che inizialmente non era di quell'entità e che si è solo progressivamente adeguata a quel risultato finale; ovvero, di non riconoscerli affatto, in relazione a parametri di valutazione costituiti dal tasso medio di svalutazione monetaria e dalla redditività media del denaro nel periodo considerato.

Occorre, infine, dare evidenza a **Sez. 1, n. 8766/2018, Fraulini, Rv. 648145-01**, la quale ha fornito preziose indicazioni in ordine al computo del risarcimento del danno da lucro cessante stabilendo che in tema di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito, sulla somma riconosciuta al danneggiato a titolo di risarcimento occorre che si consideri, oltre alla svalutazione monetaria (che costituisce un danno emergente), anche il nocumento finanziario subito a causa della mancata tempestiva disponibilità della somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento (quale lucro cessante). Qualora tale danno sia liquidato con la tecnica degli interessi, questi non vanno calcolati né sulla somma originaria, né sulla rivalutazione al momento della liquidazione, ma debbono computarsi o sulla somma originaria via via rivalutata anno per anno ovvero sulla somma originaria rivalutata in base ad un indice medio, con decorrenza sempre dal giorno in cui si è verificato l'evento dannoso.

#### 7.4. Allegazione e prova del danno patrimoniale.

Nel corso dell'anno in rassegna si sono registrate pronunce di segno contrario in ordine alla necessità dell'allegazione e della prova del danno-conseguenza, in materia di danno patrimoniale.

A fronte dell'orientamento prevalente che nega la configurabilità nel sistema ordinamentale di un danno "in re ipsa", ossia coincidente con il danno-evento e non necessitante di allegazione e prova, permane, infatti, un indirizzo minoritario che sostiene che, in relazione a determinate fattispecie di danno patrimoniale, la prova delle conseguenze pregiudizievole dell'illecito non sia necessaria.

In tale ultimo senso si sono espresse **Sez. 2, n. 20545/2018, Federico, Rv. 649998-01**, secondo cui nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno patito dal proprietario è "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; **Sez. 2, n. 21239/2018, Falaschi, Rv. 650352-01**, che ha affermato che nel caso di ritardata consegna di un bene immobile al nuovo proprietario, il danno subito da quest'ultimo è "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; **Sez. 2, n. 17460/2018, Scarpa, Rv. 649269-01**, che 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; **Sez. 2, n. 21501/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 650315-02**, secondo cui 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 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. 13071/2018, Graziosi, Rv. 648709-01**, secondo la quale nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno risentito 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. (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 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 dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto.

In termini analoghi, sempre con riferimento al danno patrimoniale, **Sez. 3, n. 31233/2018, Iannello, Rv. 651942-01**, ha affermato che non può ritenersi "*in re ipsa*" il danno patito dal proprietario in conseguenza del ritardo nella consegna del proprio immobile conseguente all'inadempimento di incarico d'opera professionale (nella specie, progettazione e direzione dei lavori di costruzione).

Nella medesima prospettiva va, altresì, considerata **Sez. 2, n. 10362/2018, Fortunato, Rv. 648354-01**, secondo cui 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.

Inoltre, in materia di danno da lucro cessante, **Sez. 6-2, n. 5613/2018, Orilia, n. 647991-01**, ha affermato che il danno patrimoniale da mancato guadagno, concretandosi nell'accrescimento patrimoniale effettivamente pregiudicato o impedito dall'inadempimento dell'obbligazione contrattuale, presuppone la prova, sia pure indiziaria, dell'utilità patrimoniale che il creditore avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta, esclusi i mancati guadagni meramente ipotetici perché dipendenti da condizioni incerte, sicché la sua liquidazione richiede un rigoroso giudizio di probabilità (e non di mera possibilità), che può essere equitativamente svolto in presenza di elementi certi offerti dalla parte non inadempiente, dai quali il giudice possa sillogisticamente desumere l'entità del danno subito.

In termini non dissimili, **Sez. 2, n. 11829/2018, Criscuolo, Rv. 648497-01** ha chiarito che in tema di equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, la natura indennitaria dell'obbligazione esclude la necessità dell'accertamento soggettivo della violazione, ma non l'onere del ricorrente di provare la lesione della sua sfera patrimoniale quale conseguenza diretta e immediata di detta violazione, esulando il pregiudizio dalla fattispecie del "danno evento". Pertanto, anche qualora sopravvengano l'insolvenza del debitore o delle difficoltà dettate dalla necessità di un accertamento concorsuale, sono risarcibili solo i danni, ricollegabili ad una normale sequenza causale, per i quali si dimostri il nesso tra il ritardo ed il pregiudizio sofferto.

### **7.5. Il danno patrimoniale futuro.**

Nel corso dell'annualità in esame la produzione giurisprudenziale in materia di danno patrimoniale futuro, pur non avendo posto in luce nuovi profili ed essendo rimasta in linea con le

soluzioni interpretative della giurisprudenza precedente, ha fornito indicazioni utili all'applicazione dei principi acquisiti.

Merita, in particolare, di essere segnalata **Sez. 3, n. 10321/2018, Frasca, Rv. 648793-01**, che, con riferimento al danno patrimoniale derivante dalla perdita del rapporto parentale, ha precisato che il pregiudizio patrimoniale derivante al congiunto dalla perdita della fonte di reddito collegata all'attività lavorativa della vittima assume natura di danno emergente con riguardo al periodo intercorrente tra la data del decesso e quella della liquidazione giudiziale, mentre si configura come danno futuro e, dunque, come lucro cessante, con riguardo al periodo successivo alla liquidazione medesima; ne consegue che, ai fini della liquidazione, il giudice del merito può utilizzare il criterio di capitalizzazione di cui al r.d. n. 1403 del 1922 soltanto in ordine al danno successivo alla decisione, avuto riguardo al presumibile periodo di protrazione della capacità della vittima di produrre il reddito di cui trattasi, mentre, con riguardo al pregiudizio verificatosi sino al momento della decisione, deve operarsi il cumulo di rivalutazione ed interessi compensativi.

Di particolare interesse sono, inoltre, le pronunce che hanno affrontato la questione della prova del danno patrimoniale futuro.

**Sez. 6-3, n. 12572/2018, F.M. Cirillo, Rv. 648918-01**, ha ribadito che il danno patrimoniale futuro conseguente alla lesione della salute è risarcibile solo ove appaia probabile, alla stregua di una valutazione prognostica, che la vittima percepirà un reddito inferiore a quello che avrebbe altrimenti conseguito in assenza dell'infortunio. La pronuncia ha, altresì, rimarcato la distinzione, ferma nella precedente giurisprudenza di legittimità, tra il danno reddituale e il pregiudizio da lesione della "cenestesi lavorativa", che consiste nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della persona offesa e si risolve in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo e va liquidato onnicomprensivamente come danno alla salute, potendo il giudice, che abbia adottato per la liquidazione il criterio equitativo del valore differenziato del punto di invalidità, anche ricorrere ad un appesantimento del valore monetario di ciascun punto.

Sulla stessa linea, **Sez. 3, n. 15737/2018, Frasca, Rv. 649412-01**, ha precisato che il danno patrimoniale futuro, derivante da lesioni personali, va valutato su base prognostica ed il danneggiato può avvalersi anche di presunzioni semplici, sicché, provata la riduzione della capacità di lavoro specifica, se essa non rientra tra i postumi permanenti di piccola entità, è possibile presumere, salvo prova

contraria, che anche la capacità di guadagno risulti ridotta nella sua proiezione futura – non necessariamente in modo proporzionale – qualora la vittima già svolga un’attività lavorativa. Tale presunzione, peraltro, copre solo l’“*an*” dell’esistenza del danno, mentre, ai fini della sua quantificazione, è onere del danneggiato dimostrare la contrazione dei suoi redditi dopo il sinistro, non potendo il giudice, in mancanza, esercitare il potere di cui all’art. 1226 c.c., perché esso riguarda solo la liquidazione del danno che non possa essere provato nel suo preciso ammontare, situazione che, di norma, non ricorre quando la vittima continui a lavorare e produrre reddito e, dunque, può dimostrare di quanto quest’ultimo sia diminuito.

Ancora, a proposito della prova del danno da riduzione della capacità di guadagno, **Sez. 3, n. 11750/2018, Ambrosi, Rv. 648704-01**, con riferimento alla specifica ipotesi di danno da riduzione della capacità di guadagno subito da un minore in età scolare, in conseguenza della lesione dell’integrità psico-fisica, ha chiarito che tale pregiudizio può essere valutato attraverso il ricorso alla prova presuntiva allorché possa ritenersi ragionevolmente probabile che in futuro il danneggiato percepirà un reddito inferiore a quello che avrebbe altrimenti conseguito in assenza dell’evento lesivo, tenendo conto delle condizioni economico-sociali del danneggiato e della sua famiglia e di ogni altra circostanza del caso concreto. Ne consegue che ove l’elevata percentuale di invalidità permanente renda altamente probabile, se non certa, la menomazione della capacità lavorativa specifica ed il danno ad essa conseguente, il giudice può accertare in via presuntiva la perdita patrimoniale occorsa alla vittima e procedere alla sua valutazione in via equitativa, pur in assenza di concreti riscontri dai quali desumere i suddetti elementi.

Per quanto concerne i criteri di liquidazione del danno da perdita della capacità di produrre reddito, **Sez. 3, n. 25370/2018, Guizzi, Rv. 651331-01**, ha chiarito che la liquidazione del danno patrimoniale da incapacità lavorativa, patito in conseguenza di un sinistro stradale da un soggetto percettore di reddito da lavoro, deve avvenire ponendo a base del calcolo il reddito effettivamente perduto dalla vittima, e non il triplo della pensione sociale (oggi, assegno sociale). Il ricorso a tale ultimo criterio, ai sensi dell’art. 137 cod. ass., può essere consentito solo quando il giudice di merito accerti, con valutazione di fatto non sindacabile in sede di legittimità, che la vittima al momento dell’infortunio godeva sì un reddito, ma questo era talmente modesto o sporadico da rendere la vittima sostanzialmente equiparabile ad un disoccupato.

Con riferimento al danno da mancato guadagno derivante al congiunto dalla perdita della fonte di reddito collegata all'attività lavorativa della vittima, **Sez. 3, n. 29830/2018, Scarano, Rv.651845-01** ha, invece, affermato che tale pregiudizio, da valutarsi con criteri probabilistici, in via presuntiva e con equo apprezzamento del caso concreto, va liquidato in via necessariamente equitativa.

Ancora, in tema di liquidazione del danno da perdita della capacità lavorativa e di guadagno, **Sez. 3, 09048/2018, Rossetti, Rv. 648487-01**, ha stabilito che tale pregiudizio deve essere liquidato sommando e rivalutando i redditi già perduti dalla vittima tra il momento del fatto illecito e quello della liquidazione, nonché attraverso il metodo della capitalizzazione e, cioè, moltiplicando i redditi futuri perduti per un adeguato coefficiente di capitalizzazione corrispondente all'età della vittima al tempo della liquidazione. Se il danno è patito da persona che al momento del fatto non era in età da lavoro, la liquidazione deve avvenire sommando e rivalutando i redditi figurativi perduti dalla vittima tra il momento in cui ha raggiunto l'età lavorativa e quello della liquidazione e capitalizzando i redditi futuri in base al predetto coefficiente di capitalizzazione. Qualora la liquidazione avvenga prima del raggiungimento dell'età lavorativa, la capitalizzazione deve essere operata in base ad un coefficiente corrispondente all'età della vittima al momento del presumibile ingresso nel mondo del lavoro oppure in base ad un coefficiente corrispondente all'età del danneggiato al tempo della liquidazione, ma in questo caso previo abbattimento del risultato applicando il coefficiente di minorazione per anticipata capitalizzazione.

## **8. Il danno non patrimoniale.**

### **8.1. Nozione e caratteri del danno non patrimoniale.**

Nel corso dell'annualità in rassegna il costante processo di ridefinizione giurisprudenziale dello statuto del danno non patrimoniale delineato dai noti arresti delle Sezioni Unite del 2008 (n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01; n. 26973/2008, Preden, non massimata; n. 26974/2008, Preden, non massimata; n. 26975/2008, Preden, non massimata) ha ricevuto ulteriori significativi apporti.

La S.C. ha mostrato di prestare sempre più consapevole adesione all'orientamento interpretativo che è venuto delineandosi negli ultimi anni (per il quale si veda già Sez. 3, n. 18641/2011, Travaglino, Rv. 619531-01), sulla base di un approccio ermeneutico



non del tutto coincidente con quello adottato dalle pronunce nomofilattiche del 2008, secondo le quali il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici, con la conseguenza che è inammissibile, perché costituisce una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, il quale costituisce necessariamente una componente del primo, come pure la liquidazione del danno biologico separatamente da quello c.d. estetico, da quello alla vita di relazione e da quello cosiddetto esistenziale.

Nel 2018 la Corte ha provveduto a una parziale ridefinizione di tale assetto, nel senso di ritenere che la reale essenza del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente tutelati sia, in realtà, duplice, manifestandosi tanto come sofferenza interiore, quanto come modificazione peggiorativa della vita quotidiana, e in tal modo dando luogo a pregiudizi diversi e, quindi, autonomamente risarcibili, ove allegati e provati.

Con particolare riguardo al danno alla salute, enfatizzando la specificità dei rispettivi tratti fenomenologici, la giurisprudenza della Terza Sezione ha inteso differenziare, dal punto di vista "ontologico", il danno biologico tradizionalmente inteso (ricalcato sulla definizione di cui agli artt. 138 e 139 del d. lgs. n. 209/2005) dal "danno morale", corrispondente alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute. Il "danno morale", dunque, non si atteggia più quale mera componente del danno alla salute (liquidabile mediante "personalizzazione" in aumento dei valori "tabellari"), ma integra una voce di pregiudizio concettualmente autonoma, che, come tale, merita una liquidazione differenziata. In tal modo, viene marcata la differenza tra "danno morale" e danno "dinamico-relazionale" o "esistenziale", di modo che, se la liquidazione di quest'ultimo in aggiunta al danno biologico integra duplicazione risarcitoria (proprio perché verrebbero considerate due volte le conseguenze pregiudizievoli afferenti agli aspetti dinamico-relazionali della persona), tale duplicazione non si ha laddove si attribuisca al danneggiato, oltre al danno biologico, una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi non aventi fondamento medico-legale (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione).

Nell'anno in rassegna, la nuova impostazione ha trovato la sua consacrazione, anzitutto, in **Sez. 3, n. 00901/2018, Travaglio, Rv. 647125-01-02-03-04**, che si distingue per l'organicità e per il rigore sistematico con cui vengono sviluppati i passaggi argomentativi che supportano la nuova impostazione.

La pronuncia prende le mosse dai concetti di unitarietà e di onnicomprensività del danno alla persona delineati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01, ribadendo, sulla scorta dei relativi insegnamenti, che, per natura unitaria del danno non patrimoniale deve intendersi l'unitarietà dell'accertamento e della liquidazione di tale pregiudizio rispetto a qualsiasi interesse costituzionalmente rilevante non suscettibile di valutazione economica e che la nozione di onnicomprensività indica l'esigenza di tenere conto di tutte le conseguenze derivate dall'evento di danno, nessuna esclusa, fermo il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici e di non oltrepassare una soglia minima di apprezzabilità. Sulla scorta di tali considerazioni, la sentenza in esame ha ribadito la necessità che l'accertamento e la liquidazione del danno non patrimoniale tengano conto della reale fenomenologia del danno alla persona e dell'assunto per il quale oggetto della valutazione giudiziale è, in questo caso, la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto. Ha, quindi, proposto una rilettura delle pronunce delle Sezioni Unite del 2008 condotta attraverso un'ermeneutica di tipo induttivo che, dopo avere identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, consenta al giudice del merito una rigorosa analisi e valutazione tanto dell'aspetto interiore del danno (la sofferenza morale in tutte le sue manifestazioni), quanto del suo impatto modificativo in *pejus* sulla vita quotidiana (danno esistenziale, o danno alla vita di relazione da intendersi quale danno dinamico-relazionale). E', infatti, dalla fenomenologia del danno non patrimoniale che si coglie, secondo la Terza Sezione, la sua vera duplice essenza di sofferenza interiore e di modificazione peggiorativa delle dinamiche relazionali. E tali danni sono diversi e, quindi, autonomamente risarcibili se allegati e provati.

In linea con tali indicazioni interpretative, ulteriori importanti puntualizzazioni sull'ontologia del danno non patrimoniale sono state svolte da **Sez. 3, n. 07513/2018, Rossetti, Rv. 648303-01**, secondo la quale, con particolare riferimento al danno non patrimoniale da lesione della salute, se, per un verso, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del "danno biologico" e del "danno dinamico-relazionale", atteso che con

quest'ultimo si individuano pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale), per altro verso, non costituisce duplicazione la congiunta attribuzione del “danno biologico” e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado di percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione). Ne deriva che, ove sia dedotta e provata l'esistenza di uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione (come è confermato dal testo degli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209 del 2005 così come modificati dalla legge n. 124 del 2017 nella parte in cui sotto l'unitaria definizione di danno non patrimoniale distinguono il danno dinamico-relazionale causato dalle lesioni da quello morale). Di conseguenza, ha precisato la pronuncia in esame, il danno non patrimoniale non derivante da una lesione della salute, ma conseguente al “vulnus” di altri interessi costituzionalmente tutelati, va liquidato, non diversamente che nel caso di danno biologico, tenendo conto tanto dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con sé stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, id est il danno morale interiore), quanto di quelli relativi alla dimensione dinamico-relazionale della vita del soggetto leso, in ogni caso senza automatismi risarcitori e dopo accurata e approfondita istruttoria.

L'indirizzo in questione ha ottenuto ulteriore conferma da **Sez. 3, n. 23469/2018, Scoditti, Rv. 650858-01**, secondo cui la natura unitaria ed omnicomprensiva del danno non patrimoniale deve essere interpretata nel senso che esso può riferirsi a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto non suscettibile di valutazione economica, con conseguente obbligo, per il giudice di merito, di tenere conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze “in peius” derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, e con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici. Ne consegue che, a fini liquidatori, si deve procedere ad una compiuta istruttoria finalizzata all'accertamento concreto e non astratto del danno, dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, valutando distintamente, in sede di quantificazione del danno non patrimoniale alla salute, le conseguenze subite dal

danneggiato nella sua sfera interiore (c.d. danno morale, “sub specie” del dolore, della vergogna, della disistima di sé, della paura, della disperazione) rispetto agli effetti incidenti sul piano dinamico-relazionale (che si dipanano nell’ambito delle relazioni di vita esterne), autonomamente risarcibili.

Nello stesso senso si sono, inoltre, espresse **Sez. 3, n. 27482/2018, Olivieri, Rv. 651338-01**, la quale ha ribadito la distinzione ontologica, nell’ambito del danno non patrimoniale da lesione della salute, tra il danno biologico, rappresentato dall’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, e il cd. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute; e **Sez. 3, n. 20795/2018, Porreca, Rv. 650413-01**, secondo cui, in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno esistenziale, mentre, come confermato dall’art. 138, comma 2, lettera e) del d.lgs. n. 209 del 2005, nel testo modificato dalla l. n. 124 del 2017, una differente ed autonoma valutazione deve essere compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto, posto che la fenomenologia del pregiudizio non patrimoniale comprende tanto l’aspetto interiore del danno sofferto (danno morale sub specie di dolore, vergogna, disistima di sé, paura, disperazione), quanto quello dinamico-relazionale, coincidente con la modificazione peggiorativa delle relazioni di vita esterne del soggetto. In senso conforme va, poi, richiamata **Sez. 3, n. 32944/2018, Dell’Utri, Rv.**

Merita, altresì, di essere menzionata **Sez. 3, n. 26727/2018, Graziosi, Rv. 650909-01**, che ha contribuito a delineare la morfologia di una peculiare specie di danno morale, il danno morale terminale. Secondo la Terza Sezione, in caso di morte cagionata da un illecito, nel periodo di tempo interposto tra la lesione e la morte ricorre il danno biologico terminale, cioè il danno biologico “*stricto sensu*” (ovvero danno al bene “salute”), al quale, nell’unitarietà del “*genus*” del danno non patrimoniale, può aggiungersi un danno morale peculiare improntato alla fattispecie (“danno morale terminale”), ovvero il danno da percezione, concretizzabile sia nella sofferenza fisica derivante dalle lesioni, sia nella sofferenza psicologica (agonia) derivante dall’avvertita imminenza dell’“*exitus*”, se nel tempo che si dispiega tra la lesione ed il decesso 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”.

Con specifico riguardo al danno alla salute, dando continuità alla precedente giurisprudenza, **Sez. 6-3, n. 12572/2018, F.M. Cirillo, Rv. 648918-01**, vi ha fatto rientrare il pregiudizio da lesione della c.d. cenestesi lavorativa, definito come “compromissione biologica dell’essenza dell’individuo” e consistente nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nella svolgimento dell’attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito del danneggiato.

In diverse pronunce è stata, invece, marcata la distinzione tra il danno biologico e il danno da lesione del diritto di autodeterminazione del paziente, causato dalla violazione, da parte del sanitario, dell’obbligo di acquisire il consenso informato all’intervento (o ad altra prestazione medica). In argomento, si segnalano **Sez. 3, n. 11749/2018, Spaziani, Rv. 648644-01**; **Sez. 3, n. 17022/2018, D’Arrigo, Rv. 649442-01**; **Sez. 3, n. 19199/2018, Olivieri, Rv. 649949-01**; **Sez. 3, n. 02369/2018, Gianniti, Rv. 647593-01**; **Sez. 3, n. 02070/2018, Di Florio, Rv. 647589-01**, per la cui analitica illustrazione si veda il paragrafo 8.3.

Va, infine, data evidenza alle pronunce che nell’anno in rassegna hanno riaffermato il necessario collegamento tra la risarcibilità del danno non patrimoniale e la lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto – non configurabile secondo **Sez. 3, n. 13370/2018, Pellicchia, Rv. 649033-01** in relazione all’esigenza di conservare memoria di un evento di particolare importanza come il giorno delle nozze – o, comunque, con una previsione di legge espressa, come nel caso di danno da “vacanza rovinata”, in relazione al quale **Sez. 3, n. 17724/2018, Di Florio, Rv. 650180-02** ha chiarito che in tale fattispecie 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.

## 8.2. La prova del danno non patrimoniale.

Secondo l’orientamento attualmente prevalente della giurisprudenza di legittimità il danno-conseguenza, quale elemento costitutivo dell’illecito aquiliano e della responsabilità per inadempimento, necessita sempre di specifica allegazione e di prova,

non potendo il pregiudizio risarcibile essere identificato con l'evento dannoso. La nozione di danno "in re ipsa" configura, invero, un danno punitivo, ponendosi, così, in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite (Sez. U., n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01), 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. 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..

Come già accennato nel par. 7.3., occorre, tuttavia, rilevare che in materia di danno patrimoniale nel corso del 2018 si sono registrate alcune pronunce che hanno dato continuità all'indirizzo interpretativo minoritario che, discostandosi dai principi affermati dalle più volte richiamate pronunce nomofilattiche del 2008, con specifico riferimento al danno patrimoniale conseguente alla lesione dei diritti reali, ha continuato a sostenerne la natura "*in re ipsa*" (si vedano le citate **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**).

In materia di danno non patrimoniale anche nell'annualità in rassegna, si è, invece, registrata un'uniforme tendenza dei giudici di legittimità ad attestarsi sul convincimento per il quale il danno-conseguenza non può ritenersi coincidente con il danno evento e, pertanto, esige specifica allegazione e dimostrazione.

La cospicua produzione sul tema – proveniente in via preponderante dalla Terza Sezione, ma in parte anche dalla Prima, dalla Seconda e dalla Quarta Sezione – ha arricchito significativamente la casistica in materia, offrendo importanti puntualizzazioni con specifico riguardo all'impiego della prova presuntiva e delle massime di esperienza.

Di particolare interesse sono le indicazioni ritraibili da **Sez. 3, n. 00907/2018, Ambrosi, Rv. 647127-03**, la quale, valorizzando l'insegnamento della citata sentenza delle Sezioni Unite n. 26972/2008, ha affermato che il danno non patrimoniale da uccisione di un congiunto, quale tipico danno-conseguenza, non coincide con la lesione dell'interesse, ovvero non è "*in re ipsa*" e, pertanto, deve essere allegato e provato da chi chiede il relativo risarcimento, anche se, trattandosi di un pregiudizio proiettato nel futuro, è consentito il ricorso a valutazioni prognostiche ed a presunzioni sulla base di elementi obiettivi che è onere del

danneggiato fornire, mentre la sua liquidazione avviene in base a valutazione equitativa che tenga conto dell'intensità del vincolo familiare della situazione di convivenza e di ogni ulteriore circostanza utile, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti ed ogni altra circostanza allegata.

Ancora, **Sez. 3, n. 03767/2018, Rossetti, Rv. 648035-02**, ha chiarito che, in linea generale, spetta alla vittima di un fatto illecito dimostrare i fatti costitutivi della sua pretesa e, di conseguenza, l'esistenza del danno, ma tale prova può essere fornita anche attraverso presunzioni semplici, ovvero invocando massime di esperienza e l'*"id quod plerumque accidit"*. In particolare, nel caso di morte di un prossimo congiunto (coniuge, genitore, figlio, fratello), l'esistenza stessa del rapporto di parentela deve far presumere, secondo l'*"id quod plerumque accidit"*, la sofferenza del familiare superstite, giacché tale conseguenza è per comune esperienza di norma connaturale all'essere umano. La pronuncia in esame ha, tuttavia, precisato che si tratta di una *"praesumptio hominis"*, con la conseguente possibilità per il convenuto di dedurre e provare l'esistenza di circostanze concrete dimostrative dell'assenza di un legame affettivo tra la vittima ed il superstite.

Merita, inoltre, di essere menzionata **Sez. 1, n. 13992/2018, De Marzo, Rv. 649164-01**, secondo la quale nell'ambito di un giudizio promosso per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente al fatto che nei pressi dell'azienda e dell'abitazione degli attori era stata collocata una discarica, ha ribadito la necessità per il danneggiato di allegare specificamente e di dimostrare nella loro specificità le singole voci di danno richieste.

Inoltre, secondo **Sez. 3, n. 11269/2018, Olivieri, Rv. 648606-01**, la lesione di un diritto inviolabile non determina, neanche quando il fatto illecito integri gli estremi di un reato, la sussistenza di un danno non patrimoniale *"in re ipsa"*, essendo comunque necessario che la vittima abbia effettivamente patito un pregiudizio, il quale va allegato e provato, anche attraverso presunzioni semplici.

Occorre, poi, considerare **Sez. 3, n. 02056/2018, Scarano, Rv. 647905-01**, che ha chiarito che il danno non patrimoniale, con particolare riferimento a quello cd. esistenziale, asseritamente provocato dall'illegittima approvazione da parte di un Comune della graduatoria per la copertura di un posto di medico di base, non può essere considerato *"in re ipsa"*, ma deve essere provato secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c., dovendo consistere nel radicale cambiamento di vita, nell'alterazione della personalità e nello

sconvolgimento dell'esistenza del soggetto. Ne consegue che la relativa allegazione deve essere circostanziata e riferirsi a fatti specifici e precisi non potendo risolversi in mere enunciazioni di carattere generico, astratto, eventuale ed ipotetico.

In termini analoghi si sono espresse **Sez. 3, n. 07594/2018, Scarano, Rv. 648443-01**, secondo cui in tema di responsabilità civile, il danno all'immagine ed alla reputazione (nella specie, "per illegittima segnalazione alla Centrale Rischio"), in quanto costituente "danno conseguenza", non può ritenersi sussistente "*in re ipsa*", dovendo essere allegato e provato da chi ne domanda il risarcimento; **Sez. 3, n. 11749/2018, Spaziani, Rv. 648644-01**, secondo cui dalla lesione del diritto fondamentale all'autodeterminazione determinata dalla violazione, da parte del sanitario, dell'obbligo di acquisire il consenso informato deriva, secondo il principio dell'"*id quod plerumque accidit*" un danno-conseguenza autonomamente risarcibile – costituito dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di sé stesso psichicamente e fisicamente – che non necessita di una specifica prova, salva la possibilità di contestazione della controparte e di allegazione e prova, da parte del paziente, di fatti a sé ancora più favorevoli di cui intenda giovare a fini risarcitori; e **Sez. 2., n. 28742/2018, Bellini, Rv. 651525-01**, secondo cui il danno non patrimoniale, con particolare riferimento a quello cd. esistenziale, non può essere considerato "*in re ipsa*", ma deve essere provato secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c., dovendo consistere nel radicale cambiamento di vita, nell'alterazione della personalità e nello sconvolgimento dell'esistenza del soggetto. Ne consegue che la relativa allegazione deve essere circostanziata e riferirsi a fatti specifici e precisi, non potendo risolversi in mere enunciazioni di carattere generico, astratto, eventuale ed ipotetico.

Di sicuro interesse sono **Sez. 3, 11269/2018, Olivieri, Rv. 648606-01**, che ha ribadito il principio, già affermato dalla giurisprudenza precedente, secondo cui la lesione di un diritto inviolabile non determina, neanche quando il fatto illecito integri gli estremi di un reato, la sussistenza di un danno non patrimoniale "*in re ipsa*", essendo comunque necessario che la vittima abbia effettivamente patito un pregiudizio, il quale va allegato e provato anche attraverso presunzioni semplici; e **Sez. 3, n. 20885/2018, Rubino, Rv. 650433-01**, secondo la quale in tema di responsabilità professionale del medico, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori – anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del



diritto all'informazione – a condizione che sia allegata e provata, da parte dell'attore, l'esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato, sempre che essi superino la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e non siano futili, ovvero consistenti in meri disagi o fastidi.

In termini analoghi **Sez. 3, n. 32944/2018, Scrima, in corso di massimazione**, ha stabilito che il danno non patrimoniale della pubblica amministrazione (nella specie dell'Amministrazione della giustizia), pur non potendosi ritenere “*in re ipsa*”, è configurabile “*ex se*” allorché sia riscontrato un fatto comportante l'asservimento della pubblica funzione ad interessi privatistici, per gli evidenti riflessi negativi sul prestigio della p.a. e sulla fiducia verso di essa dei cittadini.

In materia lavoristica, va data evidenza a **Sez. L., n. 25743/2018, Cinque, Rv. 651145-01**, secondo la quale il danno derivante da demansionamento e dequalificazione professionale (per la cui trattazione analitica si rinvia al cap. XVII) non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale, ma può essere provato dal lavoratore anche 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 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.

Merita, infine, di essere considerata **Sez. 1, n. 06919/2018, Valitutti, Rv. 647763-02** che, con riferimento alla scriminante dell'esercizio del diritto di critica, ha chiarito che la satira costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, sicché, diversamente dalla cronaca, è sottratta all'obbligo di riferire fatti veri, in quanto esprime mediante il paradosso e la metafora surreale un giudizio ironico su di un fatto, pur soggetta al limite della contenenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito. Conseguentemente, nella formulazione del giudizio critico, possono essere utilizzate espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato.

### 8.2.1. Il danno da perdita di “chance” a carattere non patrimoniale

Nell’anno in rassegna l’elaborazione della giurisprudenza di legittimità ha offerto significativi contributi alla definizione del risalente dibattito sulla natura giuridica, la morfologia e la collocazione sistematica del danno da perdita di “chance”, soprattutto attraverso le due pronunce già prima citate, **Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-01-02-03** e **Sez. 3, n. 06688/2018, Graziosi, Rv. 648486-01**, che si distinguono, oltre che per l’ampiezza dell’iter motivazionale, per l’originalità delle soluzioni interpretative proposte (sul tema si fa comunque rinvio all’apposito “focus”).

Al fine di enucleare i tratti connotanti della chance non patrimoniale, con la prima delle suddette pronunce la Terza Sezione ha, innanzitutto, evidenziato l’insufficienza del c.d. “modello patrimonialistico”, che storicamente ha costituito il riferimento teorico dell’evoluzione giurisprudenziale in tema di perdita di chance in quanto esso mal si concilia con la perdita della possibilità di conseguire un risultato migliore sul piano non patrimoniale. La “chance” patrimoniale presenta, infatti, i connotati dell’interesse pretensivo così come costruito dalla dottrina amministrativa e, quindi, postula la preesistenza di un “*quid*” su cui sia andata ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante, impedendone la possibile evoluzione migliorativa. La “chance non pretensiva”, invece, pur essendo anch’essa rappresentata, sul piano funzionale, dalla possibilità di conseguire un risultato migliorativo della situazione preesistente (segnatamente nel sistema della responsabilità sanitaria), è morfologicamente diversa dalla prima, in quanto si innesta su una preesistente situazione sfavorevole (cioè patologica), rispetto alla quale non può in alcun modo rinvenirsi un “*quid*” inteso come preesistenza positiva.

Ne consegue, secondo la pronuncia in esame, che, in sede risarcitoria, il giudice di merito deve inevitabilmente tener conto di tale diversità, sia pure sul piano strettamente equitativo, ai fini della liquidazione del danno.

In particolare, in caso di perdita di una “chance” a carattere non patrimoniale, il risarcimento non potrà essere proporzionale al “risultato perduto” (consistente, nel caso deciso dalla S.C., nelle maggiori *chances* di sopravvivenza di un paziente al quale non era stata diagnosticata tempestivamente una patologia tumorale con esiti certamente mortali), ma andrà commisurato, in via equitativa, alla

“possibilità perduta” di realizzarlo (intesa quale evento di danno rappresentato in via diretta ed immediata dalla minore durata della vita e/o dalla peggiore qualità della stessa). Tale possibilità, per integrare gli estremi del danno risarcibile, deve necessariamente attingere ai parametri dell’apprezzabilità, serietà e consistenza, rispetto ai quali il valore statistico-percentuale, ove in concreto accertabile, può costituire solo un criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto.

Ulteriori riflessioni sul tema possono essere tratte da **Sez. 3, n. 06688/2018, Graziosi, Rv. 648486-01**, la quale, in materia di responsabilità sanitaria, ha tracciato una distinzione tra il danno da perdita di “*chance*” di guarigione o sopravvivenza e il danno risentito dal malato terminale in conseguenza dell’incompleta informazione da parte del sanitario e consistente in un pregiudizio alla qualità della vita nel tempo conclusivo dell’esistenza.

Sul sanitario che esegua un esame diagnostico grava l’obbligo di informare il paziente, in forma completa e con modalità congrue al livello di conoscenze scientifiche dello stesso, sugli esiti dell’accertamento, sul grado di rischio delle patologie riscontrate e sulla necessità ed urgenza di ulteriori approfondimenti diagnostici, dal cui inadempimento può conseguire in capo al paziente un danno da perdita di “*chance*” di guarigione o di sopravvivenza. Questo danno, sottolinea la Terza Sezione, presuppone che il paziente, benché malato grave o anche gravissimo, abbia, tuttavia, ancora dinanzi – ove la condotta medica fosse corretta – la possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione o una sopravvivenza di entità consistente, misurabile in termini di anni (cd. lungo-sopravvivenza), e si distingue dal diverso pregiudizio alla qualità della vita nel tempo conclusivo dell’esistenza, il quale presuppone, invece, che il paziente versi nella condizione di malato terminale, la cui sopravvivenza – sempre nell’ipotesi di condotta medica corretta – sia circoscritta ad un tempo limitato, misurabile in termini di poche settimane o di pochi mesi.

Tale ultimo pregiudizio non è riconducibile al danno da perdita di “*chance*” in quanto non attiene al mancato conseguimento di qualcosa che il soggetto non ha mai avuto sotto il profilo della mera possibilità di ottenerlo, ma concerne la lesione del diritto relativo a beni che il soggetto già aveva, ovvero il diritto alle cure palliative per mantenere il fisico in uno stato sensorialmente tollerabile, il diritto all’esercizio delle proprie capacità psicofisiche e alla conseguente gestione libera e consapevole di sé stesso e di cui la condotta medica lo ha privato.

Va data, infine, evidenza a **Sez. 3, n. 03691/2018, Sestini, Rv. 647601-01**, che ha chiarito che, in tema di danno alla persona, la perdita di “*chance*”, ovvero di una concreta possibilità di conseguire un determinato bene della vita, integrante la lesione di un’entità patrimoniale attuale suscettibile di autonoma valutazione economica, non può coesistere con il danno alla salute (e con il correlato danno morale), il quale presuppone l’accertamento che l’illecito si sia concretizzato in una menomazione dell’integrità psicofisica, e che, di conseguenza, l’inadempimento del sanitario abbia non soltanto privato il paziente di una possibilità di cura ma concretamente inciso sullo stato di salute.

### **8.3. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all’autodeterminazione.**

Le pronunce del 2018 in tema di consenso informato e di danno da nascita indesiderata hanno offerto importanti indicazioni ai fini dell’individuazione e dell’inquadramento dei pregiudizi conseguenti alla lesione del diritto all’autodeterminazione.

Sempre più avvertita è risultata l’esigenza dei giudici di legittimità di porre in risalto l’autonomia della prestazione oggetto dell’obbligo di informazione gravante sui medici rispetto alla prestazione sanitaria e, al contempo, il carattere plurioffensivo della violazione di detto obbligo.

L’inosservanza dell’obbligo di acquisizione del consenso informato determina, innanzitutto, la lesione del diritto fondamentale all’autodeterminazione ed eventualmente anche la lesione del diritto alla salute ove l’intervento sanitario, non preceduto da un’adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, sia stato correttamente eseguito in base alle regole dell’arte, ma da esso siano, tuttavia, derivate conseguenze dannose per la salute.

L’autonomia della violazione del diritto all’autodeterminazione rispetto alla lesione del diritto alla salute è stata ben evidenziata da **Sez. 3, n. 17022/2018, D’Arrigo, Rv. 649442-01**, secondo la quale l’omessa acquisizione del consenso informato preventivo al trattamento sanitario – fuori dai casi in cui lo stesso debba essere praticato in via d’urgenza e il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà – determina la lesione in sé della libera determinazione del paziente, quale valore costituzionalmente protetto dagli artt. 32 e 13 Cost., quest’ultimo ricomprendente la libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio corpo, a

prescindere quindi dalla presenza di conseguenze negative sul piano della salute, e dà luogo ad un danno non patrimoniale autonomamente risarcibile, ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

Nella medesima prospettiva, **Sez. 3, n. 20885/2018, Rubino, Rv. 650433-01** ha chiarito che in tema di responsabilità professionale del medico, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori – anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione – a condizione che sia allegata e provata, da parte dell'attore, l'esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato, sempre che essi superino la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e non siano futili, ovvero consistenti in meri disagi o fastidi.

Un ulteriore contributo alla ricognizione dei tratti connotanti la morfologia del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione è stato offerto da **Sez. 3, n. 11749/2018, Spaziani, Rv. 648644-01**, la quale, sulla scorta delle indicazioni offerte da Sez. 3, n. 16503/2017, De Stefano, Rv. 644956-01, ha chiarito che nel caso di lesione del diritto all'autodeterminazione in sé considerato il danno-evento è rappresentato dalla stessa esecuzione, da parte del medico, dell'intervento sulla persona del paziente senza la previa acquisizione del consenso e il danno-conseguenza è rappresentato: a) dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal paziente in ragione dello svolgimento sulla sua persona di interventi non assentiti; b) eventualmente, dalla diminuzione che lo stato del paziente subisce a livello fisico per effetto dell'attività demolitoria, che abbia eliminato, sebbene ai fini terapeutici, parti del corpo o la funzionalità di esse: poiché tale diminuzione si sarebbe potuta verificare solo se assentita sulla base dell'informazione dovuta, ma si è verificata in mancanza di essa, si tratta di conseguenza oggettivamente dannosa, che si deve apprezzare come danno-conseguenza indipendentemente dalla sua utilità rispetto al bene della salute del paziente, che è bene diverso dal diritto di autodeterminarsi rispetto alla propria persona; c) eventualmente, dalle “perdite” relative ad aspetti della salute, con riferimento alla possibilità che, se il consenso fosse stato richiesto, il paziente avrebbe potuto determinarsi a rivolgersi ad altra struttura e ad altro medico, qualora si riveli che sarebbe stata possibile in

relazione alla patologia l'esecuzione di altro intervento meno demolitorio o determinativo di minore sofferenza.

La pronuncia da ultimo richiamata ha, inoltre, precisato che la mancata informazione comporta la perdita, in capo al paziente, della possibilità di esercitare una serie di scelte tra cui quella di non sottoporsi al trattamento sanitario o quella di non sottoporvisi immediatamente o, ancora, quella di indirizzarsi altrove per la sua esecuzione. E la perdita della possibilità di esercitare tutte queste opzioni non solo concreta una privazione della libertà del paziente di autodeterminarsi circa la sua persona fisica, ma determina anche una sofferenza psichica, nella misura in cui preclude al paziente di beneficiare dell'apporto positivo che la loro fruizione avrebbe avuto sul grado di predisposizione psichica a subire l'intervento e le sue conseguenze.

Nell'anno in rassegna i giudici di legittimità hanno, inoltre, sviluppato la riflessione sul nesso causale tra la lesione del diritto all'autodeterminazione e il danno conseguenza rappresentato dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di sé stessi. La questione è stata analiticamente scrutinata da **Sez. 3, n. 19199/2018, Olivieri, Rv. 649949-01** e **Sez. 3, n. 2369/2018, Gianniti, Rv. 647593-01**, le quali hanno chiarito la diversa rilevanza causale dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente a seconda che quest'ultimo deduca la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute. Nel primo caso l'omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia "ex se" una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario. Nel secondo l'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende, invece, dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova – che, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., grava sul danneggiato – del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso.

Per quanto riguarda la prova del nesso causale, la più volte richiamata **Sez. 3, n. 11749/2018, Spaziani, Rv. 648644-01** ha affermato che dalla violazione dell'obbligo di acquisire il consenso informato deriva secondo l'"*id quod plerumque accidit*" un danno-conseguenza autonomamente risarcibile che non necessita di specifica prova, salva la possibilità di contestazione della controparte

e di allegazione e prova, da parte del paziente, di fatti a sé ancora più favorevoli di cui giovare a fini risarcitori.

Occorre, a riguardo, segnalare anche **Sez. 3, n. 20884/2018, Rubino, Rv. 650433-01**, che ha chiarito che in tema di responsabilità professionale del medico, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori – anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione – a condizione che sia allegata e provata, da parte dell'attore, l'esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato, sempre che essi superino la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e non siano futili, ovvero consistenti in meri disagi o fastidi.

L'autonomia delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla violazione del diritto all'autodeterminazione in sé è stata, infine, sottolineata da **Sez. 3, n. 02070/2018, Di Florio, Rv. 647589-01**, che, sia pure in relazione alla diversa fattispecie dell'erronea esecuzione dell'intervento di interruzione della gravidanza che abbia dato luogo ad una nascita indesiderata, ha affermato che, in virtù dell'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 1 e 4 della l. n. 194 del 22/5/1978, deve essere riconosciuto non soltanto il danno alla salute psico-fisica della donna, ma anche quello sofferto da entrambi i genitori per la lesione della loro libertà di autodeterminazione, da riconoscersi in relazione alle negative ricadute esistenziali derivanti dalla violazione del diritto a non dar seguito alla gestazione nell'ambito dei tempi e delle modalità stabilite dalla legge e prescindendo totalmente dalle condizioni di salute del nato.

Ancora, in tema di responsabilità del medico per erronea diagnosi concernente il feto e conseguente nascita indesiderata, **Sez. 3, n. 02675/2018, Di Florio, Rv. 647937-01** ha stabilito che il risarcimento dei danni, che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della struttura sanitaria all'obbligazione di natura contrattuale gravante sulla stessa, spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sulla procreazione cosciente e responsabile, considerando che, agli effetti negativi della condotta del medico ed alla responsabilità della struttura ove egli opera non può ritenersi estraneo il padre che deve, perciò, considerarsi tra i soggetti "protetti" e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta è qualificabile come inadempimento, con il correlato diritto

al risarcimento dei conseguenti danni, immediati e diretti, fra cui deve ricomprendersi il pregiudizio patrimoniale derivante dai doveri di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli.

## 9. La liquidazione del danno non patrimoniale.

In tema di liquidazione del danno non patrimoniale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione nell'anno 2018 si è posta in sostanziale continuità rispetto a quella degli anni passati, con l'obiettivo di assicurare l'integrale riparazione del danno, mediante il contemperamento delle istanze di uniformità con le esigenze di "personalizzazione" del risarcimento, in relazione alle caratteristiche della fattispecie concreta. Per quel che riguarda il danno non patrimoniale da lesione del diritto alla salute, i principi generali che governano la liquidazione sono l'integralità e l'onnicomprendività del risarcimento; la necessità di evitare duplicazioni risarcitorie; la combinazione di un parametro base uniforme (tratto dalle Tabelle) con un elemento di flessibilità che consenta di adattare il primo alle specificità del caso concreto.

Al di fuori dei pregiudizi per i quali esiste un referente "tabellare" (oltre al danno biologico, anche il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale), la liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. si impernia sull'attenta valutazione del concreto pregiudizio patito dal danneggiato, per come da questi allegato e provato, sulla scorta di indici più o meno costanti, quali il tipo di offesa arrecata dal comportamento illecito del danneggiante e le condizioni oggettive della vittima, ma anche la gravità soggettiva dell'illecito (in funzione "*lato sensu*" punitiva o individual-deterrente).

**Sez. 3, n. 31537/2018, Rossetti, Rv. 651944-01**, ha affermato, al riguardo, che la liquidazione del danno non patrimoniale da lesione del diritto all'onore e alla reputazione deve essere compiuta dal giudice sulla base, non di valutazioni astratte, ma del concreto pregiudizio presumibilmente patito dalla vittima, per come da questa dedotto e provato (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo protesto di un assegno sulla base dell'astratta affermazione che tale illecito avrebbe potuto "verosimilmente" pregiudicare la stima e la reputazione di cui gli attori godevano, senza precisare quale fosse tale stima, in quali ambienti fosse goduta e se in essi si fosse propagata la notizia del protesto).

La necessità di esaminare tutte le circostanze di fatto acquisite al processo ha un immediato (e intuitivo) riflesso sugli oneri di



motivazione gravanti sul giudice, il quale dovrà dare conto degli elementi concretamente presi in considerazione e del peso riconosciuto a ciascuno di essi, in rapporto agli altri, nell'economia complessiva della fattispecie. Significativa, in argomento, la statuizione di **Sez. 3, n. 22272/2018, Spaziani, Rv. 650596-01**, secondo cui la liquidazione equitativa, anche nella sua forma cd. "pura", consiste in un giudizio di prudente temperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno nel caso concreto, sicché, pur nell'esercizio di un potere di carattere discrezionale, il giudice è chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento. Nel conseguire che, allorché non siano indicate le ragioni dell'operato apprezzamento e non siano richiamati gli specifici criteri utilizzati nella liquidazione, la sentenza incorre sia nel vizio di nullità per difetto di motivazione (indebitamente ridotta al disotto del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111, comma 6, Cost.) sia nel vizio di violazione dell'art. 1226 c.c. (nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva operato una drastica riduzione dell'importo dovuto ai danneggiati a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a reato di violenza sessuale sulla base del rilievo, puramente assertivo, secondo cui il maggiore importo liquidato dal primo giudice era "sproporzionato" rispetto ai fatti e la riduzione dello stesso appariva "conforme a giustizia"). Ancora, **Sez. 3, n. 16908/2018, Sestini, Rv. 649510-02**, ha affermato, con riferimento ad un caso di permanenza della pubblicazione su un sito internet di una notizia risalente nel tempo, che è censurabile in sede di legittimità l'esercizio del potere equitativo del giudice di merito ove questi si sia limitato a richiamare genericamente i criteri utilizzati nelle ipotesi di diffamazione, senza precisare in quali termini l'importo liquidato sia conforme ai criteri medesimi, anche alla luce delle peculiarità del caso concreto.

Di notevole interesse altre due pronunce, relative a fattispecie caratterizzate da elementi di "internazionalità". Secondo **Sez. 3, n. 20841/2018, Rossetti, Rv. 650424-03**, la domanda di risarcimento del danno scaturente da fatto illecito avvenuto all'estero, commesso nei confronti di cittadino italiano da parte di un cittadino di altro Stato, anche quando possa essere conosciuta dal giudice italiano secondo le regole sulla giurisdizione, è soggetta alla legge del luogo ove è avvenuto il fatto senza che, ove la legge straniera porti a negare

il risarcimento del danno non patrimoniale, ovvero a determinarlo in misura inferiore a quanto previsto dalla legge italiana, possa ritenersi violato il diritto dell'Unione europea o quello costituzionale; **Sez. 6-3, n. 03767/2018, Rossetti, Rv. 648035-01**, ha negato, invece, rilevanza, ai fini della liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, alla realtà socio-economica del Paese straniero nel quale la somma liquidata è presumibilmente destinata ad essere spesa, poiché tale elemento è estraneo al contenuto dell'illecito e, ove considerato, determinerebbe una irragionevole lesione del valore della persona umana (in applicazione dell'anzidetto principio, la S.C. ha ritenuto influente – ai fini della liquidazione del danno conseguente ad un sinistro stradale con esito mortale – la residenza in Romania dei soggetti danneggiati).

### **9.1 La liquidazione in via equitativa: casistica.**

Di particolare interesse, per l'anno 2018, si mostrano due pronunce della Corte di Cassazione in merito alla valutazione equitativa del danno da violazione del diritto alla ragionevole durata del processo (attualmente disciplinato dall'art. 2-bis della l. n. 89 del 2001). **Sez. 2, n. 28109/2018, Fortunato, Rv. 651180-02**, ha affermato che, in tale fattispecie, la valutazione equitativa dell'indennizzo a titolo di danno non patrimoniale è soggetta, in conseguenza dello specifico rinvio, contenuto nell'art. 2 della l. n. 89 del 2001, all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, al rispetto delle Convenzione medesima, nell'interpretazione giurisprudenziale resa dalla Corte di Strasburgo, ma il giudice nazionale è tenuto a liquidare solo il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole, non toccando tale diversità di calcolo la complessiva attitudine della citata l. n. 89 del 2001 ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo. **Sez. 2, n. 27352/2018, Orilia, Rv. 651023-01**, ha puntualizzato, da parte sua, che il giudice nazionale deve, in linea di principio, uniformarsi ai parametri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per i casi simili, salvo il potere di discostarsene, in misura ragionevole, qualora, avuto riguardo alle peculiarità della singola fattispecie, ravvisi elementi concreti di positiva smentita di detti criteri, dei quali deve dare conto. La parte che si dolga in sede di legittimità della inadeguatezza della liquidazione del danno non patrimoniale in termini di irragionevole divario rispetto ai criteri adottati dalla giurisprudenza della Corte europea ha, comunque, l'onere di allegare

sia i fatti ritenuti rilevanti per fondare la censura di malgoverno della valutazione equitativa da parte del giudice di merito sia i concreti elementi di analogia con i casi consimili in cui, in sede europea, sono stati applicati i parametri più favorevoli.

## 9.2. La liquidazione del danno biologico.

Le pronunce del 2018 in tema di liquidazione del danno biologico si incentrano prevalentemente sui presupposti per la personalizzazione del risarcimento, funzionale ad incrementare il valore-base corrispondente all'invalidità permanente riportata dalla vittima, espresso dalle tabelle volta a volta applicabili (quelle di legge per le c.d. micropermanenti derivanti da circolazione stradale o da responsabilità sanitaria; quelle elaborate dall'Osservatorio della giustizia civile di Milano per le micropermanenti derivanti da diverse fattispecie di responsabilità e per le macropermanenti, non essendo tuttora stati emanate le tabelle nazionali previste dall'art. 138 d. lgs. n. 209/2005). Ebbene, **Sez. 3, n. 23469/2018, Scoditti, Rv. 650858-02**, ha puntualizzato che la misura standard del risarcimento ricavabile dal criterio tabellare del c.d. punto variabile può essere aumentata, con riferimento alla componente dinamico-relazionale del danno, solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale, eccezionali e peculiari, che fuoriescono da quelle normali e indefettibili secondo l'“*id quod plerumque accidit*”. Il giudice, in altri termini, deve attenersi, in linea di massima, al valore-base del punto di invalidità (che, nella versione tabellare successiva al 2009, ricomprende anche la componente di pregiudizio relativa alla sofferenza interiore), potendo procedere alla personalizzazione del danno entro le percentuali massime di aumento previste nelle stesse tabelle, dando adeguatamente conto nella motivazione della sussistenza di peculiari ragioni di apprezzamento meritevoli di tradursi in una differente (più ricca, e dunque individualizzata) considerazione in termini monetari (in tal senso, **Sez. 3, n. 11754/2018, Vincenti, Rv. 648794-02**).

Sottolinea la natura eccezionale della personalizzazione anche **Sez. 6-3, n. 10912/2018, Rossetti, Rv. 649024-01**, ribadendo che, onde non incorrere in duplicazioni risarcitorie, soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali allegare dal danneggiato, che rendano il danno più grave rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in

sede di personalizzazione della liquidazione; la sentenza scolpisce in termini particolarmente efficaci tale regola, osservando come il grado di invalidità permanente indicato da un "*barème*" medico legale esprime in misura percentuale la sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione si presume riverberi sullo svolgimento delle attività comuni ad ogni persona; in particolare, le conseguenze possono distinguersi in due gruppi: quelle necessariamente comuni a tutte le persone che dovessero patire quel particolare grado di invalidità e quelle peculiari del caso concreto che abbiano reso il pregiudizio patito dalla vittima diverso e maggiore rispetto ai casi consimili. Tanto le prime quanto le seconde costituiscono forme di manifestazione del danno non patrimoniale aventi identica natura che vanno tutte considerate in ossequio al principio dell'integralità del risarcimento, senza, tuttavia, incorrere in duplicazioni computando lo stesso aspetto due o più volte sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni. Soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali allegate dal danneggiato, che rendano il danno più grave rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione (nella specie, la S.C. ha ritenuto non autonomamente risarcibile la perdita della capacità riproduttiva subita da una paziente erroneamente sottoposta ad isterectomia, in quanto pregiudizio necessariamente ricompreso nelle conseguenze di tale intervento chirurgico, evidenziando che la particolare sofferenza dedotta dalla vittima, quale conseguenza della menomazione subita, era stata correttamente valorizzata dal giudice di merito attraverso la personalizzazione del risarcimento). Negli stessi termini si sono espresse anche **Sez. 3, n. 27482/2018, Olivieri, Rv. 651338-01**; **Sez. 3, n. 23469/2018, Scoditti, Rv. 650858-02** (che ne fa discendere la conseguenza per cui costituisce duplicazione risarcitoria la distinta liquidazione del danno biologico e del c.d. danno esistenziale); e **Sez. 3, n. 30997/2018, Gorgoni, Rv. 651667-01**, relativamente ad una fattispecie di danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

Attraverso la "personalizzazione" del risarcimento del danno biologico, secondo **Sez. 6-3, n. 12572/2018, F.M. Cirillo, Rv. 648918-01**, può essere risarcito anche il c.d. danno da lesione della cenestesi lavorativa, consistente nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidente neanche sotto il profilo delle opportunità sul reddito della

persona offesa, il quale si risolve in una compromissione biologica dell'essenza dell'individuo.

S'è già fatto cenno (al par. 8.1.) al nuovo corso della giurisprudenza di legittimità del 2018, volto a sganciare la liquidazione del danno morale da quella del danno biologico-esistenziale. In coerenza con tale impostazione, la considerazione del profilo attinente alla sofferenza interiore della vittima non dovrebbe più rilevare, quindi, quale fattore di personalizzazione in aumento dei valori tabellari, come invece asserito nella giurisprudenza precedente (si veda, per esempio, Sez. 3, n. 21939/2017, Dell'Utri, Rv. 645503-01). Si profila come opportuno, quindi, per il futuro, un pronunciamento chiarificatore della Corte circa i criteri di riferimento (diversi dal generico richiamo alla valutazione equitativa ex art. 1226 c.c.) cui il giudice debba attenersi per la (distinta) liquidazione del danno morale, con particolare riguardo alla necessità, per i casi in cui il danno venga liquidato sulla base delle Tabelle di Milano, di "scorporare" preventivamente dai valori tabellari la quota idealmente imputabile alla sofferenza soggettiva usualmente corrispondente a lesioni di una data entità.

### **9.3 Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano.**

In continuità con l'orientamento ormai consolidato sin dal 2011, **Sez. 3, n. 11754/2018, Vincenti, Rv. 648794-02**, ha ribadito che nella liquidazione del danno non patrimoniale, in difetto di diverse previsioni normative e salvo che ricorrano circostanze affatto peculiari, devono trovare applicazione i parametri tabellari elaborati presso il Tribunale di Milano successivamente all'esito delle pronunzie delle Sezioni Unite del 2008, in quanto determinano il valore finale del punto utile al calcolo del danno biologico da invalidità permanente tenendo conto di tutte le componenti non patrimoniali, compresa quella già qualificata in termini di "danno morale" la quale, nei sistemi tabellari precedenti veniva invece liquidata separatamente, mentre nella versione tabellare successiva all'anno 2011 viene inclusa nel punto base, così da operare non sulla percentuale di invalidità, bensì con aumento equitativo della corrispondente quantificazione. Tuttavia il giudice, in presenza di specifiche circostanze di fatto, che valgano a superare le conseguenze ordinarie già previste e compensate nella liquidazione forfettaria assicurata dalle previsioni tabellari, può procedere alla personalizzazione del danno entro le percentuali massime di

aumento previste nelle stesse tabelle, dando adeguatamente conto nella motivazione della sussistenza di peculiari ragioni di apprezzamento meritevoli di tradursi in una differente (più ricca, e dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari (nella specie, in relazione ad un'ipotesi di danno iatrogeno, la S.C. ha ritenuto meritevoli di valorizzazione, ai fini della personalizzazione del danno non patrimoniale, aspetti legati alle dinamiche emotive della vita relazionale ed interiore del soggetto leso, in quanto connotati da obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento). La natura di parametro di riferimento generale della valutazione equitativa del danno alla persona, attribuito alle Tabelle di Milano, comporta, secondo **Sez. 3, n. 17018/2018, Scarano, Rv. 649440-01**, l'incongruità della motivazione che non dia conto delle ragioni della preferenza assegnata ad una quantificazione che, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, risulti sproporzionata rispetto a quella cui l'adozione dei parametri tratti dalle Tabelle di Milano consenta di pervenire (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza della Corte territoriale che aveva ritenuto congruo l'importo liquidato dal giudice di primo grado, a titolo di risarcimento del danno biologico, in forza di una non motivata applicazione di una tabella diversa da quella predisposta dal tribunale di Milano, peraltro con riferimento a parametri non aggiornati alla data della decisione).

Da tali principi discendono alcuni corollari processuali, per il caso in cui il giudice si discosti – senza adeguata motivazione – dalle Tabelle in vigore al momento della decisione. **Sez. 3, n. 28496/2018, Positano, Rv. 651603-01**, ha affermato che, quando in corso di causa (ivi compresa la fase di gravame) sia sopravvenuto il principio giurisprudenziale – enunciato dalla S.C. con sentenza n. 12408 del 2011 – secondo cui la mancata adozione delle cd. tabelle di Milano integra un vizio di violazione di legge, deve ritenersi consentito, a chi agisce per il risarcimento del danno, chiederne l'applicazione, per la prima volta, anche in fase di precisazione delle conclusioni senza che ciò costituisca una domanda nuova. **Sez. 3, n. 24155/2018, Olivieri, Rv. 650934-02**, ha invece precisato che, allorquando, all'esito del giudizio di primo grado, l'ammontare del danno alla persona sia stato determinato secondo tabelle successivamente modificate nel corso del giudizio di appello, il danneggiato è legittimato a proporre impugnazione per ottenere la liquidazione di un maggiore importo risarcitorio, purché deduca, con specifico motivo di gravame, la differenza tra i valori minimi o massimi tra le tabelle (ante e post 2008) ed allegghi che l'applicazione dei nuovi valori-punto nel minimo comporterebbe per ciò stesso un risultato più favorevole della

liquidazione del danno attribuitagli con la sentenza impugnata. (In applicazione del predetto principio, la S.C. ha ritenuto inidonea, la mera deduzione in appello della non adeguatezza della somma liquidata per la mancata personalizzazione del danno, senza alcuna contestazione relativa all'omessa applicazione delle variazioni tabellari intervenute "medio tempore").

Infine, secondo **Sez. 3, n. 00913/2018, Dell'Utri, Rv. 647128-01**, non comporta violazione dei parametri di valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. la liquidazione del danno non patrimoniale (nella specie da perdita parentale) operata con riferimento a riconosciuto un importo corrispondente a quello risultante da queste ultime, restando irrilevante la mancanza di una loro diretta e formale applicazione.

Con specifico riguardo alla corretta applicazione dei criteri tabellari per la liquidazione del danno biologico, meritano di essere segnalate Sez. 3, n. 29031/2018, Sestini (in corso di rimassimazione per problemi tecnici sul sito), la quale ribadisce il principio della liquidazione "differenziale" del danno biologico occorso a soggetto affetto da una preesistenza patologica stabilizzata (nel caso di specie, un incremento dell'invalidità permanente dal 61% fino al 90%); e **Sez. 3, n. 25157/2018, D'Arrigo, Rv. 651159-01**, secondo cui, in ipotesi di morte del danneggiato per cause indipendenti dal fatto illecito di cui è stato vittima, il principio secondo il quale il danno non patrimoniale trasmissibile "*iure successionis*" va parametrato alla durata effettiva della vita del danneggiato, e non a quella probabile, assume rilievo solo nel caso in cui il decesso sia avvenuto in età precoce rispetto all'ordinaria aspettativa di vita, atteso che, nel caso opposto, il punto-base di riferimento per la liquidazione del danno tiene già conto delle ridottissime aspettative di vita del danneggiato, sicché nessuna ulteriore riduzione deve essere applicata in considerazione dell'intervenuto decesso (nella specie sopraggiunto in corso di causa, all'età di 96 anni).

## 10. Le responsabilità speciali.

### 10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.).

A proposito della fattispecie di responsabilità delineata nell'art. 2048 c.c., la sentenza di maggior rilievo del 2018 è costituita da **Sez. 3, n. 02334/2018, Graziosi, Rv. 647926-01**.

Gli allievi maggiorenni di un istituto scolastico, frequentanti l'ultimo anno delle superiori, avevano cagionato un danno a una compagna di scuola per effetto dell'accalcamento e delle spinte verificatesi all'uscita della palestra al termine della lezione di educazione fisica. Nel giudizio di merito, la corte territoriale aveva escluso la responsabilità dell'insegnante e dunque del Ministero dell'istruzione sulla base di un'assimilazione tra le fattispecie disciplinate nei primi due commi dell'art. 2048, sul presupposto cioè che il raggiungimento della maggior età escluda in entrambi i casi il ricorrere della presunzione di colpa. All'esito di un'approfondita ricostruzione, la Corte di cassazione ha negato tale presupposto, osservando come la responsabilità di maestri e precettori, a differenza di quella dei genitori, sia fondata su un obbligo di vigilanza, che deriva dal contatto nell'ambiente educativo e che dunque prescinde dall'età dell'allievo, soprattutto quando il danno sia cagionato nell'ambito dell'insegnamento tecnico; l'art. 2048, comma 2, si applica dunque anche al danno provocato dall'allievo maggiorenne, anche se il raggiungimento della maggiore età o di un'età prossima fa presumere una capacità di autonomo discernimento che, pur superabile dalla prova contraria fornita dal danneggiato, è tendenzialmente idonea a integrare il caso fortuito e dunque a esonerare l'insegnante da responsabilità.

Sempre in tema di responsabilità ex art. 2048, comma 2, c.c., **Sez. 6-3, n. 14216/2018, Rossetti, Rv. 649338-01**, ha poi ribadito che il precettore, per liberarsi della presunzione di colpa posta a suo carico, ha l'onere di provare che né lui, né alcun altro precettore diligente, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., avrebbe potuto, nelle medesime circostanze, evitare il danno. Tale prova non può prescindere dalla dimostrazione della presenza fisica del precettore al momento della commissione dell'illecito da parte dell'apprendista, integrando la stessa un dovere primario del precettore diligente ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.



## 10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.).

Il soggetto che, nell'espletamento della propria attività imprenditoriale, si avvale dell'opera di terzi, come accade nel caso in cui il custode di una linea elettrica dia in appalto delle lavorazioni su di essa, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, ancorché non siano alle proprie dipendenze (**Sez. 3, n. 25373/2018, Scarano, Rv. 651162-01**).

Ancor più esteso è l'ambito della responsabilità secondo **Sez. 3, n. 04026/2018, Scoditti, Rv. 647950-01**, la quale ha affermato che l'inserimento del concessionario dell'attività di organizzazione e di esercizio di giochi di abilità e concorsi pronostici nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione comporta la responsabilità, ex art. 2049 c.c., dell'autorità ministeriale concedente, titolare del potere di vigilanza e controllo, per i danni arrecati dal fatto illecito del concessionario.

Si veda poi **Sez. 3, n. 30161/2018, Scarano, Rv. 651665-01**, chiamata a pronunciarsi su un tema di grande attualità, quello della responsabilità degli intermediari finanziari: la S.C. ha affermato che la società preponente risponde in solido del danno causato al risparmiatore dai promotori finanziari da essa indicati in tutti i casi in cui sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il danno e l'esecuzione delle incombenze affidate al promotore e che tale nesso non viene meno per il fatto che il preposto, abusando dei suoi poteri, abbia agito per finalità estranee a quelle del preponente; la responsabilità della preponente deve essere tuttavia esclusa quando la condotta del danneggiato presenti connotati di anomalia, vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, palesata da elementi presuntivi, quali il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle stesse, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso "iter" funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche.

Un importante profilo processuale connesso a tale ipotesi di responsabilità è poi quello sottolineato da **Sez. 3, n. 07936/2018, Scoditti, Rv. 648312-01**: nel processo con pluralità di parti, il convenuto vittorioso, in relazione a domanda proposta nei suoi confronti ai sensi dell'art. 2049 c.c. nel quale è rimasto soccombente l'altro convenuto, chiamato in giudizio quale autore del fatto illecito, ha l'onere di proporre impugnazione incidentale in presenza di

impugnazione principale proposta dal danneggiato, ove il convenuto soccombente non abbia proposto a sua volta impugnazione, stante l'inscindibilità dell'accertamento in ordine ai presupposti della responsabilità dell'autore del fatto illecito e l'idoneità di tale accertamento a costituire giudicato opponibile anche nei confronti della parte convenuta vittoriosa nel precedente grado.

### **10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.).**

La nozione di attività pericolosa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2050 c.c., non deve essere limitata alle attività tipiche, già qualificate come tali da una norma di legge, ma deve essere estesa a tutte quelle attività che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, comportino una rilevante possibilità del verificarsi di un danno, dovendosi, di conseguenza accertare in concreto il requisito della pericolosità con valutazione svolta caso per caso, tenendo presente che anche un'attività per natura non pericolosa può diventarlo in ragione delle modalità con cui viene esercitata o dei mezzi impiegati per espletarla.

Lo ha ribadito, dando continuità a un orientamento consolidato, la citata **Sez. 3, n. 19180/2018, Spaziani, Rv. 649737-01**, in un'ipotesi di immissione sul mercato di un prodotto cosmetico che tuttavia – sulla base dell'espletata c.t.u. – conteneva una componente medicinale che ne alterava la natura; la S.C. ha annullato la sentenza di merito, che aveva escluso la pericolosità dell'attività sulla base di una distinzione astratta tra prodotti farmaceutici e cosmetici, e ha ricordato che in tali casi l'indagine fattuale deve essere svolta seguendo il criterio della prognosi postuma, in base alle circostanze esistenti al momento dell'esercizio dell'attività.

### **10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.).**

Nel corso del 2018, la S.C. sembra aver compiutamente delineato lo statuto della responsabilità da cose in custodia.

Lo si deve principalmente a **Sez. 3, n. 02481/2018, Vincenti, Rv. 647935-01** e **Sez. 3, n. 02482/2018, Vincenti, Rv. 647936-01 e 647936-02**, rese in materia di responsabilità della P.A., che hanno tuttavia affermato principi estendibili anche ai proprietari privati: a) l'art. 2051 cod. civ., nel qualificare responsabile chi ha in custodia la cosa per i danni da questa cagionati, individua un criterio di imputazione della responsabilità che prescinde da qualunque connotato di colpa, sicché incombe al danneggiato allegare, dandone

la prova, il rapporto causale tra la cosa e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità o meno o dalle caratteristiche intrinseche della prima (su cui v. anche **Sez. 3, n. 02477/2018, Sestini, Rv. 647933-01 e Sez. 6-3, n. 27724/2018, Positano, Rv. 651374-01**); b) la deduzione di omissioni, violazioni di obblighi di legge di regole tecniche o di criteri di comune prudenza da parte del custode rileva ai fini della sola fattispecie dell'art. 2043 cod. civ., salvo che la deduzione non sia diretta soltanto a dimostrare lo stato della cosa e la sua capacità di recare danno, a sostenere allegazione e prova del rapporto causale tra quella e l'evento dannoso; c) il caso fortuito, rappresentato da fatto naturale o del terzo, è connotato da imprevedibilità ed inevitabilità, da intendersi però da un punto di vista oggettivo e della regolarità causale (o della causalità adeguata), senza alcuna rilevanza della diligenza o meno del custode; peraltro le modifiche improvvisate della struttura della cosa incidono in rapporto alle condizioni di tempo e divengono, col trascorrere del tempo dall'accadimento che le ha causate, nuove intrinseche condizioni della cosa stessa, di cui il custode deve rispondere; d) il caso fortuito, rappresentato dalla condotta del danneggiato, è connotato dall'esclusiva efficienza causale nella produzione dell'evento; a tal fine, 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.; e deve essere valutata tenendo anche 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 causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando lo stesso comportamento, benché astrattamente prevedibile, sia da escludere come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale.

La concreta declinazione di tali principi ha le seguenti implicazioni.

Rispetto alla P.A. il giudizio di responsabilità deve essere condotto con particolare rigore, non essendo ammissibili aree di immunità di carattere oggettivo.

Lo si ricava da **Sez. 3, n. 18325/2018, Rossetti, Rv. 649700-01**, pronunciata in un caso in cui il danno si era verificato a carico di un motociclista nella zona non asfaltata ai limiti della sede stradale; la responsabilità dell'ente proprietario della strada è stata affermata, osservandosi che la "banchina" fa parte della struttura della strada e che la relativa utilizzabilità, anche per sole manovre saltuarie di breve durata, comporta esigenze di sicurezza e prevenzione analoghe a quelle che valgono per la carreggiata. Analogamente, **Sez. 3, n. 01257/2018, Tatangelo, Rv. 647356-01**, ha ribadito che l'esercizio del potere di controllo sulla cosa deve essere concretamente esigibile, non solo però in base all'estensione dell'intero bene, ma anche alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, assumendo al riguardo determinante rilievo la natura, la posizione e l'estensione della specifica area in cui si è verificato l'evento dannoso, le dotazioni e i sistemi di sicurezza e di segnalazione di pericoli disponibili: ne consegue che, per i parchi naturali, l'oggettiva impossibilità della custodia non può affermarsi per i sentieri escursionistici segnati, in quanto destinati alla percorrenza da parte dei visitatori in condizioni di sicurezza, né per le zone immediatamente circostanti gli stessi che costituiscono la ragione di interesse (turistico, naturale, storico o di altro tipo) della visita.

Sulla scorta degli stessi principi, va negato che l'adozione, da parte dell'autorità amministrativa, di delibere dichiarative dello stato di calamità costituisca di per sé prova dell'eccezionalità ed imprevedibilità degli eventi meteorici che abbiano causato danni alla popolazione, in quanto il concetto di "calamità naturale" espresso nelle leggi sulla protezione civile si riferisce al danno o al pericolo di danno e alla straordinarietà degli interventi tecnici destinati a farvi fronte, non alle caratteristiche intrinseche degli eventi naturali che di quel danno siano stati la causa o la concausa. La citata **Sez. 3, n. 02482/2018, Vincenti, Rv. 647936-02** lo ha affermato nella vicenda dei danni patiti in seguito agli eventi alluvionali verificatisi nel territorio della provincia di Messina negli anni 2009/2010.

**Sez. 6-3, n. 06703/2018, Scrima, Rv. 648489-01**, ha insistito sul contenuto dell'onere probatorio, affermando che la P.A. resta liberata dalla responsabilità da cose in custodia solo 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 esplicito la sua potenzialità offensiva prima che fosse ragionevolmente esigibile l'intervento riparatore dell'ente

custode; non grava pertanto sull'attore-danneggiato l'onere di dimostrare la conoscenza, da parte dell'ente custode, della presenza sulla strada dell'olio che aveva causato la caduta.

Alcuni temperamenti si riscontrano invece su altri piani.

Anzitutto, la titolarità formale della cosa cede il passo – in sede di giudizio di responsabilità – al concreto affidamento a terzi della gestione e manutenzione della cosa, come accaduto nella fattispecie esaminata da **Sez. 3, n. 20907/2018, Gorgoni, Rv. 650440-01**, in cui è stata esclusa la responsabilità dell'Agenzia del Demanio per i danni cagionati da un bene appartenente al demanio idrico, la cui gestione, manutenzione e conservazione erano state però affidate alla Regione.

In secondo luogo, la condotta del danneggiato assume spesso una rilevanza decisiva per escludere o ridurre la responsabilità.

Talvolta, determina una riduzione proporzionale del danno ex art. 1227, comma 1, c.c., come nel caso affrontato da **Sez. 3, n. 02483/2018, Vincenti, Rv. 648247-01**, in cui la S.C. – dovendosi confrontare con la delicata ipotesi del danno patito dall'incapace (nella specie, minore di età) – ha affermato che l'espressione "fatto colposo" che compare nel citato art. 1227 non va intesa come riferita all'elemento psicologico della colpa, che ha rilevanza esclusivamente ai fini di una affermazione di responsabilità, la quale presuppone l'imputabilità, ma deve intendersi come sinonimo di comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta, stabilita da norme positive e/o dettata dalla comune prudenza.

In altre occasioni, la condotta della vittima integra il caso fortuito e si connota per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro.

La S.C. lo ha riscontrato, escludendo che i danni patiti potessero essere stati posti a carico dell'ente proprietario della strada, sia nel caso di un motociclista che aveva perso per causa ignota il controllo del mezzo e che aveva per questo superato il "guardrail" di altezza a norma di legge: (**Sez. 3, n. 02480/2018, De Stefano, Rv. 647934-01**), sia in quello di un pedone che, pur in presenza di agevoli percorsi alternativi, aveva scelto di percorrere un tratto di strada obiettivamente pericoloso, trattandosi di un selciato che costituiva un canale di scolo delle acque dal fondo irregolare e con doppia inclinazione (**Sez. 3, n. 02481/2018, Vincenti, Rv. 647935-01**).

In tema di ripartizione della responsabilità tra titolare del potere di custodia e utilizzatore, vanno infine segnalate le seguenti decisioni.

Nel caso di appalto che non implichi il totale trasferimento all'appaltatore del potere di fatto sull'immobile nel quale deve essere eseguita l'opera appaltata, **Sez. 2, n. 11671/2018, Chiesi, Rv.**

**648327-01**, ha affermato che non viene meno per il committente e detentore del bene il dovere di custodia e di vigilanza e, con esso, la conseguente responsabilità ex art. 2051 c.c. che, essendo di natura oggettiva, sorge in ragione della sola sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha determinato l'evento lesivo (fattispecie relativa ai danni derivanti dal lastrico solare condominiale, consegnato all'appaltatore per dei lavori).

**Sez. 3, n. 07527/2018, Porreca, Rv. 648305-01**, si è invece espressa in un caso di danni cagionati a terzi dalla rottura di un contatore dell'acqua posto a servizio di un'abitazione, ma collocato all'esterno di essa: il proprietario dell'abitazione (ma non del contatore) in quanto privo della disponibilità giuridica e materiale della cosa non è stato considerato responsabile ai sensi dell'art. 2051 c.c., pur potendosi ipotizzare una sua responsabilità ex art. 2043 c.c. per aver mancato, in violazione degli obblighi generali di diligenza, di approntare misure idonee a evitare o ridurre il danno in attesa dell'intervento del gestore o del proprietario.

Infine, va ricordata **Sez. L, n. 05957/2018, Lorito, Rv. 647503-01**, pronunciata in tema di danno causato al lavoratore da cosa che il datore di lavoro ha in custodia; ove sia accertato il nesso eziologico tra il danno stesso e l'ambiente ed i luoghi di lavoro, la responsabilità del datore di lavoro sussiste ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2051 c.c. e 2087 c.c., salvo che lo stesso provi il caso fortuito.

### **10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.).**

Rare, nel 2018, le decisioni riguardanti il danno cagionato da animali.

**Sez. 3, n. 17060/2018, Scoditti, Rv. 649513-01**, si è soffermata sulla questione della ripartizione di competenze (con connesse responsabilità) tra Comuni e Asl nella gestione dei cani randagi nella Regione Puglia, affermando che, in base alla l. r. Puglia n. 12 del 1995, il Comune è privo legittimazione passiva in rapporto alla pretesa risarcitoria per i danni causati dai cani randagi, posto che in base alla menzionata legislazione regionale i Comuni devono limitarsi alla gestione dei canili al fine della mera "accoglienza" dei cani randagi recuperati, mentre al relativo "ricovero", che presuppone l'attività di recupero e cattura, sono tenuti i Servizi veterinari delle ASL.

Interessante per le sue implicazioni processuali è poi **Sez. 3, n. 21018/2018, De Stefano, Rv. 650186-01**, in un caso nel quale il danneggiato aveva allegato in primo grado, quale titolo di

responsabilità del convenuto, sia la qualità di proprietario che quella di soggetto fruitore dell'animale: la S.C. ha statuito che l'accoglimento della domanda in primo grado in base alla seconda prospettazione, a meno di una esplicita esclusione della prima, non onera la parte danneggiata vittoriosa della proposizione di appello incidentale per avvalersi validamente, mediante la mera ma univoca riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c., di quella non accolta dal primo giudice; ne consegue che il giudice di appello non può esimersi, ove escluda la sussistenza del secondo titolo di responsabilità (la disponibilità dell'animale), dall'esaminare nel merito la sussistenza dell'altra (la proprietà o comproprietà).

#### **10.6. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.).**

Tra le decisioni di legittimità che, nel corso del 2018, hanno dovuto affrontare questioni sostanziali in tema di danni da circolazione stradale, merita anzitutto menzione **Sez. 3, n. 23450/2018, Dell'Utri, Rv. 650857-01**, che ha dato occasione alla S.C. di chiarire i presupposti applicativi dell'art. 2054. Il caso, assai peculiare, vedeva protagonista una minorenni che aveva affidato a un'amica, anch'essa minorenni, il mezzo di proprietà della madre, che era rimasto coinvolto in un sinistro stradale nel quale era stata accertata la colpa dell'affidataria. La Cassazione ha escluso che la responsabilità dell'affidante potesse fondarsi sull'art. 2054, non rivestendo essa alcuna delle posizioni di garanzia individuate da tale disposizione, con la conseguenza che la verifica di un sinistro costituisce, ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p., causa sopravvenuta, di per sé idonea a determinare l'evento dannoso, che esclude ogni rapporto di causalità tra detto evento e la condotta del soggetto che ha affidato al conducente il veicolo il quale non sia né proprietario né locatario del veicolo stesso, trovando applicazione in tale peculiare fattispecie il paradigma probatorio dell'art. 2043 c.c.

A proposito della presunzione di pari concorso nella responsabilità, sancita dall'art. 2054, comma 2, **Sez. 3, n. 19197/2018, Olivieri, Rv. 649734-01**, ne ha affermato l'applicabilità anche ai veicoli coinvolti nell'incidente ma rimasti estranei alla collisione, sempre che sia accertato, in concreto, l'effettivo contributo causale nella produzione dell'evento dannoso, mentre **Sez. 6-3, n. 31702/2018, Tatangelo, Rv. 649734-01**, ha ribadito che la presunzione riguarda anche la collisione tra autovettura e bicicletta.

**Sez. 3, n. 31009/2018, Gianniti, Rv. 651866 - 01**, ha però ribadito che la presunzione non opera allorché sia violata – e la

circostanza emerga dagli atti – una regola di condotta sancita dal codice della strada (nella specie, la Corte ha cassato la sentenza di merito la quale, nell'esaminare la dinamica del sinistro, aveva omesso di esaminare la specifica disciplina dettata dall'art.148, comma 3, del codice della strada che impone al conducente durante la manovra di sorpasso di tenersi ad una adeguata distanza laterale di sicurezza dal veicolo sorpassato). Analoga statuizione si trova in **Sez. 6-3, n. 15788/2018, Pellecchia, Rv. 649343-01**, a proposito degli scontri successivi tra veicoli lenti ed incolonnati determinati dalla spinta meccanica in avanti impressa all'ultima vettura dovuta al sopraggiungere di un veicolo veloce: qui non trova applicazione la presunzione di uguale colpa, ex art. 2054, comma 2, c.c., a carico dei conducenti di ciascuna coppia di veicoli, in quanto l'unico responsabile degli effetti delle collisioni è il conducente che le abbia determinate, tamponando l'ultimo dei veicoli della colonna.

Per la sua portata di carattere generale, va poi citata **Sez. 6-3, n. 14358/2018, F.M. Cirillo, Rv. 649340-01**, con cui si è ribadito che l'apprezzamento del giudice di merito relativo alla ricostruzione della dinamica dell'incidente, all'accertamento della condotta dei conducenti dei veicoli, alla sussistenza o meno della colpa dei soggetti coinvolti e alla loro eventuale graduazione, al pari dell'accertamento dell'esistenza o dell'esclusione del rapporto di causalità tra i comportamenti dei singoli soggetti e l'evento dannoso, si concreta in un giudizio di mero fatto, che resta sottratto al sindacato di legittimità, qualora il ragionamento posto a base delle conclusioni sia caratterizzato da completezza, correttezza e coerenza dal punto di vista logico-giuridico.

Passando all'esame delle implicazioni processuali della responsabilità ex art. 2054 c.c. merita anzitutto menzione **Sez. 3, n. 13757/2018, Di Florio, Rv. 649043-01**: quando la parte agisce invocando la responsabilità della convenuta mediante richiamo generico all'art. 2054 c.c., il giudice non è vincolato nel potere di qualificazione giuridica dei fatti costitutivi della pretesa azionata, potendo sussumerli nella fattispecie di cui al comma 1 della citata norma, in luogo di quella di cui al comma 2 della stessa, ove le condotte prospettate siano astrattamente compatibili con essa.

Allorché vi sia la concorrenza di plurimi titoli di responsabilità, occorre poi ricordare, con **Sez. 3, n. 29038/2018, Olivieri, Rv. 651661-01**, che l'accertamento della responsabilità del conducente e del proprietario (rispettivamente, ai sensi dell'art 2054, comma 1 e comma 3, c.c.) costituisce il presupposto necessario sia della domanda di garanzia proposta dall'assicurato (conducente o



proprietario) nei confronti dell'assicuratore RCA (ove il danneggiato non abbia esercitato contro di lui l'azione "diretta") sia della pretesa risarcitoria del danneggiato verso lo stesso assicuratore RCA (ove già inizialmente convenuto con l'azione "diretta"). Pertanto, tali cause devono tutte considerarsi tra loro legate da nesso di "dipendenza" che ne determina l'inscindibilità, ex art. 331 c.p.c., nel giudizio di impugnazione, con conseguente infrazionabilità della formazione del giudicato sulla responsabilità del conducente (sebbene quest'ultimo, in quanto mero coobbligato solidale, non assuma la veste di litisconsorte necessario originario), estendendosi gli effetti favorevoli dell'impugnazione proposta soltanto da alcune delle parti anche a quelle non impugnanti o contumaci che condividono la medesima posizione processuale.

A tale riguardo, **Sez. 3, n. 29034/2018, Di Florio, Rv. 651577-01**, ha puntualizzato che l'onere che l'art. 22 della l. n. 990 del 1969 pone a carico del danneggiato per la richiesta di risarcimento del danno va osservato anche quando l'assicuratore sia terzo chiamato in causa dal convenuto, senza che, atteso il tenore della norma, tale onere possa considerarsi altrimenti assolto mediante l'atto di chiamata in causa da parte del convenuto o in virtù della comunicazione all'assicuratore da parte del danneggiante circa l'iniziativa giudiziaria intrapresa dal danneggiato.

### **10.7. La responsabilità per danno da prodotto difettoso.**

Per un'ampia ricognizione dei presupposti applicativi della disciplina del codice del consumo in materia di responsabilità da prodotto difettoso, si segnala **Sez. 3, n. 29828/2018, Scarano, Rv. 651844 – 02**.

Con tale pronuncia, la S.C. ha anzitutto ribadito che la responsabilità ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto. Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato – ai sensi dell'art. 120 del codice del consumo – la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno e, una volta fornita tale prova, incombe sul produttore – a norma dell'art. 118 dello stesso codice – la corrispondente prova liberatoria, consistente nella dimostrazione che il difetto non esisteva nel momento in cui il prodotto veniva posto in circolazione, o che all'epoca non era riconoscibile in base allo stato delle conoscenze tecnico-scientifiche.

A tale ultimo fine, il livello di sicurezza al di sotto del quale il prodotto deve ritenersi difettoso non corrisponde a quello della sua innocuità, dovendo piuttosto farsi riferimento ai requisiti di sicurezza generalmente richiesti dall'utenza in relazione alle circostanze tipizzate dalla suddetta norma, o ad altri elementi valutabili e in concreto valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali rientrano anche gli standard di sicurezza eventualmente imposti da normative di settore.

Da ultimo, **Sez. 3, n. 32226/2018, Scoditti, Rv. 651952-01**, ha poi chiarito che il regime di responsabilità solidale ex art. 9 del d.P.R. n. 224 del 1988 (ora art. 121 del d.lgs. n. 206 del 2005) – avente natura speciale rispetto a quello dell'art. 2055 c.c. – opera solo tra i produttori collaboranti nella destinazione del prodotto finito alla circolazione e non riguarda il fornitore, in quanto estraneo alla catena produttiva e soggetto, ai sensi dell'art. 4 del citato d.P.R. (oggi art. 116 del d.lgs. n. 206 del 2005), alla responsabilità, alternativa a quella del produttore, derivante dalla mancata comunicazione (nel termine prescritto) al danneggiato dell'identità e del domicilio del medesimo produttore, che non risulti individuato. La S.C. ne ha fatto conseguire l'inapplicabilità dell'art. 1310 c.c.: l'atto interruttivo della prescrizione indirizzato al fornitore non produce effetti nei confronti del produttore.

## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **L'EVOLUZIONE DIACRONICA DELLA FIGURA DEL DANNO NON PATRIMONIALE NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.**

(DI PAOLO SPAZIANI)

SOMMARIO: 1. Il danno non patrimoniale nel codice civile del 1942. – 2. Danno non patrimoniale e valori costituzionali. L'emersione del danno alla persona (Corte Cost. n. 184/1986). – 3. Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Il sistema costruito sulla base delle sentenze del 2003. – 4. Le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008. La configurazione unitaria e omnicomprensiva del danno non patrimoniale e la sua liquidazione. Il sistema tabellare e il suo fondamento. Le proposte di legge all'esame del Parlamento. – 5. Nuove linee evolutive del danno non patrimoniale. Le pronunce del 2018.

#### **1. Il danno non patrimoniale nel codice civile del 1942.**

Nella tradizione giuridica precostituzionale il diritto privato era concepito come ordinamento posto a tutela delle relazioni economiche.

A questa tutela è ispirata anche la disciplina della responsabilità civile dettata dall'art. 2043 del codice civile del 1942, il quale stabilisce che qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

Nella concezione tradizionale, infatti, l'obbligo del risarcimento sorgeva unicamente dal fatto illecito che avesse cagionato conseguenze economiche negative in capo al danneggiato, in quanto il danno risarcibile coincideva con il danno patrimoniale.

Peraltro, la figura del danno non patrimoniale non era sconosciuta al diritto positivo, che anzi la contemplava espressamente in un'altra norma del codice civile del 1942 e in una disposizione del codice penale del 1930.

Secondo l'art. 2059 c.c. il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge; ai sensi dell'art. 185 del codice penale, ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e coloro che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

La norma civile sancisce la regola generale della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali, salvi i casi in cui il risarcimento sia espressamente stabilito dalla legge; la norma

penale, già esistente al momento in cui veniva scritta quella civile, prevede il più importante di questi casi: quello dei danni conseguenti alla commissione di illeciti penali.

Dal raccordo tra le due norme si trae conferma del principio secondo cui il diritto privato si occupava della disciplina delle relazioni economiche e che la responsabilità civile era posta a tutela degli interessi patrimoniali; mentre gli interessi extrapatrimoniali trovavano protezione in altre branche dell'ordinamento.

## **2. Danno non patrimoniale e valori costituzionali. L'emersione del danno alla persona (Corte Cost. n. 184/1986).**

La concezione paneconomica del diritto privato è però cambiata essendo andata emergendo, nel quadro costituzionale, la preminenza dei valori della persona.

Le norme del codice civile sono state reinterpretate dalla giurisprudenza alla luce dei principi costituzionali.

Movendo dalla tradizionale nozione di danno come "lesione di un interesse", si è evidenziato che l'art. 2043 c.c. non procede ad una selezione dei tipi di interesse la cui lesione dia luogo a risarcimento ma richiede, quale unica condizione di esso, che si tratti di un interesse "giuridicamente tutelato".

Il presupposto della tutela aquiliana, in altre parole, non è nel contenuto dell'interesse leso (cd. atipicità dell'illecito civile) ma nell' "ingiustizia" della lesione.

La lesione è ingiusta se la condotta del danneggiante ha pregiudicato un interesse del danneggiato che non è giuridicamente irrilevante, un interesse che l'ordinamento protegge mediante la concessione al titolare di una specifica situazione giuridica soggettiva attiva.

Il rilievo che la tutela risarcitoria guarda non al contenuto dell'interesse ma alla circostanza se esso formi oggetto di una specifica situazione soggettiva di vantaggio ha posto, per un verso, il problema dei limiti del "danno ingiusto", e cioè dell'individuazione delle situazioni giuridiche soggettive la cui lesione possa considerarsi risarcibile: in tale prospettiva, la giurisprudenza ha fatto registrare una progressiva espansione della tutela aquiliana, la quale non è rimasta circoscritta alle lesioni dei diritti soggettivi assoluti ma è stata estesa a quelle dei diritti relativi e delle posizioni soggettive "minori" (interesse legittimo, possesso, ecc.); per altro verso, ha indotto ad includere tra gli interessi protetti dal sistema della responsabilità civile anche gli interessi non patrimoniali, tutte le volte in cui essi costituissero l'oggetto di un diritto fondamentale previsto da una norma costituzionale.

Ciò si è detto in particolare per il diritto alla salute, riconosciuto e garantito dall'art. 32 Cost.

La Corte Costituzionale ha collegato la norma costituzionale alla regola del codice civile, qualificando come “ingiusta” la lesione del diritto alla salute, la quale, quindi, deve essere risarcita in sé e per sé considerata, a prescindere dalle conseguenze economiche negative.

L'art. 2043 c.c. è stato qualificato come una norma secondaria, in quanto recante soltanto l'indicazione dell'obbligazione risarcitoria conseguente all'“ingiustizia” della lesione ma non anche l'individuazione dei beni giuridici a cui tale lesione deve essere recata.

La sua applicazione - ha precisato la Corte Costituzionale - presuppone dunque l'esistenza di una “norma primaria”, integrativa del precetto non espresso mediante l'individuazione del bene giuridico tutelato. L'art. 32 Cost., nel riconoscere il diritto alla salute come fondamentale diritto alla persona umana, va ad integrare l'art. 2043 c.c., completandone il precetto primario.

La stessa Corte ha ristretto lo spettro di applicazione dell'art. 2059 c.c., facendo coincidere la figura del danno non patrimoniale tendenzialmente irrisarcibile con il solo danno morale subiettivo (Corte Cost., n. 184/1986).

### **3. Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.**

Il sistema costruito sulla base delle sentenze del 2003. La strada aperta dalla Corte costituzionale avrebbe permesso, attraverso il collegamento con l'art. 2043 c.c. delle singole disposizioni della Costituzione, di riconoscere la tutela risarcitoria alla lesione di tutti i diritti costituzionalmente tutelati.

La teoria dell'atipicità dell'illecito civile avrebbe infatti consentito di utilizzare la norma del codice alla stregua di una norma in bianco, il cui contenuto avrebbe potuto essere determinato, di volta in volta, mediante l'integrazione di essa con le regole costituzionali poste a protezione dei singoli diritti della persona.

Il predetto obiettivo è stato peraltro raggiunto dalla Corte di Cassazione attraverso un itinerario diverso.

Due ostacoli di ordine dogmatico impedivano infatti di seguire il sentiero indicato dalla Corte Costituzionale, a prescindere dall'opinabilità della concezione volta ad individuare, nella norma del codice civile sulla responsabilità aquiliana, una struttura sovrapponibile a quella delle norme penali, articolata nei due momenti del precetto e della sanzione.

In primo luogo, la tesi fondata sul collegamento tra norma primaria costituzionale e norma secondaria codicistica muoveva dalla nozione di danno come “evento lesivo”,

omettendo di considerare che il problema della risarcibilità riguarda piuttosto le “conseguenze negative”.

Nel costruire la figura del danno biologico come danno-evento (e nell’aprire alla possibilità di risarcire tutti i pregiudizi che concretassero la lesione di interessi giuridicamente tutelati attraverso le norme costituzionali), non si era tenuto conto della circostanza che la giurisprudenza aveva già precedentemente raggiunto questo risultato, non dubitandosi che, ove vi fosse la lesione di un diritto soggettivo (e dunque di un interesse tutelato come tale da una norma giuridica, non necessariamente costituzionale), ivi era “danno ingiusto” e conseguentemente risarcibilità della lesione ai sensi dell’art. 2043 c.c.. Il problema della patrimonialità o non patrimonialità, dunque, non riguardava l’evento lesivo (che era senz’altro ingiusto se l’interesse formava oggetto di una situazione soggettiva di vantaggio) ma le sue conseguenze, le quali, ai sensi dell’art. 2059 dello stesso codice, potevano essere risarcite soltanto se fossero state suscettibili di valutazione economica, salvo che ricorresse uno dei casi in cui la legge ammetteva il risarcimento anche delle conseguenze non patrimoniali.

Così, ad es., con riguardo ai diritti della personalità (la vita, l’onore, la reputazione) che hanno trovato tutela nella giurisprudenza già prima dell’intervento della Corte Costituzionale e con riguardo a quelli già protetti dalle norme del codice civile del 1942 (il nome, l’immagine: artt. 6-10) non si è mai dubitato che la loro lesione fosse “ingiusta” ai sensi dell’art. 2043 c.c., in quanto pregiudizio di interessi giuridicamente protetti, ma la risarcibilità della stessa veniva circoscritta alle conseguenze economiche negative, ai sensi del successivo art. 2059, salvo che non fosse configurabile una fattispecie penale.

Il problema non era quindi quello di riconoscere l’ingiustizia della lesione attraverso il collegamento tra la norma primaria e la norma secondaria, ma di ammetterne la risarcibilità a prescindere dagli effetti patrimoniali.

In secondo luogo, l’affermata estraneità del danno biologico all’art. 2059 c.c. impediva che lo stesso potesse essere classificato come danno non patrimoniale. Una volta ristretto quest’ultimo al pregiudizio morale subiettivo, il danno all’integrità psico-fisica e alla salute non trovava classificazione all’interno della dicotomia danno patrimoniale-danno non patrimoniale.

Con due storiche sentenze del 2003 (Sez. 3, n. 8827/2003, Amatucci, RRvv. 563833-01, 563834-01, 563835-01, 563837-01; Sez. 3, n.8828/2003, Preden, RRvv. 563839-01, 563840-01, 563841-01, 563845-01) la Suprema Corte, scostandosi dal sentiero tracciato dalla Corte Costituzionale ma muovendo verso il medesimo obiettivo, affermò, dunque,

che la restrittiva lettura dell'art. 2059 c.c., in quanto riferita al solo danno morale soggettivo (sofferenza, patema d'animo determinati da fatto illecito integrante reato) non potesse essere ulteriormente condivisa.

Avuto riguardo all'ordinamento costituzionale, evidenziò che la categoria del danno non patrimoniale deve ritenersi comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona e che esso deve qualificarsi, in generale, come qualsiasi lesione di interessi della persona insuscettibili di valutazione economica.

Secondo le pronunce in esame, nell'ambito del danno non patrimoniale si colloca dunque anche il danno biologico, formula con la quale si designa l'ipotesi della lesione dell'interesse costituzionalmente garantito (art. 32 Cost.) alla integrità psichica e fisica della persona.

La collocazione del danno biologico (quale lesione della salute in sé e per sé considerata, a prescindere dalle conseguenze economiche negative) e delle altre lesioni di interessi inerenti alla persona (da cui conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica) nell'ambito dell'art. 2059 c.c., non valeva, secondo la Corte, a subordinarne la risarcibilità alla condizione, stabilita dalla stessa norma, che la legge prevedesse espressamente in tal senso.

La Corte, infatti, si preoccupò di chiarire che il limite della riserva di legge, mentre continua a valere per il danno morale subiettivo, non assume invece rilevanza per le lesioni degli interessi della persona.

Questa soluzione trovava fondamento, in primo luogo, nella rilevanza socio-giuridica degli interessi lesi, elevati a valori costituzionali: le pronunce in esame evidenziarono, in particolare, che nel caso in cui la lesione incida su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolverebbe in rifiuto di tutela nei casi esclusi; la non operatività del limite della riserva di legge costituirebbe dunque una necessaria implicazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma del codice civile.

In secondo luogo si rilevò che il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale.

Sulla base delle argomentazioni contenute nelle sentenze del 2003, si affermò che, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c., nel “*genus*” danno non patrimoniale dovessero essere ricomprese tre diverse “*species*”, costituite dal danno biologico (inteso come lesione dell'integrità psico-fisica e della salute della persona), dal danno morale (inteso tradizionalmente come sofferenza fisica e patema d'animo sopportati dal soggetto passivo dell'illecito) e dal cd. danno esistenziale (nozione comprensiva di tutte le altre ipotesi di lesioni di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona diverse dalla lesione dell'integrità psico-fisica e della salute).

Di tali “*species*”, mentre quella del danno morale restava ancorata alla regola della risarcibilità nei soli casi in cui fosse ravvisabile una fattispecie penale (artt. 2059 c.c. e 185 c.p.), quelle del danno biologico e del danno esistenziale erano invece considerate sempre risarcibili, in ragione della rilevanza costituzionale dei beni-interessi pregiudicati dalla lesione.

Quanto alle modalità di liquidazione della somma spettante a titolo di risarcimento, le pronunce precisarono che esse dovessero consistere nel ricorso al criterio equitativo (art. 1226 c.c.), quale unica possibile forma di liquidazione di un danno privo del carattere della patrimonialità (Sez. 3, n. 8827/2003, Amatucci, Rv. 563831-01; Sez. 3, n.8828/2003, Preden, RRvv. 563844-01).

Nell'ambito di questo sistema, l'individuazione di diverse “*species*” di danno non patrimoniale si rese ancora più evidente in ordine ai pregiudizi non patrimoniali subiti dai prossimi congiunti della vittima primaria dell'illecito nelle ipotesi di morte o grave menomazione di quest'ultima, dovendosi tra l'altro distinguere, nel primo caso, tra i danni patrimoniali ccdd. “riflessi” (vale a dire i danni che, sia pure quale riflesso dell'illecito subito dalla vittima, coincidono con la lesione di posizioni soggettive proprie del congiunto, il quale viene quindi a vantare una pretesa risarcitoria “*iure proprio*”) e i danni derivanti dalla lesione di posizioni soggettive proprie della vittima, la cui pretesa risarcitoria viene quindi trasmessa in via ereditaria al congiunto, che può farla valere “*iure successionis*”.

Si pervenne quindi alla contrapposizione tra danno biologico “*iure proprio*” (risarcibile nell'ipotesi in cui il congiunto superstite avesse subito, per effetto della morte del familiare, non semplicemente una sofferenza o un patema d'animo transeunte ma un vero e proprio pregiudizio fisico o psichico, suscettibile di accertamento medico-legale) e danno biologico “*iure successionis*” o danno biologico terminale (peraltro risarcibile solo nell'ipotesi in cui fosse decorso un apprezzabile lasso di tempo tra la morte del familiare e l'illecito da lui subito, atteso che altrimenti il diritto al



risarcimento non avrebbe potuto considerarsi ancora consolidato nella sfera giuridica del defunto, e considerato altresì che la lesione dell'integrità fisica con esito letale, verificatasi immediatamente o a breve distanza temporale rispetto all'evento lesivo, non era configurabile come lesione del diritto alla salute, incidendo la morte sul diverso bene giuridico della vita: Sez. 3, n. 870/2008, Durante, Rv. 601456-01).

Altra contrapposizione è quella tra danno morale "*iure proprio*" (inteso quale transeunte sofferenza prodottasi direttamente in capo al congiunto superstite) e danno morale "*iure successionis*" o danno "catastrofale", risarcibile allorché, sebbene l'*exitus* fosse intervenuto immediatamente dopo l'evento lesivo (e dunque la sofferenza sofferta dalla vittima non avesse potuto, per il limitato lasso temporale, degenerare in patologia), tuttavia la vittima medesima fosse stata in condizione di percepire il proprio stato, lucidamente assistendo allo spegnersi della propria vita (con ciò acquisendo una pretesa risarcitoria trasmissibile agli eredi che invece non sussisterebbe nella contraria ipotesi in cui all'evento lesivo fosse seguito immediatamente lo stato di coma e la perdita della lucidità: tra le altre, Sez. 3, n. 22338/2007, Amatucci, Rv. 599941-01).

In quest'ultimo caso (cd. danno "tanatologico"), la Corte di Cassazione, con orientamento ormai consolidato nega il risarcimento del danno "*iure successionis*", sul rilievo che la perdita del bene della vita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può comportare il contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi (Sez. U., n. 15350/2015, Salmè).

Sia sotto il profilo liquidatorio sia sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico, un'importante differenziazione era, infine, operata, tra il danno morale soggettivo propriamente detto e il cd. pregiudizio da perdita del rapporto parentale.

Sotto il profilo liquidatorio, in quanto si ammetteva la congiunta liquidazione di entrambi i pregiudizi, sul presupposto che il primo avesse la funzione di riparare lo stato di dolore derivante dalla perdita di una persona cara, mentre il secondo avesse la diversa funzione di reintegrare la lesione di quello specifico interesse giuridicamente rilevante consistente nel vincolo familiare.

Sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico, in quanto, mentre in alcune pronunce il danno da perdita del rapporto parentale veniva inquadrato nell'ambito del danno morale, in altre veniva invece inquadrato nell'ambito del danno esistenziale, sul presupposto che la perdita di una

persona cara determini una modifica peggiorativa dell'esistenza con riflessi negativi nella vita di relazione.

#### **4. Le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008. La configurazione unitaria e omnicomprensiva del danno non patrimoniale e la sua liquidazione. Il sistema tabellare e il suo fondamento. Le proposte di legge all'esame del Parlamento.**

Su questo sistema sono incisivamente intervenute le Sezioni Unite con le storiche sentenze nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008.

Al fine di evitare duplicazioni risarcitorie ed indebiti arricchimenti le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover porre fine alla frammentazione precedente, riconducendo il danno non patrimoniale ad una nozione unitaria e omnicomprensiva, priva di sottodistinzioni, previa unificazione, in un'unica ed omnicomprensiva categoria, sia pure ampia e personalizzata, delle varie voci di pregiudizio precedentemente individuate nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della teoria del danno risarcibile.

In particolare, è stata esclusa, a fini liquidatori, la distinzione tra danno biologico e danno morale, in quanto, pur ammettendosi la configurabilità ontologica di quest'ultimo quale sofferenza soggettiva causata da un fatto astrattamente inquadrabile in un'ipotesi di reato, se ne è esclusa la possibilità di autonoma liquidazione in aggiunta al danno biologico, nel quale esso deve ritenersi invece necessariamente ricompreso quale imprescindibile componente, atteso, da un lato, che qualsiasi lesione della salute implica ineluttabilmente una sofferenza fisica o psichica e considerato, dall'altro lato, che la liquidazione di entrambe le voci di danno non patrimoniale, distintamente ed autonomamente quantificate, determinerebbe una indebita duplicazione risarcitoria.

Secondo le pronunce in esame, dunque, per evitare la predetta duplicazione, il giudice deve procedere alla liquidazione del solo danno biologico, previa personalizzazione dello stesso anche tenendo conto dell'entità della sofferenza morale (cfr., in particolare, Sez. U., n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01).

Se la categoria del danno morale è stata ridimensionata a componente del danno biologico della quale tenere conto in sede di personalizzazione, la categoria del danno esistenziale è stata persino espunta dall'ordinamento.

Le Sezioni Unite hanno infatti precisato che nel nostro ordinamento non è ammissibile l'autonoma categoria del danno esistenziale, inteso quale pregiudizio alle attività non

remunerative della persona, in quanto: se in questa categoria si ricomprendano i pregiudizi derivanti dalla lesione di interessi della persona di rango costituzionale o derivanti da reato, essi pregiudizi sono già risarcibili ai sensi dell'art. 2059 c.c., interpretato in senso costituzionalmente orientato, di tal che la liquidazione di un'ulteriore posta di danno a tale titolo comporterebbe una duplicazione risarcitoria; se, invece, nella categoria del danno esistenziale si volessero ricomprendere pregiudizi non lesivi di diritti inviolabili della persona, essa categoria sarebbe illegittima, posto che tali pregiudizi non sono risarcibili per il divieto di cui allo stesso art. 2059 c.c. (così la citata sentenza n. 26972/2008).

Con particolare riguardo al danno non patrimoniale spettante ai prossimi congiunti in caso di morte della vittima primaria dell'illecito penale, le sentenze in commento hanno escluso (perché darebbe àdito ad una indebita duplicazione risarcitoria) la congiunta attribuzione del risarcimento a titolo di danno morale subiettivo (inteso quale sofferenza, afflizione o turbamento per la perdita della persona cara) e a titolo di danno da perdita del rapporto parentale, in quanto anche in questa fattispecie la sofferenza morale non costituisce un danno autonomo, ma rappresenta un aspetto del quale tenere conto nella liquidazione unitaria ed omnicomprensiva del danno non patrimoniale, dovendosi quindi procedere ad una personalizzazione del danno causato dall'evento luttuoso che tenga conto di tutte le conseguenze dello stesso.

Il danno non patrimoniale, ormai unitariamente considerato, deve ritenersi risarcibile unicamente nei casi previsti dalla legge (art. 2059 c.c.), e precisamente: 1) quando il fatto illecito è configurabile come reato (nel qual caso il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale prescinde dalla rilevanza costituzionale dell'interesse leso, il quale è penalmente tutelato); 2) quando ricorra una delle fattispecie in cui espressamente la legge consente il ristoro del danno non patrimoniale, a prescindere dalla sussistenza di un reato (nel qual caso il diritto al risarcimento compete esclusivamente per i danni derivanti dalla lesione degli interessi della persona tutelati attraverso la norma attributiva del diritto medesimo: es.: nell'ipotesi di illecito trattamento dei dati personali, il danneggiato avrà diritto al ristoro unicamente del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione del diritto alla riservatezza); 3) quando siano stati lesi diritti inviolabili della persona oggetto di tutela costituzionale, nel qual caso il diritto al risarcimento compete a condizione che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, che la sua lesione sia grave (l'offesa deve superare una soglia minima di tollerabilità, non essendo risarcibili le minime intrusioni personali inevitabilmente conseguenti alla convivenza sociale) e che il danno non sia futile (cfr., ancora, Sez. Un., n. 26972/2008).

Per adeguare i criteri di liquidazione al nuovo sistema introdotto dalle Sezioni Unite del 2008, l'Osservatorio per la giustizia civile di Milano, dal 2009, ha elaborato nuove Tabelle, funzionali ad assicurare la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale.

Le Tabelle precedenti, fondate sull'autonomia delle singole "species" di danno non patrimoniale, prevedevano: a) la liquidazione autonoma del danno biologico secondo valori "standard" parametrati alla gravità della lesione alla salute (la percentuale di invalidità) e all'età del danneggiato; b) la liquidazione autonoma del danno morale, che veniva quantificato in una percentuale (variabile tra  $\frac{1}{4}$  e  $\frac{1}{2}$ ) dell'importo liquidato a titolo di danno biologico; c) la c.d. personalizzazione del danno biologico, mediante aumento dei valori "standard" sino al 30%, in riferimento a peculiari condizioni soggettive del danneggiato.

Le Tabelle elaborate a far tempo dal 2009, fondate sull'affermata nozione unitaria di danno non patrimoniale, hanno proposto la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente a "lesione permanente dell'integrità psico-fisica della persona suscettibile di valutazione medico-legale" e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore", "sofferenza soggettiva", in via di presunzione in riferimento ad un determinato tipo di lesione.

In termini concreti, il valore biologico "standard" (tratto dalle tabelle precedenti e debitamente rivalutato) è stato aumentato di una percentuale per tenere conto della componente morale ("dolore", "sofferenza soggettiva").

Il sistema è stato completato da percentuali di "personalizzazione".

Anche con riguardo al danno non patrimoniale temporaneo, è stata proposta, in ossequio al nuovo orientamento delle Sezioni Unite del 2008, una liquidazione unitaria dell'intero suo ammontare, previa rivalutazione del valore base di liquidazione corrispondente ad un giorno di invalidità temporanea al 100% (danno biologico temporaneo), e successivo aumento di una percentuale del 25% onde tenere conto della componente "dolore", "sofferenza morale" (danno morale temporaneo).

Infine, con precipuo riferimento al danno non patrimoniale spettante al superstite in caso di morte del prossimo congiunto, è stato proposto un adeguamento dei valori di liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, secondo una tabella che inserisce tra i legittimati, oltre alle tradizionali figure del genitore (con riguardo alla morte del figlio), del figlio (in relazione alla morte del genitore), del coniuge o convivente (in relazione alla morte dell'altro coniuge o convivente) e del fratello (in relazione alla

morte del fratello), anche quella del nonno (in relazione alla morte del nipote).

I valori di liquidazione sono stati contenuti in una forbice tra un minimo e un massimo, al fine di personalizzare il risarcimento con riguardo alle circostanze del caso concreto, tipizzabili: 1) nella sopravvivenza o meno di altri congiunti; 2) nella convivenza o meno di questi ultimi; 3) nella qualità ed intensità della relazione affettiva familiare residua; 4) nella qualità ed intensità che caratterizzava il rapporto parentale con la persona perduta.

Le nuove Tabelle milanesi elaborate a partire dal 2009, hanno assunto rilevanza generale in seguito alla sentenza n.12408/2011.

Come si è accennato, il danno non patrimoniale, non essendo suscettibile di valutazione economica, può essere liquidato dal giudice con il criterio equitativo (art. 1226 c.c.).

Tradizionalmente l'equità liquidativa (che integra una forma di equità cd. integrativa della legge e si distingue dall'equità decisionale, quale forma di equità sostitutiva della legge medesima: art. 113 c.p.c.) è stata definita come giudizio di prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno, e cioè come criterio di mediazione tra le probabilità positive e le probabilità negative del danno effettivo nel caso concreto. Pur giocandovi un ruolo rilevante il potere discrezionale del giudice, essa non può tradursi, pertanto, in una valutazione arbitraria, in quanto il giudice è chiamato a compiere un ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze che nel caso concreto abbiano potuto avere incidenza positiva o negativa sull'ammontare del pregiudizio e a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito a ciascuna di esse, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento.

Con la sentenza n. 12408/2011, seguita alle pronunce successive, la Suprema Corte ha aggiunto nuovi contenuti alla nozione di equità liquidativa di cui all'art. 1226 c.c..

Essa non è stata intesa soltanto, come nella tradizione, alla stregua di un giudizio di prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno (e dunque come criterio liquidatorio volto a garantire un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto), ma anche come regola volta ad assicurare uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi.

Movendo da tale nuova concezione dell'equità, la Corte ha ritenuto che la predetta uniformità di trattamento è garantita dal riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal tribunale di Milano, già ampiamente diffuso sul territorio nazionale, al quale deve quindi riconoscersi, in via generale, ai

sensi dell'art.3 Cost., la valenza di parametro di conformità della valutazione equitativa operata dal giudice alla disposizione di cui all'art.1226 c.c., salva la sussistenza, in concreto, di circostanze idonee a giustificare il ricorso ad un criterio diverso.

L'ingiustificata applicazione di altro criterio liquidatorio, comportante una liquidazione di minore entità, può dunque essere fatta valere nel giudizio di legittimità come vizio di violazione di legge, sempre che la questione sia stata già posta nel giudizio di merito, dapprima mediante tempestivo deposito in atti delle Tabelle milanesi (ove il giudizio sia celebrato in un ufficio giudiziario diverso da quelli in cui esse tabelle sono già comunemente adottate), e successivamente mediante specifico motivo di appello, con il quale sia stata proposta espressamente la doglianza circa la mancata applicazione del criterio liquidatorio previsto dalle tabelle medesime (Sez. 3, n. 12408/2011, Amatucci, Rv. 618048-01; tra le pronunce successive, v. Sez. 3, n. 20895/2015, Rubino, Rv. 637448-01 e Sez. 3, n. 27562/2017, Rv. 646644-01).

La nuova e più ampia interpretazione della nozione di equità liquidativa fornita dalla Corte di Cassazione si pone in perfetta sintonia con il significato attribuito dalla Corte Europea dei Diritti Umani di Strasburgo (Corte EDU) alla medesima nozione, come ricavabile dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti Umani e delle libertà fondamentali (Convenzione EDU).

Con la sentenza 13 settembre 2011, Z. v. Serbia, la Corte EDU ha infatti sancito che profonde e persistenti incertezze negli orientamenti interpretativi di un organo giurisdizionale sono idonee a ledere il diritto ad un equo processo garantito dall'art.6 della Convenzione EDU. Dinanzi ad un ricorso proposto da un cittadino serbo, i giudici di Strasburgo hanno chiarito che “per quanto un certo grado di difformità nell'interpretazione giurisprudenziale possa essere considerato un tipico connotato di ogni sistema giudiziario distribuito, come quello serbo, in una fitta rete di differenti organi giudiziari di primo e secondo grado, nel caso di specie le divergenti interpretazioni promanavano dalla medesima Autorità giudiziaria (la Corte distrettuale di Belgrado) e si traducevano nella differente soluzione di casi identici portati alla sua attenzione” (§ 44-47).

Non avrebbe senso osservare che la pronuncia della Corte europea fa riferimento alla difformità di giudizio verificatasi all'interno del medesimo ufficio giudiziario, in quanto da essa può con evidenza trarsi il principio più generale per cui l'uniformità di giudizio (anche quella tra diversi uffici giudiziari) costituisce obiettivo necessario da

raggiungere in funzione della tutela del diritto fondamentale protetto dall'art.6 della Convenzione.

A prescindere dai principi affermati dalla sentenza n.12408/2011 (e a prescindere dal criterio tabellare di volta in volta adottato) il giudice di merito sarebbe pertanto comunque tenuto, nella valutazione equitativa del danno non patrimoniale, ad interpretare l'art.1226 c.c. nel senso che è senz'altro imposta l'uniformità di trattamento, atteso che, come è noto, le norme della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti Umani e delle libertà fondamentali, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, integrano norme "interposte" tra la Costituzione e la legge ordinaria e, sebbene non siano immediatamente applicabili dal giudice nazionale, vincolano quest'ultimo a condurre un'interpretazione "conforme" delle norme di diritto interno, nonché, ove tale interpretazione non sia consentita dal testo normativo, a sollevare l'eccezione di illegittimità costituzionale della regola di diritto interno per violazione del parametro costituzionale - l'art. 117 Cost. - che consente l'ingresso di tali norme nell'ordinamento dello Stato italiano (Corte Cost. nn. 348 e 349/2007).

I criteri attualmente utilizzati per l'esercizio del potere giudiziale di liquidazione equitativa del danno alla persona sono costituiti dalle tabelle giudiziali e, per le lesioni derivanti da sinistri stradali che non superino il 9% di invalidità permanente (cd. micropermanenti), dalle tabelle ministeriali emesse in base all'art. 139 del codice delle assicurazioni private (d. lgs. n. 209 del 2005), le quali, pur prevedendo percentuali di personalizzazione in relazione alle condizioni soggettive del danneggiato nel caso concreto, fissano tuttavia un limite massimo.

L'art. 138 del codice delle assicurazioni prevede la predisposizione di una tabella governativa unica anche per le lesioni di non lieve entità che determinino un'invalidità permanente tra il 10% e il 100% (cd. macropermanenti) ma questa norma non è stata ancora attuata.

Le tabelle ministeriali previste per le lesioni derivanti da incidenti stradali dagli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209/2005, troveranno applicazione anche in ambito di responsabilità sanitaria (art. 7, comma 4, legge 8 marzo 2017, n. 24).

Un limite massimo stabilisce altresì il d.d.l. recante "Modifiche alle disposizioni per l'attuazione del codice civile in materia di determinazione e risarcimento del danno non patrimoniale", approvato nella scorsa legislatura dalla Camera dei deputati (AC 1063) ed attualmente all'esame del Senato (AS 2755).

Questo disegno di legge, precisamente, prevede l'introduzione, dopo l'art. 84 delle disposizioni di attuazione del codice civile, di un'ulteriore norma (l'art. 84 bis), la quale

dovrebbe prevedere, al primo comma, i criteri di liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dell'integrità psico-fisica e di quello derivante dalla perdita di un rapporto di tipo familiare, attraverso il rinvio alle tabelle contenute negli allegati alle medesime disposizioni, da aggiornarsi annualmente con decreto del Ministro della salute; mentre, al secondo comma, dovrebbe prevedere che l'ammontare del danno così liquidato «può essere aumentato dal giudice in misura non superiore al 50 per cento con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato».

La previsione legislativa di un limite massimo alla liquidazione giudiziale del danno alla persona collide con il principio del danno effettivo, alla stregua del quale il risarcimento deve coprire integralmente il pregiudizio subito dalla vittima dell'illecito.

Si discute peraltro se tale principio abbia copertura costituzionale.

Mentre la dottrina appare divisa, la Corte Costituzionale ha dato soluzioni diversificate che sembrano lasciare il problema aperto:

*a)* Corte Cost., n. 157/2011 ha dichiarato inammissibile per carenza di prospettazione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 del Codice delle assicurazioni private, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 76 Cost., nella parte in cui tale norma, prevedendo un risarcimento del danno biologico basato su rigidi parametri fissati da tabelle ministeriali, non consentirebbe di giungere ad un'adeguata personalizzazione del danno;

*b)* Corte Cost., n. 132/1985 ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'art. 2 Cost., della legge di esecuzione della Convenzione di Varsavia sul trasporto aereo internazionale del 1929, nella parte in cui ha dato esecuzione all'art. 22 della Convenzione medesima, che prevede limitazioni alla responsabilità del vettore per i danni subiti dai passeggeri. Premesso che il legislatore deve soddisfare le esigenze di contemperamento tra la tutela del diritto al risarcimento integrale, quando il bene leso dal sinistro è l'incolumità fisica o la vita (che trova copertura costituzionale nell'art. 2 Cost.) e quella dell'iniziativa economica connessa con il traffico aereo, la quale riveste indubbia e crescente utilità sociale, ed è anch'essa costituzionalmente protetta, fin dove giunge la garanzia dell'art. 41 Cost. - e premesso pertanto che in tale prospettiva la limitazione della responsabilità del vettore si appalesa giustificata solo in quanto siano al tempo stesso predisposte adeguate garanzie di certezza od adeguatezza per il ristoro del danno - la Corte ha rilevato che le limitazioni risarcitorie previste dalla Convenzione di Varsavia, risalente al 1929, stipulata in un'epoca in cui l'industria del trasporto



aereo, ancora all'inizio ed esposta a sensibile rischio, richiedeva adeguate misure protettive, non costituiscono strumento adeguato a soddisfare le predette esigenze e si traducono in una previsione ingiustificata nella quale difetta del tutto la tutela del danneggiato;

c) Corte Cost., n.235/2014 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 139 del codice delle assicurazioni, sul rilievo che l'introdotta meccanismo "standard" di quantificazione del danno, attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica, lascia spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio risultante dall'applicazione delle tabelle, che può essere maggiorato di un quinto avuto riguardo alle condizioni soggettive del danneggiato.

Con questa sentenza la Corte Costituzionale ha espressamente richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia 23 gennaio 2014 C371/12, emessa in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la quale aveva affermato la conformità alle direttive europee che regolano la materia dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile dalla circolazione di autoveicoli, della legislazione nazionale volta a stabilire "un particolare sistema di risarcimento dei danni morali derivanti da lesioni corporali di lieve entità causate da sinistri stradali, che limita il risarcimento di tali danni rispetto a quanto ammesso in materia di risarcimento di danni identici risultanti da cause diverse da detti sinistri".

La circostanza che al problema dell'eventuale copertura costituzionale del principio dell'integralità del risarcimento del danno alla persona non è stata data ancora una risposta definitiva da parte del giudice delle leggi, apre alla possibilità che la questione sia nuovamente sottoposta alla Corte Costituzionale, specie se dovesse entrare in vigore il nuovo disegno di legge volto a prevedere un tetto massimo in via generale, senza avere riguardo alle particolari circostanze del caso concreto.

La norma volta a prevedere una siffatta limitazione, in grado di pregiudicare la riparazione integrale del pregiudizio all'integrità psico-fisica della persona, potrebbe infatti essere ritenuta in contrasto con l'art. 2 Cost. in quanto lesiva della dignità della persona umana.

## **5. Nuove linee evolutive del danno non patrimoniale. Le pronunce del 2018.**

Le più recenti decisioni della Suprema Corte sembrano muoversi nel sentiero di una rimediazione del sistema delineato nel 2008.

-In particolare, **Sez. 3, n. 901/2018, Travaglino, RRvv. 647125-01, 647125-02, 647125-03, 647125-04**, muovendo dalla considerazione che l'ordinamento positivo riconosce unicamente le fattispecie del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, ha precisato che a quest'ultimo va bensì attribuita natura unitaria e omnicomprensiva ma in un senso diverso da quello delle pronunce del 2008. La natura unitaria sta a significare che devono essere trattate allo stesso modo, ai fini dell'accertamento e della liquidazione, le lesioni di tutti i diritti costituzionalmente protetti, si tratti di quello alla salute o di altro diritto. La natura omnicomprensiva sta invece a significare che, nella liquidazione di qualsiasi pregiudizio, il giudice deve tenere conto di tutte le conseguenze che sono derivate dall'evento di danno, nessuna esclusa, pur nella necessità di evitare duplicazioni risarcitorie. Si delinea in tal modo la nuova nozione di danno non patrimoniale sia sotto il profilo del danno-evento che del danno-conseguenza.

-Il danno-evento è costituito dalla lesione di un'indispensabile situazione soggettiva protetta a livello costituzionale (oltre alla salute, il rapporto familiare e parentale l'onore, la reputazione, la libertà religiosa, il diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario, l'ambiente, il diritto di libera espressione del pensiero, il diritto di difesa, di associazione, di libertà religiosa, ecc.).

-Il danno-conseguenza è costituito dalle due ripercussioni che ognuno di questi "vulnera" naturalisticamente produce: quella che si colloca all'interno della persona (la sofferenza morale in tutti i suoi aspetti, quali il dolore, la vergogna, il rimorso, la disistima di sé la malinconia, la tristezza) e quella che si colloca all'esterno della persona (l'alterazione della vita quotidiana nel suo aspetto dinamico-relazionale).

-Questa duplice epifania delle conseguenze del danno non patrimoniale (sofferenza interiore, da un lato; incidenza sugli aspetti relazionali della vita della persona, dall'altro) non potrebbe essere cancellata dalle sovrastrutture giuridiche con le quali si è cercato di eliminare l'autonomia del danno morale, in quanto essa non solo sarebbe apprezzabile nell'ordine fenomenico-naturalistico, ma troverebbe fondamento anche nel diritto positivo: da un lato, infatti, la tesi predicativa di una pretesa "unitarietà omnicomprensiva" del danno biologico sarebbe stata smentita, al massimo livello interpretativo, dalla

stessa Corte Costituzionale, la quale, con la citata sentenza n. 235 del 2014, per un verso, avrebbe limitato l'applicazione del meccanismo "standard" di quantificazione del danno al solo settore delle lesioni di lieve entità, mentre, per altro verso avrebbe escluso che la norma erroneamente tacciata di incostituzionalità (l'art. 139 del codice delle assicurazioni) precluda la risarcibilità anche del danno morale, lasciando al giudice la possibilità di personalizzare il risarcimento per adeguarlo alle peculiarità del caso concreto; dall'altro lato, il nuovo testo dell'art. 138 del medesimo codice delle assicurazioni (di recente riformulato dalla l. n. 124 del 2017) avrebbe individuato nel danno morale da lesione dell'integrità fisica una imprescindibile componente del danno non patrimoniale.

-La doppia dimensione fenomenologica del danno non patrimoniale dà luogo, dunque, a due conseguenze distinte, entrambi autonomamente risarcibili senza che ciò costituisca alcuna duplicazione risarcitoria. Il giudice deve pertanto procedere alla liquidazione sia del danno morale (attribuendo un valore alla sofferenza interna subita dalla persona) sia del danno dinamico-relazionale, attribuendo un prezzo alla modificazione peggiorativa esterna della sua vita di relazione. In entrambi i casi, peraltro, la liquidazione deve essere subordinata all'accertamento della conseguenza dannosa, la quale va provata di volta in volta con tutti i mezzi di prova normativamente previsti, anche mediante presunzioni.

-Il necessario corollario di tutto il ragionamento è che, mentre non vi è duplicazione risarcitoria tra danno dinamico-relazionale (anche qualificabile come danno esistenziale o danno alla vita di relazione) e danno morale (trattandosi delle due conseguenze distinte della lesione non patrimoniale), invece non potrebbe, in aggiunta al danno esistenziale, liquidarsi autonomamente e distintamente il danno biologico, trattandosi di pregiudizio incidente, come il primo, sull'aspetto dinamico-relazionale della persona.

La linea di tendenza iniziata con la sentenza n. 901/2018 è proseguita con **Sez. 3, n. 7513/2018, Rossetti, Rv. 648303-01** e con **Sez. 3, n. 23469/2018, Scoditti, RRvv. 650858-01, 650858-02, 650858-03**. Tale linea di tendenza può sintetizzarsi attraverso i seguenti principi:

a) Sul piano del diritto positivo, l'ordinamento riconosce e disciplina (soltanto) le fattispecie del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale (artt. 2059 c.c.; 185 c.p.).

b) La natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale deve essere interpretata, sul piano delle categorie giuridiche, rispettivamente nel senso: a) di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione economica; b) di

onnicomprensività intesa come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative “in pejus” della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall’evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, a seguito di articolata, compiuta ed esaustiva istruttoria, ad un accertamento concreto e non astratto del danno, all’uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.

*c)* Nel procedere all’accertamento ed alla quantificazione del danno risarcibile, il giudice di merito, alla luce dell’insegnamento della Corte costituzionale (sentenza n. 235/2014) e del recente intervento del legislatore (riformulazione degli artt. 138 e 139 Codice delle assicurazioni ad opera dell’art. 1, comma 17, della l. n. 124 del 2017, i quali ora consentono di distinguere definitivamente il danno dinamico-relazionale causato dalle lesioni da quello morale), deve congiuntamente, ma distintamente, valutare la reale fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l’aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale, sub specie del dolore, della vergogna, della disistima di sé, della paura, della disperazione) quanto quello dinamico-relazionale (cd. danno esistenziale o alla vita di relazione, destinato ad incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto).

*d)* Nella valutazione del danno alla salute, in particolare - ma non diversamente che in quella di tutti gli altri danni alla persona conseguenti alla lesione di un valore o interesse costituzionalmente protetto - il giudice dovrà, pertanto, valutare tanto le conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale - che si collocano nella dimensione del rapporto del soggetto con se stesso - quanto quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della sua vita (che si dipanano nell’ambito della relazione del soggetto con la realtà esterna, con tutto ciò che costituisce “altro da sé”).

*e)* In presenza di un danno permanente alla salute, la misura “standard” del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata, nella sua componente dinamico-relazionale, solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale, eccezionali ed affatto peculiari: le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l’ “id quod plerumque accidit” (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento.

*f)* Nel caso di lesione della salute, costituisce, pertanto, duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico - inteso, secondo la stessa definizione legislativa, come danno che esplica incidenza sulla vita quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamico relazionali - e del danno cd. esistenziale, appartenendo tali cd. "categorie" o "voci" di danno alla stessa area protetta dalla norma costituzionale (l'art. 32 Cost.).

*g)* Non costituisce duplicazione risarcitoria, di converso, la differente ed autonoma valutazione compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute.

*h)* In assenza di lesione della salute, ogni "vulnus" arrecato ad un altro valore o interesse costituzionalmente tutelato andrà specularmente valutato ed andrà accertato, all'esito di compiuta istruttoria, e in assenza di qualsiasi automatismo, il medesimo, duplice aspetto, tanto della sofferenza morale, quanto della privazione o diminuzione o modificazione delle attività dinamico-relazionali precedentemente esplicate dal soggetto danneggiato.

Le due fondamentali implicazioni del nuovo sistema sul versante liquidatorio, sono state ulteriormente evidenziate da **Sez. 3, n. 27482/2018, Olivieri, Rv. 651338-01** e da **Sez. 3, n. 20795/2018, Porreca, Rv. 650413-01**, che hanno confermato, rispettivamente, per un verso, la differenza ontologica tra danno morale e danno biologico e, per l'altro, l'identità concettuale tra quest'ultimo e il danno esistenziale, facendone coerentemente derivare, nel primo caso, la necessità di una distinta ed autonoma valutazione e, nel secondo, l'inaffidabilità della duplice liquidazione.

La riemersione dell'autonomia concettuale del danno morale (per l'innanzi relegato a mera componente del danno biologico), quale una delle due necessarie conseguenze della lesione dei valori della persona, ha permesso, infine (**Sez. 3, n. 26727/2018, Graziosi, Rv. 650909-01**), di recuperare, altresì, la specifica figura del "danno morale terminale", peraltro mai abbandonata (v., ad es., Sez. 3, n. 23183/2014, Sestini, Rv. 633238-01; Sez. 3, n.21060/2016, Scarano, Rv. 642934-01), ma difficilmente collocabile, sotto il profilo della coerenza sistematica, nel quadro delineato dalle pronunce del 2008.



## **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'intermediario finanziario.

#### **1. Premessa.**

Il “sottosistema” della responsabilità civile elaborato dalla giurisprudenza di legittimità nei diversi ambiti di esercizio delle professioni intellettuali, anche nel corso dell'anno 2018, è stato oggetto di numerose pronunce che hanno riguardato un triplice ordine di temi ricorrenti: l'ambito di estensione della diligenza qualificata esigibile da parte del professionista, il contenuto dell'inesatto adempimento ed 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.

La Suprema Corte ha, in primo luogo, confermato la valutazione rigorosa della regola che impone al professionista una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego degli strumenti tecnici adeguati al tipo di attività dovuta; in secondo luogo, si è pronunciata sul tema della violazione del diritto di autodeterminarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali determinata dalla colpevole condotta dell'esercente la professione sanitaria ed infine, ha regolato la messa a fuoco delle regole di riparto degli oneri probatori tra paziente e medico in relazione sia al dedotto inadempimento o all'inesatto adempimento della prestazione sanitaria sia al denunciato inadempimento all'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente, a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute.

La casistica affrontata in tema di diligenza, con particolare riguardo alla responsabilità del medico chirurgo, ha ribadito che la

diligenza nell'adempimento della prestazione professionale deve essere valutata assumendo a parametro non la condotta del buon padre di famiglia, ma quella del debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176, comma 2 c.c., con la conseguenza che, in presenza di paziente con sintomi aspecifici, il sanitario è tenuto a prenderne in considerazione tutti i possibili significati ed a segnalare le alternative ipotesi diagnostiche. Nella specie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva ritenuto diligente la condotta del medico il quale in presenza di sintomi aspecifici (quali svenimento e cefalea, non univocamente riconducibili ad un aneurisma cerebrale, ma nemmeno tali da escluderlo) aveva ommesso di prescrivere al paziente tempestivi approfondimenti diagnostici con particolare riguardo alla TAC cranica (**Sez. 3, n. 30999/2018, Rossetti, Rv. 651668-01**). Con riferimento, inoltre, al contenuto dell'obbligo di diligenza che grava su ciascun componente dell'*equipe* medica è stato affermato che esso comprende non solo le specifiche mansioni a lui affidate, ma anche il controllo sull'operato e sugli errori altrui che siano evidenti e non settoriali, sicché rientra tra gli obblighi di ogni singolo componente della *equipe* chirurgica, sia esso in posizione sopra o sotto ordinata, anche quello di prendere visione, prima dell'operazione, della cartella clinica contenente tutti i dati per verificare la necessità di adottare particolari precauzioni imposte dalla specifica condizione del paziente ed eventualmente segnalare, anche senza particolari formalità, il suo motivato dissenso rispetto alle scelte chirurgiche effettuate ed alla scelta stessa di procedere all'operazione, potendo solo in tal caso esimersi dalla concorrente responsabilità dei membri dell'*equipe* nell'inadempimento della prestazione sanitaria. Nella specie, il secondo aiuto di una *equipe* chirurgica, pur avendo correttamente eseguito i compiti di sua stretta competenza, aveva ommesso di rilevare che il paziente versava in condizioni fisiche alterate, individuabili attraverso gli esami ematici presenti nella cartella, tali da sconsigliare altamente l'intervento operatorio, peraltro non necessario né urgente. (**Sez. 3, n. 2060/2018, Rubino, Rv. 647907-01**).

Quanto all'obbligo di diligenza in materia di danni derivanti da emotrasfusioni, è stato riaffermato che non risponde per inadempimento contrattuale la singola struttura ospedaliera, pubblica o privata, inserita nella rete del servizio sanitario nazionale, che abbia utilizzato sacche di sangue, provenienti dal servizio di immunoematologia trasfusionale della USL, preventivamente sottoposte ai controlli richiesti dalla normativa dell'epoca, esulando in tal caso dalla diligenza a lei richiesta il dovere di conoscere e attuare



le misure attestate dalla più alta scienza medica a livello mondiale per evitare la trasmissione del virus, almeno quando non provveda direttamente con un autonomo centro trasfusionale (**Sez. 6-3, n. 7884/2018, Cirillo, Rv. 648285-01**, conformemente a quanto già affermato da Sez. 3, n.3261/2016, Carluccio, Rv. 638929-01). Inoltre, atteso che l'attività di trasfusione era già connotata da obiettiva pericolosità anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 5, comma 7, del d.l. n. 443 del 1987, conv., con modif. dalla l. n. 531 del 1987 (che ha stabilito l'obbligo per le USL di compiere preventivi controlli del sangue da destinare alle trasfusioni, al fine di accertare l'assenza del virus HIV) è stato ritenuto che l'inosservanza della normativa esistente, del protocollo, delle linee guida e delle *leges artis*, emanati allo scopo di evitare i rischi specifici, configura grave inadempimento contrattuale del medico per condotta commissiva ed omissiva, imputabile anche alla struttura sanitaria ex art. 1228 c.c. (**Sez. 6-3, n. 7814/2018, Scarano, Rv. 648351-01**, come già ritenuto da Sez. 3, n. 9315/2010, Chiarini, Rv. 612440-01).

Sul tema della violazione del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali determinata dalla colpevole condotta dell'esercente la professione sanitaria, la Corte di legittimità si è pronunciata formulando una serie di interessanti precisazioni.

Diverse pronunce hanno toccato il tema del contenuto dell'obbligo del medico di informare il paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, non imprevedibili dell'atto terapeutico.

Nel caso in cui l'atto sia stato correttamente eseguito *secundum legem artis*, la Corte ha affermato che 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. (Fattispecie nella quale, **Sez. 3, n. 2369/2018, Gianniti, Rv. 647593-01**, ha cassato la sentenza di merito che, relativamente alla accertata mancanza di consenso di una paziente rispetto ad un intervento di salpingectomia quale complicanza di un parto cesareo, aveva affermato la responsabilità del medico senza valutare se la paziente, ove adeguatamente informata dell'intervento di sterilizzazione tubarica, avrebbe rifiutato la prestazione).

Nel caso in cui il medico esegua un esame diagnostico, è stato precisato che grava su questi l'obbligo di informare il paziente, in forma completa e con modalità congrue al livello di conoscenze

scientifiche dello stesso, sugli esiti dell'accertamento, sul grado di rischio delle patologie riscontrate e sulla necessità ed urgenza di ulteriori approfondimenti diagnostici, dal cui inadempimento può conseguire in capo al paziente un danno da perdita di *chance* di guarigione o di sopravvivenza; questo danno presuppone che il paziente, benché malato grave o anche gravissimo, abbia tuttavia ancora dinanzi - ove la condotta medica fosse corretta - la possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione o una sopravvivenza di entità consistente, misurabile in termini di anni (cd. lungo-sopravvivenza) e va distinto dal diverso pregiudizio alla qualità della vita nel tempo conclusivo dell'esistenza, il quale presuppone, invece, che il paziente versi nella condizione di malato terminale, la cui sopravvivenza - sempre nell'ipotesi di condotta medica corretta - sia circoscritta ad un tempo limitato, misurabile in termini di poche settimane o di pochi mesi. (**Sez. 3, n. 06688/2018, Graziosi, Rv. 648486-01**).

In una fattispecie di responsabilità del medico per erronea diagnosi concernente il feto e conseguente nascita indesiderata, la Suprema Corte ha ritenuto che il risarcimento dei danni, che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della struttura sanitaria all'obbligazione di natura contrattuale gravante sulla stessa, spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sulla procreazione cosciente e responsabile, considerando che, agli effetti negativi della condotta del medico ed alla responsabilità della struttura ove egli opera non può ritenersi estraneo il padre che deve, perciò, considerarsi tra i soggetti "protetti" e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta è qualificabile come inadempimento, con il correlato diritto al risarcimento dei conseguenti danni, immediati e diretti, fra cui deve ricomprendersi il pregiudizio patrimoniale derivante dai doveri di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli. (**Sez. 3, n. 02675/2018, Di Florio, Rv. 647937-01**). Nella specie, era stato eseguito in maniera erronea un intervento di raschiamento uterino in seguito ad una non corretta diagnosi di aborto interno, accertata dopo la ventunesima settimana e, quindi, oltre il termine previsto dalla l. n. 194 del 22 maggio 1978, con la conseguenza che la gravidanza era proseguita e si era conclusa con la nascita indesiderata di una bambina).

Con una successiva rilevante pronuncia emessa in relazione alla domanda di risarcimento dei danni parentali conseguenti al decesso di un congiunto, avvenuto a causa di errori diagnostici che

ritardarono di oltre due anni la diagnosi di un tumore polmonare, la Corte ha ritenuto che l'attività del giudice debba tenere distinta la dimensione della causalità da quella dell'evento di danno e debba altresì adeguatamente valutare il grado di incertezza dell'una e dell'altra, muovendo dalla previa e necessaria indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento, secondo il criterio civilistico del "più probabile che non", e procedere, poi, all'identificazione dell'evento di danno, la cui riconducibilità al concetto di *chance* postula una incertezza del risultato sperato, e non già il mancato risultato stesso, in presenza del quale non è lecito discorrere di una *chance* perduta, ma di un altro e diverso danno; ne consegue che, provato il nesso causale rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze dannose risarcibili, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente. (**Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-03**. In applicazione di tale principio, è stata cassata con rinvio la sentenza di merito la quale, nel rigettare la domanda, aveva escluso che l'inadempimento dei sanitari avesse ridotto la *chance* di guarigione del paziente, sul rilievo che la morte si sarebbe comunque verificata, omettendo così di identificare correttamente l'evento di danno nella perdita anticipata della vita e nella peggiore qualità della stessa).

Sotto altro profilo, è stato precisato che il ritardo diagnostico di una patologia ad esito certamente infausto, non coincide con la perdita di *chances* connesse allo svolgimento di specifiche scelte di vita non potute compiere, ma con la lesione di un bene di per sé autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale, tale da non richiedere l'assolvimento di alcun ulteriore onere di allegazione argomentativa o probatoria e da giustificare una condanna al risarcimento del danno sulla base di una liquidazione equitativa. (**Sez. 3, n. 7260/2018, Dell'Utri, Rv. 647957-01**).

In via più generale, infine, è stato riaffermato che l'omessa acquisizione del consenso informato preventivo al trattamento sanitario - fuori dai casi in cui lo stesso debba essere praticato in via d'urgenza e il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà - determina la lesione in sé della libera determinazione del paziente, quale valore costituzionalmente protetto dagli artt. 32 e 13 Cost., quest'ultimo ricomprendente la libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio corpo, a prescindere quindi dalla presenza di conseguenze negative sul piano della salute, e dà luogo ad un danno non patrimoniale autonomamente risarcibile, ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.. (**Sez. 3, n. 17022/2018, D'Arrigo, Rv. 649442 - 01**).

Nello stesso ambito, ma sul piano probatorio, è stato precisato che il danno-conseguenza derivante dalla lesione del diritto fondamentale all'autodeterminazione, determinata dalla violazione da parte del medico dell'obbligo di acquisire il consenso informato, non necessita di specifica prova, salva la possibilità di contestazione della controparte e di allegazione della prova, da parte del paziente, di fatti a sé ancora più favorevoli di cui intenda giovare a fini risarcitori (**Sez. 3, n. 11749/2018, Spaziani, Rv. 648644 - 01**).

Sullo stesso piano, è stato ribadito che il pregiudizio non patrimoniale debba superare ai fini risarcitori la soglia della tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e non essere futile ovvero consistere in meri fastidi e disagi (Sez. 3, n. 2847/2010, Amatucci, Rv. 611428 – 01, richiamata in motivazione da **Sez. 3, n. 20885/2018, Rubino, Rv. 650433-01**). Nello stesso solco, inoltre, è stata ribadita per un verso la risarcibilità del danno riflesso subito dal coniuge del paziente che sia conseguenza della condotta di violazione della regola del consenso informato in danno di quest'ultimo (**Sez. 3, n. 26728/2018, Fiecconi, Rv. 651140-02**) e per l'altro, la sussistenza della responsabilità dell'aiuto chirurgo per non aver assicurato l'informazione dovuta, aggiuntiva a quella che grava sul capo *equipe* esecutore dell'operazione, in caso di omessa acquisizione del consenso medico informato, soprattutto nel caso in cui l'aiuto chirurgo abbia in precedenza consigliato al paziente l'esecuzione dell'intervento. (**Sez. 3, n. 26728/2018, Fiecconi, Rv. 651140-01**).

E' stato altresì chiarito che l'inadempimento all'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente assume diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute. Nel primo caso, l'omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia *ex se* una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario, nel secondo l'incidenza eziologica del *deficit* informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova - che, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., grava sul danneggiato - del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso. (**Sez. 3, n. 19199/2018, Olivieri, Rv. 649949-01**). In applicazione del principio, la Corte ha confermato la sentenza di merito con la quale, nella specie, era stata respinta la domanda di

risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale sul presupposto che non solo gli attori non avevano allegato il presunto dissenso del congiunto, ma dalle risultanze istruttorie erano emersi elementi, come l'assenza di soluzioni terapeutiche alternative e il fatto che in precedenza il paziente si era sottoposto ad interventi analoghi, che deponevano per la presunzione di consenso al trattamento sanitario).

Una nutrita serie di altre pronunce hanno affrontato la questione relativa ai criteri di riparto dell'onere della prova del nesso causale tra insorgenza o aggravamento della patologia e condotta del medico e, dando seguito alla scelta di campo formulata dalle pronunce Sez. 3, n. 18392/2017, Scoditti, Rv. 645164-01 e Sez. 3, n. 29315/2017, Sestini, Rv. 646653-01, hanno ribadito che grava sul paziente l'onere di dimostrare l'esistenza del nesso causale, dando prova che la condotta del sanitario è stata secondo il criterio funzionale del "più probabile che non" causa del danno; con la conseguenza che nei casi in cui essa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata (**Sez. 3, n. 3704/2018, Tatangelo, Rv. 647948-01** e **Sez. 3, n. 20812/2018, Pellicchia, Rv. 650417-01**). Nello stesso solco, è stato precisato che la prova dell'inadempimento del medico non è sufficiente ad affermarne la responsabilità per la morte del paziente, occorrendo altresì il raggiungimento della prova del nesso causale tra l'evento e la condotta inadempiente, secondo la regola della riferibilità causale dell'evento stesso all'ipotetico responsabile secondo il criterio del "più probabile che non" (**Sez. 3, n. 21008/2018, Gorgoni, Rv. 650183-01**). In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, ove il danneggiato abbia assolto all'onere di provare il nesso causale tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, spetta alla struttura 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; nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda risarcitoria proposta dalla paziente (in relazione a un ictus cerebrale che l'aveva colpita a seguito di un esame angiografico), sul rilievo che la consulenza tecnica d'ufficio espletata aveva evidenziato l'esistenza di diversi fattori, indipendenti dalla suddetta condotta, che avevano verosimilmente favorito l'evento lesivo (**Sez. 3, n. 26700/2018, Guizzi, Rv. 651166 - 01**).

Sul versante dell'accertamento dell'efficienza concausale di un peggioramento stato morboso del paziente (nella specie, leucomalacia

periventricolare - danno alla sostanza bianca presente nel cervello) sindrome antecedente priva di interdipendenza funzionale con l'accertata condotta colposa del sanitario (nella specie, intempestivo intervento di taglio cesareo di fronte a sofferenza fetale acuta), ma dotata di efficacia concausale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica riscontrata, è stato ritenuto che alla stessa 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. (**Sez. 3, n. 20829/2018, Scarano, Rv. 650420-02**, conformemente a quanto già affermato da Sez. 3, n. 03893/2016, Scarano, Rv. 639350). E' stato, viceversa, escluso che in sede di quantificazione del danno il giudice possa procedere ad alcuna diminuzione del *quantum debeatur* in ragione dello stato di vulnerabilità dei danneggiati rispetto alla "normalità" degli altri consociati. (**Sez. 3, n. 20836/2018, Fanticini, Rv. 650421-02**).

Per ultimo, sul piano processuale, la Corte di legittimità ha formulato due rilevanti precisazioni; con la prima, ha chiarito che ai fini dell'individuazione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti ragione della domanda di risarcimento del danno da responsabilità medica ai sensi dell'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c., è imprescindibile l'espressa indicazione di quelli, tra i fatti storici oggetto della pregressa narrazione, sui quali è fondata la *causa petendi*, non essendo sufficiente la mera attività narrativa senza alcuna esplicitazione in merito all'essere quei fatti "ragione della domanda". (**Sez. 3, n. 10577/2018, Frasca, Rv. 648595-01**); con la seconda, ha affermato che la chiamata di terzo formulata dal convenuto in un giudizio di risarcimento dei danni (nella specie, l'Azienda Ospedaliera convenuta aveva chiamato in causa il proprio dipendente medico-chirurgo indicandolo come soggetto (cor)responsabile della pretesa fatta valere dall'attore) con la quale chieda di essere manlevato in caso di accoglimento della pretesa attorea, senza porre in dubbio la propria legittimazione passiva, costituisce una ipotesi di chiamata in garanzia, nella quale non opera la regola della automatica estensione della domanda al terzo chiamato, atteso che la posizione assunta dal terzo nel giudizio non contrasta, ma anzi coesiste, con quella del

convenuto rispetto all'azione risarcitoria, salvo che l'attore danneggiato proponga nei confronti del chiamato (quale coobbligato solidale) una nuova autonoma domanda di condanna. (**Sez. 3, n. 30601/2018, Olivieri, Rv.651852-01**).

### **3. La responsabilità dell'avvocato.**

Con riferimento alle obbligazioni inerenti le prestazioni professionali in ambito legale, la Corte di legittimità ha, per un verso, ribadito e, per l'altro, precisato alcune affermazioni già formulate in passato in tema di diligenza del professionista avvocato nei confronti del cliente.

In via generale è stato ribadito che l'incarico professionale va considerato unitariamente anche quando vi siano stati più gradi di giudizio e indipendentemente dal fatto che sia stata conferita una nuova procura al medesimo difensore per il grado successivo; da tale circostanza, infatti, discende la prosecuzione dell'affare di cui il legale era stato incaricato dal cliente e non il suo esaurimento, sicché il cliente, alla data di pubblicazione della sentenza non impugnabile che definisce il giudizio, può ancora opporre l'eccezione d'inadempimento, ex art. 1460 c.c., per avere l'avvocato violato l'obbligo di diligenza professionale. (**Sez. 2, n. 18858/2018 Rv. 649704-01** che in motivazione richiama la costante giurisprudenza in materia Sez. 2, n. 13774/2004, Scherillo, Rv. 574870-01).

Per altro verso, in tema di responsabilità dell'avvocato verso il cliente, è stato riaffermato il principio per il quale viene meno ai propri obblighi di diligenza il professionista che, dopo aver trascritto, in favore del cliente, un sequestro conservativo su un immobile, successivamente alienato dal debitore, non provveda agli adempimenti necessari per la conversione del sequestro in pignoramento, al fine di rendere inopponibile al creditore la suddetta alienazione, ai sensi dell'art. 2906, comma 1, c.c. (**Sez. 3, n. 24519/2018, Guizzi, Rv. 651134-01**). Nello stesso solco, è stato affermato che la scelta di una determinata strategia processuale può essere foriera di responsabilità nei confronti del difensore, purché la sua inadeguatezza al raggiungimento del risultato perseguito dal cliente sia valutata dal giudice di merito ex ante, in relazione alla natura e alle caratteristiche della controversia e all'interesse del cliente ad affrontarla con i relativi oneri, dovendosi in ogni caso valutare anche il comportamento successivo tenuto dal professionista nel corso della lite; pertanto, in relazione ad una causa che presenti un'elevata probabilità di soccombenza per il proprio cliente, il

difensore che abbia accettato l'incarico non può poi disinteressarsene del tutto, incorrendo in responsabilità professionale ove esponga il cliente all'incremento del pregiudizio iniziale, se non altro a causa delle spese processuali cui lo stesso va incontro per la propria difesa e per quella della controparte. (**Sez. 3, n. 30169/2018, Fiecconi, Rv. 651847-01**). Nella specie ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità professionale dell'avvocato il quale, pur avendo sconsigliato il cliente di svolgere l'opposizione a decreto ingiuntivo dal sicuro esito sfavorevole, aveva accettato l'incarico in considerazione della sua impossibilità di onorare nell'immediato il debito, adoperandosi successivamente nel corso della lite per addivenire a una transazione, tuttavia non accettata dal cliente).

Con specifico riguardo alla disciplina delle spese processuali, la Corte ha chiarito che l'attività del difensore senza procura (perché inesistente, falsa o rilasciata da soggetto diverso da quello dichiaratamente rappresentato o per processi o fasi diverse da quelle in cui l'atto è speso) non riverbera alcun effetto sulla parte e resta attività processuale di cui il legale assume esclusivamente la responsabilità, ne consegue che il procedimento sarà definito con declaratoria di inammissibilità e a soccombere sulla questione pregiudiziale della carenza di procura, rilevabile d'ufficio, è soltanto l'avvocato che ha sottoscritto, e fatto notificare, l'atto introduttivo del giudizio, né può trovare applicazione l'esonero dalle spese processuali, previsto dall'art. 152 disp. att. c.p.c., per "il lavoratore soccombente", non rientrando lo stesso in tale categoria. (**Sez. L, n. 15305/2018, Calafiore, Rv. 649253-01**).

Degna di menzione in ambito processuale è l'affermazione ribadita dalla Corte per la quale, in assenza di una espressa volontà della parte circa il carattere congiuntivo del mandato alle liti, è valido il ricorso per cassazione sottoscritto da due avvocati, di cui uno solo iscritto nell'albo degli avvocati abilitati alla difesa innanzi alle giurisdizioni superiori, atteso che l'avvocato abilitato, apponendo la firma sul ricorso, fa proprio il contenuto dell'atto e ne assume in pieno la paternità e la responsabilità nei riguardi della parte assistita, della controparte e del giudice, mentre rimane irrilevante l'altra sottoscrizione. (**Sez. 2, n. 6736/2018, Besso Marcheis, Rv. 647855-01**). Nello stesso ambito, la Corte ha osservato che il cosiddetto vizio di sussunzione censurabile dal giudice di legittimità può consistere o nell'assumere la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista non è idonea a regolarla, oppure nel trarre dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, conseguenze giuridiche che



contraddicano la pur corretta sua interpretazione; si trattava, nella specie, della responsabilità professionale di un avvocato in relazione al ritardato deposito del ricorso in cassazione cui era seguita la declaratoria di improcedibilità (nel cassare la sentenza impugnata, **Sez. 3, n. 10320/2018, Guizzi, Rv. 648593-01** - ponendosi in motivazione in consapevole contrasto con altra precedente pronuncia della stessa sezione, Sez. 3, n. 3355/2014, Cirillo, Rv. 630155-01 - ha ritenuto che la valutazione prognostica compiuta dal giudice di merito circa il probabile esito dell'impugnazione, dichiarata improcedibile, non concretasse un mero giudizio di fatto, ma si traducesse in un vizio di sussunzione delle norme sull'accertamento del nesso causale tra la condotta omissiva del professionista e l'evento di danno lamentato dal cliente).

#### **4. La responsabilità del notaio.**

Con riferimento alle obbligazioni inerenti le prestazioni professionali del notaio, la casistica si è arricchita fornendo il giudice di legittimità alcune interessanti indicazioni in tema di diligenza e buona fede e di limiti oltre i quali non può ritenersi sussistente la responsabilità.

Sotto il primo profilo, la Corte ha riaffermato il principio secondo cui il notaio - 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, 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, mentre 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. (**Sez. 3, n. 13362/2018, Scarano, Rv. 648795-01**).

Nel caso di accertata responsabilità per condotta omissiva consistita nella mancata verifica dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie su immobili, è stato precisato che non sussiste la responsabilità professionale del notaio quando sia provato che il contraente interessato a tale informazione conosceva l'esistenza di quelle

formalità. (**Sez. 3, n. 17010/2018, Scarano, Rv. 649439-01**; nella specie, in un giudizio risarcitorio promosso dagli acquirenti di un immobile nei confronti del notaio richiesto della redazione dell'atto pubblico di compravendita, la Corte ha ritenuto idoneo ad attestare la conoscenza, da parte dei compratori, dell'ipoteca gravante sul bene il fatto che nel contratto fosse stata inserita una clausola, sia pure seguita da annotazione di annullamento, contenente l'impegno della parte venditrice a provvedere alla cancellazione dell'iscrizione pregiudizievole). In un altro caso di accertata responsabilità per condotta omissiva consistita nel mancato accertamento dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie e di pignoramenti sull'immobile, la Corte di legittimità ha ritenuto che il notaio rogante può essere condannato al risarcimento per equivalente commisurato, quanto al danno emergente, all'entità della somma complessivamente necessaria perché l'acquirente conseguia la cancellazione del vincolo pregiudizievole, la cui determinazione deve essere rimessa al giudice di merito. (**Sez. 3, n. 15761/2018, Di Florio, Rv. 649416-01**).

Infine, in un'altra fattispecie avente ad oggetto la vendita di terreni dei quali l'alienante assuma di avere acquistato la proprietà per usucapione senza il relativo accertamento giudiziale, il notaio rogante, vincolato all'obbligo di informazione e chiarimento nei confronti delle parti, è tenuto a precisare nell'atto, dopo averlo accertato, che il compratore ha ben chiaro il rischio che assume con l'acquisto dal preteso usucapiente, mediante apposita clausola da menzionare nel quadro "D" della nota di trascrizione, al fine di segnalare altresì a terzi la carenza della pubblica fede notarile con riguardo alla provenienza dell'immobile ed all'inesistenza di formalità pregiudizievoli. (**Sez. 2, n. 32147/2018, Scarpa, Rv.652047-01**).

## **5. La responsabilità del commercialista.**

Nella materia che concerne la responsabilità del professionista nella predisposizione delle dichiarazioni fiscali, la Corte ha ribadito che vale il principio in base al quale la domanda di rimborso dell' IVA va tenuta distinta da quella di compensazione dell'imposta con altro debito fiscale, con la conseguenza che, laddove l'istanza del contribuente sia formulata in termini di compensazione, e non denoti l'inequivocabile volontà di ottenere il rimborso del credito (mediante l'indicazione del credito nel quadro "RX4" nella dichiarazione annuale), non si applica il termine ordinario decennale di prescrizione, bensì quello di decadenza biennale previsto dall'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 546 del 1992. ((Nella specie, la Corte ha dichiarato

inammissibile l'impugnazione avverso la sentenza con cui il giudice di merito aveva considerato ascrivibile alla responsabilità professionale di un commercialista la perdita del diritto al rimborso del credito IVA di una società sua cliente, per non aver compilato l'apposito quadro della dichiarazione dei redditi, indicandolo invece come credito di cui si chiedeva la compensazione. **Sez. 3, n. 30168/2018, Fiecconi, Rv. 651846-01).**

## **6. La responsabilità dell'intermediario finanziario.**

Con diverse pronunce rese nel corso del 2018, la Corte di legittimità è tornata sulla questione del regime di distribuzione dell'onere della prova nei giudizi relativi agli obblighi informativi nei contratti d'intermediazione finanziaria, con particolare riferimento al sistema normativo delineato dagli artt. 21 e 23 del d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF) e dal reg. Consob n. 11522 del 1998. Per un verso, ha ribadito che la mancata prestazione delle informazioni dovute ai clienti da parte della banca intermediaria ingenera una presunzione di riconducibilità alla stessa dell'operazione finanziaria, dal momento che l'inosservanza dei doveri informativi da parte dell'intermediario, costituisce di per sé un fattore di disorientamento dell'investitore che condiziona in modo scorretto le sue scelte di investimento; tale condotta omissiva, pertanto, è normalmente idonea a cagionare il pregiudizio lamentato dall'investitore, il che, tuttavia, non esclude la possibilità di una prova contraria da parte dell'intermediario circa la sussistenza di sopravvenienze che risultino atte a deviare il corso della catena causale derivante dall'asimmetria informativa (**Sez. 1, n. 3914/2018, Dolmetta, Rv. 647234-01; Sez. 6 - 1, n. 24142/2018, Rv. 650611-01**); per l'altro, ha ritenuto che la normativa sopra meglio richiamata, in armonia con la regola generale stabilita dall'articolo 1218 c.c., impone all'investitore, il quale lamenti la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario, nel quadro dei principi che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova, di allegare specificamente l'inadempimento di tali obblighi, mediante la pur sintetica ma circostanziata individuazione delle informazioni che l'intermediario avrebbe ommesso di somministrare, nonché di fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno, nesso che sussiste se, ove adeguatamente informato, l'investitore avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole; incombe invece sull'intermediario provare che tali informazioni sono state fornite, ovvero che esse esulavano

dall'ambito di quelle dovute. (**Sez. 1, n. 10111/2018, Di Marzio, Rv. 648553-01**).

In tema di risarcimento del danno per la perdita del capitale investito dovuta all'acquisto di un prodotto finanziario e ragionando sulla medesima questione del regime del riparto degli oneri probatori tra le parti, la Suprema Corte ha affermato - in continuità con l'orientamento prevalente emerso nella giurisprudenza di legittimità (Sez. 1, n. 11904/2014, Di Amato, Rv. 631487-01; Sez. 1, n. 23417/2016, Micolino, non mass.; Sez. 1, n. 12544/2017, Dolmetta, Rv. 644206-01)- che grava sull'intermediario, da un lato, l'onere di provare di aver adempiuto positivamente agli obblighi informativi relativi non solo alle caratteristiche specifiche dell'investimento ma anche al grado effettivo di rischiosità e che grava sull'investitore, dall'altro, quello di provare il nesso causale consistente nell'allegazione specifica del *deficit* informativo nonché di fornire la prova del pregiudizio patrimoniale dovuto all'investimento eseguito, potendosi fornire la prova presuntiva del nesso causale tra l'inadempimento ed il danno lamentato. In applicazione di tale collaudato schema di riparto degli oneri probatori, ha precisato che la prova dell'avvenuto puntuale adempimento degli obblighi informativi non può essere ritenuta ininfluenza in considerazione dell'elevata propensione al rischio dell'investitore dalla quale desumere che quest'ultimo avrebbe comunque accettato il rischio ad esso connesso dal momento che l'accettazione consapevole di un investimento finanziario non può che fondarsi sulla preventiva conoscenza delle caratteristiche specifiche del prodotto, in relazione a tutti gli indicatori della sua rischiosità. (**Sez. 1, n. 4727/2018, Acerno, Rv. 647617-01**; nella specie, è stata cassata con rinvio la sentenza di merito che aveva escluso la sussistenza del nesso causale tra l'inadempimento ed il danno, sul rilievo che dalla prova testimoniale espletata era emerso che l'eventuale violazione degli obblighi informativi non avrebbe comunque inciso sulla decisione dell'investitore, orientato da un intento speculativo).

Nello stesso ambito, ma con riferimento alla disciplina che pone a carico dell'intermediario la responsabilità solidale per i danni arrecati a terzi dal promotore finanziario nello svolgimento delle incombenze affidategli, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale (art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998), la Corte ha ribadito il regime di riparto degli oneri probatori, affermando che incombe all'investitore l'onere di provare l'illiceità della condotta del promotore, mentre spetta all'intermediario di provare che l'illecito sia stato consapevolmente

agevolato in qualche misura dall'investitore. In applicazione di tale regime di allegazione e prova, la responsabilità dell'intermediario deve essere esclusa ove il danneggiato ponga in essere una condotta agevolatrice che presenti connotati di anomalia, vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, verificandosi in tal caso l'interruzione del nesso di occasionalità necessaria tra il fatto produttivo di danno e l'esercizio delle mansioni cui il promotore finanziario sia adibito, costituente condizione necessaria e sufficiente della responsabilità oggettiva del preponente. (**Sez. 3, n. 25374/2018, Scarano, Rv. 651163-01**). Nella specie, è stata ritenuta l'estraneità dell'intermediario rispetto alla condotta illecita posta in essere dal proprio promotore finanziario ai danni di risparmiatori e consistita nell'aver consegnato direttamente al promotore, loro congiunto, rilevanti somme senza chiedere copia del contratto di gestione sottoscritto dall'intermediario e senza verificare personalmente, presso la sede di quest'ultimo, l'esistenza di un conto di gestione e delle specifiche operazioni finanziarie all'origine dei profitti riportati nei prospetti contabili ricevuti direttamente dal promotore e da questi falsificati). In base allo stesso principio è stato affermato come l'elemento sintomatico dell'anomalia della condotta del danneggiato può essere palesata da elementi presuntivi, quali il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle stesse, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso iter funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche. (**Sez. 3, n. 30161/2018, Scarano, Rv. 651665-01**).

Sul versante processuale, la Corte ha chiarito che non è improponibile l'azione intrapresa dall'investitore italiano nei confronti della banca intermediaria nell'acquisto di *bond* argentini e fondata sulla nullità, l'annullamento o la risoluzione per inadempimento, del contratto di intermediazione finanziaria, oppure sulla responsabilità risarcitoria dell'intermediario in conseguenza degli obblighi che ad esso fanno carico, per effetto della mera pendenza del giudizio arbitrale, precedentemente intrapreso dall'investitore innanzi all'*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), ai sensi dell'art. 8, comma 4, della l. n. 334 del 1993, di ratifica dell'Accordo di Buenos Aires tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica argentina del 22 maggio 1990, perché le due azioni si differenziano riguardo ai

soggetti, al *petitum* ed alla *causa petendi*. (Sez. 1, n. 29354/2018, Falabella, Rv. 651479-01).

## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **LA DISTRIBUZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA DEL NESSO CAUSALE NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE, IN SPECIE PROFESSIONALE MEDICA E DELL'INTERMEDIARIO FINANZIARIO.**

(DI IRENE AMBROSI)

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. Assetti consolidati della giurisprudenza di legittimità in tema di distribuzione dell'onere della prova del nesso causale. – 2.1. Nell'ambito della responsabilità contrattuale. – 2.2. Sul versante della responsabilità professionale sanitaria – 2.3. Sul versante della responsabilità nell'ambito della intermediazione finanziaria. – 2.4. Nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale. – 3. Indirizzi attuali e tecniche di riequilibrio dell'onere probatorio nella responsabilità medica. – 3.1. (*segue*) L'impatto della nuova disciplina della responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie. – 4. Indirizzi attuali e tecniche di alleggerimento dell'onere probatorio del nesso causale nei rapporti di intermediazione finanziaria. – 5. Linee di tendenza e possibili prospettive.

#### **1. Posizione del problema.**

Il tema della distribuzione dell'onere della prova del nesso causale nei giudizi di responsabilità civile relativi a rapporti obbligatori contrattuali ed extracontrattuali attiene al ruolo assunto dalle parti sia in senso sostanziale nell'ambito dell'autonomia negoziale sia in senso processuale.

Il primo profilo evoca molteplici specie di obbligazioni, all'apparenza tra loro distanti, che strutturalmente condividono elementi ricorrenti, da un lato, il necessario conseguimento di una abilitazione e l'iscrizione ad un albo per l'esercizio di una professione o di un'attività protette e, dall'altro lato, l'affidamento riposto nell'esecuzione della prestazione di chi abbisogna dell'opera del professionista.

Il secondo profilo inerisce alla regola generale che governa il giuoco delle parti nel processo riguardo agli oneri di allegazione e di prova, senza riferimento a specifici tipi di domande, che fa gravare l'onere probatorio su quella delle parti che sia *in possesso degli elementi utili* per promuovere la pretesa o paralizzare la pretesa della controparte, secondo un ragionevole principio di vicinanza.

L'analisi che ci si accinge a compiere intende tirare le fila degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in materia, attraverso l'esame di quelli tradizionali sino ai più

recenti, con particolare riferimento ai diversi ambiti della responsabilità professionale medica e di quello della responsabilità da attività di intermediazione finanziaria.

## **2. Assetti consolidati della giurisprudenza di legittimità in tema di distribuzione dell'onere della prova del nesso causale.**

### **2.1. Sul versante della responsabilità contrattuale,**

la giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato l'esigenza di omogeneità del regime dell'onere della prova per ciascuna delle azioni previste dall'art. 1453 c.c. «*secondo un criterio di ragionevolezza*»<sup>2</sup>, tenuto conto che la domanda di adempimento, quella di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno da inadempimento, si collegano tutte al medesimo presupposto, costituito dall'inadempimento. L'identità del regime probatorio, è stata giustificata, inoltre, in ragione di una ulteriore esigenza di ordine pratico, quella di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza nel contempo penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente; quindi il principio di vicinanza della prova è stato individuato come criterio di riequilibrio che pone «*l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia quella diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento*»<sup>3</sup>.

Pertanto, grava sul debitore l'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento e tale onere appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c. che distingue tra tali fatti costitutivi e fatti estintivi, atteso che la prova dell'adempimento (*fatto estintivo* del diritto azionato dal creditore) spetta al debitore convenuto che dovrà dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione 4. Viceversa, grava sul creditore che agisca per la

---

<sup>2</sup> Cfr., Sez. U. n. 13533/2001, in motivazione, punto 2.2.2.

<sup>3</sup> *Ibidem*, Sez. U. n. 13533/2001, in motivazione, punto 2.2.3.

<sup>4</sup> In tal senso Sez. U. n. 13533/2001, Preden, Rv. 549956-01. In motivazione, punto 1.2.1... Va notato che la fattispecie esaminata era riferita



risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, l'onere di provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte.

Egual regime di riparto dell'onere della prova è stato ritenuto applicabile anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento<sup>5</sup>.

Il regime di riparto dell'onere della prova del nesso causale così delineato in ambito contrattuale è stato adottato anche nei settori della responsabilità civile professionale in ambito sanitario e della responsabilità derivante dalle attività e dalle prestazioni di servizi di intermediazione finanziaria con alcune peculiarità di cui si darà conto nei seguenti paragrafi.

## **2.2. Sul versante della responsabilità professionale sanitaria,**

Le Sezioni Unite hanno chiarito che la questione del regime del riparto dell'onere della prova del nesso causale andava depurata dai riflessi che in essa proiettava la tradizionale distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi «che, se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio»<sup>6</sup>. Secondo tale superata impostazione, si riteneva che, nelle obbligazioni di mezzi - essendo aleatorio il risultato - incombesse sul creditore l'onere di provare che il mancato risultato fosse dipeso da scarsa diligenza e che, nelle obbligazioni di risultato,

---

*ad un contratto a prestazioni corrispettive, azione di risoluzione e conseguente preteso risarcimento del danno per inadempimento.*

<sup>5</sup> L'orientamento consolidato, citato nelle note precedenti, ha poi esteso la stessa esigenza di omogeneità del regime probatorio assegnato alle ipotesi di inadempimento anche a quelle di inesatto adempimento, allorché si lamenti, ad esempio, la violazione dei doveri accessori come quello di informazione ovvero la mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o la difformità quantitativa o qualitativa dei beni. Pertanto, anche in tale ambito è stato poi applicato il principio di sufficienza dell'allegazione, facendo gravare sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

<sup>6</sup> Così, Sez. U., n. 577/2008, Segreto, Rv. 600903-01.

invece, incombesse sul debitore l'onere di provare che il mancato risultato fosse dipeso da causa a lui non imputabile.

Depurato da tali riflessi, il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2967 c.c. in materia di responsabilità contrattuale è stato ricostruito in modo identico *«sia che il creditore agisca per l'adempimento della obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato»*.

Nella fattispecie allora esaminata concernente il danno da contagio per epatite derivato da emotrasfusione con sangue infetto, le Sezioni Unite trasposero, quindi, i principi enucleati in tema di responsabilità contrattuale da inadempimento in quelli cosiddetti contratti "di spedalità" o di "assistenza sanitaria" vigenti nel rapporto tra paziente e medico, ricondotti a loro volta nell'ambito della responsabilità contrattuale mediante la teoria del contatto sociale.

Più precisamente, al riguardo, affermarono che, per un verso, gravava sul danneggiato l'onere di provare il contratto (o il contatto) relativo alla prestazione sanitaria ed allegare l'inadempimento qualificato (e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno, sostenendo che il medico e la struttura sanitaria erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto) e per l'altro, che la struttura sanitaria e il medico in essa operante, dovevano fornire la prova *«che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero»*<sup>7</sup>.

Pertanto, nel regime di riparto dell'onere probatorio della responsabilità contrattuale nell'ambito sanitario si giunse a gravare la parte debitrice, non soltanto dell'onere di dare la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento e dell'assenza di colpa, ma anche di dare prova, in caso di esistenza dell'inadempimento, della interruzione del nesso eziologico tra condotta e danno conseguente.

### **2.3. Sul versante della responsabilità nell'ambito della intermediazione finanziaria,**

la giurisprudenza di legittimità ha già da tempo affermato che la regola imposta ai soggetti abilitati nella

---

<sup>7</sup> Così, ancora, Sez. U., n. 577/2008, *Segreto*, Rv. 600903-01.

prestazione dei servizi e delle attività di investimento di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati" (art. 21, comma 1, lett. b) del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) induce a ritenere, sulla base del duplice riferimento alle *informazioni adeguate e necessarie e alla direzione dell'obbligo nei confronti del cliente*, che le informazioni debbano essere modellate alla luce della particolarità del rapporto con l'investitore, in modo da soddisfare le specifiche esigenze proprie di quel singolo rapporto all'investitore un'informazione adeguata in concreto<sup>8</sup>. La richiamata regola (in base alla quale in presenza di un'operazione non adeguata l'intermediario deve astenersi dal dare esecuzione all'operazione se prima non abbia avvertito l'investitore e ottenuto dal medesimo l'espressa autorizzazione ad agire ugualmente sulla base di un ordine contenente l'esplicito riferimento alle informazioni ricevute) trova applicazione con riferimento a tutti i servizi di investimento prestati nei confronti di qualsiasi investitore che non sia un operatore qualificato (sia con riguardo ai servizi di investimento nei quali sia ravvisabile una discrezionalità dell'intermediario, come ad esempio nel caso di contratti di gestione di portafogli di investimento, sia là dove l'operazione avvenga su istruzione del cliente, come, appunto, quando venga prestato il servizio di negoziazione o di ricezione e di trasmissione di ordini)<sup>9</sup>.

In tema di riparto dell'onere della prova nei contratti di intermediazione la Suprema Corte ha inteso applicare «il principio sull'onere della prova nella materia contrattuale enunciato dalle Sezioni unite (Sentenza n. 13533 del 30/10/2001) l'investitore dovrà allegare l'inadempimento di quelle obbligazioni disciplinate dal T.U.F. e dalla normativa regolamentare e dovrà fornire la prova del danno e del nesso

---

<sup>8</sup> Sez. 1, n. 17340/2008, *Giusti*, Rv.604058 – 01, nella specie, avente ad oggetto obbligazioni Mexico 10%, l'intermediario avrebbe dovuto darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto dall'investitore in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. All'operatività di detta regola - applicabile anche quando il servizio fornito dall'intermediario consista nell'esecuzione di ordini - non è di ostacolo il fatto che il cliente abbia in precedenza acquistato un altro titolo a rischio (nella specie, obbligazioni Telecom Argentina), perché ciò non basta a renderlo operatore qualificato ai sensi della normativa regolamentare dettata dalla Consob.

<sup>9</sup> In senso conforme, Sez. 1, Sentenza n. 22147/2010, *Cultrera*, Rv. 615478-01, più di recente, tra tante: Sez. 1, n. 1376/2016, *Valitutti*, Rv. 638414-01; Sez. 1, Sentenza n. 16861/2017, *Falabella*, Rv. 644971 – 01.

di causalità (quest'ultimo anche sulla base di presunzioni: cfr. Sez. 3<sup>^</sup>, n. 2305 del 02/02/2007) tra questo e l'inadempimento. L'intermediario, a sua volta, dovrà provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico e allegate come inadempite e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito con la specifica diligenza richiesta».<sup>10</sup>

Pertanto, 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, dal d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e dalla normativa secondaria - il riparto dell'onere della prova si atteggia nel senso che, per un verso, l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni 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 avere agito con la specifica diligenza richiesta<sup>11</sup>.

## **2.4. Nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale,**

le Sezioni Unite hanno preso come punto di riferimento iniziale (in assenza di norme civili che specificatamente regolino il rapporto causale) i principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p. e hanno chiarito che ciò che muta tra giudizio penale e giudizio civile è la regola probatoria che nel giudizio

---

<sup>10</sup> Così testualmente, Cfr. Sez. 1 n. 3773/2009, *Didone*, Rv. 606918-01 in motivazione p. 3.1. In particolare, la sentenza citata della Sez. 3, n. 2305/2007, *Spirito*, Rv. 595538-01 aveva ad oggetto pretesa risarcitoria ex art. art. 33 l. n. 287 del 1990 (norme per la tutela della concorrenza e del mercato) - a proposito della quale venne espresso il seguente principio di diritto "In siffatta azione l'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria) e il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque, concorso a produrlo". V. più di recente, in senso conforme, Sez. 1 n. 810/2016, *Nazzicone*, Rv. 638346-01.

<sup>11</sup> Sez. 1 n. 3773/2009, *Didone*, Rv. 606918-01

penale può essere sintetizzata nella regola della prova "oltre il ragionevole dubbio"<sup>12</sup> e che in quello civile può essere riassunta nella regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non"<sup>13</sup>.

Più in particolare, hanno precisato che le regole di riparto dell'onere probatorio in tema di responsabilità contrattuale -ove spetta al debitore fornire la prova del suo adempimento in ragione di tre concorrenti fattori: la presunzione di persistenza del diritto, la ravvisata omogeneità del regime dell'onere della prova per le azioni previste dall'art. 1453 c.c. e il criterio di vicinanza della prova<sup>14</sup>-, non possono essere trasposte nell'ambito della responsabilità extracontrattuale in ragione della differenza strutturale tra i due tipi di responsabilità.

L'orientamento consolidato ritiene quindi che nella responsabilità extracontrattuale l'onere della prova del nesso causale rimane pur sempre a carico dell'attore, stante il principio di cui all'art. 2697 c.c. in tema di *fatto costitutivo* del diritto azionato, ma tale prova può essere fornita tramite presunzioni allorquando il soggetto convenuto è obbligato sulla base di norme giuridiche o tecniche a predisporre la documentazione relativa alla condotta tenuta ed, avendone la disponibilità, non la fornisca ovvero non l'abbia mai predisposta; attraverso il meccanismo presuntivo riassume valore probatorio funzionale il criterio di vicinanza della prova e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. In proposito, la Suprema Corte ha osservato che «*dinanzi alla prova del nesso causale il danneggiato non è lasciato solo,*

---

<sup>12</sup> Regola enunciata dalle Sez. U, n. 30328/2002 (imp. Franzese), Canzio.

<sup>13</sup> La regola propria del giudizio civile è stata enunciata dalle Sez. U, n. 576/2008, Segreto, che hanno posto in risalto le peculiari incombenze probatorie del giudizio civile di danno, ponendo in evidenza che mentre il giudizio penale pone al centro dell'osservazione la figura dell'imputato ed il suo status libertatis, quello civile risarcitorio guarda al danneggiato ed alle sue posizioni soggettive giuridicamente protette. Di qui l'affermazione che, in tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è pur sempre regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen. (per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo), nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano, ad una valutazione ex ante, del tutto inverosimili, ferma restando, però, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio".

<sup>14</sup> In tal senso Sez. U, n. 13533/2001, Preden, Rv. 549956-01.

*ma a quest'ultimo va affiancato il soggetto evocato in giudizio nella veste di responsabile, ove egli sia tenuto per norma giuridica o tecnica a documentare la sua condotta o determinati fatti, emergendo cioè una situazione in cui entrambe le parti non possono rimanere inerti dinanzi al problema della causalità.»<sup>15</sup>.*

In applicazione di tale regola ed in tema di responsabilità da attività pericolosa in ipotesi di danno da contagio causato da emotrasfusioni, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la prova del nesso causale tra la specifica trasfusione ed il contagio da virus HCV resta pur sempre a carico dell'attore danneggiato e che tale prova può essere fornita anche tramite presunzioni ex art. 2729 c.c., in difetto di predisposizione (o anche solo di produzione in giudizio), da parte della struttura sanitaria, della documentazione obbligatoria sulla tracciabilità del sangue trasfuso al singolo paziente, e ciò in applicazione del criterio della vicinanza della prova<sup>16</sup>.

Nello stesso ambito di responsabilità aquiliana, con una significativa storica pronuncia è stata accertata la negligenza della Consob per avere permesso la diffusione di un prospetto informativo gravemente mendace nella comunicazione predisposta dal promotore finanziario dell'operazione di pubblica sottoscrizione di titoli atipici, il giudice del merito (nella specie, in sede di rinvio), nel quadro dei principi di equivalenza causale e di causalità adeguata di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., può ritenere che il comportamento omissivo dell'autorità di vigilanza costituisca causa della perdita subita dai risparmiatori, danneggiati dall'aver fatto affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto, e che, per converso, la condotta doverosa della medesima autorità preposta al settore del mercato mobiliare, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verifica dell'evento, perché, in presenza di un effettivo esercizio dei poteri di vigilanza e repressivi, l'investimento non ci sarebbe stato<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. Sez. U, n. 582/2008, Segreto, Rv. 600915-01, in motivazione, punto 6.3. Nella specie, era stato accertato che gli investitori avevano fatto affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto informativo e passati al vaglio della Consob e che anche i risparmiatori abituati a muoversi al di fuori delle tipologie più prudenti e con basso profilo di rischio si sarebbero diretti verso forme di investimento diverse, ove fossero stati a conoscenza della reale situazione del proponente l'operazione finanziaria.

<sup>16</sup> Cfr. Sez. U, n. 582/2008, Segreto, Rv. 600915-01 e in senso conforme: Sez. U, n. 584/2008, Segreto, Rv. 600920-01.

<sup>17</sup> Sez. 1, n. 4587/2009, Giusti, Rv. 606821 - 01).

### **3. Indirizzi attuali e tecniche di riequilibrio dell'onere probatorio nella responsabilità medica.**

In via generale, nell'ambito della responsabilità professionale medica, l'attuale indirizzo della giurisprudenza della Suprema Corte ha affermato che *«dal punto di vista del danneggiato la prova del nesso causale quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo che si sarà articolata mediante comportamenti positivi ed eventualmente omissivi si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento preteso di danno, che è rappresentato dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato»*,<sup>18</sup>.

Secondo tale indirizzo, precisato da due importanti pronunce della Terza Sezione civile rese nel corso dell'anno 2017<sup>19</sup>, grava quindi sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra l'azione o l'omissione del sanitario ed il danno di cui domanda il risarcimento.

Ciò viene espresso con le seguenti nette considerazioni, per un verso, che *«non solo il danno ma anche la sua eziologia è parte del fatto costitutivo che incombe all'attore di provare. Ed invero se si ascrive un danno ad una condotta non può non essere provata da colui che allega tale ascrizione la riconducibilità in via causale del danno a quella condotta.»* e, per l'altro, che *«Se, al termine dell'istruttoria, resti incerta la reale causa del danno, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano quindi sull'attore»*<sup>20</sup>.

Con la prima pronuncia la Corte si è fatta carico di chiarire l'apparente contrasto esistente tra il principio di diritto appena richiamato e quello costantemente reiterato dalla giurisprudenza tradizionale secondo cui nel giudizio di risarcimento del danno conseguente ad attività medico

---

<sup>18</sup> In tal senso, Sez. 3, n. 20904/2013, Frasca, Rv. 628993-01, in motivazione § 7.1; citata testualmente da Sez. 3 n. 18392/2017, Scoditti, Rv.645164, in motivazione punto 2.1.

<sup>19</sup> La prima: Sez. 3 n. 18392/2017, Scoditti, Rv.645164; la seconda: Sez. 3 n. 29315 del 07/12/2017, Sestini, Rv. 646653-01.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Sez. 3, n. 18392/2017, Scoditti, Rv.645164. Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la pronuncia di rigetto della pretesa risarcitoria formulata dalla coniuge di un paziente deceduto a seguito di arresto cardiaco sopravvenuto ad un intervento chirurgico di asportazione della prostata in quanto era mancata la dimostrazione del nesso causale tra l'intervento chirurgico e il successivo arresto cardiaco.

chirurgica, «l'attore danneggiato ha l'onere di provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato, ovvero che esso non sia stato causa del danno»<sup>21</sup>. Spiega, al riguardo, la Corte che la causa presa in esame da quest'ultimo principio non è quella della *fattispecie costitutiva* della responsabilità risarcitoria dedotta dal danneggiato, bensì quella della *fattispecie estintiva* dell'obbligazione opposta dal danneggiante; difatti, il riferimento nella giurisprudenza in discorso all'insorgenza (o aggravamento) della patologia come non dipendente da fatto imputabile al sanitario, ma ascrivibile ad evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza, e pertanto con onere probatorio a carico del danneggiante, evidenzia come in questione sia la fattispecie di cui agli artt. 1218 e 1256 c.c.<sup>22</sup>.

A questo proposito, la Suprema Corte ha fatto ricorso ai principi già enunciati in tema di ricognizione del complesso rapporto che corre tra il nesso di causa nella responsabilità medica e quello della colpa in relazione ai rispettivi specifici profili probatori<sup>23</sup>; ha ritenuto, pertanto, di distinguere, da un

---

<sup>21</sup> V. già Sez. U. n.577/2008; Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; 12 dicembre 2013, n. 27855; 21 luglio 2011, n. 15993 e

<sup>22</sup> Viene richiamata in proposito la pronuncia Sez. 3, n. 22222/2014, Scarano, Rv. 633277-01 che aveva espresso il seguente principio di diritto così individuato dall'ufficio del Massimario e del Ruolo:

«In tema di responsabilità civile derivante da attività medico-chirurgica, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento, con la conseguenza che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma rileva soltanto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, spettando, al sanitario la prova della particolare difficoltà della prestazione, in conformità con il principio di generale "favor" per il creditore danneggiato cui l'ordinamento è informato. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di risarcimento danni di una paziente per la lesione di una corda vocale conseguente ad un intervento di tiroidectomia, ritenendolo, da un lato, di non facile esecuzione ed omettendo, dall'altro, di valutare la condotta del medico specialista alla stregua del criterio di cui all'art. 1176, secondo comma, cod. civ.)».

<sup>23</sup> Cfr. per tutte: Sez. 3, n. 7997/2005, Travaglino, Rv. 582983-01, dalla quale sono stati tratti i seguenti principi dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo:



«In tema di responsabilità professionale del medico chirurgo, una accurata ricognizione del complesso rapporto intercorrente tra la fattispecie del nesso causale e quella della colpa, con specifico riferimento ai rispettivi, peculiari profili probatori, consente la enunciazione dei seguenti principi: 1) il nesso di causalità è elemento strutturale dell'illecito, che corre - su di un piano strettamente oggettivo e secondo una ricostruzione logica di tipo sillogistico - tra un comportamento (dell'autore del fatto) astrattamente considerato (e non ancora utilmente qualificabile in termini di "damnum iniuria datum") e l'evento; 2) nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento, si prescinde, in prima istanza, da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto "oggettivata", da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto logico di "previsione" insito nella categoria giuridica della colpa (elemento qualificativo dell'aspetto soggettivo del torto, la cui analisi si colloca in una dimensione temporale successiva in seno alla ricostruzione della complessa fattispecie dell'illecito); 3) il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato, o anche solo contribuito a generare, tale obbiettiva relazione col fatto deve considerarsi "causa" dell'evento stesso; 4) il nesso di causalità giuridica è, per converso, relazione eziologica per cui i fatti sopravvenuti, di per sè soli idonei a determinare l'evento, interrompono il nesso con il fatto di tutti gli antecedenti causali precedenti; 5) la valutazione del nesso di causalità giuridica, tanto sotto il profilo della dipendenza dell'evento dai suoi antecedenti fattuali, quanto sotto l'aspetto della individuazione del "novus actus interveniens", va compiuta secondo criteri a) di probabilità scientifica, ove questi risultino esaustivi; b) di logica, se appare non praticabile (o insufficientemente praticabile) il ricorso a leggi scientifiche di copertura; con l'ulteriore precisazione che, nell'illecito omissivo, l'analisi morfologica della fattispecie segue un percorso affatto speculare - quanto al profilo probabilistico - rispetto a quello commissivo, dovendosi, in altri termini, accertare il collegamento evento/comportamento omissivo in termini di probabilità inversa, onde inferire che l'incidenza del comportamento omesso si pone in relazione non/probabilistica con l'evento (che, dunque, si sarebbe probabilmente avverato anche se il comportamento fosse stato posto in essere), a prescindere, ancora, dall'esame di ogni profilo di colpa intesa nel senso di mancata previsione dell'evento e di inosservanza di precauzioni doverose da parte dell'agente. Di talchè, a titolo esemplificativo: 1) la morte caratterizzata da sintomatologia da avvelenamento e l'ingestione di diossina da parte del defunto sono vicende legate da un nesso causale predicabile sulla -sola- base di leggi di tipo chimico-scientifico; 2) la morte da infezione tetanica di un paziente operato per discopatia sarà, viceversa, casualmente collegata all'erronea diagnosi dell'infezione stessa e all'omesso intervento terapeutico/farmacologico sol che, al momento dell'insorgere della patologia, risulti probabile, ancora secondo regole scientifiche, che diagnosi e cure tempestive avrebbero potuto scongiurare l'esito letale - se risulti, cioè, specularmente improbabile, anche se solo possibile, che l'omissione sia stata causa dell'evento, sicchè la risposta negativa a tale quesito si pone come ostativa ad ogni ulteriore valutazione degli aspetti soggettivi del comportamento, quantunque predicabili in termini di gravissima negligenza, non essendo lecito procedere ad una sorta di "compensatio culpa cum causa"; 3) la mancata, opportuna sorveglianza di

lato, fra la causalità *materiale* relativa all'evento e causalità *giuridica* relativa al consequenziale danno e quella, dall'altro, concernente *la possibilità (rectius impossibilità) della prestazione*. In proposito, la Suprema Corte ha precisato che la causalità materiale e quella giuridica sono comuni ad ogni fattispecie di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e caratterizzano negli stessi termini, per un verso, gli oneri di allegazione e di prova gravanti sulla parte creditrice che lamenta *il danno, quale elemento costitutivo* della obbligazione dedotta in giudizio e, per l'altro verso, quelli gravanti sulla parte debitrice che deduce quale tema di prova *l'elemento estintivo* della pretesa obbligazione. Detta comunanza di oneri probatori si innesta sulle peculiarità strutturali delle due forme di responsabilità tenuto conto che nella contrattuale la colpa della parte debitrice è presunta.

Secondo la Corte di legittimità emerge in questo modo *un duplice ciclo causale*, l'uno relativo all'evento dannoso che deve essere provato dal creditore-danneggiato, l'altro relativo alla possibilità di adempiere che deve essere provato dal debitore-danneggiante; quindi, *«il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto). Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria,*

---

*un paziente ricoverato per un "night-hospital" perchè soggetto a crisi di epilessia - ricovero funzionale a prevenire tali crisi ovvero ad impedirne più gravi conseguenze - sarà, secondo un criterio logico (in assenza di una legge scientifica di copertura) la causa probabile di eventuali lesioni che il soggetto si procuri se assalito da una crisi improvvisa; 6) il positivo accertamento del nesso di causalità, che deve formare oggetto di prova da parte del danneggiato, consente il passaggio, logicamente e cronologicamente conseguente, alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, e cioè della sussistenza, o meno, della colpa dell'agente, che, pur in presenza di un comprovato nesso causale, potrebbe essere autonomamente esclusa secondo criteri (storicamente elastici) di prevedibilità ed evitabilità; 7) criteri funzionali all'accertamento della colpa medica - la prova della cui assenza grava, nelle fattispecie di responsabilità contrattuale, sul professionista/debitore - risultano quelli a) della natura, facile o non facile, dell'intervento del medico; b) del peggioramento o meno delle condizioni del paziente; c) della valutazione del grado di colpa di volta in volta richiesto (lieve, nonchè presunta, in presenza di operazione "routinarie"; grave, se relativa ad interventi che trascendono la preparazione media ovvero non risultino sufficientemente studiati o sperimentati, con l'ulteriore limite della particolare diligenza e dell'elevato tasso di specializzazione richiesti in tal caso); d) del corretto adempimento dell'onere di informazione e dell'esistenza del conseguente consenso del paziente.»*

*resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto.»<sup>24</sup>.*

Di sicuro rilievo, l'ulteriore precisazione compiuta a proposito del rapporto di propedeuticità tra i due cicli causali; secondo la Corte, una volta dimostrato da parte del danneggiato il primo ciclo causale relativo all'evento dannoso (ovvero che l'insorgenza o l'aggravamento di una patologia è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari), sorgerà per il danneggiante l'onere di provare il secondo ciclo ovvero che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato, è stato determinato da causa non imputabile (ovvero che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione)<sup>25</sup>.

Con la seconda pronuncia, la Terza Sezione Civile, è tornata sul tema della distribuzione degli oneri probatori in ordine al nesso causale al fine di ribadire che nei giudizi di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, così come in quelli di risarcimento del danno da fatto illecito, la condotta colposa del responsabile e il nesso di causa tra questa e il danno costituiscono l'oggetto di due accertamenti concettualmente distinti, cosicché la sussistenza della prima non comporta, di per sé, la dimostrazione del secondo e viceversa<sup>26</sup>.

Ciò deve tener conto delle differenze strutturali tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale per come tradizionalmente intese dalla giurisprudenza di legittimità; difatti, la previsione dell'art. 1218 cod. civ. solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento.

Al riguardo, a parere della Corte, il criterio della maggiore vicinanza della prova (secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla) non sussiste *«in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il*

---

<sup>24</sup> Sez. 3, n. 18392/2017, Scoditti, Rv.645164, in motivazione, punto 2.1.3.

<sup>25</sup> Cfr. Sez. 3, n. 18392/2017, Scoditti, Rv.645164, in motivazione, punto 2.1.3. ultimo cpv.

<sup>26</sup> Sez. 3 n. 29315 del 07/12/2017, Sestini, Rv. 646653-01. Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata che, tenendo conto delle risultanze della c.t.u. e degli esiti peritali del procedimento penale, aveva concluso nel senso della sussistenza di un'insuperabile incertezza sul nesso di causalità.

*danno lamentato dal creditore, rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 cod. civ. e non può che valere il principio generale sancito dall'art. 2697 c.c. che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa; ciò vale, ovviamente, sia in riferimento al nesso causale materiale (attinente alla derivazione dell'evento lesivo dalla condotta illecita o inadempiente) che in relazione al nesso causale giuridico (ossia alla individuazione delle singole conseguenze pregiudizievoli dell'evento lesivo); trattandosi di elementi egualmente "distanti" da entrambe le parti (e anzi, quanto al secondo, maggiormente "vicini" al danneggiato), non v'è spazio per ipotizzare a carico dell'asserito danneggiante una "prova liberatoria" rispetto al nesso di causa (a differenza di quanto accade per la prova dell'avvenuto adempimento o della correttezza della condotta)»<sup>27</sup>.*

Esclude inoltre la Corte che possa valere, in senso contrario, il fatto che l'art. 1218 c.c. faccia riferimento alla causa, laddove richiede al debitore di provare «che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile», atteso che la causa in questione, come già chiarito dal precedente cui espressamente si richiama (Sez. 3, n. 18392/2017), attiene alla «non imputabilità dell'impossibilità di adempiere», che si colloca nell'ambito delle cause estintive dell'obbligazione (costituenti «tema di prova della parte debitrice») e concerne un «ciclo causale» che è del tutto distinto da quello relativo all'evento dannoso conseguente all'adempimento mancato o inesatto.

Viene dunque riaffermato il principio di diritto secondo cui nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento (onere che va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno), con la conseguenza che, se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata.

Conclude, infine, nel confermare che questo meccanismo di distribuzione degli oneri probatori in tema di nesso non si pone in contrasto con quanto affermato dalle Sezioni Unite (Sez. U. n. 577/2008), secondo cui «in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità

---

<sup>27</sup> In proposito viene richiamata la notissima, già citata, pronuncia delle Sezioni Unite n.13533/2001 in tema di criterio della maggiore vicinanza della prova

*professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante».*

Spiega efficacemente la Corte in proposito che «tale principio venne infatti affermato a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato" allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare - di per sé, ed in assenza di fattori alternativi "più probabili", nel caso singolo di specie- la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta (sì che la prova della prestazione sanitaria conteneva in sé quella del nesso causale), con la conseguenza che non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, secondo il criterio generale di cui all'art. 2697, 2° co. c.c.. (e non -si badi- la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.)».

Nel corso dell'anno 2018 una serie di altre pronunce ha affrontato la medesima questione dando seguito alla scelta di campo formulata dalle richiamate pronunce dell'anno precedente.

In particolare, è stato ribadito il principio secondo cui grava sul paziente l'onere di dimostrare l'esistenza del nesso causale, dando prova che la condotta del sanitario è stata secondo il criterio funzionale del "più probabile che non" causa del danno; con la conseguenza che nei casi in cui essa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata<sup>28</sup>. Nello stesso solco, è stato precisato che la prova dell'inadempimento del medico non è sufficiente ad

---

<sup>28</sup> V. Sez. 3, n. 3704/2018, *Tatangelo*, Rv. 647948-01, ove la S.C. ha ritenuto la decisione impugnata corretta ed in linea con i principi di diritto da applicarsi in tema di prova della colpa e del nesso di causa in quanto "per un verso accertata in via positiva che i trattamenti sanitari prestati furono adeguati (e precisamente in relazione alla scelta iniziale dell'induzione farmacologica al parto naturale ed alla tempestività dell'intervento con il parto cesareo nel momento dell'insorgenza dei primi segni di sofferenza fetale) e, per altro verso, (segnatamente alla somministrazione dell'ossitocina ed al monitoraggio cardiaco della nascita), dà atto che non è stata fornita la prova che l'evento lesivo possa essere ricondotto causalmente a tali trattamenti" (punto 3.4. in motivazione) e Sez. 3, n. 20812/2018, *Pellecchia*, Rv. 650417-01, ove la S.C. ha ritenuto "corretta la decisione della Corte territoriale la quale ha fatto discendere il rigetto della domanda dalla incertezza circa la correlazione causale tra la malattia che si asserisce essere stata incorsa al momento dell'accesso (la trombo embolia polmonare), e non individuata dai medici e l'ictus". V. in motivazione punto 4.2.

affermarne la responsabilità per la morte del paziente, occorrendo altresì il raggiungimento della prova del nesso causale tra l'evento e la condotta inadempiente, secondo la regola della riferibilità causale dell'evento stesso all'ipotetico responsabile secondo il criterio del "più probabile che non"<sup>29</sup>. Infine, nell'ambito della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, è stato confermato che ove il danneggiato abbia assolto all'onere di provare il nesso causale tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, spetta alla struttura 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<sup>30</sup>.

### **3.1. (segue) L'impatto della nuova disciplina della responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie.**

E' di sicuro rilievo osservare come l'indirizzo attuale della giurisprudenza di legittimità si è manifestato in un contesto temporale e normativo quasi coevo alla introduzione nell'ordinamento della nuova disciplina della responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie contenuta nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (cd. legge Gelli-Bianco); l'intento perseguito dal legislatore con l'introduzione della novellata disciplina, ritenuto da più parti ormai ineluttabile, è stato, all'evidenza, quello di porre rimedio al fenomeno della medicina cd. difensiva che ha proiettato riflessi negativi sia in

---

<sup>29</sup> V. Sez. 3, n. 21008/2018, Gorgoni, Rv. 650183-01. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva escluso la responsabilità del medico per la morte di un paziente causata da un aneurisma, pur in presenza del comportamento inadempiente del sanitario consistito nell'omesso espletamento di visita domiciliare, in quanto non era possibile affermare che, in caso di visita tempestiva, il paziente avrebbe avuto ragionevoli probabilità di guarigione, tenuto conto della difficoltà di identificare l'aneurisma e di intervenire sul medesimo chirurgicamente, e, dunque, dell'assenza di fattori che probabilisticamente riconducessero alla detta omissione l'evento morte, il quale, statisticamente, si sarebbe comunque verificato nel 58% dei casi).

<sup>30</sup> Cfr. Sez. 3, n. 26700/2018, Guizzzi, Rv. 651166-01. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda risarcitoria proposta dalla paziente (in relazione a un ictus cerebrale che l'aveva colpita a seguito di un esame angiografico), sul rilievo che la consulenza tecnica d'ufficio espletata aveva evidenziato l'esistenza di diversi fattori, indipendenti dalla suddetta condotta, che avevano verosimilmente favorito l'evento lesivo.

termini di cure inappropriate nei confronti dei pazienti sia in termini di costi economici sulle finanze dello Stato e delle Regioni, nonché in quello speculare del contenimento dei costi assicurativi (per la mancanza di un preciso tetto tabellare ai temuti risarcimenti del danno non patrimoniale da *medical malpractice*)<sup>31</sup> e per ultimo, quello, neppure velato, di porre un freno al governo giurisprudenziale della materia con un ritorno alla disciplina positiva. In coerenza con quest'ultimo fine, viene prevista in tema di responsabilità civile del medico una disposizione-monito del seguente tenore: "le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile" (art.7, comma 5).

In particolare, con la nuova disciplina viene operato un mutamento di titolo della responsabilità sul lato rapporto paziente-medico ed essa sembra travolgere l'assetto giurisprudenziale tradizionale derivante dall'applicazione della teoria del contatto sociale qualificato - che, a partire dalla sentenza Sezioni Unite n. 589 del 1999 - aveva ricondotto la responsabilità medica al titolo della responsabilità contrattuale - ed instaurare un regime binario di responsabilità: contrattuale per la struttura ed extracontrattuale per il medico.

Meno chiaro è se la legge in esame abbia inteso ribaltare la natura del *titolo* della responsabilità civile del medico, ovvero abbia inteso soltanto richiamare *la forma* nella quale ricondurre la responsabilità (del medico operante nella struttura sanitaria) di difficile collocazione all'interno delle fonti delle obbligazioni<sup>32</sup>.

Precisamente, la nuova disciplina prevede che "l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi

---

<sup>31</sup> In dottrina, di recente, la responsabilità medica è stata acutamente definita come "frontiera avanzata" della responsabilità civile. Così, E. Quadri, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, *Resp. civ. e prev.* 2017, 28.

<sup>32</sup> Come opportunamente osservato da autorevole dottrina, «la stessa qualificazione professionale del medico genera inevitabilmente un affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di un contatto sociale funzionale, cioè originariamente volto ad uno specifico fine, «affidamento dal quale, in forza del principio di buona fede, nascono obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che si interpongono tra la condotta e il danno e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto aquiliano», Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 482-483.

dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.” (art. 7 comma 3).

E' evidente che l'avvenuto mutamento della forma alla quale ricondurre la responsabilità del medico ha un rilevante impatto sugli ambiti sostanziali e processuali della disciplina ovvero in tema di prescrizione, dell'accertamento della colpa, dei criteri di riparto dell'onere probatorio e dei criteri di liquidazione del danno.

Sul piano del termine di prescrizione del diritto (5 anni per la responsabilità extracontrattuale e 10 anni per quella contrattuale). In proposito, può prefigurarsi l'applicazione del termine prescrizione più lungo nel caso l'atto medico integri reato (sebbene le pene previste per l'omicidio colposo e per le lesioni colpose potrebbero allungare il termine di prescrizione di un ulteriore anno, portandolo a 6 anni).

Sul piano dell'onere probatorio, dovendo il paziente fornire la prova del fatto illecito nella responsabilità extracontrattuale, mentre in caso di inadempimento contrattuale è la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria - a dover fornire la prova di aver adempiuto o esattamente adempiuto la propria prestazione.

Sul piano della colpa, il giudice “tiene conto” nella determinazione del danno della condotta del medico (art. 7, comma 3), ovvero se lo stesso si sia attenuto alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate, fatte salve le specificità del caso concreto ed in mancanza delle suddette raccomandazioni, si sia attenuto alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 5, comma 1).

Infine, sul piano dei criteri di liquidazione del danno, il risarcimento dei danni causati dal medico strutturato saranno risarciti secondo criteri stabiliti dal codice delle assicurazioni per la liquidazione del danno alla persona causato da sinistri stradali ex artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (art. 7 comma 4)<sup>33</sup>.

I richiamati effetti imporranno la verifica della tenuta degli approdi giurisprudenziali sino ad ora consolidati in ambito sanitario, soprattutto con riferimento al tema del riparto degli oneri di allegazione e prova.

---

<sup>33</sup> Va al riguardo precisato che la disposizione era già stata prevista dal d.l. 13 settembre 2012 n. 158 (decreto Balduzzi). Va sottolineato pure che le tabelle macro permanenti previste nella delega contenuta nell'art. 138 del codice delle assicurazioni non hanno ancora visto la luce.



#### **4. Indirizzi attuali e tecniche di alleggerimento dell'onere probatorio del nesso causale nei rapporti di intermediazione finanziaria.**

La questione relativa alla distribuzione degli oneri probatori in tema di nesso di causalità continua ad impegnare la Suprema Corte anche con riferimento agli ambiti di responsabilità derivanti dagli obblighi informativi previsti nei contratti d'intermediazione finanziaria dal sistema normativo delineato nel d.lgs. n. 58 del 1998 (TUF) e nel reg. Consob n. 11522 del 1998.

Con quattro pronunce rese nel corso dell'anno 2018, la Prima Sezione Civile ha avuto modo di riaffermare la cogenza dell'obbligo informativo gravante sull'intermediario finanziario consistente nel fornire all'investitore una informazione adeguata *in concreto*, tale cioè da soddisfare specifiche esigenze del singolo rapporto in relazione alle caratteristiche personali del cliente e alla sua situazione finanziaria e nel formulare indicazioni idonee a descrivere la natura, la quantità e la qualità dei prodotti finanziari e a rappresentarne la specifica rischiosità.

Con le prime due pronunce la Corte ha ritenuto che «la mancata prestazione dell'informazione, che risulta prestata dall'intermediario ingenera una presunzione di riconducibilità ad essa dell'operazione»<sup>34</sup> e, nello stesso senso, che «l'assolvimento dell'obbligo informativo è a carico dell'intermediario, e non corrisponde alla mera assenza di negligenza, ma deve concretizzarsi nella prova positiva della diligenza, mentre l'investitore è tenuto ad allegare specificamente il deficit informativo ed a fornire la prova dell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale dovuto all'investimento od agli investimenti eseguiti.»<sup>35</sup>. Ciò è giustificato dalla considerazione secondo cui «il comportamento in concreto tenuto dall'intermediario in punto di informazione del prodotto viene di per sé assunto come uno dei momenti costitutivi - sul piano strutturale - delle singole decisioni di investimento che vengono assunte dal risparmiatore.».

In ordine alla prova del nesso causale dovuto dall'investitore, la Corte ha affermato che questi «deve allegare e provare che la perdita patrimoniale è eziologicamente riconducibile, anche in via non esclusiva, (la concorrenza di

---

<sup>34</sup> Sez. 1, n. 3914/2018, *Dolmetta*, Rv. 647234-01. che testualmente richiama Sez. 1, n. 23417/2016, *Mercolino*, non mass..

<sup>35</sup> Sez. 1, n. 4727/2018, *Acierno*, Rv. 647617-01.

altri fattori o della condotta del creditore determinerà effetti sulla attribuzione della responsabilità per intero o parziariamente) alle caratteristiche di rischiosità del prodotto non conosciute» e che «da prova del nesso causale non può dirsi eliminata dal mero rilievo del profilo "speculativo" dell'investitore, ovvero dalla sua elevata propensione al rischio, dovendo escludersi che quest'ultimo possa accettare anche i profili di rischiosità del prodotto finanziario che gli sono ignoti e dei quali alleghi la conoscenza o la prevedibilità in capo all'intermediario, contrattualmente obbligato ad essere preventivamente informato.»<sup>36</sup>.

In proposito, è stato dato seguito *expressis verbis* al prevalente orientamento, già affermatosi nella giurisprudenza di legittimità<sup>37</sup> secondo cui il mancato rispetto degli obblighi di informazione «*comporta un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sull'investitore ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria: non nel senso che il danno dall'inadempimento degli obblighi informativi possa rivelarsi in re ipsa, ma in quello più limitato di consentire l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità*»<sup>38</sup> con la ulteriore precisazione che tale presunzione è finalizzata a colmare l'*asimmetria informativa* che caratterizza la posizione delle parti contraenti nei rapporti di intermediazione finanziaria e che spetta all'intermediario superare attraverso la prova di aver correttamente adempiuto<sup>39</sup>; difatti, la mancata prestazione delle informazioni dovute ai clienti da parte dell'intermediario costituisce di per sé un *fattore di disorientamento* dell'investitore che condiziona in modo scorretto le scelte di investimento di questi; in altri termini, «*tale condotta omissiva, pertanto, è normalmente idonea a cagionare il pregiudizio lamentato dall'investitore, il che, tuttavia, non esclude la possibilità di una prova contraria da parte dell'intermediario circa la sussistenza di sopravvenienze che risultino atte*

---

<sup>36</sup> Cfr. Sez. 1, n. 4727/2018, *Acierno*, Rv. 647617-01, in motivazione, pag. 5. Nel decidere su una domanda di risarcimento del danno per la perdita del capitale investito dovuta all'acquisto di un prodotto finanziario, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la sussistenza del nesso causale tra l'inadempimento ed il danno, sul rilievo che dalla prova testimoniale espletata era emerso che l'eventuale violazione degli obblighi informativi non avrebbe comunque inciso sulla decisione dell'investitore, orientato da un intento speculativo.

<sup>37</sup> Cfr. Sez. 1, Sentenza n. 11904/2014 *Di Amato*, Rv. 631487-01; Sez. 1, n. 23417/2016, *Mercolino*, non mass.; Sez. 1, n. 12544/2017, *Dolmetta*, Rv. 644206-01. Rv. 647234-01. Già richiamati *infra sub § 2.3.*

<sup>38</sup> Cfr. Sez. 1, n. 3914/2018, *Dolmetta*, Rv. 647234-01. Sez. 6 - 1, n. 24142/2018, Rv. 650611-01

<sup>39</sup> V. Sez. 1, n. 4727/2018, *Acierno*, Rv. 647617-01, in motivazione, pag. 8.

*a deviare il corso della catena causale derivante dall'asimmetria informativa*<sup>40</sup>

Infine, appare significativo aver ribadito che quanto al rapporto tra violazione degli obblighi informativi e produzione del danno (nella specie, la prestazione del servizio di negoziazione dei titoli, qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi, ed il cliente non rientri in alcuna delle categorie di investitore qualificato o professionale previste dalla normativa di settore), non è configurabile il concorso di colpa di quest'ultimo nella produzione del danno ex art. 1227 c.c. né, a maggior ragione, può ascriversi efficacia interruttiva del nesso di causalità alle sue scelte<sup>41</sup>.

Ulteriore duplice importante precisazione è quella formulata sulla tenuta del regime di riparto degli oneri di allegazione e prova; per un verso, è stato chiarito che nei giudizi di risarcimento del danno, l'onere fatto gravare sull'intermediario di provare di avere agito con la diligenza richiestagli prevista dalla normativa in tema di intermediazione finanziaria (d.lgs. n. 58 del 1998), lungi dal comportare un'inversione dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c., si pone in perfetta armonia e continuità con la regola generale stabilita dall'articolo 1218 c.c., che, in presenza dell'inadempimento, pone a carico del debitore la prova della sua non imputabilità; per l'altro, che grava sull'investitore, il quale lamenta la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario, di allegare specificamente l'inadempimento di tali obblighi, mediante la pur sintetica ma circostanziata individuazione delle informazioni che l'intermediario avrebbe omesso di somministrare, nonché di fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno, nesso che sussiste se, ove adeguatamente informato, l'investitore avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole<sup>42</sup>.

Nello stesso ambito, ma con riferimento alla disciplina normativa che pone a carico dell'intermediario la responsabilità solidale per i danni arrecati a terzi dal promotore finanziario nello svolgimento delle incombenze affidategli, anche se tali danni siano conseguenti a

---

<sup>40</sup> Così Sez. 1, n. 3914/2018, *Dolmetta*, Rv. 647234-01

<sup>41</sup> Cfr. Sez. 1, n. 4727/2018, *Acierno*, Rv. 647617-01, in motivazione, pagg. 8 e 9; v. anche a proposito della inidoneità dell'alleggerimento dell'onere probatorio dell'intermediario per effetto del comportamento colposo dell'investitore, le ivi richiamate Sez. 1, n. 17333 /2015, Rv. 636540-01 e Sez. 1, n. 26064/2017, *Bisogni*, non mass. par. 17.

<sup>42</sup> Sez. 1, n. 10111/2018, *Di Marzio*, Rv. 648553-01.

responsabilità accertata in sede penale (art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998), la Terza Sezione Civile ha ribadito il regime di riparto degli oneri probatori, affermando che incombe all'investitore l'onere di provare l'illiceità della condotta del promotore, mentre spetta all'intermediario di provare che l'illecito sia stato consapevolmente agevolato in qualche misura dall'investitore. In applicazione di tale regime di allegazione e prova, la responsabilità dell'intermediario deve essere esclusa ove il danneggiato ponga in essere una condotta agevolatrice che presenti connotati di *anomalìa*, vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, verificandosi in tal caso l'interruzione del *nesso di occasionalità necessaria* tra il fatto produttivo di danno e l'esercizio delle mansioni cui il promotore finanziario sia adibito, costituente condizione necessaria e sufficiente della responsabilità oggettiva del preponente<sup>43</sup>. In base allo stesso principio è stato affermato come l'elemento sintomatico dell'*anomalìa* della condotta del danneggiato può essere palesata da elementi presuntivi, quali il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle stesse, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso *iter* funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e le sue complessive condizioni culturali e socio-economiche<sup>44</sup>.

## 5. Linee di tendenza e possibili prospettive.

Dalla comparazione degli orientamenti tradizionali con quelli più recenti emerge una duplice linea di tendenza sulla quale si muove la giurisprudenza di legittimità, sul versante della fattispecie di responsabilità civile, in ordine al complesso

---

<sup>43</sup> Sez. 3, n. 25374/2018, Scarano, Rv. 651163-01. Nella specie, è stata ritenuta l'estraneità dell'intermediario rispetto alla condotta illecita posta in essere dal proprio promotore finanziario ai danni di risparmiatori e consistita nell'aver consegnato direttamente al promotore, loro congiunto, rilevanti somme senza chiedere copia del contratto di gestione sottoscritto dall'intermediario e senza verificare personalmente, presso la sede di quest'ultimo, l'esistenza di un conto di gestione e delle specifiche operazioni finanziarie all'origine dei profitti riportati nei prospetti contabili ricevuti direttamente dal promotore e da questi falsificati).

<sup>44</sup> Sez. 3, n. 30161/2018, Scarano, Rv. 651665-01.

tema del riparto dell'onere della prova del nesso causale quale elemento costitutivo dell'illecito.

Una prima linea di tendenza attiene *al profilo strutturale* della responsabilità contrattuale che, secondo la previsione dell'art. 1218 c.c., a differenza di quella dettata dall'art. 2043 c.c., solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare il fatto dell'inadempimento e la colpa del debitore, ma non anche dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento in quanto *fatto costitutivo* dell'azionato diritto al risarcimento.

Tale regola di struttura, comune ai diversi ambiti di responsabilità, compresi quelli di responsabilità professionale esaminati, tende, come veduto, ad attenuare gli effetti di una interpretazione estensiva dell'orientamento tradizionale in tema di danno da emotrasfusioni secondo la quale si riteneva che il creditore, oltre ad avvalersi delle presunzioni di colpa e di inadempimento, potesse avvalersi anche di una terza presunzione riguardante il nesso della idoneità della dedotta inadempienza alla produzione del danno lamentato. Questa estensione dell'assetto di riparto degli oneri probatori - sganciato dalle peculiarità della fattispecie in cui tale regime era stato introdotto - poneva il debitore in una posizione processuale assai svantaggiata imponendogli un onere probatorio eccessivo.

Al fine di superare tale interpretazione, gli attuali orientamenti esaminati hanno fatto riferimento a quanto enunciato dalle Sezioni Unite in tema di armonizzazione dei diversi rimedi posti dall'ordinamento avverso l'inadempimento dell'obbligazione. In particolare, è stato richiamato il regime di riparto degli oneri probatori in base al quale, da un lato, grava sul creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, l'onere di provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte e, dall'altro, grava sul debitore l'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento. È stato ribadito che tale regime di distribuzione dell'onere appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c. che distingue tra tali fatti costitutivi e fatti estintivi, atteso che la prova dell'adempimento (fatto estintivo del diritto azionato dal creditore) spetta al debitore convenuto che dovrà dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione (Sez. U. n. 13533/2001).

In applicazione di questa regola, è stato definitivamente chiarito che l'onere gravante sul debitore non può reputarsi

esteso alla dimostrazione della mancanza del nesso causale che, diversamente dall'adempimento, non costituisce *un fatto estintivo* del diritto del creditore né rispetto ad esso può essere invocato il criterio di vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio va posto a carico della parte che più agevolmente può assolverlo; difatti, in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore - rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 c.c.- non può che valere il principio generale sancito dall'art. 2697 c.c. che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova dei *fatti costitutivi* della propria pretesa; ciò vale, ovviamente, sia in riferimento al nesso causale materiale (attinente alla derivazione dell'evento lesivo dalla condotta illecita o inadempiente) che in relazione al nesso causale giuridico (ossia alla individuazione delle singole conseguenze pregiudizievoli dell'evento lesivo); trattandosi di elementi egualmente "distanti" da entrambe le parti (e anzi, quanto al secondo, maggiormente "vicini" al danneggiato), non v'è spazio per ipotizzare a carico dell'asserito danneggiante una "prova liberatoria" rispetto al nesso di causa (a differenza di quanto accade per la prova richiestagli in relazione all'esattezza dell'adempimento).

E' stato opportunamente sottolineato che questo assetto del regime probatorio in tema di nesso causale non si pone in contrasto con quanto affermato dalle Sezioni Unite (Sez. U. n. 577/2008), secondo cui *«in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»* tenuto conto che tale principio venne affermato a proposito di una fattispecie del tutto peculiare nella quale il creditore aveva allegato un inadempimento qualificato (consistente in una emotrasfusione) tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi più probabili la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta del medico o della struttura. Si affermò in quella fattispecie che la prova della prestazione sanitaria conteneva in sé quella del nesso causale, «con la conseguenza che non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, secondo il criterio generale di cui all'art. 2697, 2° co. c.c.. (e non -si badi- la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.)».

Per regola generale, quindi, è onere del creditore allegare specificamente l'inadempimento e dimostrare

l'esistenza del nesso causale tra la condotta inadempiente e il danno di cui chiede ristoro, onere che va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, comprese le presunzioni, che la condotta dell'obbligato è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno, con la conseguenza che se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere quel nesso risultato assolutamente incerto, la domanda deve essere rigettata.

Una seconda linea di tendenza si registra sotto il *profilo funzionale* alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale che impone di rendere effettive le tutele accordate in situazioni di disparità alla luce dei principi costituzionale e convenzionale (artt. 24 Cost. e 3 CEDU) nel senso di interpretare la legge processuale, e non solo quella sostanziale, in modo da rendere possibile o non troppo arduo l'esercizio del diritto di agire in giudizio.

A tale stregua, la giurisprudenza attuale ritiene possibile che la regola probatoria generale possa essere, a seconda del valore dei diritti o interessi coinvolti, conformata dal giudice<sup>45</sup>.

Come veduto, la deduzione della violazione di specifici obblighi posti a salvaguardia di diritti fondamentali (come il diritto di autodeterminazione e il diritto alla salute del paziente o il diritto di autodeterminarsi del risparmiatore-investitore finalizzato ad una scelta consapevole) determina una presunzione di responsabilità in ordine alle modalità di esecuzione della prestazione, in ragione dello stretto rapporto che si instaura tra il soggetto attivo - che dispone della potestà di esercitare professionalmente il trattamento sanitario o l'attività di investimento e di intermediazione - ed il soggetto passivo -paziente o risparmiatore-investitore - che richiede o riceve la prestazione.

E' stato anche condivisibilmente precisato che le condotte omissive del professionista (ad esempio qualora trascuri di onorare scrupolosamente i propri obblighi informativi nei confronti del cliente) si manifestano, in se stesse, come fattori di scorretto orientamento dell'altra parte (verso scelte di tipo terapeutico sul versante della lesione della salute ovvero di tipo finanziario sul versante della lesione degli obblighi informativi dovuti dall'intermediario).

Pertanto la condotta tenuta dal professionista diviene un momento costitutivo delle singole decisioni assunte dal cliente e consente di essere considerata, di per se, fattore di

---

<sup>45</sup> V. le rilevanti affermazioni in proposito espresse da Sez. 3, n. 31556/2018, Ficconi, Rv. 651946-01 in tema di indennizzo dovuto a detenuti ed internati ex art. 35 ter, l. n. 354 del 1975.

disorientamento del cliente, ma ciò non esclude, in applicazione del principio di effettività, la possibilità del riequilibrio o dell'alleggerimento degli oneri probatori funzionali gravanti sullo stesso professionista nel consentire a quest'ultimo la prova contraria circa la sussistenza di sopravvenienze che risultino atte a deviare il corso della catena causale derivante dalle asimmetrie informative proprie del rapporto.

Quanto alle possibili prospettive, la tenuta del nuovo orientamento in tema di distribuzione dell'onere della prova del nesso causale dovrà essere indagata con particolare riferimento alla disciplina della nuova responsabilità medica e sarà, di certo, da questa messa alla prova solo se si consideri che ciascuno dei soggetti convenuti nell'azione di risarcimento del danno risponderà secondo il proprio titolo di responsabilità; da un lato la struttura ex art. 1218 c.c. per fatto proprio e per il fatto dell'ausiliario ex art. 1228 c.c. (in quanto l'inadempimento dell'ausiliario è elemento costitutivo della responsabilità del debitore, mentre l'ausiliario non risponde nei confronti del creditore in quanto non è parte del rapporto obbligatorio), dall'altro lato, il medico che risponderà ex art. 2043 c.c., con le conseguenti prevedibili difficoltà probatorie che si porranno nel giudizio.







**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
*UFFICIO DEL MASSIMARIO*

**Rassegna**  
**della giurisprudenza di legittimità**

**Gli orientamenti delle Sezioni Civili**

Anno 2018

**VOLUME II**



# INDICE



## VOLUME SECONDO

# PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE

## PARTE QUARTA

### IMPRESA E MERCATO

*(coordinata da Aldo Ceniccola e Giuseppe Fichera)*

#### CAPITOLO XIII

##### I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

*(di Vincenzo Galati)*

1. Confondibilità di marchi e brevetti.....	3
2. Decadenza e nullità del marchio. ....	7
3. Cessione del diritto d'autore e contratto di edizione. ....	13
4. Configurabilità dell'opera di ingegno. ....	16
5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale. ....	17
6. L'azione di classe. ....	23
7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista. ....	24

#### CAPITOLO XIV

##### IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

*(di Eleonora Reggiani)*

1. Le società in generale.....	31
1.1. Società e comunione a scopo di godimento.....	31
1.2. La clausola compromissoria statutaria. ....	32
1.3. Le vicende estintive e modificative delle società. ....	33
2. Le società di persone. ....	37
2.1. I diritti patrimoniali del socio. ....	37
2.2. La responsabilità del socio per i debiti della società.....	39
2.3. Il socio accomandante nella società in accomandita semplice. ....	41
2.4. Lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio. ....	42
3. Le società di capitali. ....	43
3.1. L'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie.....	43
3.2. Il recesso del socio di società a responsabilità limitata. ....	46
3.3. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci.....	48
3.4. L'amministrazione delle società di capitali. ....	52
3.5. Le azioni di responsabilità.....	58
4. Particolari società di capitali.....	61
4.1. Le società con azioni quotate in borsa.....	62

4.2. Le società cooperative. ....	63
-----------------------------------	----

## CAPITOLO XV

### IL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

*(di Paolo Fraulini)*

1. Conto corrente bancario. ....	65
2. I contratti bancari. ....	67
3. L'intermediazione finanziaria. ....	68
4. I titoli di credito. ....	71
4.1. Assegni. ....	71
4.2. Azioni. ....	73

## CAPITOLO XVI

### LE PROCEDURE CONCORDSUALI

*(di Salvatore Leuzzi e Angelo Napolitano)*

1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. ....	75
1.2. Le società cancellate e l'estensione del fallimento. ....	77
1.3. Il procedimento. ....	79
1.4. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto. ....	84
2. Gli organi delle procedure concorsuali. ....	87
2.1. I reclami endoconcorsuali. ....	91
3. Le azioni di inefficacia in generale. ....	93
3.1 Le revocatorie fallimentari: i presupposti. ....	96
3.2. La revocatoria dei pagamenti. ....	99
4. I rapporti pendenti. ....	105
5. La formazione dello stato passivo. ....	108
5.1. Le prove documentali. ....	114
5.2. Le prelazioni. ....	117
5.3. Le prededuzioni. ....	120
6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo, le revocazioni. ....	124
7. La liquidazione dell'attivo. ....	128
8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. ....	129
9. Il concordato fallimentare. ....	132
10. Il concordato preventivo in generale. ....	135
10.1. L'ammissione alla procedura e la sua revoca. ....	138
10.2. L'omologa e le impugnazioni. ....	144
11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria. ....	147
12. Il sovraindebitamento. ....	150

PARTE QUINTA  
IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA  
PREVIDENZA

*(coordinata da Ileana Fedele e Milena D'Oriano)*

SEZIONE PRIMA  
Il rapporto di lavoro privato

CAPITOLO XVII

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

*(di Antonella Filomena Sarracino)*

1. Premessa.....	154
2. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro.....	158
2.1. Il limite del rischio cd. elettivo.....	158
2.2. Il riparto degli oneri della prova in tema di responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. nonché in tema di comportamenti datoriali discriminatori.....	159
2.3. La tutela dei lavoratori, risarcitoria ed in forma specifica.....	161
2.4. La clausola della buona fede anche <i>a latere praestatoris</i> .....	163
3. Il mobbing e lo straining.....	163
4. Le novità legislative in tema di <i>ius variandi</i> e di demansionamento.....	164
4.1. I limiti all'esercizio dello <i>ius variandi</i> .....	166
4.2. L'onere della prova e gli effetti del demansionamento.....	167
4.3. Il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione in caso di demansionamento.....	168
5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: gli obblighi datoriali (corresponsione del trattamento retributivo corrispondente e riconoscimento del superiore livello).....	169
5.1. La complessità delle mansioni parametro di valutazione della diligenza del lavoratore.....	173
5.2. Il tratto distintivo fra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica. Il grafico redattore ordinario.....	174
5.3. Le conseguenze dell'assegnazione a mansioni diverse da quelle previste nel patto di prova e la verifica della legittimità del patto.....	174
6. Il trasferimento del lavoratore.....	176
6.1. Il trasferimento per incompatibilità ambientale ed i limiti al sindacato giurisdizionale su detto atto.....	176
6.2. La forma del provvedimento di trasferimento ed il mancato rispetto del termine di preavviso.....	177



6.3. La libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori nell'ambito della unità produttiva. ....	178
6.4. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento o da un distacco illegittimi.....	179
6.5. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento.....	182
7. La retribuzione ed il TFR. L'imputazione dei pagamenti.....	182
7.1. La presunzione di onerosità della prestazione. ....	183
7.1.1. L'inesistenza di un principio generale di omnicomprensività della retribuzione. ....	184
7.1.2. Il principio dell'assorbimento in materia di retribuzione. ....	185
7.2. Il riparto degli oneri della prova in tema di retribuzione con riguardo al lavoro straordinario ed alla indennità di rischio da radiazioni. ....	185
7.3. I trattamenti economici per servizio estero e per il caso di trasferimento.....	187
7.4. La ripetibilità da parte del datore delle ritenute fiscali in caso di riforma della sentenza di condanna.....	188
7.4.1. L'esclusione dalla retribuzione imponibile delle somme di incentivazione all'esodo.....	190
7.5. La derogabilità del principio di immodificabilità <i>in peius</i> della retribuzione in materia di società cooperative. ....	190
7.6. La determinazione del compenso in tema di lavoro giornalistico.....	191
7.7. La natura retributiva della indennità sostitutiva delle ferie.....	193
7.8. La retribuzione e la contrattazione collettiva. ....	194
7.9. Il TFR.....	196
8. L'eterodirezione, ai fini della delimitazione del "tempo lavoro" e quindi della subordinazione. ....	198
8.1. I controlli datoriali allo svolgimento della prestazione lavorativa.....	201
8.2. L'inadempimento datoriale delle forniture di vestiario.....	202
9. La forma dei negozi giuridici in materia di lavoro.....	203
10. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale e gli effetti ai fini retributivi; la tempestività del recesso del lavoratore in caso di giusta causa. ....	204

## CAPITOLO XVIII

### IL LAVORO FLESSIBILE

(di Ileana Fedele)

1. Premessa. ....	207
2. Le innovazioni del cd. "decreto dignità". ....	208
3. Lavoro flessibile e precario. ....	211
4. Il contratto di lavoro a tempo determinato. ....	211
4.1. Gli oneri di forma. ....	211
4.2. L'indicazione e la valutazione delle causali per la legittima apposizione del termine. ....	212
4.3. L'assunzione a termine nel settore postale. ....	213
4.4. Rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità. ....	215
4.5. Decadenza dall'impugnazione del termine. ....	215
4.6. Azione di nullità del termine e precedente giudizio di impugnazione del licenziamento.....	215

4.7. Conversione giudiziale del rapporto e novazione. ....	216
4.8. Vicende successive all'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine ed alla conseguente trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.....	217
4.9. Regime prescrizione dei crediti. ....	218
4.10. Contratto di arruolamento.....	218
4.11. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato.....	219
5. La somministrazione di lavoro.....	221
5.1. La verifica circa l'effettività della causale indicata. ....	221
5.2. Frode alla legge.....	221
5.3. Conseguenze della mancata comunicazione alle OO.SS.....	222
5.4. Decadenza dall'impugnazione della serie dei contratti. ....	222
5.5. Obblighi di prevenzione e protezione del lavoratore. ....	222
6. L'indennità ex art. 32 l. n. 183 del 2010.....	223
6.1. Natura.....	223
6.2. Ambito di applicazione.....	224
7. Risoluzione del rapporto per mutuo consenso.....	224
8. Contratto di lavoro a tempo parziale.....	226
9. Altre forme contrattuali flessibili.....	227
10. Appalto genuino e fenomeni interpositori.....	229
10.1. La responsabilità solidale del committente ex art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003.....	233
11. Cessione ed affitto di azienda, codatorialità e successione nel rapporto lavorativo.....	234

## CAPITOLO XIX

### IL CONTRATTO DI AGENZIA

*(di Ileana Fedele)*

1. Premessa.....	239
2. Configurabilità del rapporto di agenzia.....	239
3. Obblighi e diritti dell'agente e del preponente.....	240
4. Recesso e preavviso.....	241
5. Indennità di fine rapporto.....	242

## CAPITOLO XX

### IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO

*(di Luigi Di Paola)*

1. Potere disciplinare.....	243
2. Licenziamento individuale.....	249
2.1. Riconoscimento di un atto quale licenziamento o meno.....	250
2.2. La comunicazione del licenziamento.....	251
2.3. La rinnovazione e la reiterazione del licenziamento.....	251
2.4. La revoca del licenziamento.....	252
2.5. Non necessità di un nuovo licenziamento in caso di rimozione del titolo giudiziale di ricostituzione del rapporto.....	252

2.6. L'impugnazione del licenziamento e la decadenza.....	253
2.7. La tempestività del licenziamento.....	256
2.8. La motivazione <i>per relationem</i> .....	257
2.9. L'onere della prova concernente la sussistenza del licenziamento.....	257
2.10. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.....	259
2.11. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. ....	269
2.12. Licenziamento discriminatorio, ritorsivo o in frode alla legge. ....	273
2.13. Periodo di comporto e licenziamento.....	275
2.14. Divieti di licenziamento. ....	279
2.15. Le conseguenze del licenziamento illegittimo.....	279
2.16. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro. ....	283
2.17. Il licenziamento del dirigente. ....	284
2.18. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile. ....	284
2.19. Il preavviso.....	286
2.20. Applicazioni della legge "Fornero". ....	286
12. Licenziamenti collettivi.....	291

## SEZIONE SECONDA

### Il rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato

#### CAPITOLO XXI

#### IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

(di *Stefania Billi*)

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Brevi premesse. Giurisdizione e lavoro a tempo determinato: rinvio. .	299
2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni e altri tipi di contratti.....	299
3. Vicende del rapporto di lavoro.....	305
3.1. Classificazione del personale, categorie, qualifiche e mansioni. ....	306
3.2. Retribuzione e altri trattamenti economici. ....	311
3.3. Infermità, equo indennizzo ed applicazioni della l. n. 104 del 1992. ....	314
4. Passaggio del personale tra amministrazioni. ....	315
5. Diritti sindacali.....	317
6. Patologie del rapporto di lavoro: responsabilità del lavoratore e procedimento disciplinare.....	319
7. La cessazione del rapporto di lavoro.....	326
8. La dirigenza. ....	329
9. Il personale docente.....	335

## SEZIONE TERZA

### Il diritto della previdenza sociale

#### CAPITOLO XXII

##### LA PREVIDENZA SOCIALE

(di *Annachiara Massafra*)

1. Premessa.....	339
2. L'obbligazione contributiva.....	339
2.1 Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati.....	340
2.2. La retribuzione imponibile.....	345
2.2.1. Inclusioni ed esclusioni.....	346
2.3. Il minimale contributivo.....	348
3. I benefici contributivi: l'esposizione all'amianto.....	349
4. Gli sgravi contributivi.....	351
4.1. Gli aventi diritto.....	351
4.2. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione.....	352
4.3. L'onere della prova.....	356
4.4. La disciplina di dettaglio.....	357
5. Le esenzioni dal pagamento dei contributi.....	358
6. Le agevolazioni contributive.....	360
7. Accertamento e riscossione.....	361
7.1 Le condotte sanzionabili.....	363
7.2. Le sanzioni civili.....	364
8. La prescrizione dei crediti contributivi.....	366

#### CAPITOLO XXIII

##### LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

(di *Annachiara Massafra e Stefania Riccio*)

1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS.....	371
1.1. La decadenza dall'azione giudiziaria.....	371
1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa.....	372
1.3. Le prestazioni pensionistiche.....	375
1.4. Riscatto e neutralizzazioni.....	381
1.5. CIG ed indennità di mobilità.....	383
1.6. Indennità di disoccupazione ed L.S.U.....	384
1.7. L'indennità di maternità.....	386
2. Le prestazioni assistenziali.....	387
2.1. Danni da trattamenti sanitari.....	387
2.1.1. Danni post-trasfusionali.....	387
2.1.2. Danni irreversibili da vaccinazioni.....	388
2.1.3. Danni da somministrazione di talidomide.....	390
2.2. Le prestazioni di invalidità civile.....	391
2.2.1. L'indennità di accompagnamento.....	393
2.2.2. Profili processuali.....	395
2.3. Prestazioni in favore delle vittime del dovere e degli ex combattenti.....	396

2.4. Le misure in favore dei soggetti portatori di disabilità. ....	398
2.5. Prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica .....	398
3. La <i>compensatio lucri cum damno</i> : aspetti rilevanti nella materia previdenziale e assistenziale. ....	399
3.1. Infortunio <i>in itinere</i> . ....	400
3.2. Indennità di accompagnamento. ....	402
3.3. Pensione di reversibilità. ....	403

## CAPITOLO XXIV

### LA TUTELA INAIL

*(di Stefania Riccio)*

1. Le malattie professionali. ....	407
2. Gli infortuni sul lavoro .....	412
3. La revisione della rendita. ....	414
4. I contributi assicurativi INAIL. ....	415
5. L'azione di regresso. ....	416

## CAPITOLO XXV

### LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

*(di Stefania Riccio)*

1. Cassa Nazionale Forense. ....	419
2. Cassa Dottori Commercialisti. ....	422
3. Cassa Ingegneri e Architetti. ....	423
4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti. ....	425
5. ENPALS. ....	426
6. ENPAF. ....	427
7. La previdenza integrativa. ....	427

## PARTE SESTA

### I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

*(coordinata da Roberto Mucci)*

## CAPITOLO XXVI

### ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

*(di Roberto Mucci)*

1. Premessa. ....	431
2. La giurisdizione. ....	431
3. Effetti dell'espropriazione per i terzi. ....	433
4. La determinazione dell'indennità di espropriazione. ....	433
4.1. <i>(segue)</i> . B) La stima. ....	435
4.2. <i>(segue)</i> . C) Le aree agricole. ....	436
5. L'indennizzo per la reiterazione dei vincoli. ....	436

6. L'opposizione alla stima .....	438
7. La determinazione consensuale dell'indennità.....	440
8. La retrocessione.....	440
9. Le espropriazioni illegittime. ....	441
9.1.(segue). L'acquisizione "sanante".....	443

## CAPITOLO XXVII

### APPALTI PUBBLICI

(di Stefano Pepe)

1. Appalto pubblico, premessa. ....	445
1.1. Il quadro normativo.....	445
1.2. La giurisdizione: cenni.....	446
2. Appalto pubblico e rilevanza degli atti estranei al contenuto del contratto adottati dalla P.A. Responsabilità dell'ente appaltante: natura e limiti.....	447
3. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso. ....	449
4. Appalto di opere pubbliche, subappalto. Disciplina applicabile. ....	452

## CAPITOLO XXVIII

### LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(di Eleonora Reggiani)

1. Intervento pubblico nell'economia e società a partecipazione pubblica in generale. ....	453
2. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.....	455
3. I tratti distintivi della società <i>in house providing</i> prima e dopo il recepimento delle direttive UE del 2014. ....	457
4. L'azione di responsabilità contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti delle società <i>in house</i> .....	462
5. Il fallimento delle società <i>in house</i> . ....	466
6. L'azione di responsabilità <i>ex art.</i> 146 l.fall. ....	468
7. Altre questioni. Rinvio.....	469

## CAPITOLO XXIX

### SANZIONI AMMINISTRATIVE

(di Dario Cavallari, Maria Elena Mele ed Aldo Natalini)

1. Principi generali in materia di opposizioni a sanzioni amministrative. ..	471
2. Struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali generali.....	473
3. Giurisdizione, pregiudiziale amministrativa e connessione obiettiva a reato. ....	475
4. Competenza ed incompetenza. ....	477
5. Altri vizi procedurali: difetto di motivazione, inosservanza del termine e mancata audizione.....	480
6. Elemento psicologico e cause di giustificazione.....	481
7. Prescrizione.....	483

8. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: cd. doppio binario e sua compatibilità con il principio del <i>ne bis in idem</i> convenzionale ed euro unitario.....	484
9. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito.....	488
10. Sanzioni amministrative e responsabilità dei sindaci e dei consiglieri di amministrazione delle società.....	489
11. Decorrenza e natura del termine per contestare l'illecito amministrativo in ambito finanziario.....	490
12. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e la loro generale compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto euro unitario.....	492
13. Sanzioni in ambito bancario e finanziario e principio del contraddittorio.....	494
14. Illeciti attinenti al riciclaggio e relativo obbligo di denuncia.....	495
15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.....	496
16. Sanzioni amministrative previste dal codice della strada: profili processuali.....	498
16.1. Competenza e rapporto fra giudizio penale, giudizio civile e opposizione a sanzione amministrativa.....	498
16.2. La rappresentanza in giudizio.....	501
16.3. L'opposizione, i suoi effetti, il termine di proposizione ed i poteri del giudice.....	502
16.4. L'appello: legittimazione, termini e rito.....	503
17. L'obbligo del proprietario del veicolo di comunicare i dati del conducente.....	504
18. La sospensione della patente di guida.....	506
19. L'accertamento e la contestazione delle infrazioni al codice della strada.....	507
19.1. Le modalità.....	507
19.2. L'individuazione del destinatario delle sanzioni e del responsabile solidale.....	508
20. Il pagamento delle sanzioni inflitte per infrazioni al codice della strada e la loro riscossione.....	508
21. Le sanzioni diverse da quelle comminate per infrazioni al codice della strada.....	509
21.1. I dispositivi medici.....	509
21.2. I prodotti alimentari.....	510
21.3. Le altre sanzioni.....	511

## CAPITOLO XXX

### EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

(di Rosaria Giordano)

1. Premessa.....	515
2. Legittimazione attiva.....	515
3. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso.....	516

4. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione .....	519
5. Procedimento monitorio e fase di opposizione.....	521
6. Determinazione e durata “ragionevole” del giudizio presupposto.....	523
7. Diritto all’indennizzo .....	525
8. Altre questioni processuali.....	528

## CAPITOLO XXXI

### LA RIPARAZIONE DEL DANNO DA DETENZIONE DISUMANA E DEGRADANTE

(di Giovanni Armone)

1. La sentenza <i>Torreggiani c. Italia</i> della Corte EDU e i rimedi introdotti dal d.l. n. 92 del 2014.....	531
2. La natura del rimedio riparatorio.....	532
3. La prescrizione del diritto.....	532
4. Oneri di allegazione e prova.....	533
5. I presupposti per l’attivazione del rimedio riparatorio.....	534
6. Il <i>quantum</i> del rimedio compensativo.....	535

## CAPITOLO XXXII

### I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(di Gianluca Grasso)

1. Premessa.....	537
2. La responsabilità disciplinare dei magistrati.....	537
2.1. Gli illeciti disciplinari.....	538
2.1.1. La consapevole inosservanza dell’obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.....	538
2.1.2. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell’ambito dell’ufficio giudiziario.....	539
2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.....	541
2.1.4. L’adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza.....	544
2.1.5. Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni.....	544
2.1.6. La violazione del dovere di riservatezza.....	545
2.2. La condotta disciplinare irrilevante.....	545
2.3. La misura cautelare del trasferimento ad altra sede e funzione o la destinazione ad altre funzioni.....	546
2.4. La revisione della sentenza disciplinare divenuta irrevocabile.....	547
2.5. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale.....	548
3. La responsabilità disciplinare degli avvocati.....	548
3.1. Gli illeciti disciplinari.....	548
3.2. Il procedimento disciplinare.....	550
3.3. Il ricorso per cassazione.....	551
3.4. Il nuovo codice deontologico e il principio del <i>favor rei</i> .....	553



4. La responsabilità disciplinare dei notai.....	557
4.1. Gli illeciti disciplinari. ....	557
4.2. Il procedimento disciplinare. ....	559

## CAPITOLO XXXIII

### ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

*(di Roberto Mucci)*

1. Premessa. ....	563
2. I diritti di elettorato. A) Elettorato passivo. ....	563
2.1. <i>(segue)</i> . B) Elettorato attivo. ....	566
3. Il contenzioso elettorale. ....	567

## **Volume Secondo**

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE NEL  
DIRITTO SOSTANZIALE



# PARTE QUARTA

## IMPRESA E MERCATO

(COORDINATA DA ALDO CENICCOLA E 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 - 3. Cessione del diritto d'autore e contratto di edizione - 4. Configurabilità dell'opera di ingegno - 5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale - 6. L'azione di classe - 7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.

##### 1. Confondibilità di marchi e brevetti.

Secondo consolidata giurisprudenza di legittimità l'azione di contraffazione del marchio d'impresa ha natura reale e presuppone l'avvenuta registrazione del marchio.

E' posta a tutela del diritto assoluto all'uso esclusivo del segno come bene autonomo, sulla base del riscontro della confondibilità dei marchi, mentre prescinde dall'accertamento della effettiva confondibilità tra prodotti e delle concrete modalità di uso del segno; accertamento riservato, invece, al giudizio di concorrenza sleale.

Inoltre, azione di contraffazione e azione di nullità hanno un comune presupposto nella confondibilità dei marchi in conflitto.

Sul punto merita rilievo Sez. 1, n. 15840/2015, Nappi, Rv. 636048-01, laddove è stato affermato il principio, ribadito anche dalla giurisprudenza qui esaminata, secondo cui, ai fini della valutazione della confondibilità dei marchi, l'esame deve essere effettuato in termini globali e sintetici.

Ed infatti, è stato affermato da **Sez. 1, n. 08577/2018, Fraulini, Rv. 647769-01**, che in tema di marchi d'impresa, l'apprezzamento del giudice del merito sulla confondibilità fra segni distintivi simili deve essere compiuto non in via analitica, attraverso il solo esame particolareggiato e la separata considerazione di ogni singolo elemento, ma in via globale e sintetica.

Nel caso esaminato, è stata ritenuta corretta la valutazione della Corte di appello secondo la quale, in tema di giochi autorizzati, i termini “casinò” e “bingo” non sono sinonimi e non possono generare confusione in ordine alla tipologia delle attività da ciascuno evocata.

Particolarmente significativa, nell’ambito dell’orientamento con il quale è emersa continuità, la precisazione che la verifica deve compiersi sull’insieme degli elementi grafici, visivi, fonetici, nonché concettuali o semantici, laddove il marchio contenga tali riferimenti rispetto al prodotto contrassegnato.

E’ stata, quindi, sostenuta la tesi della confondibilità (con conseguente nullità del marchio) di due segni distintivi destinati a contrassegnare prodotti analoghi offerti nel medesimo mercato per la eliminazione o la riduzione di modeste alterazioni fisiche o estetiche, senza che le differenze semantiche e concettuali, tra essi pur riscontrate, potessero considerarsi caratterizzanti (Cass. 15840/2015 cit.).

In tema di marchi notori è stata emessa una decisione che non trova riscontro in precedenti della Corte e che, quindi, deve essere segnalata per la sua novità.

**Sez. 1, n. 09769/2018, Iofrida, Rv. 648121-02**, ha infatti precisato che in tema di capacità distintiva del marchio, ove entrambi i segni distintivi oggetto di comparazione siano qualificabili come notori, stante la rinomanza delle relative case produttrici di settore, va escluso qualsiasi pericolo di confusione tra le due denominazioni, quand’anche l’acquisizione della notorietà sia avvenuta in tempi e con modalità diverse.

Si tratta di principio, come segnalato, inedito nei termini riportati, anche se la Corte si è in passato occupata della tutela del marchio notorio sotto il profilo dell’“affinità”, rispetto allo stesso, dei prodotti commercializzati.

In particolare, anche in ragione della necessità di predisporre una tutela “forte” degli stessi (Direttiva 21 dicembre 1988, n. 89/104/CEE e d.lgs. n. 480 del 1992) e del fatto che il pubblico riconduce a tale particolare categoria di segni distintivi una qualità del prodotto “soddisfacente”, e quindi garanzia di successo a prescindere dalle qualità intrinseche, è stata affermata la necessità di tenere conto del pericolo di confusione in cui il consumatore medio può cadere attribuendo al titolare del marchio celebre la fabbricazione anche di altri prodotti, non rilevantemente distanti sotto il piano merceologico e non caratterizzati - di per sé - da alta specializzazione, cosicché il

prodotto meno noto si avvantaggi di quello notorio e del suo segno (Sez. 1, n. 13090/2013, Ragonesi, Rv. 626643-01).

In tutte le sentenze è stata ribadita, anche quale mera premessa del ragionamento logico seguito ai fini della delibazione sul tema in esame, la distinzione tra marchio forte e marchio debole, nonché tra marchio a struttura semplice ed a struttura complessa.

Tale distinzione viene fatta risalire da Cass. 8577/2018 cit. a Sez. 1 2692/1978, Bologna, Rv. 392078-01 ma è esplicita e particolarmente efficace la descrizione in Sez. 1, n. 1267/2016, Ragonesi, Rv. 638432-01.

Si ha presenza di marchio forte, meritevole di una tutela particolarmente incisiva, nel caso di segno distintivo frutto di fantasia, senza aderenze concettuali ai prodotti contraddistinti, sicchè anche variazioni pur rilevanti o originali, purchè ne lascino permanere la sostanziale identità, sono illegittime.

L'orientamento delle scelte degli acquirenti, in tal caso, è dato dal c.d. nucleo ideologico del marchio che, permanendo intatto, non esclude la confondibilità.

Viceversa, il marchio è debole laddove il segno distintivo è privo di una particolare forza individualizzante per cui anche modificazioni lievi possono escludere la confondibilità.

Evocato nella giurisprudenza della Corte il fenomeno del c.d. *secondary meaning* (disciplinato dall'art. 13, commi 2 e 3 d.lgs n. 30 del 2005 come una sorta di meccanismo di validazione nel corso del tempo di un segno distintivo all'origine privo di capacità distintiva) esteso alla trasformazione del marchio debole in marchio forte.

Ulteriori "categorie" sono utilizzate dalla giurisprudenza.

Si parla di marchio "complesso" nel caso in cui siano presenti più elementi caratterizzanti e suscettibili di autonoma tutela anche se la forza distintiva è garantita da un nucleo centrale del marchio.

E', invece, definito "d'insieme" il marchio nel quale gli elementi costitutivi sono privi di autonoma capacità distintiva derivando questa solo dalla loro combinazione.

Infine, si ricorre alla definizione di marchio "semplice" quando vi è unicità del segno distintivo.

**Sez. 1, n. 09769/2018, Iofrida, Rv. 648121-01**, ha così precisato, in continuità con la giurisprudenza precedente (Sez. 1, n. 18920/2004, Graziadei, Rv. 577273-01), che in caso di marchio forte (dall'origine o per vicende successive), la confondibilità si determina anche in presenza di consistenti varianti nel 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; detto nucleo centrale, peraltro, non è identificabile nel mero riferimento a situazioni e contesti ricollegabili ad un determinato settore merceologico, ma riguarda quel “quid pluris” che connoti, all’interno di quel settore, una specifica offerta.

Nel caso concreto è stato escluso il pericolo di confusione nel caso di marchi complessi deboli divenuti notori, anche per effetto dei cospicui investimenti pubblicitari delle case produttrici.

Ciò ha indotto i giudici di merito ad escludere la ricorrenza della fattispecie di cui all’art. 20 comma 1 lett. b) d.lgs. 30 del 2005, che attribuisce al titolare di un marchio registrato il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nell’attività economica un segno identico o simile al marchio registrato, per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell’identità o somiglianza fra i segni e dell’identità o affinità fra i prodotti o servizi, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni.

Infine, in applicazione dei principi sin qui descritti, **Sez. 1, n. 15927/2018, Tricomi, Rv. 649528-01**, ha deciso che in tema di marchi d’impresa, la qualificazione del segno distintivo come marchio cd. debole non incide sull’attitudine dello stesso alla registrazione, ma soltanto sull’intensità della tutela che ne deriva, nel senso che, a differenza del marchio cd. forte, in relazione al quale vanno considerate illegittime tutte le modificazioni, pur rilevanti ed originali, che ne lascino comunque sussistere l’identità sostanziale, ovvero il nucleo ideologico espressivo costituente l’idea fondamentale in cui si riassume, caratterizzandola, la sua attitudine individualizzante, per il marchio debole sono sufficienti ad escluderne la confondibilità anche lievi modificazioni o aggiunte.

E’ stata così confermata la sentenza di merito che aveva ritenuto sufficientemente differenziabili i due marchi in conflitto, in relazione al connotarsi del primo come solo denominativo e dell’altro alla stregua di marchio figurativo e complesso, segnatamente riconducibile nel novero dei cd. marchi d’insieme con la necessità, ai fini del giudizio di confondibilità, di effettuare anche una valutazione di tipo visivo e non solo fonetico.

Anche in questo caso si tratta di continuità rispetto alla giurisprudenza precedente; in particolare il riferimento è a Sez. 1, n. 13170/2016, Genovese, Rv. 640226-01.

Per completezza si deve comunque osservare che tale sentenza, pur essendo conforme a precedente Sez. 1, n. 14787/2007, Morelli, Rv. 597747-01, si era posta in contrasto rispetto alla più

recente Sez. 1, n. 1861/2015, Lamorgese, Rv. 634265-01 con la quale era stato sostenuto che in tema di marchi di impresa, la qualificazione del segno distintivo come marchio debole non preclude la tutela nei confronti della contraffazione in presenza dell'adozione di mere varianti formali, in sé inidonee ad escludere la confondibilità con ciò che del marchio imitato costituisce l'aspetto caratterizzante, non potendosi, invero, limitare la tutela del marchio debole ai casi di imitazione integrale o di somiglianza prossima all'identità, cioè di sostanziale sovrapposibilità del marchio utilizzato dal concorrente a quello registrato anteriormente.

In applicazione di tale principio era stata cassata la sentenza di merito che aveva ritenuto insuscettibile di tutela il marchio costituito dalla combinazione di parole di uso comune "Divani & Divani" benché le stesse avessero assunto efficacia individualizzante del prodotto.

## **2. Decadenza e nullità del marchio.**

La ricostruzione dell'acquisto dei diritti in materia di marchi è stata, da tempo, operata dalla Corte ricorrendo alla figura della *fattispecie complessa*.

Sin da Sez. 1, n. 4090/1980, Bologna, Rv. 407992-01, è stato evidenziato che la fattispecie brevettuale è costituita dalla creazione del segno distintivo, dalla registrazione (che ha natura costitutiva) e, eventualmente, dal trasferimento del marchio (che presenta funzione traslativa).

Il marchio è oggetto della fattispecie e, quando si evoca la figura della relativa nullità, s'intende fare riferimento al venir meno degli effetti della sua registrazione a seguito della relativa declaratoria.

A tale evenienza è collegata la perdita dei diritti derivanti dalla registrazione che, in ipotesi, può riguardare anche un marchio illegale.

**Sez. 1, n. 04771/2018, Nazzicone, Rv. 647634-01**, ha dunque precisato che la nullità riguarda la registrazione, non la privativa in sé in quanto la prima è idonea a dispiegare i suoi effetti sino alla declaratoria di nullità fino a quando un giudice non accerti che essa è avvenuta al di fuori dei presupposti previsti dalla legge.

Il marchio nullo, pertanto, fino a quando non viene dichiarato tale, gode di una relativa stabilità e ciò ha portato la giurisprudenza di legittimità ad evocare la figura della presunzione semplice di validità ed efficacia della registrazione del marchio (sin da Sez. 1, n. 3109/1983, Lipari, Rv. 428021-01 fino alla più recente Sez. 1, n. 13090/2013 cit. nel paragrafo precedente).



Si tratta di un'ipotesi di "nullità" del tutto peculiare (tanto da indurre taluno a parlare di *efficacia precaria* del marchio nullo) rispetto all'analogo vizio riferito al contratto.

Le cause di nullità del marchio sono descritte negli artt. 14, comma 1, lett. a), e 25, lett. b), del d.lgs. 30 del 2005 (che indicano le ipotesi di illiceità), nonché dagli artt. 7, 8, 9, 10, 12, 13, 19, comma 2, e 118, comma 3, lett. b), del decreto menzionato.

La Corte è intervenuta sullo specifico tema della legittimazione attiva all'azione di nullità disciplinata dall'art. 122 d.lgs. 30 del 2005.

Al primo comma la norma prevede che l'azione di nullità e decadenza del marchio possa essere esercitata da chiunque vi abbia interesse e promossa d'ufficio dal pubblico ministero il cui intervento, in deroga all'art. 70 c.p.c., non è obbligatorio.

Al secondo comma, prevede, invece che la dichiarazione di nullità per la sussistenza di diritti anteriori oppure perchè l'uso del marchio costituirebbe violazione di un altrui diritto di autore, di proprietà industriale o altro diritto esclusivo di terzi, oppure perchè il marchio costituisce violazione del diritto al nome oppure al ritratto oppure perchè la registrazione del marchio è stata effettuata a nome del non avente diritto, possa essere esercitata soltanto dal titolare dei diritti anteriori e dal suo avente causa o dall'avente diritto.

Dunque, la norma distingue le ipotesi di nullità assoluta (primo comma) da quelle di nullità relativa (secondo comma) definendo diversamente i soggetti legittimati ad agire nelle due ipotesi.

La ratio della diversa disciplina è stata ravvisata dalla Corte nel passaggio (pag. 11 della motivazione) in cui è stato evidenziato come la legittimazione e l'interesse ad escludere la possibile confusione spetti, in primo luogo, all'imprenditore che ha scelto il marchio secondo diritto.

La legittimazione spetta, invece, a chiunque vi abbia interesse ed al pubblico ministero, ogni volta in cui sia ravvisabile l'interesse degli altri imprenditori, dei consumatori e del mercato onde evitare che la concorrenza si svolga in modo scorretto determinando confusione tra i prodotti ed i servizi offerti dai diversi imprenditori o si ricorra a segni illeciti in contrasto con gli interessi della comunità.

Restano fermi e comuni alle due azioni i principi di cui agli artt. 121 e 123 d.lgs. 30 del 2005, ossia che l'onere della prova incombe su chi impugna il titolo e che la declaratoria di nullità ha efficacia nei confronti di tutti.

La sentenza ha spiegato e giustificato la mancata previsione della rilevabilità d'ufficio della nullità (anche se derivante da illiceità della registrazione) riprendendo il concetto di presunzione relativa di

legittimità del titolo evocato dalla giurisprudenza di legittimità (come visto) sin dagli anni '80.

Infine, ha ricordato la coerenza della conclusione alla quale è pervenuta rispetto alla disciplina comunitaria rinvenibile nelle seguenti fonti: art. 95 Regolamento (CE) del Consiglio 20 dicembre 1993 n. 40/94, artt. 52 ss. del Regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio 26 febbraio 2009, art. 76 medesimo Regolamento come modificato dal Regolamento 2424/2015 del 16 dicembre 2015, art. 85 Regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio del 12 dicembre 2001.

Il principio di diritto affermato, dunque, dalla Corte è stato il seguente: in ragione della presunzione semplice di validità dell'avvenuta registrazione del marchio in presenza dei requisiti previsti dalla legge, il giudice non può rilevarne d'ufficio la nullità, conservando peraltro, nei casi previsti dall'art. 122, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2005 (codice della proprietà industriale), la facoltà di sollecitare il P.M. per le sue autonome determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione.

In tema di azione per la dichiarazione di nullità della registrazione del marchio, la Corte ha risolto alcune questioni di natura processuale sulla legittimazione all'azione e sulla rilevabilità d'ufficio della nullità.

Gli interventi della giurisprudenza non hanno riguardato le cause di nullità del marchio (all'attualità descritte dall'art. 25 d.lgs. 30 del 2005 e disciplinate, quanto all'aspetto intertemporale, dall'art. 233 dello stesso decreto).

Tuttavia, è stato precisato che gli interventi che si sono succeduti nel tempo (in particolare per effetto di dd. lgss. nn. 480 del 1992 e 447 del 1999) in tema di legittimati a richiedere la dichiarazione di nullità del marchio hanno avuto incidenza sul profilo sostanziale, e non solo processuale, della disciplina.

E' dunque al momento della registrazione del marchio che occorre avere riguardo non solo per l'individuazione delle cause della sua eventuale nullità, ma anche ai fini della legittimazione a farne valere il vizio.

Legittimazione che, per effetto del d.lgs. n. 447/1999, non spetta a chiunque vi abbia interesse, ma solo ai titolari di diritti anteriori con conseguente degradazione del vizio da nullità assoluta a nullità relativa.

Nella costante giurisprudenza della Corte, la modifica descritta è priva di retroattività (in tal senso Sez. 1, n. 24909/2008, Giusti, Rv. 605120-01) e, nel solco di tale orientamento si annovera anche **Sez. 1, n. 05844/2018, Nazzicone, Rv. 647641-01**, con la quale è stato

deciso che la legittimazione attiva all'esperimento dell'azione di accertamento della nullità del marchio per difetto di novità del segno distintivo spetta, relativamente ai giudizi instaurati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 447 del 1999 e concernenti marchi di impresa registrati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 480 del 1992, ma anteriormente al cit. d.lgs. n. 447, a chiunque vi abbia interesse, ai sensi dell'originaria formulazione dell'art. 59 del r.d. n. 929 del 1942, e non ai soli titolari di diritti anteriori, come invece previsto dall'art. 233 del codice della proprietà industriale, in ragione della natura sostanziale dell'innovazione e del risolversi l'azione di nullità nell'accertamento, da parte di coloro che al momento della registrazione avevano la titolarità dell'azione stessa, del fatto che la registrazione sia avvenuta senza che ne sussistessero le condizioni di legge.

L'argomento dell'azione per la declaratoria di nullità del marchio è stato affrontato in un gruppo di sentenze nelle quali è stata affrontata la tematica del c.d. preuso la cui disciplina è contenuta negli artt. 12 e 28 d. d.lgs. 30 del 2005.

Rileva, in particolare, quanto statuito, in termini generali, da **Sez. 1, n. 02499/2018, Genovese, Rv. 647143-01**, che ha affermato il principio che in tema di marchi di impresa, il preuso di un marchio di fatto, tanto ai sensi dell'art. 18 del r.d. 21 giugno 1942, n. 929 (cd. legge marchi) applicabile "rationae temporis", che degli artt. 12 e 28 del d.lgs. n. 30 del 2005 (cd. Codice della proprietà industriale) che l'hanno sostituito, comporta che il preutente abbia il diritto all'uso esclusivo del segno, ossia abbia il potere di avvalersene che è distinto da ogni successiva registrazione corrispondente alla denominazione da lui usata, la quale si pone su un piano diverso rispetto al diritto di preuso, sicché ben può una tale registrazione essere dichiarata nulla, anche per decettività, in rapporto ai segni confliggenti. Ne consegue che, ove la registrazione decettiva sia dichiarata nulla, non per questo il preutente che aveva provveduto a formalizzarla perde il diritto di continuare a far uso del segno, specie laddove, per la cessata interferenza con i diritti registrati da altro titolare di uno o più marchi, sia venuto meno anche il conflitto.

L'affermazione interseca il costante orientamento della Corte secondo cui la ragione della invalidità della registrazione successiva al preuso di un marchio di fatto con notorietà nazionale è ricollegata alla mancanza del carattere della novità che integra condizione necessaria per ottenere la valida registrazione, fatta salva l'ipotesi della convalidazione di cui all'art. 28 d.lgs. 30 del 2005 (Sez. 1, 22350/2015,

Nappi, Rv. 637695-01 e Sez. 1, n. 14342/2003, Gilardi, Rv. 567192-01).

La ricaduta pratica del principio affermato nella sentenza 2499/2018 (che costituisce una sostanziale novità giurisprudenziale) è stata la cassazione della sentenza di merito con la quale era stato escluso il diritto al preuso a seguito della sopravvenuta dichiarazione di nullità di un marchio identico ritenuto decettivo in quanto idoneo ad ingannare il consumatore in ordine alla provenienza del prodotto contrassegnato.

Tale dichiarazione di nullità, nella valutazione dei giudici di merito, aveva, in sostanza, fatto venire meno il diritto di preuso in quanto travolto dalla valutazione circa la natura ingannevole del marchio registrato successivamente.

La Corte, invece, ha descritto il diritto al preuso come un vero e proprio diritto che perdura nel tempo ed “insensibile” rispetto all’accertamento della nullità (per decettività) della successiva registrazione, dovendosi delimitare gli effetti dell’accertata nullità al periodo di tempo in cui è avvenuta la registrazione posteriore.

La Corte ha avuto modo di soffermarsi anche sul preuso del marchio debole dando continuità, anche se solo in motivazione, al precedente Sez. 1, n. 13170/2016 ricordato al paragrafo precedente, a sua volta conforme a Sez. 1, n. 15927/2018 cit.

**Sez. 1, n. 18725/2018, Tricomi, Rv. 649580-01**, ha, sul punto, deciso che in tema di marchi di impresa, la debolezza del marchio non esclude che, al fine di poterlo mantenere ed opporsi alla registrazione altrui, se ne possa provare il preuso anche a mezzo della prova testimoniale, il cui valore dovrà essere apprezzato in comparazione alle complessive risultanze processuali ed in uno agli eventuali riscontri documentali offerti dalla parte.

Infine, va registrato un intervento della Corte in tema di convalidazione del marchio.

L’istituto è disciplinato dall’art. 28 d. lgs. 30 del 2005 che così recita: “1. Il titolare di un marchio d’impresa anteriore ai sensi dell’articolo 12 e il titolare di un diritto di preuso che importi notorietà non puramente locale, i quali abbiano, durante cinque anni consecutivi, tollerato, essendone a conoscenza, l’uso di un marchio posteriore registrato uguale o simile, non possono domandare la dichiarazione di nullità del marchio posteriore nè opporsi all’uso dello stesso per i prodotti o servizi in relazione ai quali il detto marchio è stato usato sulla base del proprio marchio anteriore o del proprio preuso, salvo il caso in cui il marchio posteriore sia stato domandato in mala fede. Il titolare del marchio posteriore non può opporsi

all'uso di quello anteriore o alla continuazione del preuso. 2. La disciplina del comma 1 si applica anche al caso di marchio registrato in violazione degli articoli 8 e 14, comma 1, lettera c)''.

Viene descritta, in sostanza un'ipotesi di preclusione all'esercizio dell'azione di nullità della registrazione del marchio posteriore in presenza di presupposti specificamente descritti.

In presenza di tali presupposti è escluso possa parlarsi di mancanza di novità del marchio o di contraffazione con conseguente decadenza dall'azione di nullità e liceità (per effetto di una sorta di "sanatoria") della continuazione dell'uso del segno posteriore che convive con quello anteriore.

Con riferimento a tale qualificazione della convalidazione anche Sez. Un., n. 17927/2008, Salvago, Rv. 604118-01 ove, sebbene con riferimento a normativa previgente, è stata operata l'espressa qualificazione nel senso che l'istituto della c.d. convalidazione, previsto dall'art. 48 r.d. 21 giugno 1942 n. 929, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dall'art. 45 d.lgs. 4 dicembre 1992 n. 480, non rappresenta né una perdita del diritto all'uso del proprio marchio, né una forma di acquisto del diritto all'uso del marchio da parte di chi lo abbia adottato di fatto senza contestazione, ma integra una ipotesi di decadenza dall'esercizio dell'azione di nullità o contraffazione.

Conseguentemente, secondo quella sentenza, la decadenza può essere impedita dal solo esercizio delle suddette azioni, mentre resta irrilevante a tal fine l'eventuale invio di diffide stragiudiziali.

Sul punto rileva la motivazione conforme di **Sez. 1, n. 18736/2018, Iofrida, Rv. 649679-01**, che ha statuito che ai fini della convalidazione del marchio posteriore ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 30 del 2005, la prova che grava sul titolare del secondo marchio, avente ad oggetto l'utilizzo quinquennale continuato, effettivo e senza contestazioni del segno posteriore in un ambito non meramente locale, deve essere rigorosa, essendo detta disposizione eccezionale e di stretta applicazione.

Nel caso esaminato la Corte ha ritenuto mancato tale rigoroso accertamento in ragione della mancata motivazione in ordine all'uso continuativo del marchio in quattro dei cinque anni rilevanti, non essendo sufficienti generici riferimenti alla presenza del segno distintivo su buste, siti internet, cataloghi non esattamente databili.

Ulteriore passaggio significativo della decisione recentemente intervenuta è quello relativo alla cassazione della sentenza di merito che aveva ritenuto inammissibile l'azione di nullità del marchio registrato, in quanto non avanzata nell'atto introduttivo ma nella memoria ex art. 183, comma 5, c.p.c., benchè si fosse trattato di

proposizione di domanda a seguito della eccezione di convalidazione formulata dalla controparte nella comparsa di costituzione e risposta.

In sostanza, una domanda di nullità formulata quale “reconventio reconventionis” che nel caso di specie si era così manifestata: la convenuta in un’azione di contraffazione di marchi e concorrenza sleale aveva invocato la titolarità di marchi posteriori registrati sostenendo la validità degli stessi anche per effetto della convalidazione; a questo punto l’attrice aveva domandato la declaratoria di nullità dei marchi.

Ciò aveva fatto essendosi trovata, rispetto alla domanda di accertamento della titolarità dei marchi posteriori e comunque della convalidazione, in posizione di convenuto.

Sul punto la motivazione ha richiamato quanto espressamente statuito da Sez. 1, n. 3639/2018, Tavassi, Rv. 606804-01 rispetto alla quale si è posta in consapevole (pag. 14 della motivazione) continuità.

### **3. Cessione del diritto d’autore e contratto di edizione.**

In tema di contratto di edizione, definito dall’art. 118 l. n. 633 del 1941 come “il contratto con il quale l’autore concede ad un editore l’esercizio del diritto di pubblicare per le stampe, per conto e a spese dell’editore stesso, l’opera dell’ingegno”, la Corte ha emesso una sentenza contenente principi sostanzialmente inediti ma, senz’altro, coerenti rispetto ad altri precedenti attinenti casi non relativi a diritti di privativa.

In particolare, s’intende fare riferimento a **Sez. 1, n. 18726/2018, Tricomi, Rv. 649581-01**, con la quale, in primo luogo, è stato affrontato il tema della validità, della natura e delle modalità di approvazione della clausola di prelazione apposta al contratto di edizione.

L’art. 122 l. cit. prevede che tale contratto possa assumere la forma del “contratto di edizione per edizione” della durata prefissata dalla legge in venti anni lasciando alle parti la determinazione del numero degli esemplari e delle edizioni ed essendo previsto che, in mancanza di tale pattuizione, il contratto debba intendersi stipulato per una sola edizione per il numero massimo di duemila copie.

Altra tipologia di contratto è quella del “contratto di edizione a termine” in cui, nel termine stabilito dalle parti che non può superare, comunque, i venti anni, è attribuito all’editore un ampio potere dispositivo in ordine allo sfruttamento dell’opera, con il diritto di eseguire quel numero di edizioni e per il numero di esemplari per edizione che reputi necessario a sua discrezione, stabilendosi, in

ragione della sua posizione egemonica ed a tutela del contraente debole, che sia indicato, a pena di nullità del contratto, il numero minimo di esemplari per ogni edizione.

In tal senso, espressamente, la norma di cui all'art. 122 cit. per come interpretata anche da Sez. 1, n. 25332/2017, Falabella, Rv. 645847-01.

L'individuazione del contratto di edizione come patto nel quale l'editore assume una posizione egemonica e la figura del contraente forte (editore) si somma a quella del contraente debole (autore) è affermata anche nella sentenza sopra citata.

Più nello specifico, a proposito della previsione del patto di prelazione, la Corte, ha sostenuto che nel contratto di edizione "per edizione", l'eventuale previsione di un diritto di prelazione a favore dell'editore non preclude la libertà dell'autore, né comporta la violazione degli artt. 1379 c.c. e 122, comma 2, l. n. 633 del 1941, poiché, per effetto di essa, il titolare del diritto resta libero di disporre dei suoi beni ed alle condizioni che preferisce essendogli unicamente imposto, dopo la conclusione del contratto e qualora voglia instaurare un nuovo rapporto contrattuale con un terzo, di comunicare all'originario stipulante le condizioni dell'accordo per consentirgli di valutare la possibilità di assumere in proprio l'impegno.

Il patto di prelazione non è stato ritenuto tale da precludere la facoltà di disporre ed esercitare il diritto a chi ne sia titolare, integrando solo una limitazione a porre un limite relativo alla scelta della persona con cui negoziare tale diritto.

Limitazione che non determina alcuna sostanziale limitazione per il titolare del diritto.

Peraltro, richiamando altro risalente precedente (Sez. 2, n. 4116/1986, Rv. 446905-01), la Corte ha evidenziato come il patto non sia suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., potendo, in caso di sua violazione, dare luogo solo a responsabilità per risarcimento dei danni.

Ed allora, tenuto conto dei principi affermati, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la clausola che prevedeva la prelazione a favore dell'editore, sub specie di obbligo di informazione dello stesso della volontà dell'autore di stipulare un contratto per la pubblicazione con altro editore, non era tale da limitare in maniera indiscriminata i diritti dello stesso.

Ulteriore passaggio argomentativo che ha consentito alla Corte di pervenire all'affermazione della validità del patto è quello relativo alla non necessità della specifica approvazione per iscritto della

clausola ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. non potendosi qualificare il contratto di edizione quale contratto per adesione essendo riservata a tale categoria di contratti l'applicazione di tale norma.

Anche sul punto la Corte ha dato continuità ad altre conformi decisioni espressamente indicate (Sez. 1, n. 7605/2015, De Marzo, Rv. 634932-01 e Sez. 2, n. 7403/2016, Criscuolo, Rv. 639511-01).

La stessa sentenza ha preso altresì posizione, anche in questo caso con affermazione sostanzialmente inedita, sul contratto di edizione avente ad oggetto la traduzione di un testo.

Ha quindi affermato che, in tema di contratto di edizione avente ad oggetto la traduzione di un'opera originaria, è applicabile l'art. 119, comma 4, della l. n. 633 del 1941 che, nel disciplinare la portata del trasferimento dei diritti di utilizzazione spettanti all'autore, esclude che essa comprenda, salvo pattuizione espressa, i diritti di utilizzazione dipendenti da eventuali elaborazioni e trasformazioni di cui l'opera è suscettibile e la cui valutazione deve tener conto delle caratteristiche intrinseche della tipologia "di secondo livello" dell'opera e del rapporto strettissimo che la lega all'originale dai cui mutamenti, anche a seguito di nuove acquisizioni documentali, scientifiche, filologiche e/o critiche o da altro, può essere fortemente incisa.

Precisata, inoltre, l'ampiezza della cessione del diritto d'autore.

Il riconoscimento della traduzione come oggetto del diritto di autore è previsto dagli artt. 4 e 7, comma 2, l. n. 633 del 1941 e la tutela prescinde da quella prevista per l'opera in lingua originale.

L'oggetto del contratto di edizione che riguarda l'opera del traduttore è delimitato dall'art. 119, comma 4, l. n. 633 cit. che esclude l'utilizzazione di elaborazioni o trasformazioni che possono riguardare l'opera.

Nel caso specifico si trattava della stipula di un contratto di edizione tra una traduttrice ed una casa editrice diversa da quella che godeva di un diritto di prelazione in virtù di un precedente contratto.

Mentre il giudice di merito aveva ritenuto il nuovo contratto concluso in violazione del patto di prelazione, la Corte di legittimità ha valorizzato una serie di elementi per escludere che vi fosse identità tra l'opera oggetto del nuovo contratto di edizione e quella precedente per la quale era stata pattuita la prelazione.

La traduzione per la nuova casa editrice, infatti, era opera che era stata realizzata alla luce di nuove acquisizioni filologiche e critiche (erano stati scoperti nuovi testi), era stata prevista la realizzazione con



un testo a fronte in lingua originale, si trattava di opera a quattro mani con la collaborazione di uno studioso di lingua originale.

Proprio in virtù di tali specificità, è stata esclusa l'operatività del patto di prelazione.

#### **4. Configurabilità dell'opera di ingegno.**

La Corte ha avuto modo di soffermarsi sul tema della tutela del diritto al riconoscimento della paternità dell'opera, laddove se ne ravvisi il carattere creativo del progetto preliminare, perché dotato di originalità e novità oggettiva, frutto di elaborazione personale dell'autore.

In particolare, l'esame ha avuto riguardo alla autonoma tutelabilità della paternità del progetto preliminare di un'opera architettonica nel caso di sua sostituzione con quello definitivo.

Alla risposta negativa data dal giudice di merito, la Corte, pur dichiarando l'inammissibilità del ricorso, tenuto conto della particolare rilevanza della questione, ha enunciato il principio di diritto ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c..

Sul punto le norme rilevanti sono state individuate nell'art. 2, comma 1, n. 5, l. n. 633 del 1941 il quale assegna tutela a "disegni" (comprendendo il termine la fase progettuale) ed "opere dell'architettura", nonché dall'art. 6 della medesima legge che individua nella creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale, il titolo originario dell'acquisto del diritto d'autore.

Ancora, l'autonoma tutelabilità del progetto, è stata individuata attraverso una lettura sistematica dei primi due commi dell'art. 20 l. cit. laddove è previsto il diritto dell'autore di rivendicare la paternità ed opporsi alle modifiche dell'opera, con la deroga nel caso di modificazioni che si rendessero necessarie nel corso della realizzazione dell'opera.

Tanto giustifica, nella lettura proposta dalla Corte, l'affermazione dell'autonoma tutelabilità della creazione costituita dalla progettazione che costituisce, nell'interpretazione proposta, fase autonoma (dotata, in quanto tale, di protezione).

Ciò accade, dunque, anche nel caso in cui il progetto preliminare venga ad essere inglobato o, anche, rielaborato, in quello definitivo nel caso in cui sia stato concretamente utilizzato (anche a fini meramente espositivi).

**Sez. 1, n. 15158/2018, Tricomi, Rv. 649126-01**, ha, dunque, affermato il principio di diritto secondo cui in tema di diritto di

autore, il progetto architettonico preliminare che si connota come opera dell'ingegno, in quanto frutto di creatività ed assistito da novità ed originalità, anche se successivamente trasfuso nel progetto definitivo, conserva il diritto ad essere tutelato quando venga utilizzato autonomamente, anche a fini meramente espositivi.

Anche in questo caso si tratta di principio inedito con il quale la Corte ha inteso precisare l'autonoma tutelabilità, quale opera dell'ingegno, di una particolare porzione dell'opera complessiva costituita dalla creazione artistica e consistente nel progetto preliminare successivamente trasfuso nell'opera conclusiva.

## **5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale.**

La concorrenza sleale trova disciplina nell'art. 2598 c.c. che distingue tre categorie di atti che possono dare luogo all'azione risarcitoria ivi prevista.

Due (i numeri 1 e 2 della norma) comprendono atti tipici (atti di confusione e denigrazione), uno atipico costituito dagli atti contrari alle regole di correttezza professionale idonei a danneggiare l'altra azienda.

Risale a Sez. 1, n. 4029/1985, Borruso, Rv. 441551-01, l'affermazione secondo cui la concorrenza sleale può essere configurata anche fra imprenditori operanti a livelli economici diversi purchè incidenti sulla medesima categoria di consumatori.

La giurisprudenza più recente ha sviluppato e dato seguito a tale affermazione.

Nel delineare uno dei requisiti per la configurabilità della condotta di concorrenza sleale, la Corte ha dato continuità all'orientamento di Sez. 3, n. 22332/2014, Carleo, Rv. 633113-01, secondo cui presupposto indefettibile dell'illecito è la comunanza di clientela, la cui sussistenza va verificata anche in una prospettiva potenziale, dovendosi esaminare se l'attività di cui si tratta, considerata nella sua naturale dinamicità, consenta di configurare, quale esito di mercato fisiologico e prevedibile, sul piano temporale e geografico, e quindi su quello merceologico, l'offerta dei medesimi prodotti, ovvero di prodotti affini e succedanei rispetto a quelli offerti dal soggetto che lamenta la concorrenza sleale.

E' stato, dunque, posto l'accento sul dato fondamentale costituito dalla possibile interferenza delle condotte sanzionabili ai sensi dell'art. 2598 c.c. sul profilo del potenziale inganno del soggetto destinato all'acquisto o al consumo del prodotto individuando e specificando il concetto di "clientela".

Sul punto la Corte aveva già precisato che la situazione di concorrenzialità deve essere valutata in chiave potenziale e dinamica (anche con riferimento all'ambito territoriale di commercializzazione dei prodotti) pur non potendo prescindere dallo svolgimento della identità dell'attività commerciale o industriale.

Ed in tale prospettiva si era già sostenuto che la comunanza di clientela non è data dalla identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti che sono in grado di soddisfare quel bisogno.

Più precisamente, era stato affermato che la sussistenza di tale requisito va verificata anche in una prospettiva potenziale, dovendosi esaminare se l'attività di cui si tratta, considerata nella sua naturale dinamicità, consenta di configurare, quale esito di mercato fisiologico e prevedibile, sul piano temporale e geografico, e quindi su quello merceologico, l'offerta dei medesimi prodotti, ovvero di prodotti affini e succedanei rispetto a quelli offerti dal soggetto che lamenta la concorrenza sleale.

Nel caso esaminato in Sez. 1, n. 17144/2009, Tavassi, Rv. 609233-01 erano stati ritenuti irrilevanti, per escludere la sussistenza della condotta di concorrenza sleale sia il diverso pregio dei prodotti delle parti che il diverso livello dei negozi presso cui erano reperibili, assumendo, piuttosto, principale rilevanza l'appartenenza degli stessi prodotti alla stessa categoria merceologica e l'utilizzazione di un marchio fortemente confondibile anche con riguardo all'origine dei relativi prodotti.

Con **Sez. 1, n. 12364/2018, Nazzicone, Rv. 649030-01**, è stato ribadito che in tema di concorrenza sleale, il rapporto di concorrenza tra due o più imprenditori, derivante dal contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, comporta che la comunanza di clientela non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio dall'imprenditore che lamenta la concorrenza sleale, che sono in grado di soddisfare quel bisogno.

Nel caso concreto è stata ritenuta la concorrenza sleale tra imprenditori operanti uno a livello nazionale e l'altro a livello provinciale, considerando irrilevante, anche la natura pubblica (in un caso) e privata (nell'altro) della clientela di destinazione rimanendo

identica, invece, la categoria dei consumatori destinatari della commercializzazione dei prodotti.

Peraltro, nel caso concreto, la condotta di concorrenza è stata ritenuta anche in capo all'importatore del prodotto chiamato in garanzia dal venditore evocato in giudizio con l'azione ex art. 2598 c.c..

Con ciò la Corte ha dichiaratamente applicato il principio di portata generale esplicitato con altro precedente con il quale ha avuto modo di precisare che la nozione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. va desunta dalla "ratio" della norma, che impone, alle imprese operanti nel mercato, regole di correttezza e di lealtà, in modo che nessuna si possa avvantaggiare, nella diffusione e collocazione dei propri prodotti o servizi, con l'adozione di metodi contrari all'etica delle relazioni commerciali; ne consegue che si trovano in situazione di concorrenza tutte le imprese i cui prodotti e servizi concernano la stessa categoria di consumatori e che operino quindi in una qualsiasi delle fasi della produzione o del commercio destinate a sfociare nella collocazione sul mercato di tali beni.

Infatti, quale che sia l'anello della catena che porta il prodotto alla stessa categoria di consumatori in cui si collochi un imprenditore, questi viene a trovarsi in conflitto potenziale con gli imprenditori posti su anelli diversi, proprio perché è la clientela finale quella che determina il successo o meno della sua attività, per cui ognuno di essi è interessato a che gli altri rispettino le regole di cui alla citata disposizione (Sez.1, n. 4739/2012, Ragonesi, Rv. 622174-01).

Anche con riguardo ai limiti di autotutela del danneggiato dagli atti di concorrenza sleale, la Corte, ha dato continuità, sia pure con qualche lieve precisazione, alla propria giurisprudenza.

In primo luogo, rileva l'affermazione secondo cui in tema di concorrenza sleale, l'attacco ingiusto diretto a ledere le posizioni ed i diritti tutelati dall'art. 2598 c.c., e, in particolare, idoneo a confondere il pubblico circa la qualità merceologica dei prodotti offerti, con evidente vantaggio conseguente ad una comparazione tra i prezzi di vendita che non dia conto, in virtù della confusione così ingenerata nel consumatore, della differente struttura del costo di produzione, legittima una reazione, da parte del soggetto leso, volta a ristabilire la verità dei fatti onde consentire al pubblico la conoscenza circa la intrinseca diversità tra i prodotti rispettivamente commercializzati, senza che l'autore della reazione possa essere considerato responsabile del danno conseguentemente arrecato all'aggressore, e senza che spieghi influenza, in contrario, la natura extracontrattuale

dell'illecito di cui all'art. 2598 c.c. (Sez.1, n. 11047/1998, Berruti, Rv. 520344-01).

S'intende, inoltre, fare riferimento a Sez. 1, n. 22042/2016, Lamorgese, Rv. 642637-04 che ha avuto modo di delineare la portata della concorrenza sleale per denigrazione affermando, fra l'altro, che essa non postula la falsità dei fatti affermati, potendo configurarsi, quale comportamento non conforme alla correttezza professionale, ove idoneo a produrre discredito, anche la divulgazione di circostanze o di notizie vere ma, in quest'ultimo caso, solo quando e negli stretti limiti in cui siano contestualmente formulate vere e proprie invettive ed offese gratuite nei confronti del concorrente, che traggano cioè, nella diffusione delle notizie veritiere, mero spunto o pretesto e che la legittima difesa, quale reazione difensiva ad un'altrui offesa, non può consistere nella divulgazione di notizie false sui prodotti e l'attività del concorrente e non esclude, quindi, la responsabilità civile per l'illecito concorrenziale previsto dall'art. 2598, comma 1, n. 2, c.c..

Così, con **Sez. 6-1, n. 12820/2018, Scaldaferrì, Rv. 649643-01**, è stato esplicitato il principio secondo cui la reazione dell'imprenditore che sia danneggiato dalla condotta sleale di un concorrente è legittima, e non causa un danno risarcibile, solo quando risponde ai parametri della continenza generale e della proporzionalità rispetto all'offesa ricevuta.

Laddove la reazione non sia assistita dalle descritte caratteristiche, essa integra, a sua volta, atto di concorrenza sleale con le conseguenti tutele risarcitorie per il danneggiato.

Il provvedimento si pone, così, in continuità con la sentenza precedentemente citata.

Nell'ambito degli atti contrari alla correttezza professionale, rientrano quelli di c.d. concorrenza parassitaria integrata dal continuo e sistematico operare sulle orme altrui attraverso il ricorso all'imitazione della condotta e della produzione imprenditoriale.

Proprio con riferimento all'inquadramento di tale forma di concorrenza sleale, la Corte, nel solco di una consolidata e risalente interpretazione, ha ricondotto la figura nell'alveo dell'art. 2598, comma 1, n. 3, c.c..

In tal senso già Sez. 1, n. 5852/1984, Borruso, Rv. 437528-01, aveva affermato il principio seguito da Sez. 1, n. 22118/2015, Genovese, Rv. 637722-01 rispetto alla quale la recente **Sez. 1, n. 25607/2018, Valitutti, Rv. 650828-02**, è conforme.

In particolare, è stato affermato che la concorrenza sleale parassitaria, ricompresa fra le ipotesi previste dall'art. 2598, n. 3, c.c., consiste in un continuo e sistematico operare sulle orme

dell'imprenditore concorrente attraverso l'imitazione non tanto dei prodotti ma, piuttosto, di rilevanti iniziative imprenditoriali di quest'ultimo, mediante comportamenti idonei a danneggiare l'altra azienda con ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale; essa si riferisce a mezzi diversi e distinti da quelli relativi ai casi tipici di cui ai precedenti nn. 1 e 2 della medesima disposizione, sicché, ove si sia correttamente escluso nell'elemento dell'imitazione servile dei prodotti altrui il centro dell'attività imitativa (requisito pertinente alla sola fattispecie di concorrenza sleale prevista dal n. 1 dello stesso art. 2598 c.c.), debbono essere indicate le attività del concorrente sistematicamente e durevolmente plagiate, con l'adozione e lo sfruttamento, più o meno integrale ed immediato, di ogni sua iniziativa, studio o ricerca, contrari alle regole della correttezza professionale.

Conseguentemente è stata esclusa la ricorrenza di tale forma di concorrenza sleale nel caso di due isolati e non rilevanti episodi consistenti nella scelta delle caratteristiche del listino prezzi e del catalogo di vendita del prodotto.

Confermato il risalente orientamento secondo cui requisito della forma di concorrenza in esame è la continuità e la ripetitività dell'imitazione come (Sez. 1, n. 4129/976, Borruso, Rv. 382787-01).

Ancora, sempre sul medesimo punto, **Sez. 1, n. 25607/2018, Valitutti, Rv. 650828-01**, ha affermato che nella cosiddetta concorrenza parassitaria, l'imitazione può considerarsi illecita soltanto se effettuata a breve distanza di tempo da ogni singola iniziativa del concorrente (nella concorrenza parassitaria diacronica) o dall'ultima e più significativa di esse (in quella sincronica), là dove per "breve" deve intendersi quell'arco di tempo per tutta la durata del quale l'ideatore della nuova iniziativa ha ragione di attendersi utilità particolari (di incassi, di pubblicità, di avviamento) dal lancio della novità, ovvero fino a quando essa è considerata tale dai clienti e si impone, quindi, alla loro attenzione nella scelta del prodotto. Ciò in quanto la creatività è tutelata nel nostro ordinamento solo per un tempo determinato, fino a quando l'iniziativa può considerarsi originale, sicché quando l'originalità si sia esaurita, ovvero quando quel determinato modo di produrre e/o di commerciare sia divenuto patrimonio ormai comune di conoscenze e di esperienze di quanti operano nel settore, l'imitazione non costituisce più un atto contrario alla correttezza professionale ed idoneo a danneggiare l'altra azienda.

Nel caso concreto l'affermazione di diritto ha condotto la Corte a ritenere corretta la motivazione del giudice di merito che aveva escluso qualsiasi ipotesi di concorrenza sleale avente ad oggetto

un prodotto diffuso e standardizzato da tempo sia a livello nazionale che internazionale.

Si è data, anche in questo caso, continuità a quanto già affermato da Sez. 1, n. 13423/2004, Giuliani, Rv. 574698-01.

Peraltro, sull'elemento temporale, e quindi sulla configurabilità dell'illecito nel caso di sfruttamento *immediato* del lavoro altrui, anche Sez. 1, n. 22118/2015 cit. (par. 16.4).

Infine, va segnalato quanto deciso dalla Corte in materia di competenza per materia nel caso di concorrenza sleale c.d. interferente.

In base al combinato disposto degli artt. 3 d.lgs. n. 168 del 2003 e 134 d.lgs. 30 del 2005 sono devolute alle sezioni specializzate in materia di impresa, fra l'altro, i procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale.

Secondo Sez. 6-1, n. 21762/2013, Cristiano, Rv. 627813-01 (conforme, a sua volta a Sez. 1, n. 12153/2010, Zanichelli, Rv. 613661-01) in tema di competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, si ha interferenza tra fattispecie di concorrenza sleale e tutela della proprietà industriale o intellettuale sia nelle ipotesi in cui la domanda di concorrenza sleale si presenti come accessoria a quella di tutela della proprietà industriale e intellettuale, sia in tutte le ipotesi in cui, ai fini della decisione sulla domanda di repressione della concorrenza sleale o di risarcimento dei danni, debba verificarsi se i comportamenti asseritamente di concorrenza sleale interferiscano con un diritto di esclusiva. Ne consegue che la competenza delle sezioni specializzate va negata nei soli casi di concorrenza sleale c.d. pura, in cui la lesione dei diritti riservati non sia, in tutto o in parte, elemento costitutivo della lesione del diritto alla lealtà concorrenziale, tale da dover essere valutata, sia pure "incidenter tantum", nella sua sussistenza e nel suo ambito di rilevanza.

Integra il principio ora ricordato quanto deciso da **Sez. 6-1, n. 02680/2018, Marulli, Rv. 647334-01**, che ha precisato, sul punto, che sussiste la competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2003, allorché, ai fini della decisione sulla domanda di repressione della concorrenza sleale o di risarcimento dei danni, debba verificarsi se i comportamenti denunciati interferiscano con un diritto di esclusiva (concorrenza sleale c.d. interferente) avendo riguardo a tali

fini alla prospettazione dei fatti da parte dell'attore ed indipendentemente dalla loro fondatezza.

In particolare, la competenza della sezione specializzata è stata affermata nel caso in cui, tra due società, era stato stipulato un articolato accordo che prevedeva il mantenimento dell'uso di un marchio in capo ad una di esse relativamente a determinati servizi ed il trasferimento di altri, unitamente allo stesso marchio ad altra società.

Secondo la prospettazione attorea, l'uso promiscuo del marchio da parte delle società aveva determinato uno sviamento di clientela con conseguente alterazione delle ordinarie regole della concorrenza che si era alterata, dunque, in stretta connessione, secondo la descritta prospettazione, con l'uso del diritto di privativa.

Si tratta di orientamento, anche in questo caso, in piena continuità con i precedenti citati rispetto ai quali, l'elemento di specificità è dato dalla descrizione dei criteri con i quali determinare la competenza.

## **6. L'azione di classe.**

Con riferimento all'azione disciplinata dall'art. 140 bis d.lgs. 205 del 2006, la Corte è intervenuta con due arresti che consolidano quanto deciso da Sez. U, n. 2610/2017, Petitti, Rv. 642267-01 con la quale è stata esclusa la natura decisoria e, quindi, l'autonoma impugnabilità ex art. 111, comma 7, Cost. del provvedimento del giudice di merito che si pronuncia sull'ammissibilità di un'azione di natura processuale e, dunque, non su un diritto soggettivo quanto, piuttosto, sulle modalità di svolgimento dell'azione in giudizio.

In particolare, è stato precisato, se l'azione di classe ex art. 140 bis cit., è funzionale solo alla tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dagli appartenenti alla classe e non anche a tutelare un interesse collettivo, l'ordinanza di inammissibilità dell'azione non è impugnabile con lo strumento indicato in quanto quel diritto è suscettibile di essere tutelato attraverso l'azione risarcitoria individuale.

Peraltro, la stessa azione di classe non è preclusa per quei soggetti che non hanno aderito a quella dichiarata inammissibile.

E' stato, così, affermato da **Sez. 3, n. 07244/2018, D'Arrigo, Rv. 647956-01**, che l'ordinanza che decide sulla ammissibilità dell'azione di classe ex art. 140 bis del d.lgs. n. 206 del 2005 è priva del carattere di decisorietà, in quanto si pronuncia, pur in modo definitivo, solo sulle modalità di svolgimento dell'azione e non sulla



situazione sostanziale dedotta in giudizio; contro di essa è pertanto inammissibile il ricorso straordinario per cassazione.

Inoltre è stato ribadito da **Sez. 3, n. 26725/2018, Graziosi, Rv. 650908-01**, che l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe proposta ai sensi dell'art. 140 bis del d.lgs. n. 206 del 2005, adottata dalla corte di appello in sede di reclamo, non ha carattere decisorio e, quindi, non è impugnabile con il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., ove detta azione sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche di un interesse collettivo, essendo il medesimo diritto tutelabile attraverso l'azione individuale.

E' stato così escluso, in particolare, che fosse funzionale alla tutela di un interesse collettivo l'azione promossa ai sensi dell'art. 140 bis del d.lgs. n. 206 del 2005 da un'associazione a tutela dei consumatori quale procuratore di un genitore in proprio e legale rappresentante della figlia minore contro una struttura sanitaria per avere con comportamento omissivo e violativo degli obblighi di legge e contratto, provocato il contatto della minore con persona malata di tubercolosi, costringendo la minore a continui controlli ed al rischio di sviluppare la malattia.

Lo scopo dell'azione era stato indicato nell'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria e nella condanna della convenuta al risarcimento dei danni, oltre che allo scopo di proporre analoga domanda di accertamento e condanna per ogni neonato aderente e per i suoi genitori.

La ragione fattuale era stata indicata nel fatto che nel 2011 presso la struttura aveva prestato servizio nel reparto neonatale un'infermiera affetta da tubercolosi e quindi vi era stato un coinvolgimento potenziale di 1271 persone, ovvero i bambini nati nel periodo di servizio della dipendente.

## **7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.**

In tema di tutela del consumatore ed, in particolare, di clausole vessatorie nel contratto stipulato tra questi ed il professionista, la disciplina si rinviene nell'art. 33 d.lgs. 206 del 2005 ove si specifica che nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede,

determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

La norma prosegue indicando quelle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria comprendendo, fra esse, quelle che hanno l'effetto di stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore (comma 2, lett. u).

Sul tema si rinvengono, così come avvenuto nell'anno 2017, diverse decisioni della Corte che, circa la derogabilità pattizia dei criteri di determinazione della competenza territoriale, ha statuito, in termini sostanzialmente conformi a precedenti decisioni, l'inderogabilità del foro del consumatore per come disciplinato dall'art. 66 bis d.lgs. 206 del 2005 (residenza o domicilio del consumatore) che attribuisce il diritto al consumatore a che il processo si svolga presso il giudice a lui più prossimo.

Sul punto, **Sez. 6-2, n. 01951/2018, Picaroni, Rv. 647976-01**, ha deciso che il foro del consumatore è esclusivo ed inderogabile, a meno che il professionista non dimostri che la clausola di deroga in favore di altri fori sia stata oggetto di trattativa individuale tra le parti.

In particolare, nel caso esaminato, relativo ad opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto per il pagamento di prestazioni professionali a favore di un avvocato, la Corte ha escluso che la mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza territoriale da parte del consumatore e la sua mancata presa di posizione di fronte al rilievo officioso dell'incompetenza del foro adito da parte del giudice potessero avere un valore equipollente al patto di deroga e alla trattativa individuale.

In motivazione è stato precisato che, sulla scorta della Direttiva 93/13/CE del Consiglio del 5.4.1993 relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati dal consumatore, questi deve godere della medesima protezione nel contratto orale ed in quello scritto e, quindi, in assenza di una pattuizione scritta, il foro del consumatore non è derogabile a seguito del suo comportamento processuale che costituisce un *posterius* rispetto all'introduzione del giudizio e, pertanto, non può assumere valore equipollente alla trattativa

Si tratta di orientamento in sostanziale continuità con quanto già deciso dalla Corte in passato (fra le molte si ricordano Sez. 6-2, n. 181/2015, Giusti, Rv. 633968-01; Sez. 6-3, n. 5703/2014, Amendola, Rv. 630504-01; Sez. 6-3, n. 17083/2013, Ambrosio, Rv. 627671-01).

Quanto al momento al quale fare riferimento per l'individuazione del giudice competente, la Corte ha richiamato quanto previsto, in termini generali, dall'art. 5 c.p.c. secondo cui la

competenza si determina con riguardo allo stato di fatto esistente al momento della domanda e, quindi, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, al momento della notifica del decreto ai sensi dell'art. 643 c.p.c..

**Sez. 6-3, n. 11389/2018, Positano, Rv. 648917-01**, ha quindi precisato, anche su questo punto conformemente a quanto già deciso (fra le molte) da Sez. 6-3, n. 18523/2016, Scrima, Rv. 642123-01, che in tema di controversie tra consumatore e professionista, l'art. 33, comma 2, lett. u), cod. cons. va interpretato nel senso che la residenza del consumatore, cui la norma ha riguardo, è quella che lo stesso ha al momento della domanda e non quella che egli aveva al momento della conclusione del contratto, ma sull'individuazione del corrispondente foro esclusivo ivi previsto incide l'accertamento, devoluto al solo giudice del merito, del carattere fittizio dello spostamento di residenza del consumatore, compiuto per sottrarsi al radicamento della controversie, nonché quello relativo all'eventuale non coincidenza della residenza anagrafica (che instaura una mera presunzione) con quella effettiva.

Il caso ha visto contrapposta la tesi del creditore circa la residenza effettiva del consumatore nel luogo ove era stato notificato il decreto ingiuntivo a "familiare convivente" soccombere a fronte di elementi quali il luogo (coincidente con quello della residenza anagrafica) in cui aveva sede lo studio professionale del difensore incaricato di curare la fase precontenziosa e contenziosa della controversia.

La Corte ha avuto modo di pronunciarsi anche sul tema del rapporto tra l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile e quella fondata sull'art. 33, comma 2, lett. u), d.lgs. 206 del 2005.

La vicenda esaminata è quella di un'opposizione a decreto ingiuntivo in cui l'opponente aveva eccepito l'incompetenza per territorio del giudice adito ma non anche la propria qualità di consumatore e, dunque, l'applicabilità dell'art. 33, comma 2, cit..

Il giudice di merito aveva ravvisato un'ipotesi di competenza territoriale inderogabile e rilevato l'incompetenza per territorio per ragione diversa da quella sollevata in via di eccezione dall'opponente.

**Sez. 6-3, n. 23912/2018, Olivieri, Rv. 650885-01**, ha deciso che la tempestiva e rituale eccezione di incompetenza territoriale derogabile, formulata dall'opponente con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, non devolve automaticamente al "*thema decidendum*" la diversa questione relativa all'incompetenza fondata sul foro del consumatore, che, pur rilevabile d'ufficio, deve essere tuttavia esplicitamente sollevata dal giudice, entro il termine

preclusivo dall'udienza di trattazione ex artt. 38, comma 3, e 183, comma 1, c.p.c. , poiché non vi è alcuna fungibilità tra l'incompetenza territoriale derogabile, rimessa all'eccezione in senso stretto della parte, e il rilievo di parte od officioso dell'incompetenza territoriale inderogabile ex art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 2016/2005, né sul piano strutturale, essendo distinti i presupposti di fatto che fondano la competenza, né in relazione alla disciplina processuale, tenuto conto delle differenti preclusioni processuali previste per la contestazione della parte e per la rilevabilità officiosa.

La Corte ha negato che la mancata rilevazione da parte del giudice nei termini di cui all'art. 38, comma 3, c.p.c. non avesse determinato alcuna decadenza potendo applicare l'art. 33 d.lgs. 206 del 2005 in base al principio "iura novit curia", dovendo la relativa questione essere introdotta ritualmente nel processo con idonea eccezione.

Ha, piuttosto, esplicitamente chiarito che l'eccezione tempestiva di incompetenza derogabile proposta con l'opposizione a decreto ingiuntivo non comporta la devoluzione nel "thema decidendum" anche della questione relativa alla incompetenza fondata sul foro del consumatore che, pur potendo essere rilevata d'ufficio, deve essere espressamente sollevata nei termini di cui al combinato disposto degli artt. 38, comma 3, e 183, comma 1, c.p.c..

La Corte ha affermato il principio in consapevole adesione a Sez. 6-2, n. 11128/2014, Giusti, Rv. 630742-01 con la quale era stato deciso che la formulazione tardiva dell'eccezione di incompetenza per territorio ex art. 33, comma 2, cit., non esonera il giudice dal rilevare d'ufficio la questione nei termini di cui all'art. 183 c.p.c., dovendosi sostenere che la formulazione tardiva dell'eccezione sia "*tamquam non esse*" e non consenta la dichiarazione di incompetenza dopo avere trattenuto in decisione la causa.

Pressochè inedita la questione decisa da **Sez. 6-2, n. 18579/2018, Oricchio, Rv. 649657-01**, in sede di regolamento di competenza.

Il caso riguardava compensi richiesti con ricorso per decreto ingiuntivo per procacciamento di acquirente di immobile di proprietà di soggetto deceduto, qualificato come "consumatore".

Con l'opposizione a decreto ingiuntivo gli eredi del debitore avevano eccepito l'incompetenza per territorio ex art. 33, comma 2, lett. u), d.lgs. 206 del 2005 sostenendo, in pratica, la trasmissione agli stessi della qualifica di consumatore del "*de cuius*".

La Corte ha affermato il principio per cui in tema di contratti tra professionista e consumatore, la qualità di quest'ultimo - ai fini

della determinazione della competenza per territorio - si trasmette agli eredi, non venendo meno, per effetto del decesso, né il rapporto di consumo, né le ragioni del peculiare regime di tutela ad esso correlato.

Pertanto, in caso di morte del consumatore, il relativo foro di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005 deve essere individuato sulla base del luogo di residenza o domicilio dei successori universali del defunto.

Nella motivazione ha manifestato l'intenzione di applicare il medesimo principio statuito da Sez. U, n. 11532/2009, Segreto, Rv. 608396-01 in punto di giurisdizione avendo la Corte, in quella sede, statuito l'analogo principio ai fini dell'individuazione del giudice al quale spetta la giurisdizione nei confronti dello straniero in riferimento alle controversie aventi ad oggetto contratti conclusi dai consumatori decidendo che il foro del consumatore deve essere determinato secondo i criteri stabiliti negli artt. 15 e 16 del Regolamento CE n. 44/01 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, sulla base del domicilio del consumatore al momento della proposizione della domanda e non a quello della stipula del contratto.

Quindi, nel caso di domanda proposta da o nei confronti degli eredi del consumatore, la giurisdizione deve essere determinata con riferimento al domicilio e alla residenza di tali successori universali.

Ebbene, sulla scorta della richiamata univoca giurisprudenza di legittimità che assimila le questioni di competenza e giurisdizione (fra le altre Sez. U, n. 2067/2011, Macioce, Rv. 616102-01), la Corte ha affermato il principio di diritto sopra riportato.

Sul punto dell'ambito di applicabilità dei criteri di determinazione della competenza per territorio ex art. 33, comma 2, più volte citato, è intervenuta anche **Sez. 3, n. 22810/2018, Rossetti, Rv. 650598-01**, con particolare riferimento alla nozione di "professionista".

Nel caso di controversia insorta tra avvocato e compagnia telefonica in relazione all'attivazione della linea per lo studio professionale, la Corte ha statuito che ai fini dell'applicazione della disciplina del foro del consumatore, di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005, non può essere qualificato tale - e deve invece essere considerato "professionista" - l'avvocato che abbia stipulato un contratto per l'attivazione di una linea telefonica per il proprio studio professionale.

Nel pronunciare il principio riportato (cassando la contraria decisione di merito), la Corte ha richiamato i propri precedenti con i quali ha escluso che per assumere la qualità di professionista ai fini

dell'art. 3 d.lgs 206 del 2005 “non è necessario stipulare un contratto che costituisca di per sé esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma è sufficiente che il contratto sia stipulato al fine di soddisfare interessi anche solo connessi od accessori rispetto allo svolgimento dell'attività imprenditoriale o professionale”.

Ha dunque richiamato, oltre al proprio precedente conforme rispetto a quanto statuito (Sez. 3, n. 11933/2006, Trifone, Rv. 589986-01), le altre decisioni di legittimità con le quali ha escluso che possano ritenersi consumatori (e possano, dunque, invocare il foro del proprio domicilio) i seguenti soggetti: l'avvocato che abbia acquistato riviste o programmi per la gestione dello studio legale, la persona fisica che abbia concluso un contratto di apertura di credito in nome proprio ma in favore di società della quale era amministratore, l'imprenditore o il professionista che abbia stipulato un contratto di assicurazione in favore della società di cui era amministratore, il fideiussore garante di imprenditore per debito d'impresa.

Merita di essere segnalato il passaggio in cui la Corte ha negato la rilevanza della eventuale “debolezza contrattuale ed economica” (criterio invece utilizzato dal giudice di merito per addivenire alla conclusione cassata) dell'avvocato rispetto alla compagnia telefonica allo scopo di qualificare il primo come “consumatore”.

Sul punto, ha evidenziato come la definizione di “consumatore o utente” contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a), d.lgs. 206 del 2005 faccia riferimento a “persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta” e che, quindi, “dal precetto normativo esula qualunque riferimento alle condizioni economiche delle parti, al loro potere commerciale, alla loro forza o capacità di imporre all'altra condizioni più o meno svantaggiose per l'aderente”.

Anche la “*ratio*” della legge esclude la lettura censurata dalla Corte che ha ricordato come la Direttiva 93/13 CEE (della quale il d.lgs. 205 del 2006 costituisce attuazione) trova la sua giustificazione nell'evitare “distorsioni di concorrenza nel mercato dei beni e dei servizi rivolti ai consumatori, distorsioni in precedenza derivanti dalle grandi differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri in merito alla tutela del consumatore”.

Conclusivamente, la Corte ha ricordato come non esista nell'ordinamento alcuna corrispondenza biunivoca tra la nozione di professionista e quella di soggetto forte del rapporto contrattuale.



## CAPITOLO XIV

### IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. Le società in generale – 1.1. Società e comunione a scopo di godimento  
1.2. – La clausola compromissoria statutaria – 1.3. Le vicende estintive e modificative  
delle società – 2. Le società di persone – 2.1. I diritti patrimoniali del socio – 2.2. La  
responsabilità del socio per i debiti della società – 2.3. Il socio accomandante nella  
società in accomandita semplice – 2.4. Lo scioglimento del rapporto sociale  
limitatamente a un socio – 3. Le società di capitali – 3.1. L'acquisto e il trasferimento  
delle partecipazioni societarie – 3.2. Il recesso del socio di società a responsabilità  
limitata – 3.3. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci – 3.4.  
L'amministrazione delle società di capitali – 3.5. Le azioni di responsabilità – 4.  
Particolari società di capitali – 4.1. Le società con azioni quotate in borsa – 4.2. Le società  
cooperative.

#### 1. Le società in generale.

Nel corso del 2018 la S.C. ha adottato alcune pronunce che hanno interessato in generale le società, senza operare distinzioni tra le diverse tipologie, in particolare esaminando le differenze rispetto alla comunione a scopo di godimento, la validità della clausola compromissoria statutaria e le vicende modificative ed estintive.

Vengono di seguito esaminate le decisioni appena menzionate, unitamente a quelle adottate sulle medesime questioni, o su questioni connesse, con riferimento 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 e comunione a scopo di godimento.

Si deve in proposito menzionare **Sez. 1, n. 23952/2018, Iofrida, Rv. 650823-01**, ove la S.C. ha evidenziato che il criterio di discriminazione tra società e comunione a scopo di godimento deve essere ravvisato nel fatto che, mentre quest'ultima postula una situazione giuridica di contitolarità, presupponendo la comproprietà del bene in capo a tutti coloro che vi partecipano, e si caratterizza per il fatto che ha ad oggetto il godimento del bene comune, nella società viene in rilievo l'esercizio in comune di un'attività svolta a fine di lucro da parte di più soggetti, per l'esercizio della quale non è necessaria alcuna comunione di beni, che sono soltanto lo strumento



attraverso il quale la società viene ad operare (nello stesso senso, Sez. 1, n. 6361/2004, Piccininni, Rv. 571687-01).

Si consideri che Sez. 2, n. 3028/2009, Mazzacane, Rv. 606476-01, 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, come nel caso di specie, si sostituisce al mero godimento ed in funzione della quale vengono utilizzati beni comuni (nello stesso senso, Sez. L, n. 13291/1999, Evangelista, Rv. 531591-01).

## **1.2. La clausola compromissoria statutaria.**

In argomento, **Sez. 1, n. 25610/2018, Falabella, Rv. 650591-01**, ha confermato la nullità della clausola compromissoria contenuta nello statuto societario, che non preveda la nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo alla società, come stabilito dall'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 5 del 2003, ma ha anche precisato che la medesima clausola non può convertirsi in una pattuizione di arbitrato di diritto comune, non potendo accettarsi la tesi del "doppio binario", posto che l'articolo sopra menzionato commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione.

Tale soluzione, già adottata da Sez. 1, n. 17287/2012, Salmè, Rv. 623736-01, si pone sulla stessa linea di Sez. 3, n. 15892/2011, Frasca, Rv. 619415-01, ove, la S.C. ha affermato chiaramente che l'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 contempla l'unica ipotesi di clausola compromissoria che possa essere introdotta negli atti costitutivi delle società (ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c.), restando escluso il ricorso in via alternativa o aggiuntiva alla clausola compromissoria di diritto comune, prevista dall'art. 808 c.p.c., con la conseguenza che se, in violazione di tale prescrizione, l'atto costitutivo prevede una clausola compromissoria che non rispetta i requisiti indicati dalla norma speciale in punto di nomina degli arbitri,

la nullità di tale pattuizione comporta che la controversia societaria può essere introdotta soltanto davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

Si consideri peraltro che la medesima Corte ha ritenuto che la clausola compromissoria preesistente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, non adeguata al dettato dell'art. 34, comma 2, d.lgs. cit., è affetta da nullità (sopravvenuta) rilevabile d'ufficio, se prevede la nomina di arbitri ad opera delle parti, e non di un terzo estraneo alla società (Sez. 6-1, n. 23485/2017, Nazzicone, Rv. 646763-01), perché, come già evidenziato, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, tale clausola non può essere convertita in clausola di arbitrato di diritto comune (Sez. 1, n. 21422/2016, Mercolino, Rv. 642061-02).

Più in generale, con riferimento all'operatività della clausola compromissoria statutaria, **Sez. 6-1, n. 28533/2018, Rv. 651499-02**, ha rilevato che tale clausola è applicabile ai giudizi iniziati dal curatore del consorzio fallito, per far valere diritti preesistenti alla procedura concorsuale, ma non all'azione di responsabilità proposta dallo stesso curatore contro gli amministratori del consorzio, perché, in questo caso, si tratta di azione volta alla reintegrazione del patrimonio sociale nell'interesse dei soci e dei creditori, nei confronti dei quali detta clausola non opera, essendo questi ultimi estranei al soggetto fallito (nella specie la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva declinato la propria competenza in favore dell'arbitro, in un caso in cui 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).

In tema, si deve richiamare anche **Sez. 6-1, n. 27736/2018, Sambito, Rv. 651460-01**, ove la Corte ha stabilito che attengono a diritti indisponibili, non suscettibili di essere compromessi in arbitri, soltanto le controversie relative alle impugnazioni di deliberazioni assembleari di società aventi ad oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabili anche d'ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2479 ter c.c., quelle prese in assoluta mancanza di informazione, sicché la lite che abbia ad oggetto l'invalidità della relativa delibera per omessa convocazione del socio, essendo soggetta al regime di sanatoria previsto dall'art. 2379 bis c.c., può essere deferita ad arbitri.

### 1.3. Le vicende estintive e modificative delle società.

Si deve tenere presente che, nei casi in cui la cancellazione dal registro delle imprese dipenda dal trasferimento della società

all'estero, alla cancellazione non segue l'estinzione della società, che infatti continua a svolgere la sua attività altrove (per un'applicazione di tale principio, cfr. **Sez. 1, n. 10793/2018, Vella, Rv. 648450-01**).

A parte tali ipotesi eccezionali, 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 all'estinzione non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale: a) 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 che durante la vita della società fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali; b) i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale) e il cui mancato espletamento consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato a favore di una più rapida conclusione del procedimento estintivo (così Sez. U, n. 6070/2013, Rordorf, Rv. 625323-01).

Con riguardo ai debiti della società di persone estinta, **Sez. L, n. 18465/2018, Berrino, Rv. 649871-01**, ha precisato che, in virtù del menzionato fenomeno successorio, sono trasferite ai soci anche le obbligazioni contributive rimaste inadempite, aggiungendo che, di conseguenza, hanno effetto interruttivo della prescrizione le iniziative di recupero avviate nei confronti dei soci subentranti, come pure l'accertamento dei crediti promosso in sede giudiziale nei confronti degli stessi, dalla definitività del quale, ai sensi dell'art. 2495, comma 2, c.c., comincia a decorrere *ex novo* il termine prescrizione.

Anche in tema di debiti tributari, **Sez. 6-T, n. 33087/2018, Lucioti, Rv. 652173 – 01**, ha affermato che il socio accomandatario, solidalmente ed illimitatamente responsabile per le obbligazioni della società in accomandita semplice estinta, subentra dal lato passivo nel rapporto d'imposta, aggiungendo che non vi è necessità per quest'ultimo di provare la propria legittimazione *ad causam*, a differenza di quanto accade per il socio accomandante e per il socio delle società di capitali, responsabili limitatamente a quanto riscosso a seguito della liquidazione.

La Corte ha poi precisato che, nel contenzioso tributario, in presenza di contestazioni in ordine alla legittimazione *ad causam* dei

soci limitatamente responsabili, spetta a questi ultimi provare la loro qualità di successori dal lato passivo nel rapporto di imposta, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione, dimostrazione che possono fornire per la prima volta anche in sede di legittimità ai sensi dell'art. 372 c.p.c. (con riguardo a quest'ultimo aspetto, negli stessi termini, v. Sez. T, n. 2444/2017, Iannello, Rv. 642885-01).

Si consideri che, con riferimento al contenzioso ordinario, e sempre con riferimento alla successione nei debiti della società estinta da parte dei soci limitatamente responsabili, Sez. 1, n. 15474/2017, Falabella, Rv. 644762-02, ha invece affermato che grava sul creditore, che agisce nei loro confronti, l'onere di provare la distribuzione dell'attivo sociale e la riscossione da parte del socio di una quota di esso in base al bilancio finale di liquidazione, trattandosi di elemento della fattispecie costitutiva del diritto da lui azionato nei confronti del socio.

Con riferimento ai crediti della società di persone estinta a seguito di cancellazione immediata (senza messa in liquidazione), **Sez. 1, n. 19302/2018, Tricomi, Rv. 649904-01**, nel ribadire il principio enunciato da Sez. U, n. 6070/2013, Rordorf, Rv. 625323-01, sopra riportato, ha escluso la successione dei soci nella titolarità di mere pretese della società estinta, anche se da quest'ultima azionate in giudizio, stante la totale assenza della fase di liquidazione, che deve far ritenere la rinuncia a tali pretese da parte della società in vista di una celere conclusione del procedimento estintivo.

Si deve tuttavia tenere presente che, come rilevato da **Sez. 1, n. 08582/2018, Iofrida, Rv. 647770-01**, non può presumersi che la società abbia tacitamente rinunciato al proprio credito, preferendo di concludere il procedimento estintivo della società, nel caso in cui il liquidatore abbia coltivato l'azione giudiziaria, intrapresa per tutelare la pretesa creditoria della società, e la cancellazione non sia stata volontaria, ma sia intervenuta d'ufficio *ex art. 2490 c.c.* a seguito della mancata presentazione per oltre tre anni consecutivi del bilancio annuale. In questo caso infatti, non emerge un'inequivoca volontà abdicativa della società (nello stesso senso, cfr. Sez. 1, n. 21517/2016, Mercolino, Rv. 642790-01, con riferimento ad una società di capitali che aveva promosso un'azione di risarcimento danni prima dell'estinzione a seguito di cancellazione d'ufficio dal registro delle imprese).

In generale, una volta ritenuta l'esistenza di rapporti giuridici facenti capo alla società di capitali estinta, **Sez. 1, n. 17492/2018, Fraulini, Rv. 649892-01**, ha precisato 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 rimesso le parti innanzi al giudice di primo grado per l'integrazione del contraddittorio, avendo il socio agito individualmente per un credito della società estinta, ma condizionato al pagamento di un debito della stessa).

Con riguardo alle vicende modificative delle società, si deve menzionare **Sez. 2, n. 31313/2018, Scarpa, Rv. 651601-01**, ove è stato qualificato giuridicamente il fenomeno della scissione parziale di una società (nello stesso senso, Sez. 1, n. 5874/2012, Mercolino, Rv. 622343-01 e Sez. U, n. 23225/2016, Chiarini, Rv. 641764-01).

In particolare, la Corte ha rilevato che la scissione parziale, disciplinata dagli artt. 2506 e ss. c.c. (come modificati dal d.lgs. n. 6 del 2003), si sostanzia nel trasferimento di parte del patrimonio di una società 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, traducendosi in una fattispecie traslativa, che comporta l'acquisizione in capo alla nuova società di valori patrimoniali prima non presenti nel suo patrimonio, senza che ciò determini l'estinzione della società scissa ed il subingresso di quella risultante dalla scissione nella totalità dei rapporti giuridici della prima, configurandosi piuttosto una successione a titolo particolare nel diritto controverso.

La medesima Corte ha poi esaminato i risvolti processuali di tale ricostruzione, precisando che, ove la scissione parziale intervenga nel corso di un giudizio, deve darsi applicazione della disciplina dell'art. 111 c.p.c., con la conseguente facoltà del successore di spiegare intervento pure nel giudizio di appello, al di fuori dei limiti dell'art. 344 c.p.c., e di impugnare la sentenza eventualmente pronunciata nei confronti del dante causa, fermo restando che spetta comunque al successore allegare la propria qualità e offrire la prova delle circostanze che costituiscono i presupposti della sua legittimazione mediante riscontri documentali, la cui mancanza, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio, è rilevabile anche d'ufficio.

## 2. Le società di persone.

Vengono di seguito riportate le decisioni adottate dalla Corte di cassazione nel corso 2018 in tema di società di persone. Riguardano in particolare i diritti patrimoniali del socio, la responsabilità di quest'ultimo per i debiti della società, la figura del socio accomandante nella società in accomandita semplice ed alcune ipotesi di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio.

### 2.1. I diritti patrimoniali del socio.

Com'è noto, l'art. 2262 c.c. (applicabile a tutte le tipologie di società di persone, in virtù del rinvio di cui agli artt. 2293 e 2315 c.c.) prevede che, salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto.

Mentre nelle società di capitali l'assemblea che approva il bilancio delibera anche sulla distribuzione degli utili, nelle società di persone il socio gode di un vero e proprio diritto alla immediata percezione degli stessi, ove siano esistenti all'esito dell'approvazione del rendiconto (Sez. 1, n. 4454/1995, Rovelli, Rv. 491935-01).

Ovviamente gli utili devono essere realmente conseguiti, sicché in presenza di perdite pregresse, relative ai rendiconti precedenti, l'utile deve essere destinato a coprire il passivo che si è determinato e solamente in caso di eccedenza può essere distribuito ai soci, posto che, opinando in senso contrario, si darebbe luogo ad un'inammissibile depauperamento del patrimonio della società, operando in sostanza un rimborso mascherato dei conferimenti.

Assume pertanto fondamentale rilievo il rendiconto, in relazione al quale la Corte di cassazione ha di recente ribadito che esso è costituito da una situazione contabile, equivalente, quanto ai criteri di valutazione, a quella di un bilancio e che non è surrogabile dalle dichiarazioni fiscali della società (**Sez. 1, n. 17489/2018, Iofrida, Rv. 649518-01**; conf. Sez. 1, n. 28806/2013, Bisogni, Rv. 629467-01).

Una particolare rilevanza, nei rapporti esterni alla società, è stata attribuita al diritto agli utili del socio da **Sez. 3, n. 29829/2018, Travaglino, Rv. 651843-01**, ove la S.C., collocando la fattispecie esaminata nella figura generale della lesione del credito da fatto illecito altrui, ha affermato che, in caso di illecito commesso da un terzo nei confronti di una società in accomandita semplice, che abbia determinato l'impossibilità per quest'ultima di proseguire nell'attività sociale, è possibile ravvisare un pregiudizio al diritto del socio di

percepire utili futuri (distinto dal diritto di conseguire gli utili già prodotti), configurabile come perdita di *chance*, non consistente nella perdita di un vantaggio economico ma nella perdita della concreta possibilità di conseguirlo, da provare anche in via presuntiva in termini di “possibilità perduta”.

Si consideri inoltre che, tra i diritti a contenuto patrimoniale del socio di società di persone (o dei suoi eredi, in caso di morte), è senza dubbio compreso il diritto alla liquidazione della quota di partecipazione, in conseguenza dello scioglimento del rapporto sociale nei suoi confronti, che, ai sensi dell’art. 2289, comma 2, c.c., deve essere effettuata in base alla situazione patrimoniale della società al momento in cui si verifica lo scioglimento.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte evidenziato che, in questo caso non può tenersi conto, come avviene in caso di recesso da una società per azioni, dell’ultimo bilancio o, comunque, dei criteri di redazione del bilancio annuale di esercizio, dovendo invece essere considerata l’effettiva consistenza della società al momento della uscita del socio, comprendente anche l’avviamento, quale elemento del patrimonio sociale che si proietta nel futuro, traducendosi nella probabilità, pur fondata su elementi presenti e passati, di maggiori profitti per i soci superstiti, tant’è che devono essere considerati non solo i risultati economici della gestione passata ma anche le prudenti previsioni della futura redditività aziendale (così Sez. 1, n. 3671/2001, Criscuolo A., Rv. 544737-01, Sez. 1, n. 8470/1995, Delli Priscoli M., Rv. 493534-01 e Sez. 1, n. 5448/2015, Didone, Rv. 634708-01).

La S.C. è di recente pervenuta ad analoghe conclusioni (**Sez. 1, n. 24769/2018, Dolmetta, Rv. 650912-01**), evidenziando che, nel valutare la quota sociale, occorre tener conto anche del valore dell’avviamento e, secondo una stima di ragionevole prudenza, della futura redditività dell’azienda, considerato che la norma, facendo riferimento allo scioglimento del rapporto nei confronti di un solo socio, presuppone la continuazione dell’attività sociale che non può riferirsi solo ad un compendio statico e disaggregato di beni, ma deve essere valutata anche avuto riguardo alla sua fisiologica e naturale propensione verso il futuro.

D’altronde, il principio stabilito al comma 2 dell’art. 2289 c.c. deve essere coordinato con la precisazione contenuta nel successivo comma 3 dello stesso articolo, ove si chiarisce che, se vi sono operazioni in corso, il socio o i suoi eredi partecipano agli utili e alle perdite inerenti alle operazioni medesime, dovendo quindi darsi rilievo alle sopravvenienze (attive e passive), che trovino la loro fonte in situazioni già esistenti alla data dello scioglimento del rapporto

sociale (cfr. da ultimo Sez. 6-1, n. 8233/2016, Genovese, Rv. 639465-01).

## 2.2. La responsabilità del socio per i debiti 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*.

Nel sostenere tale opinione, **Sez. 1, n. 06650/2018, Dolmetta, Rv. 647761-01**, ha precisato che la menzionata soluzione è supportata dalla pacifica possibilità per il socio illimitatamente responsabile di prestare fideiussione a vantaggio della società a cui partecipa, circostanza, questa, all'evidenza predicabile solo nel dichiarato presupposto dell'"altruità" del debito garantito rispetto al socio stesso (conf., da ultimo, Sez. 1, n. 4528/2014, Didone, Rv. 629644-01 e Sez. 3, n. 8944/2016, Pellecchia, Rv. 639909-01).

In tale pronuncia, la S.C. ha anche aggiunto, in motivazione, un ulteriore argomento a sostegno della tesi sostenuta, richiamando il disposto dell'art. 2266 c.c., ove è precisato che la società assume obbligazioni a mezzo dei soci, così distinguendo le obbligazioni della società da quelle dei soci.

Anche **Sez. 1, n. 07139/2018, Dolmetta, Rv. 648112-01**, nel ribadire che il socio di una società di persone, ancorché illimitatamente responsabile, può validamente prestare fideiussione in favore della società, ha ritenuto che quest'ultima, pur se sprovvista di personalità giuridica, costituisce un distinto centro di interessi e d'imputazione di situazioni sostanziali e processuali, dotato di una propria autonomia e capacità rispetto ai soci stessi, specificando che la predetta garanzia rientra tra quelle prestate per le obbligazioni altrui secondo l'art. 1936 c.c. e che non si sovrappone alla garanzia fissata *ex lege* dalle disposizioni sulla responsabilità illimitata e solidale dei soci.

La Corte ha in particolare rilevato che possono sussistere particolari ragioni che giustificano l'ottenimento di una fideiussione



del socio in capo al creditore sociale, quali, ad esempio, l'interesse a che il socio resti obbligato anche dopo la sua uscita dalla società, o quello di potersi avvalere di uno strumento di garanzia autonomo, svincolato dal limite, sia pure destinato ad operare solo in fase di esecuzione, del *beneficium excussionis* di cui all'art. 2304 c.c., aggiungendo inoltre che, a differenza di quanto avviene nel caso in cui il socio abbia adempiuto i debiti sociali in quanto socio, il medesimo che sia stato escusso quale fideiussore e, in tale qualità, abbia provveduto al pagamento del debito sociale, è legittimato all'esercizio dell'azione di regresso *ex art. 1950 c.c.* contro la società.

L'orientamento non è però consolidato. Si consideri che Sez. U, n. 3022/2015, Ragonesi, Rv. 634104-01, 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 rilascia garanzia ipotecaria per un debito della società non può considerarsi costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui ma per un'obbligazione propria.

Nella stessa linea si pone da ultimo Sez. 1, n. 279/2017, Falabella, Rv. 643246-02, ove si è ribadito che la responsabilità del socio è personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale, sicché egli non può essere considerato terzo rispetto all'obbligazione sociale, ma debitore al pari della società per il solo fatto di essere socio (nella medesima pronuncia è comunque affermato che, ove il socio illimitatamente responsabile sia convenuto in giudizio per il pagamento dei debiti della società non nella sua qualità, ma in proprio, egli è carente di legittimazione, perché, in base alla stessa prospettazione dell'attore, il debito non è suo, ma della società).

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).

Sul punto **Sez. 3, n. 25378/2018, Ambrosi, Rv. 651164-01**, ha di recente 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 iscriverne 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. già Sez. 1, n. 1040/2009, Rordorf, Rv. 606371-01 e Sez. 2, n. 28146/2013, Matera, Rv. 629195-01).

### **2.3. Il socio accomandante nella società in accomandita semplice.**

Come sopra evidenziato, il socio accomandante – a differenza del socio accomandatario – risponde dei debiti della società nei limiti della quota conferita (art. 2313, comma 1, c.c.). Tuttavia vi sono alcune eccezioni a tale regola.

In particolare, ai sensi dell'art. 2314, comma 2, c.c., l'accomandante, che consente che il suo nome sia compreso nella ragione sociale, risponde illimitatamente e solidalmente con i soci accomandatari per le obbligazioni sociali.

Inoltre, in applicazione dell'art. 2320, comma 1, c.c., l'accomandante che contravvenga al divieto di ingerirsi nell'amministrazione della società assume responsabilità illimitata e solidale verso i terzi, alla stregua dei soci accomandatari, per tutte le obbligazioni sociali e la sua condotta può essere una giusta causa di esclusione dalla società.

È evidente che entrambe le norme sono ispirate alla stessa *ratio legis*, riconducibile alla esigenza di tutela dei terzi che entrano in contatto con la società.

In proposito, con riferimento al disposto dell'art. 2314, comma 2, c.c., assume rilievo **Sez. 1, n. 30882/2018, Pazzi, Rv. 651887-01**, ove la S.C. ha evidenziato che la norma mira a tutelare i terzi creditori che fanno affidamento sulla responsabilità illimitata del socio, il quale, pur non essendolo, si è presentato (o ha consentito che venisse

presentato) alla stessa stregua di un socio illimitatamente responsabile e cioè di un socio accomandatario.

La S.C. ha così evidenziato che intanto ci può essere confusione – e conseguente affidamento – in quanto l’indicazione dell’accomandante sia posta sullo stesso piano di quella dell’accomandatario. In altri termini, la confusione si verifica se l’accomandante viene indicato come se fosse un accomandatario. Da ciò deriva che, posto che la norma intende disciplinare una forma di esteriorizzazione della designazione della compagine sociale potenzialmente ingannevole, è evidente che ai fini della sua applicazione è necessario avere riguardo al solo dato formale costituito dal contenuto della ragione sociale, dovendo essere esclusa da tale valutazione ogni considerazione relativa ad elementi estrinseci rispetto all’aspetto formale della ragione sociale come, ad esempio, il comportamento tenuto dall’accomandante.

Con riferimento invece al disposto dell’art. 2320, comma 1, c.c., si deve menzionare **Sez. 6-1, n. 04498/2018, Terrusi, Rv. 647888-01**, ove si precisa che, per aversi ingerenza dell’accomandante nell’amministrazione della società in accomandita semplice – vietata dall’art. 2320 c.c. e idonea a giustificare l’esclusione del socio *ex* art. 2286 c.c. – è necessario che l’accomandante contravvenga al divieto di trattare o concludere affari in nome della società o di compiere atti di gestione che abbiano tuttavia influenza rilevante sull’amministrazione della stessa (nella specie, la S.C. ha escluso che la mera “presa di contatto” del socio con un’altra società, tesa a sondarne le intenzioni transattive, comportasse violazione del divieto di ingerenza).

#### **2.4. Lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio.**

Il codice civile disciplina espressamente l’esclusione, quale causa di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio, prevedendo all’art. 2287, comma 1, c.c. che essa sia deliberata dalla maggioranza dei soci.

È assolutamente prevalente l’orientamento della giurisprudenza che ritiene che l’esclusione possa essere deliberata senza la preventiva convocazione dei soci, non essendo necessario che tutti debbano essere consultati, in quanto nella disciplina delle società di persone non è previsto il metodo assembleare, mancando, anzi, proprio la previsione dell’assemblea come organo sociale (così, tra le altre, Sez. 1, n. 153/1998, Rovelli, Rv. 511421-01).

Tale orientamento è stato confermato da **Sez. 1, n. 17490/2018, Iofrida, Rv. 649900-01**, ove la S.C. ha ribadito che delibera di esclusione, per la cui validità è richiesta la maggioranza dei soci, non deve necessariamente esprimersi attraverso una delibera unitaria, né è necessario che siano consultati tutti i soci, essendo sufficiente che siano raccolte le singole volontà idonee a formare la richiesta maggioranza e che tale delibera sia comunicata al socio escluso, in modo tale che egli possa esercitare la facoltà di proporre opposizione davanti al tribunale.

Con riferimento invece alla morte del socio, anch'essa causa di scioglimento del rapporto sociale ai sensi dell'art. 2284 c.c., la Corte ha precisato che, ove la società sia composta da due soli soci, per effetto del coordinamento tra l'art. 2284 c.c. e l'art. 2272 n. 4 c.c., la mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine di sei mesi va considerata come *condicio iuris*, priva di efficacia retroattiva, sicché in difetto di tale ricostituzione, lo scioglimento della società si verifica alla scadenza del semestre, in pendenza del quale il socio superstite può decidere se ricostituire la pluralità dei soci oppure sciogliere la società o continuarla con gli eredi che a ciò acconsentano (**Sez. 6-1, n. 09346/2018, Di Marzio M., Rv. 648576-01**).

### **3. Le società di capitali.**

Le pronunce di seguito riportate sono state adottate nel corso dell'anno 2018 con specifico riferimento alle società di capitali. Trattano in particolare l'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie, il recesso del socio, i finanziamenti e i conferimenti a vario titolo di quest'ultimo, 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.**

Si deve in primo luogo richiamare **Sez. 1, n. 17498/2018, Nazzicone, Rv. 649519-01**, che ha valutato la liceità e la meritevolezza di un accordo intercorso tra soci di una s.p.a., con il quale, in occasione dell'acquisto di azioni da parte di uno di essi, gli altri si sono obbligati a manlevare il primo dalle eventuali conseguenze negative del conferimento, mediante attribuzione a

quest'ultimo del diritto di vendere (c.d. *put*), entro un determinato termine, e assunzione da parte degli altri dell'obbligo di acquistare, entro lo stesso termine, le azioni acquistate a un prezzo prefissato, pari a quello iniziale, con l'aggiunta di interessi sull'importo dovuto e del rimborso dei versamenti operati nelle more in favore della società.

La Corte ha escluso la nullità di tale accordo per violazione del divieto del patto leonino di cui all'art. 2265 c.c. (pacificamente operante anche nelle società di capitali), perché la *ratio* del divieto consiste nella necessità della suddivisione tra soci dei risultati positivi o negativi dell'impresa economica, quale espressione tipica della scelta di svolgere insieme l'attività imprenditoriale, mentre un accordo come quello in esame ha solo l'effetto di trasferire il rischio interno fra un socio e un altro socio (ma potrebbe trattarsi di un terzo), senza alterare la struttura e la funzione del contratto sociale, né modificare la posizione del socio in seno alla società, e dunque senza avere alcun effetto sulla società stessa, che continua ad imputare perdite ed utili alle proprie partecipazioni.

La Corte ha così evidenziato che la ragion pratica dell'acquisto delle azioni con opzione *put*, oramai frequente nel mondo degli affari, è quella di finanziamento dell'impresa, realizzata indirettamente per il tramite di operazioni di alleanza strategica tra vecchi e nuovi soci. Accanto alle molteplici forme di finanziamento, che il legislatore e la pratica prospettano, vengono così delineati accordi atipici, in cui la causa concreta è mista, associativa e di finanziamento, con la connessa funzione di garanzia, assolta dalla titolarità azionaria e dalla facoltà di uscita dalla società, senza necessità di pervenire, a tal fine, alla liquidazione della quota.

Secondo la medesima Corte, tali accordi non solo non sono vietati, ma rispondono anche a un interesse meritevole di tutela, volto al finanziamento dell'intrapresa societaria, ove la meritevolezza è dimostrata dall'essere il finanziamento partecipativo correlato a un'operazione strategica di potenziamento ed incremento del valore societario. Interesse che, si noti, potrebbe addirittura reputarsi latamente generale, in quanto coerente con i fini d'incentivazione economica perseguiti dal legislatore, quale strumento efficiente della finanza d'impresa.

La stessa Corte ha peraltro evidenziato che l'atipicità non attiene alla causa del contratto di società, che resta intatta, ma al finanziamento, operato in forma partecipativa, il quale si pone a rafforzare l'impresa societaria con modalità atipiche, escogitate dalla pratica degli affari e sovente perorate proprio dal soggetto finanziato.

Del tutto diversa dalla fattispecie appena descritta, che, come rilevato, riguarda accordi intercorsi tra soci di una società di capitali, è quella esaminata da **Sez. 3, n. 10583/2018, Fiecconi, Rv. 648597-01**, che attiene all'attribuzione convenzionale di diritti e poteri a un socio da parte della stessa società.

La pronuncia riguarda una ricognizione di debito, effettuata da una società a responsabilità limitata a favore di un socio, con la quale la prima ha attribuito al secondo il diritto di recedere e di ottenere la restituzione del conferimento in conto capitale, nonché del sovrapprezzo, versati al tempo della sottoscrizione della partecipazione sociale.

In questo caso, la Corte ha inevitabilmente affermato la nullità della ricognizione di debito, per contrarietà alle norme imperative che regolano il contratto sociale, perché, in assenza di poste debitorie corrispondenti a crediti del socio verso la società, tale atto mira a neutralizzare il rischio imprenditoriale, a cui il socio si sottopone incondizionatamente con la sottoscrizione del capitale sociale.

In motivazione, la stessa Corte ha affermato che il socio non può vantare nei confronti della società il diritto di restituzione del conferimento in conto capitale versato al tempo della sottoscrizione della partecipazione sociale, perché il conferimento fa parte del capitale di rischio della società e non costituisce un finanziamento su cui il socio può vantare un diritto di restituzione, evidenziando che tale diritto non emerge neanche nel caso di recesso (nelle ipotesi, diverse da quella in esame, consentite per legge o statuto), perché il socio che si avvale di tale diritto può ottenere solo la liquidazione della propria quota.

La medesima Corte ha evidenziato che, nella specie, la ricognizione di debito ha, nei fatti, consentito al socio di uscire dalla compagine sociale e di liberarsi del rischio d'impresa, assunto con la sottoscrizione del capitale sociale, in ciò intaccando la stessa ragion d'essere del contratto di società. Ha così richiamato la previsione di nullità del patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite (art. 2265 c.c.), applicabile ad ogni tipo di società e posta a tutela della natura dell'attività economica svolta dall'ente e dello scopo comune perseguito dai soci, aggiungendo che un patto che consenta al socio di recedere dalla società, ottenendo in restituzione il conferimento in conto capitale versato, allo stesso modo del menzionato patto leonino, tradisce la stessa ragion d'essere del contratto di società.

Come già evidenziato, a differenza dalla fattispecie per prima esaminata, nell'ipotesi appena descritta si tratta di attribuzione di

diritti e poteri, effettuata dalla società in favore del socio, e non di attribuzione di diritti e di poteri derivanti da patti parasociali.

Ancora diversa è la fattispecie esaminata **Sez. 3, n. 27444/2018, Scarano, Rv. 651334-01**, ove la S.C. si è occupata della qualificazione di un contratto con il quale il socio ha ceduto la propria partecipazione sociale, pattuendo un'opzione di riacquisto, da esercitarsi entro un termine prefissato e mediante il pagamento di un prezzo da determinarsi (entro un limite minimo e massimo) in base all'andamento della società al momento dell'adesione all'opzione.

In questo caso infatti, non vengono in rilievo accordi tra soci, né obblighi assunti dalla società nei confronti del socio, ma patti tra il venditore e l'acquirente di partecipazioni sociali.

La Corte ha ritenuto corretto l'uso dei criteri ermeneutici effettuati dal giudice di merito, che non ha qualificato il menzionato contratto come una compravendita con patto di riscatto (il cui patto di restituzione del prezzo avrebbe dovuto essere dichiarato nullo per violazione dell'art. 1500, comma 2, c.c.), affermando che si è trattato piuttosto di un contratto aleatorio, in cui l'alea, che ha interessato entrambe le parti, era insita nella variazione di valore che la partecipazione poteva subire entro il termine pattuito per l'esercizio del diritto di opzione.

### **3.2. Il recesso del socio di società a responsabilità limitata.**

Si deve tenere presente che 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, ipotesi legali di recesso, compresa quella del cambiamento del tipo di società, a cui il socio non abbia prestato il consenso.

Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi, **Sez. 1, n. 28987/2018, Acierno, Rv. 651801-01**, nel dare rilievo al rafforzamento della tutela del diritto al disinvestimento del socio di minoranza, in conseguenza della connotazione personalistica assunta dalla s.r.l. a seguito della riforma del 2003, ha affermato che al recesso del socio di s.r.l., esercitato dopo la trasformazione della società in s.p.a., è applicabile la sola disciplina prevista dal comma 2 dell'art. 2473 c.c., che non prevede termini di decadenza, ritenendo contrario alla lettera del comma 1 del medesimo articolo, nonché alla *ratio legis* e alla buona fede, assoggettare il socio dissenziente ai ridotti termini di esercizio del recesso fissati per le s.p.a. dall'art. 2437 bis c.c., che infatti non è ritenuto applicabile analogicamente.

La Corte di cassazione ha precisato che, in questi casi, il diritto di recesso del socio deve essere esercitato nel termine previsto nello statuto della s.r.l. al tempo della trasformazione (art. 2373, comma 1, c.c.) e, in assenza di tale previsione, secondo buona fede e correttezza, quali fonti di integrazione della regolamentazione contrattuale, dovendo il giudice del merito valutare di volta in volta le modalità concrete di esercizio del diritto di recesso e, in particolare, la congruità del termine entro il quale il recesso può essere esercitato, tenuto conto della pluralità degli interessi coinvolti (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il recesso dei soci della s.r.l., trasformata in s.p.a., il cui statuto sociale era stato approvato nel 1987, senza previsione delle modalità di recesso, anche se era stato comunicato oltre il termine di 15 giorni, previsto per le s.p.a. dall'art. 2437 bis c.c.).

In motivazione, la Corte ha esaltato la natura della s.r.l. *post* riforma, svincolata dal ruolo ancillare, che aveva avuto in passato rispetto alla s.p.a., e strutturata in modo molto simile ad una società di persone che, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata, è sottratta alla rigida disciplina richiesta per le s.p.a., stante il riconoscimento di una vasta autonomia statutaria e l'introduzione di un'apposita disciplina, diversa e autonoma da quella delle s.p.a., che oramai rende difficile il ricorso all'applicazione analogia di quest'ultima.

Con particolare riferimento al diritto di recesso, la stessa Corte ha rilevato che la riforma ha potenziato tale diritto, quale contropartita per i soci di minoranza alle ampie facoltà attribuite alla maggioranza (che esercita il controllo sulla società), prevedendo un incremento delle cause di recesso previste *ex lege*, ma soprattutto attribuendo, anche in questo caso, un ruolo centrale all'autonomia statutaria. Ha quindi evidenziato che l'istituto del recesso nelle s.r.l. si atteggia in modo del tutto diverso da quello previsto per le s.p.a., perché mira a tutelare il diritto del singolo partecipante al disinvestimento, nei casi in cui i soci di maggioranza compiano scelte a lui pregiudizievoli, e non ad assicurare alla maggioranza dei soci la stabilità del vincolo associativo e la libertà di riorganizzazione dell'assetto societario.

In questo quadro, la medesima Corte ha concluso ritenendo che la disciplina da applicare al recesso del socio di s.r.l., dissenziente rispetto alla decisione di trasformazioni in un altro tipo di società, non può che essere quella prevista dalla società prima della trasformazione (e dunque, nella specie, quella delle s.r.l.) e, nel caso in cui l'atto costitutivo taccia sulle modalità e sui tempi di esercizio,



non potendo richiamarsi analogicamente la disciplina dettata per le s.p.a., che oramai non risponde più alla medesima *ratio*, deve farsi ricorso ai principi propri del diritto comune, riguardanti l'interpretazione e l'esecuzione dei contratti secondo buona fede *ex* artt. 1366 e 1375 c.c..

### **3.3. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci.**

Oramai da anni è invalsa la prassi del versamento da parte dei soci di somme alla società senza obbligo di restituzione, al fine di munire la società di fondi propri, che dal punto di vista giuridico non costituiscono né finanziamenti, né conferimenti, né atti di liberalità.

Si tratta in sostanza di un *tertium genus* di apporti dei soci, in posizione intermedia tra i finanziamenti e i conferimenti in capitale, attuati mediante forme negoziali atipiche, variamente qualificate in sede di bilancio, che si caratterizzano per l'effetto di rendere disponibili alla società in modo duraturo le somme di denaro, pur senza l'osservanza delle formalità richieste per l'aumento del capitale sociale.

Come evidenziato da attenta giurisprudenza di legittimità, tali apporti hanno in comune la "formazione del patrimonio fuori del capitale", dal momento che accrescono direttamente il patrimonio della società senza aumentarne il capitale (così Sez. 1, n. 12539/1998, Di Amato, Rv. 521614-01 e Sez. 1, n. 8587/1995, Bibolini, Rv. 493575-01).

In particolare, i versamenti "in conto capitale" (o versamenti a fondo perduto) hanno ad oggetto somme erogate dai soci, per le quali non sussiste alcun obbligo di rimborso, rappresentano invece versamenti a fondo perduto e confluiscono nel patrimonio aziendale come riserve di capitale. Come rilevato da attenta giurisprudenza, in questo caso le dazioni di denaro hanno una causa diversa da quella propria del contratto di mutuo, assimilabile a quella del conferimento capitale di rischio, non danno luogo a crediti esigibili nel corso della vita della società, ma possono essere chiesti in restituzione soltanto per effetto dello scioglimento della medesima società, nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione (cfr. Sez. 1, n. 2758/2012, Rordorf, Rv. 621560-01 e Sez. 1, n. 24861/2015, Didone, Rv. 637899-01). Ovviamente, l'eventuale credito alla restituzione segue la sorte della partecipazione sociale, con la conseguenza che tale credito può essere vantato solo da colui che è socio al momento dello scioglimento della società.

I versamenti “in conto aumento di capitale” e “in conto di futuro aumento di capitale” sono invece operati in previsione di aumenti di capitale sociale a pagamento. Quando si è in presenza di una delibera assembleare per aumento di capitale già approvata, ma non ancora presentata al registro delle imprese, si parla di versamenti in conto aumento di capitale, mentre nel caso in cui sia assente l’approvazione dell’assemblea straordinaria, sebbene ormai prossima, si hanno versamenti in conto futuri aumenti di capitale. Questi ultimi hanno lo scopo di vincolare dei fondi destinati a uno specifico progetto, l’aumento di capitale, che si realizzerà nel futuro. Qualora la procedura di aumento non giunga a perfezionamento, i soci hanno diritto alla loro restituzione. I versamenti in conto aumenti di capitale sono dei fondi patrimoniali indisponibili, in attesa di “conversione” in capitale sociale.

Com’è noto, è questione di interpretazione della volontà delle parti stabilire a quale titolo e con quali condizioni un trasferimento o un versamento sia stato effettuato, se cioè, o meno, a titolo di definitivo apporto del socio al patrimonio di rischio dell’impresa collettiva, ed egualmente è questione di interpretazione della volontà stabilire se il trasferimento (o anche in genere il versamento) sia stato in qualche modo condizionato a un evento futuro e incerto, come può essere quello della successiva deliberazione di aumento del capitale nominale della società entro un termine stabilito nella prospettata situazione di risanamento aziendale e della conservazione del patrimonio produttivo attraverso la prosecuzione, riattivazione o riconversione dell’attività imprenditoriale (tra le ultime, v. Sez. 1, n. 7471/2017, Falabella, Rv. 644825-02).

In tema di “versamenti in conto capitale”, **Sez. 1, n. 15035/2018, Micolino, Rv. 649557-01**, ha ribadito che essi palesano una natura che dipende dalla ricostruzione della comune intenzione delle parti, la cui prova va desunta in via principale dal modo in cui il rapporto ha trovato concreta attuazione, dalle finalità pratiche cui si mostra diretto e dagli interessi ad esso sottesi, chiarendo che solo in subordine si può considerare la qualificazione che i versamenti hanno ricevuto in bilancio, senza che assuma rilevanza alcuna la circostanza che non abbiano dato luogo a pretese restitutorie da parte dei soci, neppure in sede concorsuale, trattandosi di una scelta che, in quanto successiva all’effettuazione delle predette operazioni, e comunque revocabile in qualsiasi momento, non appare di per sé sintomatica dell’intento di rinunciare definitivamente al rimborso delle erogazioni compiute.

Con riguardo invece ai versamenti “in conto di futuro aumento di capitale”, condizionati all’adozione della relativa delibera di aumento del capitale entro un determinato termine, **Sez. 1, n. 31186/2018, Terrusi, Rv. 652065-01**, ha evidenziato che, nel caso di mancata adozione della delibera di aumento del capitale (nella specie, per l’intervenuto fallimento della società sottoposta ad amministrazione straordinaria), sorge a carico della società l’obbligo di restituzione di quanto erogato dal socio a tale titolo, poiché in tal caso l’erogazione determina un aumento di capitale solo potenziale, destinato a divenire effettivo a seguito della delibera di aumento.

La S.C. ha precisato che a questa fattispecie non è applicabile l’art. 2467 c.c., anche se si tratta di s.r.l., poiché tale disciplina riguarda solo i versamenti effettuati a titolo di finanziamento o di mutuo, ai quali è possibile associare un obbligo di rimborso, in considerazione della diversità della causa che contraddistingue i versamenti “in conto di futuro aumento del capitale”, assimilabile a quella di capitale di rischio piuttosto che a quella delle obbligazioni creditorie.

In motivazione, la Corte ha precisato che la disciplina dell’art. 2467 c.c. richiede pur sempre che si sia dinanzi a una dazione a titolo di credito, alla quale associare l’obbligo di rimborso, per quanto effettuata “in qualsiasi forma”, posto che quest’ultima espressione, che compare nell’articolo menzionato, non esclude che si debba essere al cospetto di un finanziamento, seppure anomalo (perché effettuato dal socio in situazione tale da imporre, invece, un conferimento), tenuto conto che la *ratio* della norma pacificamente consiste nel contrastare, giustappunto, i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale delle società “chiuse”.

La medesima Corte ha così desunto che i versamenti o i trasferimenti eseguiti “in conto di un futuro aumento di capitale” non possono rimanere attratti dal principio di cui all’art. 2467 c.c., in considerazione della mera circostanza della provvisorietà dell’apporto, che consegue al mancato perfezionamento della fattispecie in funzione della quale l’erogazione è fatta.

La stessa Corte ha rilevato che, nella pratica, possono verificarsi commistioni tra le fattispecie, e in queste eventualità certamente la provvisorietà della dazione potrebbe rilevare ai fini di cui all’art. 2467 c.c., ove emerga che la dissimulata ragion pratica della dazione sia stata in effetti quella del finanziamento (ad esempio, per evidenze probatorie attestanti l’implausibilità originaria dell’ipotesi di prospettato aumento di capitale). Salvo ciò, una funzione oggettiva di credito è da escludere dinanzi a versamenti (o a trasferimenti) “in conto di un futuro aumento di capitale”, visto che essi, ove l’aumento

intervenga, vanno a confluire automaticamente in esso, mentre, ove non intervenga, vanno sì restituiti, ma non perché eseguiti a titolo di finanziamento, ma semplicemente perché la fattispecie in effetti programmata – l'aumento di capitale – non si è perfezionata.

Proprio con riferimento alla disciplina dei finanziamenti dei soci, si deve richiamare, **Sez. 1, n. 16291/2018, Terrusi, Rv. 649534-01**, che, confermando un orientamento già espresso (Sez. 1, n. 14056/2015, Nappi, Rv. 635830-01) ha ritenuto estensibile ad altri tipi di società di capitali il disposto di cui all'art. 2467 c.c. che, nelle s.r.l., prevede la postergazione del rimborso del finanziamento del socio concesso in situazioni che renderebbero necessario un conferimento, perché la *ratio* della norma consiste nel contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale delle società “chiuse”, specificando che tale disciplina trova in particolare applicazione anche al finanziamento del socio di una s.p.a., qualora le condizioni della società siano a quest'ultimo note, per lo specifico assetto dell'ente o per la posizione da lui concretamente rivestita, in modo tale da far ritenere che le sue condizioni siano equivalenti a quelle del socio di una s.r.l. (nella specie, la S.C. ha ritenuto applicabile la previsione di cui all'art. 2467 c.c. nel caso in cui il socio, azionista di maggioranza di una s.p.a. ed anche presidente del consiglio d'amministrazione, aveva sottoscritto un prestito obbligazionario non convertibile e garantito da ipoteca).

La disciplina dell'art. 2467 c.c. è stata esaminata anche con riferimento ai risvolti applicativi nell'ambito delle procedure concorsuali.

In particolare, **Sez. 1, n. 18489/2018, Fichera, Rv. 649678-01**, ha affermato che, in tema di prededuzione in sede fallimentare, il credito derivante dal finanziamento del socio in funzione della presentazione della domanda di concordato (cd. “finanziamento-ponte”), erogato in favore di una s.r.l. ammessa al concordato preventivo e poi fallita, concesso prima dell'entrata in vigore della novella all'art. 182 quater l.fall. (introdotta con il d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., in l. n. 134 del 2012), non può essere ammesso al passivo in prededuzione, in mancanza di una norma espressa, che consenta l'estensione ai crediti dei soci la prededucibilità, come quella successivamente introdotta dalla novella sopra menzionata, non potendo operare per tali finanziamenti il disposto dell'art. 111, comma 2, l. fall., in quanto, in assenza di una deroga espressa, deve trovare comunque applicazione la disciplina dell'art. 2467 c.c., in base alla quale il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri crediti.

Allo stesso modo, **Sez. 1, n. 16348/2018, Fichera, Rv. 649566-01**, ha precisato che, nel concordato preventivo, la proposta del debitore di suddivisione dei creditori in classi, può prevedere il riconoscimento del diritto di voto a quei creditori che siano stati inseriti in apposita classe e postergati, perché titolari di crediti inerenti il rimborso ai soci di finanziamenti a favore della società nelle ipotesi previste dall'art. 2467 c.c., purché il trattamento previsto per detti creditori sia tale da non derogare alla regola del loro soddisfacimento sempre postposto rispetto a quello, integrale, degli altri chirografari.

### **3.4. L'amministrazione delle società di capitali.**

Si deve in primo luogo richiamare **Sez. 1, n. 30542/2018, Dolmetta, Rv. 651881-01**, che ha chiarito il momento a partire dal quale colui che è stato nominato amministratore può ritenersi in carica, precisando che, in caso di revoca dell'amministratore di una società a responsabilità limitata e contestuale nomina di un nuovo amministratore, la legittimazione a proporre istanza di fallimento in proprio *ex* art. 6 l.fall., spetta a quest'ultimo, e non al primo, a prescindere dall'iscrizione della nomina e della revoca nel registro delle imprese, che costituisce un adempimento di natura dichiarativa e non costitutiva.

In motivazione la S.C. ha prima di tutto rilevato che, trattandosi di fattispecie riguardante un caso di revoca (assembleare) dell'amministratore unico e contestuale nomina di un nuovo amministratore, con connessa cognizione della revoca da parte del vecchio amministratore (visto il carattere unilaterale di tale negozio) e accettazione della carica da parte del nuovo (posta qui la natura contrattuale dell'atto), deve escludersi la configurabilità di una eventuale *prorogatio* dell'amministratore revocato.

La medesima Corte ha quindi richiamato l'opinione consolidata, secondo la quale la norma dell'art. 2448 c.c. assegna all'iscrizione nel registro delle imprese una forza non già costitutiva (del significato giuridico del fatto di cui all'iscrizione), ma meramente dichiarativa, nel senso appunto che la positiva iscrizione di un fatto nel registro viene a rendere in ogni caso opponibile lo stesso anche nei confronti dei terzi (secondo quanto è proprio, del resto, della regola generale per la materia di cui al registro delle imprese, come stabilita dalla norma dell'art. 2193 c.c.).

Secondo la Corte, la rilevanza del fatto non iscritto (c.d. efficacia negativa della pubblicità del registro) non solo si limita unicamente a investire la posizione dei terzi, ma pure lo fa sempre a

condizione che questi ultimi non possano essere considerati, nel concreto della situazione volta a volta esaminata, quali soggetti di buona fede (in modo non dissimile, quanto alla sostanza ultima, dalla disciplina dettata nella norma generale dell'art. 1396 c.c.). Da ciò deriva che l'area di efficacia della nomina e della revoca dell'amministratore dipendente dall'iscrizione nel registro delle imprese, si manifesta - oltre che intrinsecamente relativa (sia perché limitata al profilo dell'opponibilità nei confronti di terzi, sia, e più ancora, per la riconosciuta possibilità di provare l'effettiva conoscenza di questi terzi) - espressione di una regola circoscritta e non di carattere generale.

Con riguardo ai poteri degli amministratori di società per azioni, **Sez. L, n. 08147/2018, Lorito, Rv. 648265-01**, ha ribadito che l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza di cui all'art. 2384, comma 2, c.c., riguarda unicamente il contenuto di tale potere, come avviene allorquando, ad esempio, nell'atto costitutivo sia previsto che i poteri degli amministratori siano limitati agli atti di ordinaria gestione, ovvero che gli atti comportanti disposizioni al di là di un determinato valore (o prezzo) o di un determinato tipo vengano preventivamente deliberati dall'assemblea dei soci, potendo invece la società opporre ai terzi il mancato rispetto della clausola statutaria, che prescrive la firma congiunta dei rappresentanti della società, sul presupposto che tale clausola riguarda l'esistenza stessa del potere di rappresentanza e non il suo contenuto.

La S.C. ha affermato che tale assunto rinviene fondamento nel combinato disposto di cui agli artt. 2383 e 2457 *ter* c.c. (articolo, quest'ultimo, non riproposto nell'ambito della sostituzione completa del capo cui apparteneva, in virtù di quanto stabilito dall'art. 2 del d.lgs. n. 6 del 2003), atteso che, con tali disposizioni, il legislatore italiano ha mostrato di volersi avvalere della facoltà attribuitagli dall'art. 9 della direttiva 68/151/CEE, che consente agli Stati membri di rendere opponibili ai terzi la disposizione statutaria che attribuisce la rappresentanza congiuntamente a più persone, sempre che siano rispettati gli adempimenti di pubblicità previsti dall'art. 3 della stessa direttiva (così Sez. L, n. 16376/2004, Celentano, Rv. 576007-01).

In tema di diritti dei soci amministratori di società a responsabilità limitata, si deve menzionare **Sez. 1, n. 02038/2018, Nazzicone, Rv. 647054-02**, ove è precisato che compete anche al socio amministratore di s.r.l. il diritto, previsto dall'art. 2476, comma 2, c.c. di ricevere notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri e i documenti relativi alla gestione societaria

compiuta dagli altri amministratori, cui egli non abbia in tutto o in parte partecipato.

In motivazione, viene evidenziato che questo diritto, concesso al socio, dà per scontata l'appartenenza a chi amministra la società di simili ed ancor più intensi diritti, essendo l'amministratore diretto artefice di quegli affari, nonché redattore e custode di quei libri e documenti. Se dunque il legislatore ha sentito l'esigenza di attribuire espressamente al socio di s.r.l. (a differenza che a quello di s.p.a.) i diritti di ispezione e di informazione sulle vicende e sulla documentazione societaria, ciò lo ha fatto in vista della natura personalistica del tipo, nonché dell'automatica appartenenza di tali diritti ai soci che abbiano pure la gestione sociale. Ma ciò non esclude affatto, ed anzi conferma, che non potrà essere negato il diritto di ispezione e di informazione a questi ultimi, quale diritto-dovere costituente implicito portato delle prerogative della carica, con la conseguenza che, qualora l'esercizio di tale diritto-dovere sia precluso da altri, in ispecie coamministratori o componenti del consiglio di amministrazione, essi potranno agire a loro tutela, facendo valere anche l'impossibilità di diligente adempimento dell'incarico gestorio, ove lasciati all'oscuro delle vicende sociali e, dunque, per la stessa esigenza di adempiervi fedelmente e non incorrere in responsabilità.

D'altronde, come rilevato dalla stessa Corte di cassazione nella decisione appena illustrata, la trasparenza interna nelle società è di tale importanza, che il legislatore ha previsto il presidio della sanzione penale all'art. 2625 c.c. nei confronti degli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscano o comunque ostacolino lo svolgimento delle attività di controllo legalmente attribuite ai soci o ad altri organi sociali.

Con riferimento ai diritti patrimoniali degli amministratori di società di capitali, si deve richiamare **Sez. 6-1, n. 24139/2018, Dolmetta, Rv. 650610-01**, 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, aggiungendo che tale diritto è disponibile e può anche essere oggetto di rinuncia, attraverso una remissione del debito anche tacita, la quale però può desumersi soltanto da un comportamento concludente del titolare, che riveli in modo univoco una sua volontà abdicativa, senza che abbia rilievo la mera inerzia o il silenzio (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello, la quale aveva ritenuto che l'amministratore avesse tacitamente rinunciato al suo compenso, soltanto perché durante tutta la durata dell'incarico e anche nell'anno

successivo alla cessazione dalla carica non ne aveva mai richiesto il pagamento).

**Sez. L, n. 28148/2018, Negri della Torre, Rv. 651686-01**, ha inoltre precisato che l'amministratore di s.p.a., a cui sia demandato lo svolgimento di attività estranee al rapporto di amministrazione, ha, per queste, diritto (ai sensi dell'art. 2389 c.c.) ad una speciale remunerazione, sempre che tali prestazioni siano effettuate in ragione di particolari cariche che allo stesso siano state conferite e che esulino dal normale rapporto di amministrazione, ossia dal potere di gestione della società il cui limite deve individuarsi nell'oggetto sociale, talché rientrano tra le prestazioni tipiche dell'amministratore tutte quelle che siano inerenti all'esercizio dell'impresa, senza che rilevi (salvo che sia diversamente previsto dall'atto costitutivo o dallo statuto) la distinzione tra atti di amministrazione straordinaria ed ordinaria.

Particolare rilevanza, in tema di doveri degli amministratori di società per azioni, assume **Sez. 2, n. 33047/2018, Oliva, Rv. 652048-01**, ove viene affermato che la disposizione di cui al comma primo dell'art. 2391 c.c. pone a carico dell'amministratore in conflitto di interessi un obbligo generale e preventivo di esplicitare la sua condizione soggettiva, al duplice scopo di assicurare che essa sia nota a tutti gli altri componenti dell'organo di gestione e di controllo della società, e che non incida, neanche in via indiretta, sui processi valutativi e deliberativi interni all'organizzazione aziendale e segnatamente del consiglio di amministrazione o degli altri organismi e articolazioni cui è affidata in concreto la gestione della società.

La S.C. ha attribuito alla norma una portata applicativa generale, che prescinde dall'effettiva incidenza del conflitto di interessi sulle delibere in concreto assunte dal consiglio di amministrazione e impone sempre e comunque all'amministratore di dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società.

In particolare, la Corte ha rilevato che l'influenza della situazione di conflitto sulle deliberazioni assunte dal consiglio di amministrazione non viene considerata nel comma primo dell'art. 2391 c.c., ma solo nei successivi commi secondo e terzo dell'art. 2391 c.c., nella parte in cui sono previsti, rispettivamente, l'obbligo di adeguata motivazione sulle ragioni e la convenienza dell'operazione, che la delibera del consiglio di amministrazione assunta in condizioni di conflitto di interesse deve presentare (secondo comma), e l'obbligo degli amministratori non in conflitto e dei sindaci di impugnare le delibere del consiglio di amministrazione eventualmente adottate in



violazione del secondo comma (terzo comma). Ha poi aggiunto che anche i commi quarto e quinto dell'art. 2391 c.c. – che prevedono la responsabilità dell'amministratore per i danni derivati alla società dalla sua azione od omissione (quarto comma) e per i danni derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico (quinto comma) – prescindono, come già il comma primo, dalla vicenda deliberativa e individuano l'area del pregiudizio risarcibile connesso alla mera condotta illecita dell'amministratore.

Sulla scorta di tali osservazioni, la Corte ha pertanto ritenuto che la mancata informativa della situazione di conflitto dell'amministratore, prevista dall'art. 2391, comma 1, c.c., costituisce già una irregolarità, che il collegio sindacale delle società con azioni quotate in borsa deve segnalare alla Consob, in applicazione dell'art. 149 del d.lgs. n. 58 del 1998, a prescindere da ogni verifica degli effetti di tale situazione di conflitto sull'operato dell'organo gestorio (v. *infra*).

Devono a questo punto essere menzionate due pronunce, adottate nel 2018, che, in tema di responsabilità degli amministratori, hanno dato applicazione alle norme in vigore prima della riforma del 2003, con riferimento a particolari modelli gestori, riguardanti anche le società a responsabilità limitata (cui si applicava gran parte della disciplina prevista per le società per azioni, in virtù del rinvio operato dal previgente art. 2487 c.c.).

Come espressamente affermato dalla Corte di cassazione infatti, il d.lgs. n. 6 del 2003 ha introdotto in materia una nuova normativa di diritto sostanziale, come tale non applicabile retroattivamente, con la conseguenza che alle condotte anteriori alla sua entrata in vigore continua ad applicarsi la disciplina previgente (cfr. Sez. 1, n. 13907/2014, Nazzicone, Rv. 631510-01).

In particolare, in tema di società a responsabilità limitata, **Sez. 6-1, n. 27761/2018, Dolmetta, Rv. 651356-01**, ha affermato che, nel regime anteriore alla riforma di cui al d.lgs. n. 6 del 2003 il modello organizzativo dell'amministrazione disgiuntiva non era incompatibile con la contemporanea presenza di un consiglio di amministrazione, potendo tale organo utilmente svolgere funzioni di trasmissione e raccolta delle informazioni, coordinamento decisionale e controllo sull'operato dei singoli amministratori, salva la possibilità, in caso di divergenza di opinioni, di riportare le decisioni in assemblea o di far operare misure di tutela esterna, quale la denuncia all'autorità giudiziaria *ex* art. 2409 c.c. (in particolare, in una fattispecie in cui la s.r.l. prevedeva la presenza di un consiglio di amministrazione in un

regime di amministrazione disgiuntiva, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato la responsabilità per *culpa in vigilando* di uno dei due amministratori per omesso controllo sull'operato illecito dell'altro).

Analogamente, in tema di società per azioni, **Sez. 6-1, n. 06998/2018, Scaldaferrì, Rv. 647899-01**, ha rilevato che l'art. 2392 c.c., nel testo antecedente alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 6 del 2003, poneva a carico di tutti gli amministratori di società per azioni un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, che non veniva meno nella ipotesi di attribuzioni proprie di uno o più amministratori, restando anche in tal caso a carico dei medesimi l'onere della prova di essersi diligentemente attivati per porre rimedio alle illegittimità rilevate (o che avrebbero dovuto rilevare), precisando tuttavia che, anche in base alla disciplina previgente, la responsabilità solidale per le conseguenze delle illegittimità contabili e di gestione altrui non poteva estendersi agli amministratori rimasti in carica per un periodo di tempo troppo breve, che non poteva consentire loro di rendersi conto della situazione e di intervenire con utili strumenti correttivi.

Come precisato dalla stessa S.C., tale impostazione non è più valida a seguito della riforma del 2003, 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).

Allo stesso modo, **Sez. 1, n. 02038/2018, Nazzicone, Rv. 647054-01**, ha ritenuto che la responsabilità solidale degli amministratori della società a responsabilità limitata per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo in tema di amministrazione della società non costituisce una forma di responsabilità oggettiva e l'esonero da responsabilità previsto dall'art. 2476, comma 1, ultima parte, c.c. non è ancorato al mero procedimento di rituale verbalizzazione del dissenso in occasione del consiglio di amministrazione deliberante, ma all'effettiva mancanza di qualsiasi profilo di colpa.

In tema di revoca dell'amministratore di società per azioni, e considerata l'ipotesi cessazione del rapporto gestorio prima della naturale scadenza, **Sez. 1, n. 02037/2018, Nazzicone, Rv. 647624-01**, ha precisato che le ragioni che integrano la giusta causa, ai sensi dell'art. 2383, comma 3, c.c. devono essere specificamente enunciate nella delibera assembleare, senza che vi sia la possibilità di una successiva deduzione in sede giudiziaria di ragioni ulteriori, aggiungendo inoltre che spetta alla società dimostrarne l'esistenza, trattandosi di un fatto costitutivo della facoltà di recedere senza conseguenze risarcitorie.

La stessa pronuncia (**Sez. 1, n. 02037/2018, Nazzicone, Rv. 647624-02**) ha peraltro evidenziato che, nel caso in cui la revoca dell'amministratore risulti senza giusta causa, alla responsabilità contrattuale della società di cui all'art. 2383 c.c. relativa al lucro cessante per i compensi residui non percepiti, derivante dal fatto stesso del recesso senza giusta causa dal rapporto di amministrazione, può aggiungersi la responsabilità, sempre di natura contrattuale, per violazione delle regole di buona fede e correttezza, oppure una responsabilità extracontrattuale della società, o di soggetti in concorso con essa, ma solo in presenza di condotte che costituiscano un *quid pluris*, diverso ed ulteriore, rispetto alla revoca in sé, allorché le stesse ragioni della revoca, oltre ad essere semplicemente insussistenti o inidonee a fondare il potere di recesso, oppure le concrete modalità della cessazione del rapporto, connotate da colpa o dolo, siano tali da ledere un diritto della persona distinto dal diritto dell'amministratore alla prosecuzione della carica sino alla sua naturale scadenza.

### **3.5. Le azioni di responsabilità.**

Con riferimento all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata, e con particolare riguardo a quella esercitata dal socio *ex art.* 2476, comma 3, c.c., si deve menzionare **Sez. 1, n. 17493/2018, Fraulini, Rv. 649893-01**, ove la S.C. ha ribadito che, nel caso in cui venga esperita tale azione, sussiste il litisconsorzio necessario della società, in quanto l'autonoma iniziativa del socio, riconosciuta senza vincolo di connessione con la quota di capitale dallo stesso posseduta, non toglie che si tratti pur sempre di un'azione sociale di responsabilità, rifluendo l'eventuale condanna dell'amministratore unicamente nel patrimonio sociale e potendo solo la società (e non il socio) rinunciare all'azione e

transigerla (nello stesso senso, v. già Sez. 1, n. 10936/2016, Bernabai, Rv. 639796-01).

In linea con la pronuncia appena richiamata, **Sez. 1, n. 19745/2018, Falabella, Rv. 650162-03**, ha precisato che la legittimazione individuale straordinaria, di cui all'art. 2476, comma 3, c.c., che consente al socio di proporre l'azione sociale di responsabilità, essendo riconducibile a una ipotesi di sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c., permane in sede di gravame, quand'anche la società abbia omissso di impugnare la sentenza reiettiva della domanda risarcitoria, salva la sola ipotesi in cui l'azione sia stata fatta oggetto di rinuncia o di transazione da parte dell'ente, nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 2476, comma 5, c.c., in materia di maggioranza deliberativa e potere di veto.

Con riferimento all'azione di responsabilità per mancata osservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale, esperita nei confronti di amministratori e sindaci di società per azioni *ex* artt. 2394 e 2407 c.c., assume invece rilievo **Sez. 1, n. 21662/2018, Nazzicone, Rv. 649960-01**, ove la S.C. ha evidenziato che l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei crediti, rilevante ai fini del decorso della prescrizione quinquennale, può risultare dal bilancio sociale che costituisce, per la sua specifica funzione, il documento informativo principale sulla situazione della società non solo nei riguardi dei soci, ma anche dei creditori e dei terzi in genere. Ha quindi aggiunto che spetta al giudice di merito, con un apprezzamento in fatto insindacabile in cassazione, accertare se la relazione dei sindaci al bilancio, che abbia evidenziato l'inadeguatezza della valutazione di alcune voci – a fronte della quale l'assemblea abbia comunque deliberato la distribuzione di utili ai soci, senza rilievi da parte degli organi di controllo – sia idonea ad integrare di per sé l'elemento della oggettiva percepibilità per i creditori circa la falsità dei risultati attestati dal bilancio sociale.

In tema di azione di responsabilità *ex* art. 146 l.fall., e in continuità con la statuizione di recente adottata dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 1641/2017, Nappi, Rv. 642008-01), **Sez. 1, n. 25610/2018, Falabella, Rv. 650591-02**, ha ribadito che il curatore fallimentare è legittimato, tanto in sede penale, quanto in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità ammessa contro gli amministratori di società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione della *par condicio creditorum*.

Richiamando la menzionata pronuncia a Sezioni Unite, la S.C. ha, in particolare, evidenziato che il pagamento preferenziale in una

situazione di dissesto può comportare la riduzione del patrimonio sociale in una misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori, giacché la destinazione di tale patrimonio alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falce fallimentare, sicché, anche dal punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporta per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale, cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio della società in funzione di garanzia dei creditori.

In applicazione del principio enunciato, la Corte ha ritenuto rilevante ai fini della proposizione dell'azione di responsabilità *ex art.* 146 l.fall. la condotta dell'amministratore che abbia trattenuto, a soddisfazione di un proprio credito per il rimborso di un finanziamento nei confronti della società, la somma ricevuta in rappresentanza della società, quale corrispettivo della vendita di una partecipazione societaria, così effettuando un pagamento preferenziale a proprio favore.

Sempre in tema di azione *ex art.* 146 l. fall., ma con riferimento alla liquidazione del danno, **Sez. 1, n. 02500/2018, Didone, Rv. 647230-01**, ha ritenuto che, nel caso di esperimento di tale azione, il giudice può ricorrere alla liquidazione equitativa, nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, qualora il ricorso a tale parametro si palesi, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile, in quanto l'attore abbia allegato inadempimenti dell'amministratore – nella specie consistiti nella cessione a sé stesso, a prezzo vile, di rami d'azienda e nella pluriennale mancata tenuta delle scritture contabili – astrattamente idonei a porsi quali cause del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo.

La pronuncia si pone sulla stessa linea di altre statuizioni, adottate a seguito di Sez. U, n. 9100/2015, Rordorf, Rv. 635451-01, ove il giudice di legittimità ha affermato che la liquidazione del danno risarcibile nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare non può essere giustificata dalla sola mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, ma può costituire un criterio utilizzato quale parametro per una liquidazione

equitativa, ove ne sussistano le condizioni, sempre che il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dei predetti soggetti (v., da ultimo, Sez. 1, n. 17794/2015, Nazzicone, Rv. 636637-01 e Sez. 1, n. 38/2017, Falabella, Rv. 643014-01).

Con riferimento all'azione di responsabilità promossa dal terzo direttamente danneggiato da atti colposi o dolosi degli amministratori, si deve infine menzionare **Sez. 1, n. 03656/2018, Nazzicone, Rv. 647146-01**, ove la S.C. ha affermato che, in presenza di intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali, sussiste in capo al fiduciante la titolarità dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, ai sensi dell'art. 2395 c.c., per il danno diretto che lamenta di avere subito, consistente nella perdita del diritto al ritrasferimento delle partecipazioni intestate fiduciariamente, a seguito dell'uscita dalla società del fiduciario, che non ha esercitato il diritto di opzione, dopo l'azzeramento del capitale sociale *ex* art. 2447 cod. civ., deliberato dall'assemblea sulla base di una situazione patrimoniale, redatta dagli amministratori, falsa e recante perdite insussistenti.

In motivazione, la Corte ha evidenziato che l'azzeramento del capitale sociale comporta lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al socio-fiduciario e nel contempo l'impossibilità per quest'ultimo di ritrasferire al fiduciante le partecipazioni oggetto dell'intestazione fiduciaria. Se dunque il fiduciante non può esperire l'azione *ex* art. 2395 c.c. quale socio, non rivestendo tale qualità, egli può comunque agire *ex* art. 2395 c.c. quale terzo titolare di un diritto di credito (al ritrasferimento delle partecipazioni) direttamente leso dalla condotta degli amministratori, così ottenendo il ristoro del pregiudizio subito, corrispondente alla perdita del valore delle azioni, di cui non può più ottenere il ritrasferimento.

#### **4. Particolari società di capitali.**

Vengono di seguito riportate le pronunce adottate nel 2018, che hanno affrontato questioni del tutto peculiari, relative alla particolare disciplina riservata ad alcune società. Si tratta delle società con azioni quotate in borsa e delle società cooperative. A tali figure vanno aggiunte le società a partecipazione pubblica, comprese le

società *in house*, a 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* Capitolo XXVI).

#### 4.1. Le società con azioni quotate in borsa.

Alcune decisioni hanno riguardato l'ambito operativo dell'art. 149, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998, ove, a seguito della specificazione dei doveri di vigilanza del collegio sindacale, è previsto che quest'ultimo debba comunicare senza indugio alla Consob le irregolarità riscontrate e trasmettere i verbali delle riunioni, degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione.

In particolare, **Sez. 2, n. 12110/2018, Cosentino, Rv. 648504-01**, ha affermato che il collegio sindacale deve comunicare alla Consob tutte le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza che ha il compito di svolgere, senza che l'adempimento sia subordinato ad una valutazione discrezionale circa la rilevanza delle stesse, spiegando che depongono in tal senso la formulazione letterale della norma, che fa riferimento alle "irregolarità" senza ulteriori qualificazioni, e anche la *ratio* della norma medesima, finalizzata a scongiurare le incertezze operative, che deriverebbero dalla opposta soluzione (nello stesso senso, Sez. 2, n. 3251/2009, Oddo, Rv. 606596-01).

Anche Sez. 2, n. 33047/2018 (già cit.), dopo avere affermato che l'art. 2291, comma 1, c.c. pone a carico dell'amministratore in conflitto di interessi un obbligo generale e preventivo di esplicitare tale condizione, a prescindere dall'incidenza della stessa sulle decisioni assunte dagli organi gestori (v. sul punto *supra*), ha confermato la sanzione amministrativa comminata a un sindaco, per omessa vigilanza sul mancato rispetto dell'art. 2391, comma 1, c.c. da parte di un amministratore, senza dare rilievo ad alcuna valutazione sulla influenza o meno del conflitto d'interessi non denunciato sulle decisioni assunte dal consiglio di amministrazione.

Con riferimento invece alla disciplina dell'acquisto di azioni di società quotate, si deve richiamare **Sez. 1, n. 19741/2018, Di Marzio M., Rv. 650161-01**, ove è stabilito che, qualora sia inadempito l'obbligo di offerta pubblica di acquisto totalitaria di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 58 del 1998, gravante a carico dell'acquirente del pacchetto azionario di società quotate che superi la soglia del 30%, compete agli azionisti, cui l'offerta avrebbe dovuto essere rivolta, il risarcimento del danno patrimoniale che dimostrino di avere sofferto in conseguenza della perdita di *chance* di disinvestimento che l'OPA avrebbe assicurato loro, da determinarsi raffrontando il prezzo di

rimborso delle azioni in caso di OPA con il loro valore effettivo, ritratto dalle risultanze di borsa, secondo il successivo andamento del titolo nell'arco temporale intercorrente tra il giorno in cui si è consumato l'inadempimento dell'obbligo e quello del disinvestimento, se vi è stato, o, in caso contrario, della proposizione della domanda risarcitoria.

La pronuncia si pone peraltro sulla stessa linea di Sez. 1, n. 14392/2012, Rordorf, Rv. 623642-01, Sez. 1, n. 22099/2013, Lamorgese, Rv. 628108-01, e Sez. 1, n. 20560/2015, Valitutti, Rv. 637345-01, che hanno comunque riconosciuto lo stesso diritto al risarcimento.

#### 4.2. Le società cooperative.

Occorre innanzi tutto richiamare **Sez. L, n. 19090/2018, Ponterio, Rv. 649969-01**, ove è precisato che, ai fini del decorso del termine per proporre opposizione contro la deliberazione di esclusione del socio ai sensi dell'art. 2533 c.c., non è necessaria la comunicazione di addebiti rigorosamente enunciati, dovendo l'esigenza di specificità della contestazione ritenersi soddisfatta allorquando le indicazioni fornite consentano di individuare le ragioni dell'esclusione, così da porre il socio in condizione di predisporre la difesa.

Sempre con riferimento al termine per proporre opposizione alla deliberazione di esclusione del socio, **Sez. 1, n. 19304/2018, Tricomi, Rv. 649905-01**, ha precisato che, qualora lo statuto preveda la facoltà del socio di ricorrere ad un collegio di probiviri, nell'ambito di un procedimento non arbitrale ma endosocietario, finalizzato non a decidere la controversia, ma a prevenirla, l'esercizio di tale facoltà comporta che il procedimento di esclusione si perfezioni con la determinazione del collegio dei probiviri, della cui comunicazione al socio è onerata la società, anche quando il collegio non abbia adottato nel termine perentorio assegnato ai probiviri alcun provvedimento. Ne consegue che solo dalla data della comunicazione riprende a decorrere il termine di cui all'art. 2533, comma 3, c.c. per l'impugnazione della delibera di esclusione da parte del socio davanti l'autorità giudiziaria, fermo restando che l'impugnazione non è preclusa nelle more del predetto procedimento endosocietario (conf. Sez. 1, n. 8429/2012, Scaldaferrì, Rv. 622601-01).

Con riferimento al rapporto tra delibera di esclusione e licenziamento del socio, **Sez. L, n. 21567/2018, Marchese, Rv. 650222-01**, ha 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 di esclusione non preclude la tutela risarcitoria contemplata dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, mentre esclude quella restitutoria della qualità di lavoratore.

Negli stessi termini, **Sez. L, n. 21566/2018, Marchese, Rv. 650256-01**, ha affermato che la delibera di esclusione del socio lavoratore dalla cooperativa costituisce presupposto costitutivo della tutela reintegratoria, sicché, ove il socio lavoratore impugni il licenziamento intimatogli dalla cooperativa, detta tutela resta preclusa, qualora non sia impugnata anche la delibera di esclusione fondata sulle medesime ragioni del licenziamento.

## CAPITOLO XV

### IL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

(DI PAOLO FRAULINI)

SOMMARIO: 1. Conto corrente bancario – 2. I contratti bancari – 3. L'intermediazione finanziaria – 4. I titoli di credito – 4.1. Assegni – 4.2. Azioni.

#### 1. Conto corrente bancario.

In tema di contratti bancari, **Sez. U, n. 16303/2018, De Chiara, Rv. 649294-01 e Rv. 649294-02**, intervengono a chiarire una questione ancora controversa nel dibattito sezionale a distanza di dieci anni dall'entrata in vigore delle disposizioni di contrasto all'usura di cui al d.l. n. 185 del 2008, convertito dalla legge n. 2 del 2009: quella delle modalità di calcolo della commissione di massimo scoperto (CMS) nella determinazione del superamento del tasso soglia. La Corte chiarisce che l'art. 2 del citato decreto-legge, in forza del quale, a partire dal 1 gennaio 2010, la commissione di massimo scoperto (CMS) entra nel calcolo del tasso effettivo globale medio (TEGM) rilevato dai decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della l. n. 108 del 1996, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta, non è norma di interpretazione autentica dell'art. 644, comma 4, c.p., ma disposizione con portata innovativa dell'ordinamento e quindi si applica solo per il futuro e non ai contratti già stipulati al momento della sua entrata in vigore. La Corte detta anche le modalità operative del calcolo del tasso per i rapporti pendenti, prevedendo che al fine della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta va effettuata la separata comparazione del tasso effettivo globale (TEG) degli interessi praticati in concreto e della commissione di massimo scoperto (CMS) eventualmente applicata, rispettivamente con il "tasso soglia" - ricavato dal tasso effettivo globale medio (TEGM) indicato nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della predetta l. n. 108 del 1996 - e con la "CMS soglia", calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media pure registrata nei decreti ministeriali, compensandosi, poi, l'importo dell'eccedenza della CMS applicata, rispetto a quello della CMS rientrante nella soglia, con l'eventuale "margine" residuo degli

interessi, risultante dalla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati.

Ancora al centro delle pronunce della Corte è la questione dell'onere della prova della movimentazione del conto corrente bancario e delle conseguenze del suo mancato adempimento, con particolare riferimento alle conseguenze sul saldo: **Sez. 1, n. 09365/2018, Terrusi, Rv. 648117-01**, afferma che ove la banca, che ne è onerata, ometta di documentare integralmente le movimentazioni del rapporto con la produzione degli estratti conto, non può pretendere di vedersi azzerato il saldo del primo degli estratti conto utilizzabili. Sullo stesso tema, **Sez. 1, n. 15148/2018, Nazzicone, Rv. 648898-01**, precisa che l'onere probatorio documentale non ammette equipollenti e, in particolare, che è irrilevante, ai fini della prova, la circostanza che il correntista non abbia formulato rilievi in ordine alla documentazione prodotta dalla banca nel giudizio.

Ancora oggetto di pronuncia è la questione della natura delle rimesse sul conto, al fine di determinare il "dies a quo" della prescrizione dei relativi diritti delle parti. **Sez. 1, n. 18144/2018, Caiazza, Rv. 649902-01**, affronta alcuni temi processuali affermando che ai fini della valida proposizione dell'eccezione non è necessario che la banca indichi specificamente le rimesse prescritte, nè il relativo "dies a quo", poiché tali elementi sono deducibili dal giudice sulla base dell'esame delle singole annotazioni contenute negli estratti conto periodici, della cui produzione in giudizio è onerato il cliente.

Sul tema **Sez. 6-1, n. 21646/2018, Falabella, Rv. 650473-01**, precisa che il correntista, anche qualora non deduca la sussistenza di rimesse solutorie sul conto, ha interesse ad agire per far depurare le annotazioni da eventuali clausole anatocistiche, atteso che tale effetto corrisponde a un interesse meritevole di tutela, individuato 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.

Secondo **Sez. 2, n. 00077/2018, Scarpa, Rv. 646663-01**, i rapporti interni tra correntisti non sono regolati dall'art. 1854 c.c., riguardante i rapporti con la banca, bensì dall'art. 1298, comma 2, c.c. con la conseguenza che ciascun cointestatario, anche se avente facoltà di compiere operazioni disgiuntamente, non può disporre in proprio favore, senza il consenso espresso o tacito dell'altro, della somma depositata in misura eccedente la quota parte di sua spettanza, e ciò

in relazione sia al saldo finale del conto, sia all'intero svolgimento del rapporto.

**Sez. 3, n. 13068/2018, Fieconi, Rv. 648616-01**, afferma che l'onere della banca di identificazione del cliente prima di dar luogo all'operazione è assolto anche attraverso la dimostrazione dell'effettiva volontà del correntista di dare luogo alla disposizione bancaria, anche qualora la modalità formale prescelta per darvi corso sia irregolare.

In tema di prescrizione dell'azione di ripetizione **Sez. 1, n. 27704/2018, Nazzicone, Rv. 651326-01**, afferma che l'azione di ripetizione dell'indebitato 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 che decorre, in assenza di un'apertura di credito, dai singoli versamenti aventi natura solutoria, il cui relativo onere probatorio grava sul cliente.

In tema di onere e contenuto della prova delle annotazioni, secondo **Sez. 1, n. 23313/2018, Dolmetta, Rv. 650905-01**, la banca che intende far valere un credito derivante da un rapporto di conto corrente, deve provare l'andamento dello stesso per l'intera durata del suo svolgimento, dall'inizio del rapporto e senza interruzioni.

Secondo **Sez. 3, n. 22551/2018, D'Arrigo, Rv. 650854-01**, l'estratto conto non debitamente comunicato al correntista o dallo stesso tempestivamente contestato perde il valore probatorio privilegiato, previsto dall'art. 1832 c.c., ma è comunque prudentemente apprezzabile dal giudice come elemento di prova ex artt. 115 e 116 c.p.c..

## **2. I contratti bancari.**

In tema di nullità **Sez. 1, n. 04760/2018, Mercolino, Rv. 647633-01**, afferma la nullità del contratto bancario concluso con un soggetto privo dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria prescritta dall'art. 14 del d.lgs. n. 385 del 1993 ma la possibilità di conversione del contratto in presenza delle condizioni previste dall'art. 1424 c.c..

L'influenza di Sez. U n. 898/2018 (vedi, *infra*, par. 3.) in tema di requisiti di validità dei contratti di intermediazione finanziaria sottoscritti solo dal cliente si estende anche ai contratti bancari: la giurisprudenza della Prima Sezione (**Sez. 1, n. 14243/2018, Falabella, Rv. 649119-01, Sez. 1, n. 16070/2018, Iofrida, Rv. 649476-01, Sez. 1, n. 14646/2018, Tricomi, Rv. 648942-01**), afferma

che i contratti bancari, soggetti alla disciplina di cui all'art. 117 del d.lgs. n. 385 del 1993, non esigono ai fini della valida stipula del contratto la sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di atti o comportamenti alla stessa riconducibili.

In tema di diritti del cliente a ottenere copie della documentazione bancaria **Sez. 1, n. 13277/2018, De Marzo, Rv. 649155-01**, afferma che la richiesta di copia può essere avanzata anche dal successore dell'originario titolare del contratto e che, ai fini della sua validità, non è richiesta alcuna specificazione degli estremi del rapporto a cui si riferisce la documentazione richiesta in copia, essendo sufficiente fornire alla banca gli elementi minimi indispensabili per consentire l'individuazione dei documenti richiesti.

Sempre in tema di diritto di copia, **Sez. 1, n. 22118/2018, Fraulini, Rv. 650400-01**, puntualizza che legittimato alla richiesta non è solo il possessore del libretto di deposito a risparmio, ma anche il sottoscrittore del relativo contratto.

In tema di utilizzo di carte di debito, secondo **Sez. 1, n. 15500/2018, Dolmetta, Rv. 649134-01**, la revoca all'autorizzazione dell'uso del bancomat da parte della banca intermediaria integra un'ipotesi di recesso dal rapporto contrattuale intercorrente tra le parti e, pertanto, quale atto unilaterale recettizio, ex art. 1334 c.c., produce i suoi effetti solo se preventivamente comunicata al cliente.

Secondo **Sez. 1, n. 21521/2018, Bisogni, Rv. 642056-01**, la garanzia fideiussoria prestata, in favore di una banca, in relazione ad un contratto di mutuo, caratterizzata dalla coincidenza tra il capitale garantito e quello mutuato e dalla determinabilità degli interessi, nonché degli eventuali accessori, in base ai tassi ufficiali ed alle previsioni contrattuali, deve qualificarsi come ordinaria, perché avente ad oggetto un credito individuato (diversamente dalla fideiussione cd. "omnibus", dove, invece, il credito garantito dipende dallo svolgimento futuro del rapporto tra banca creditrice e cliente), la cui eventuale, successiva quantificazione, per interessi ed accessori, dipende esclusivamente da parametri predeterminati dai contraenti e non soggetti alla loro discrezionalità, dovendosi così escludere la caducazione della garanzia o la sua limitazione all'importo del capitale mutuato.

### **3. L'intermediazione finanziaria.**

In tema di forma scritta del contratto-quadro di intermediazione finanziaria **Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv.**

**646965-01**, chiarisce che il requisito di forma di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, deve ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la sottoscrizione di quest'ultimo, e non anche quella dell'intermediario, il cui consenso può desumersi alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti.

Sul tema va ricordato che l'ordinanza interlocutoria n. 23927/2018, Valitutti, ha rimesso al Primo Presidente, per la valutazione dell'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione di massima di particolare importanza concernente la possibilità per l'investitore di fare un uso selettivo della nullità del contratto quadro, limitandone gli effetti solo ad alcune delle operazioni poste in essere in esecuzione del rapporto dichiarato nullo.

**Sez. 1, n. 08751/2018, Valitutti, Rv. 648543-01**, precisa che la forma scritta è rispettata anche quando le parti richiamino per iscritto elementi contenuti in un diverso atto, cui espressamente e specificamente si riportano.

Secondo **Sez. 1, n. 14243/2018, Falabella, Rv. 649119-01**, la conclusione del contratto non deve necessariamente coincidere con la data della scrittura privata che lo documenta, ben potendo il comportamento concludente delle parti determinare la conclusione del negozio in epoca anteriore.

**Sez. 1, n. 03087/2018, Genovese, Rv. 646881-01**, reputa che, in ipotesi di pattuita validità di ordini telefonici per i singoli investimenti, le relative modalità di documentazione non attengano alla validità del rapporto, ma alla prova del suo svolgimento.

**Sez. 1, n. 03261/2018, Lamorgese, Rv. 647233 - 01**, nel ribadire la possibilità di risoluzione del singolo ordine di acquisto e non necessariamente del contratto-quadro, estende tale facoltà anche all'ipotesi in cui il primo preceda la stipulazione del secondo, purché con esso appaia contenutisticamente in linea.

In tema di riparto dell'onere probatorio in materia di obblighi informativi, **Sez. 1, n. 10111/2018, Di Marzio M., Rv. 648553-01**, specifica che l'investitore deve individuare le informazioni che l'intermediario avrebbe omesso di somministrare, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno che sussiste se, ove adeguatamente informato, l'investitore avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole mentre incombe sull'intermediario provare che tali informazioni sono state fornite, ovvero che esse esulavano dall'ambito di quelle dovute; e precisa che la sottoscrizione da parte del cliente della avvenuta

segnalazione di inadeguatezza dell'investimento fa presumere che le informazioni siano state fornite.

Sempre sul tema, posizione diversa assume **Sez. 1, n. 04727/2018, Acierno, Rv. 647617-01**, secondo cui l'onere di provare il grado di rischiosità dell'investimento grava sempre e comunque sull'intermediario, a prescindere dalle allegazioni del cliente, dovendo all'uopo considerarsi irrilevante l'elevata propensione al rischio di quest'ultimo (su quest'ultimo aspetto, in senso conforme, **Sez. 1, n. 08333/2018, De Chiara, Rv. 648142-01**).

**Sez. 1, n. 10112/2018, Di Marzio M., Rv. 648554-02**, ritiene che, al di fuori del caso del contratto di gestione e di consulenza, la durata degli obblighi informativi ricadenti sull'intermediario si esaurisca con l'investimento.

In tema di conseguenze dell'inadempimento, **Sez. 1, n. 03912/2018, Nazzicone, Rv. 647058-01**, precisa che la risoluzione del contratto per inadempimento dell'intermediario non determina automaticamente l'accertamento della relativa mala fede ai fini del riconoscimento degli interessi sulla somma determinata per il risarcimento del relativo danno.

**Sez. 1, n. 08343/2018, Nazzicone, Rv. 648143-01**, puntualizza che la sottoscrizione da parte dell'investitore della dichiarazione di operatore qualificato esonera l'intermediario dall'obbligo di ulteriori verifiche al riguardo, salvo che il cliente non allegghi e provi specifiche circostanze dalle quali emerga che l'intermediario conosceva, o avrebbe dovuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza delle competenze dichiarate.

**Sez. 1, n. 03658/2018, Nazzicone, Rv. 646885-01**, precisa che il danno da violazione dell'obbligo di astensione per l'intermediario in conflitto di interesse, è limitato alle sole conseguenze direttamente imputabili alla mancata astensione e non si estende alle modalità con cui l'operazione è stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo da altro intermediario.

Secondo **Sez. 1, n. 13994/2018, Marulli, Rv. 649165-01**, l'adesione dei risparmiatori all'offerta pubblica di scambio di obbligazioni del Governo argentino comporta la ricezione in concambio di nuove obbligazioni e la conseguente novazione del relativo rapporto preesistente, cui consegue la sopravvenuta carenza di interesse in capo ai risparmiatori rispetto alla domanda risolutoria delle pregresse operazioni di investimento, ancorché in relazione ad esse sia accertata l'avvenuta violazione degli obblighi informativi.

Secondo **Sez. 3, n. 25374/2018, Scarano, Rv. 651163-01**, in tema di contratti di intermediazione finanziaria, la responsabilità

dell'intermediario ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998, per i danni arrecati ai terzi dai propri promotori finanziari, deve essere esclusa ove il danneggiato ponga in essere una condotta agevolatrice che presenti connotati di anomalia, vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, verificandosi in tal caso l'interruzione del nesso di occasionalità necessaria tra il fatto produttivo di danno e l'esercizio delle mansioni cui il promotore finanziario è adibito.

Secondo **Sez. 1, n. 29354/2018, Falabella, Rv. 651479-01**, non è improponibile l'azione intrapresa dall'investitore italiano nei confronti della banca intermediaria nell'acquisto di "bond" argentini, e fondata sulla nullità, l'annullamento o la risoluzione per inadempimento, del contratto di intermediazione finanziaria, oppure sulla responsabilità risarcitoria dell'intermediario in conseguenza degli obblighi che ad esso fanno carico, per effetto della mera pendenza del giudizio arbitrale, precedentemente intrapreso dall'investitore innanzi all'“*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*” (ICSID), ai sensi dell'art. 8, comma 4, della l. n. 334 del 1993, di ratifica dell'Accordo di Buenos Aires tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica argentina del 22 maggio 1990, perché le due azioni si differenziano riguardo ai soggetti, al *petitum* ed alla *causa petendi*.

#### 4. I titoli di credito.

##### 4.1. Assegni.

In tema di responsabilità nell'incasso di assegni bancari non trasferibili **Sez. U, n. 12477/2018, Cristiano, Rv. 648275-01**, ha stabilito che ai sensi dell'art. 43, comma 2, del r.d. n. 1736 del 1933 (c.d. legge assegni), la banca negoziatrice chiamata a rispondere del danno derivato - per errore nell'identificazione del legittimo portatore del titolo - 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.

Applica tale principio **Sez. 6-1, n. 16178/2018, Nazzicone, Rv. 649786-01**, secondo cui nel caso di pagamento da parte di una banca di un assegno con sottoscrizione apocrifa, l'ente creditizio può essere ritenuto responsabile non a fronte della mera alterazione del



titolo, ma solo nei casi in cui tale alterazione sia rilevabile “*ictu oculi*”, in base alle conoscenze del bancario medio, il quale non è tenuto a disporre di particolari attrezzature strumentali o chimiche per rilevare la falsificazione, né è tenuto a mostrare le qualità di un esperto grafologo.

**Sez. 2, n. 14372/2018, Scarpa, Rv. 648974-01**, precisa che in tema di adempimento di obbligazioni pecuniarie mediante il rilascio di assegni bancari, l'estinzione del debito si perfeziona soltanto nel momento dell'effettiva riscossione della somma portata dal titolo, poiché la consegna dello stesso deve considerarsi effettuata, salva diversa volontà delle parti, “*pro solvendo*”.

Sempre in tema di effetto estintivo del rilascio del titolo, **Sez. 3, n. 05648/2018, Scarano, Rv. 648410-01**, nel caso in cui il debitore eccepisca l'estinzione del debito per effetto dell'emissione di un assegno bancario negoziato in favore del creditore prenditore in una data significativamente anteriore a quella in cui il credito fatto valere in giudizio sia divenuto esigibile, la diversità di data, facendo venire meno la verosimiglianza del collegamento tra il credito azionato e il titolo di credito, fa sì che resti a carico del debitore l'onere di dimostrare la causale dell'emissione dell'assegno e, conseguentemente, che il rilascio del titolo di credito fosse volto ad estinguere in via anticipata il debito oggetto del processo.

Sotto diversa prospettiva si pone **Sez. 1, n. 03255/2018, Genovese, Rv. 647145-01**, secondo cui nel caso in cui il beneficiario di un assegno, fatto valere come promessa di pagamento, sostenga che l'obbligazione non sia stata assunta in proprio dal soggetto che ha emesso l'assegno, firmandolo esclusivamente con il suo nome, ma per la società di cui era socio, è a carico del beneficiario dell'assegno l'onere della prova della spendita del nome della società, senza che sia invocabile l'inversione dell'onere probatorio prevista dall'art. 1988 c.c. per le promesse di pagamento, non dovendosi provare il rapporto sottostante, bensì individuare a quale soggetto sia riferibile la promessa di pagamento.

In via più generale **Sez. 1, n. 05889/2018, Dogliotti, Rv. 647435-01**, identifica il “*dies a quo*” della prescrizione decennale per il diritto di ripetizione dell'importo dell'assegno circolare non incassato con quello di scadenza del termine di tre anni previsto dall'art. 84 del r.d. n. 1736 del 1934, entro cui si prescrive l'azione del beneficiario dell'assegno contro l'istituto bancario emittente.

Secondo **Sez. 1, n. 27932/2018, Dolmetta, Rv. 651328-01**, è applicabile la causa di estinzione della fideiussione prevista dall'art. 1956 c.c. nel caso in cui la banca anticipi al correntista l'importo di

un assegno bancario presentato all'incasso in difetto di una sufficiente provvista del conto, in quanto tale operazione consiste nel “far credito” e nell'aumentare l'esposizione di rischio corrente del debitore obbligato alla restituzione dell'anticipazione ove l'incasso del titolo non vada a buon fine.

#### 4.2. Azioni.

**Sez. 1, n. 03656/2018, Nazzicone, Rv. 647146-01**, afferma che in tema di intestazione fiduciaria delle partecipazioni sociali, il fiduciante, il quale lamenti che la definitiva uscita della società del fiduciario, a seguito del mancato esercizio del diritto di opzione, sia dipesa dalla falsità della situazione patrimoniale, redatta dagli amministratori e sottoposta all'assemblea per l'abbattimento e la ricostituzione del capitale sociale ex art. 2447 c.c., è legittimato ad esperire l'azione individuale del terzo di cui all'art. 2395 c.c., per il risarcimento del danno a lui direttamente cagionato dalla lesione al diritto al ritrasferimento della partecipazione sociale.

Secondo **Sez. 3, n. 10583/2018, Fiecconi, Rv. 648597-01**, la ricognizione di debito formulata dalla società di capitali a favore del socio, attraverso cui la prima intenda attribuire al secondo il diritto di recedere dalla società e di ottenere la restituzione del conferimento in conto capitale, nonché del sovrapprezzo versati al tempo della sottoscrizione della partecipazione sociale, è nulla per contrarietà alle norme imperative che regolano il contratto sociale in quanto, non avendo a oggetto poste debitorie corrispondenti a crediti esigibili del socio verso la società, tende a neutralizzare il rischio imprenditoriale cui il primo si sottopone incondizionatamente con la sottoscrizione del capitale sociale.

**Sez. 1, n. 17498/2018, Nazzicone, Rv. 649519-01** (già cit. al par. 3.1. del Cap. XIV) afferma la liceità e la meritevolezza di tutela dell'accordo negoziale concluso tra i soci di una società azionaria, con il quale l'uno, in occasione del finanziamento partecipativo così operato, si obblighi a manlevare l'altro dalle eventuali conseguenze negative del conferimento effettuato in società, mediante l'attribuzione del diritto di vendita (c.d. “put”) entro un termine dato ed il corrispondente obbligo di acquisto della partecipazione sociale a prezzo predeterminato, pari a quello dell'acquisto, pur con l'aggiunta di interessi sull'importo dovuto e del rimborso dei versamenti operati nelle more in favore della società.

**Sez. 1, n. 23950/2018, Nazzicone, Rv. 650822-01**, afferma che ai sensi dell'art. 2357 ter, comma 2, c.c., come modificato dal

d.lgs. n. 224 del 2010, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le azioni proprie sono incluse nel computo sia del *quorum* costitutivo che di quello deliberativo.

## CAPITOLO XVI

### LE PROCEDURE CONCORDSUALI

(DI SALVATORE LEUZZI E ANGELO NAPOLITANO) \*

SOMMARIO: 1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. – 1.2. Le società cancellate e l'estensione del fallimento. – 1.3. Il procedimento. – 1.4. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto. – 2. Gli organi delle procedure concorsuali. – 2.1. I reclami endoconcorsuali. – 3. Le azioni di inefficacia in generale. – 3.1. le revocatorie fallimentari: i presupposti. – 3.2. Le revocatorie dei pagamenti. – 4. I rapporti pendenti. – 5. La formazione dello stato passivo. – 5.1. Le prove documentali. – 5.2. Le prelazioni. – 5.3. Le prededuzioni. – 6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo, le revocazioni. – 7. La liquidazione dell'attivo. – 8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. – 9. Il concordato fallimentare. – 10. Il concordato preventivo in generale. – 10.1. L'ammissione alla procedura e la sua revoca. – 10.2. L'omologa e le impugnazioni. – 11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria. – 12. Il sovraindebitamento.

#### 1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti.

Come ogni anno, la S.C. si è confrontata con numerosi ricorsi in tema di dichiarazione di fallimento, tutti incentrati sul mancato superamento delle c.d. soglie dimensionali dell'impresa di cui all'art. 1 l.fall., nel testo come da ultimo novellato dal d.lgs. n. 169 del 2007.

Con riferimento al requisito, ex art. 1, comma 2, lett. c), l.fall., concernente l'indebitamento complessivo almeno pari ad euro 500.000, **Sez. 1, n. 03158/2018, Lamorgese, Rv. 647341-01**, ha chiarito che esso deve essere valutato, stando al tenore letterale della norma, confrontato con quello delle lettere a) e b) dello stesso comma, solo con riferimento al momento della dichiarazione di fallimento, non anche con riferimento al periodo di tempo corrispondente ai tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento.

Sempre in tema di requisiti dimensionali per l'esonero dalla fallibilità dell'imprenditore commerciale, i "tre esercizi" antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 1, comma

---

\* Salvatore Leuzzi ha redatto i paragrafi nn. 2, 2.1, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 10.1, 10.2, , 11 e 12; Angelo Napolitano ha redatto i paragrafi nn. 1, 3, 3.1, 3.2, 5, 5.1, 5.2 e 5.3.

2, lett. a) e b), l.fall., devono intendersi come esercizi aventi ciascuno durata annuale, avendo il legislatore ritenuto congrua una valutazione ancorata sempre a tale lasso temporale, salvo che non sia trascorso un periodo inferiore dall'inizio dell'attività d'impresa (**Sez. 1, n. 12963/2018, Pazzi, Rv. 648567-01**).

I bilanci di esercizio, poi, pur essendo uno strumento privilegiato per la verifica della fallibilità di un imprenditore commerciale, alla stregua delle soglie di cui all'art. 1 l.fall., non escludono l'utilizzabilità di ulteriore e diversa documentazione. Tuttavia, ai fini della prova del requisito relativo all'indebitamento, di cui all'art. 1, comma 2, lett. c), l.fall., le sole dichiarazioni dei redditi non sono sufficienti (**Sez. 1, n. 30541/2018, Dolmetta, Rv. 651880-01**).

Con riferimento alla tipologia di imprese soggette al fallimento, di cui all'art. 1 l.fall., **Sez. 1, n. 15285/2018, Terrusi, Rv. 649127-01**, ha ritenuto che, ai fini della dichiarazione di fallimento, l'esercizio in forma organizzata di un'attività di intermediazione o di consulenza finanziaria determina la soggezione alla procedura concorsuale, poiché l'art. 1 l.fall. rimanda alla nozione di imprenditore commerciale di cui all'art. 2195 c.c., in cui sono compresi, tra gli altri, coloro che esercitano un'attività industriale diretta alla produzione di beni o servizi, un'attività intermediaria nella circolazione dei beni (comprese quindi le imprese finanziarie), un'attività bancaria o assicurativa e in genere le *“altre attività ausiliarie delle precedenti”*.

D'altro canto, le società commerciali a totale o parziale partecipazione pubblica, quale che sia la composizione del loro capitale sociale, le attività in concreto esercitate, ovvero le forme di controllo cui risultano effettivamente sottoposte, restano assoggettate al fallimento, essendo loro applicabile l'art. 2221 c.c., in forza del rinvio alle norme del codice civile, contenuto prima nell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla legge n. 135 del 2012 e poi nell'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016 (**Sez. 1, n. 17279/2018, Fichera, Rv. 649517-01**).

Quanto allo stato di insolvenza richiesto ai fini della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, esso non è escluso dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili. In particolare, il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante ai fini dell'art. 5 l.fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie all'esercizio dell'attività d'impresa (secondo un criterio di normalità), si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti

all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni, con margini di redditività da destinare alla copertura delle esigenze d'impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio (**Sez. 1, n. 30827/2018, Di Virgilio, Rv. 651884-01**).

Con riferimento al momento in cui deve essere valutata la situazione di insolvenza, **Sez. 1, n. 18137/2018, Ceniccola, Rv. 649895-01**, ha statuito che l'accertamento degli elementi attivi del patrimonio sociale, idonei a consentire l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, non può prescindere dalla valutazione della concretezza ed attualità di tali elementi, sicché non possono assumere rilievo le attribuzioni patrimoniali, in favore della società, condizionate all'ammissione di questa alla procedura di liquidazione coatta amministrativa: quelle attribuzioni, da un lato, non sono ancora efficaci, e dunque non rilevano, al momento della valutazione dell'insolvenza; dall'altro, presuppongono l'insolvenza, nel senso che non sarebbero state fatte se la società non fosse stata insolvente.

Infine, di sicuro interesse appare **Sez. 1, n. 16683/2018, Pazzi, Rv. 649571-01**, che occupandosi del limite oggettivo di fallibilità, introdotto dalla riforma del 2006 attraverso l'art. 15, comma 9, l.fall., ne ha chiarito la *ratio*, la quale risiede nell'esentare dal concorso fallimentare le crisi d'impresa di modeste dimensioni oggettive, e si configura alla stregua di una condizione per la declaratoria di fallimento e non già quale fatto impeditivo, sicché non è oggetto di un onere probatorio a carico del debitore attinto da una richiesta di fallimento, ex art. 2697, comma 2, c.c., dovendo il superamento del limite, piuttosto, essere riscontrato d'ufficio dal tribunale sulla base degli atti dell'istruttoria prefallimentare. Ne consegue che ogni incertezza in merito al ricorrere di detta condizione, ove non risolvibile alla stregua di tali atti, non nuoce al convenuto, escludendone la dichiarazione di fallimento.

## **1.2. Le società cancellate e l'estensione del fallimento.**

**Sez. 1, n. 20957/2018, Campese, Rv. 650229-01**, ha ribadito che la previsione di cui all'art. 10 l.fall., per il quale una società cancellata dal registro delle imprese può essere dichiarata fallita entro l'anno dalla cancellazione, implica che il procedimento prefallimentare e le eventuali successive fasi impugnatorie

continuano a svolgersi, per  *fictio iuris*, nei confronti della società estinta, non perdendo quest'ultima, in ambito concorsuale, la propria capacità processuale: ne consegue che, in una fattispecie soggetta al testo dell'art. 15 l.fall. anteriore alla modifica apportata, al suo comma 3, dal d.l. n. 179 del 2012, conv., con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012, il ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere validamente notificato alla società cancellata alla stregua di quanto sancito dall'art. 145, comma 1, c.p.c., in base al quale la notifica alla persona giuridica può avvenire, in alternativa alla sua esecuzione presso la sede, a norma degli artt. 138, 139 e 141 c.p.c., alla persona fisica che rappresenta l'ente. Se, però, l'udienza prefallimentare fissata per l'audizione del debitore sia rinviata d'ufficio, senza che risulti annotato sul ruolo d'udienza alcun provvedimento di rinvio, allo stesso deve essere data comunicazione della nuova udienza stabilita per l'audizione, dovendo ritenersi inapplicabile l'art. 82 disp. att. c.p.c. al procedimento camerale per la dichiarazione di fallimento, improntato a regole procedurali diverse dal rito ordinario di cognizione, cui non può essere assimilato  *in toto* avendo proprie e specifiche caratteristiche tuttora improntate alla massima celerità e speditezza.

Ne consegue che se la nuova udienza, non comunicata al debitore, si tiene oltre l'anno dalla cancellazione della società dal registro delle imprese, il tribunale non può più pronunciare la dichiarazione di fallimento.

Sempre con riferimento all'art. 10 l.fall., ed in particolare al suo secondo comma, il termine annuale per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale cancellato dal registro delle imprese decorre comunque dal compimento, nel periodo di riferimento, dell'ultima operazione intrinsecamente corrispondente a quelle poste normalmente in essere nell'esercizio dell'impresa. Gli elementi di fatto soggetti all'apprezzamento del giudice del merito non potranno essere oggetto del sindacato di legittimità della Suprema Corte, se quell'apprezzamento sia sorretto da sufficiente e congrua motivazione (**Sez. 6-1, n. 10319/2018, Di Marzio M., Rv. 649103-01**).

**Sez. 1, n. 10793/2018, Vella, Rv. 648450-01**, ha ritenuto che la previsione dell'art. 10 l.fall., in forza della quale gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, non trova applicazione laddove la cancellazione di una società venga effettuata non a compimento del procedimento di liquidazione dell'ente o a seguito del verificarsi di altra situazione che implichi la cessazione

dell'attività, ma in conseguenza del trasferimento all'estero della sede, e quindi sull'assunto che detta società continui l'esercizio dell'impresa, sia pure in un altro Stato, atteso che un siffatto trasferimento, almeno nelle ipotesi in cui la legge applicabile nella nuova sede concordi, sul punto, con i principi desumibili dalla legge italiana, non determina il venir meno della continuità giuridica della società trasferita, come è desumibile dal disposto degli artt. 2437, comma 1, lett. c), e 2473, comma 1, c.c.

In tema di rapporti tra l'estensione di fallimento al socio receduto e il principio della consecuzione delle procedure concorsuali, **Sez. 6-1, n. 14069/2018, Terrusi, Rv. 649143-01**, ha stabilito che il termine annuale entro cui il fallimento può essere esteso al socio illimitatamente responsabile, che sia receduto dalla società dopo la presentazione della proposta di concordato preventivo, dichiarata inammissibile, e prima della conseguente dichiarazione di fallimento, inizia a decorrere dalla data di scioglimento del rapporto sociale, e trova il suo limite finale nella data di estensione della dichiarazione del fallimento nei confronti del socio. L'estensione ai soci del fallimento della società, infatti, è istituto eccezionale, sicché non può operare il c.d. principio di consecuzione tra le procedure concorsuali.

Ancora, sempre in tema di estensione del fallimento ai soci, **Sez. 1, n. 16984/2018, Fichera, Rv. 649676-01**, ha precisato che, nella società in accomandita semplice, il socio accomandante che pone in essere atti propri della gestione sociale incorre, a norma dell'art. 2320 c.c., nella decadenza dalla limitazione di responsabilità, sicché, ai sensi dell'art. 147 l.fall., deve essergli esteso il fallimento. La decisione, pur collocandosi in un solco già tracciato da precedenti arresti della Corte, si segnala tuttavia perché conferma l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'accomandante che si ingerisce nell'amministrazione della società in accomandita viene equiparato, agli effetti del fallimento, ad un accomandatario.

### 1.3. Il procedimento.

Di sicuro interesse gli interventi della Corte in tema di iniziativa del P.M. per la dichiarazione di fallimento.

In particolare **Sez. 1, n. 12010/2018, Campese, Rv. 649108-01**, afferma che la rinuncia alla proposta di concordato preventivo, formulata dal debitore nel corso del procedimento di revoca del concordato medesimo, non determina di per sé, prima di una formale dichiarazione di improcedibilità ad opera del tribunale, la chiusura



della procedura, sicché il P.M., che, a seguito della comunicazione ex art. 173 l.fall., partecipa ordinariamente al procedimento, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa delle altre parti, ben può rassegnare le proprie conclusioni che comprendono, oltre alla valutazione negativa della proposta concordataria, anche l'eventuale richiesta di fallimento in ragione della ritenuta insolvenza dell'imprenditore di cui sia venuto a conoscenza a seguito di tale partecipazione. La pronuncia ribadisce il principio poco prima espresso da **Sez. 1, n. 06649/2018, Di Marzio, Rv. 647760-01**, secondo cui alla richiesta di fallimento formulata dal P.M. a seguito della dichiarazione di improcedibilità della domanda di concordato preventivo per rinuncia del proponente, non si applica il disposto dell'art. 7 l.fall., in quanto la parte pubblica, una volta informata della proposta di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma 5, l.fall., partecipa ordinariamente al procedimento, rassegnando in udienza le proprie conclusioni orali, che possono comprendere anche l'eventuale richiesta di fallimento dell'imprenditore in ragione della sua ritenuta insolvenza, di cui ha avuta conoscenza per effetto di detta partecipazione. Il principio in parola, già sancito da Sez. 1, n. 09574/2017, De Chiara, Rv. 643731-01, è giunto, pertanto, ad ulteriore sedimentazione.

Giova sottolineare che il P.M. può rinvenire la sua legittimazione alla richiesta di fallimento, ai sensi dell'art. 7 l.fall., anche da una segnalazione del tribunale adito per la dichiarazione di fallimento, nel caso in cui il relativo procedimento non si concluda con una decisione nel merito. In tal caso, infatti, non sussisterebbe alcuna violazione del principio di terzietà del giudice, di cui all'art. 111 Cost., per il solo fatto che il tribunale sia chiamato una seconda volta a decidere sul fallimento dell'imprenditore (Cass., Sez. U, n. 09409/2013, Piccininni, Rv. 626429-01.).

Sempre in tema di legittimazione alla richiesta di fallimento, **Sez. 1, n. 30542/2018, Dolmetta, Rv. 651881-01**, ha affermato che, nel caso di revoca assembleare dell'amministratore di una società a responsabilità limitata, con contestuale nomina di un nuovo amministratore, spetta a quest'ultimo, e non già al primo, proporre istanza di fallimento in proprio ex art. 6 l.fall., nonostante che la nomina e la revoca non siano ancora state iscritte nel registro delle imprese. Tale approdo potrebbe entrare in frizione con l'art. 2475 bis c.c.: se, nonostante la pubblicazione delle limitazioni dei poteri di rappresentanza degli amministratori, queste non sono opponibili ai terzi che vengono in contatto con la società, se non si provi che essi abbiano intenzionalmente agito a danno della società, non si vede per

quale motivo una limitazione (o una revoca) non ancora iscritta possa essere opposta ai fini della deduzione della assenza di *legitimatio ad processum* in capo all'amministratore revocato che abbia chiesto (ed ottenuto) la dichiarazione di fallimento. E' vero che l'arresto in questione ha affermato che l'organo giudiziario adito per la dichiarazione di fallimento non possa essere ritenuto "terzo"; ma è altrettanto indubitabile che così opinando si rischia di sottrarre al giudice il controllo sulla sussistenza della *legitimatio ad processum*, considerato che l'amministratore già revocato potrebbe avanzare istanza di autofallimento in nome della società da lui in precedenza rappresentata, limitandosi ad omettere di produrre la delibera della sua revoca dalla carica.

Sulla natura del procedimento per la dichiarazione di fallimento, si è ormai chiarito che esso non ha natura esecutiva, ma cognitiva, in quanto, prima della dichiarazione di fallimento, non può dirsi iniziata l'esecuzione collettiva, così come, prima del pignoramento, non può ritenersi cominciata l'esecuzione individuale. Ne consegue che può trovare conferma l'ormai consolidato orientamento della S.C., a tenore del quale il procedimento per la dichiarazione di fallimento non è soggetto alla sospensione dei procedimenti esecutivi prevista dall'art. 20, comma 4, della l. n. 44 del 1999 in favore delle vittime di richieste estorsive e dell'usura (**Sez. 6-1, n. 29245/2018, Terrusi, Rv. 651502-01**).

Il procedimento prefallimentare, inoltre, non ha caratteristiche impugnatorie, sicché il principio della ragionevole durata del processo, nel caso in cui nel termine assegnato dal giudice il ricorrente non effettui la notificazione del ricorso e del decreto, non ha il valore assoluto che riveste invece nelle sedi di gravame, dove la naturale aspirazione del provvedimento impugnato alla stabilizzazione dei suoi effetti determina la non concedibilità di un ulteriore termine per la notifica del ricorso alla parte che, senza addurre un impedimento assoluto, non abbia rispettato il termine ad essa assegnato dal giudice (**Sez. 1, n. 30538/2018, Campese, Rv. 651803-01**).

**Sez. 1, n. 3083/2018, Terrusi, Rv. 646879-01**, dal canto suo, ha ben delineato le differenze tra il procedimento prefallimentare e il processo di cognizione ordinaria, analizzandole con riferimento sia all'abbreviazione dei termini di comparizione del debitore, sia con riferimento, in generale, alla natura dell'istruttoria che il tribunale deve compiere ai fini della dichiarazione di fallimento.

Ebbene, con riferimento all'instaurazione del contraddittorio, la S.C. ha chiarito che, ai sensi dell'art. 15, comma 5, l.fall., la valutazione della ricorrenza delle particolari ragioni di urgenza che

giustificano l'abbreviazione del termine di comparizione del debitore può essere compiuta anche d'ufficio dal presidente del tribunale, a differenza dell'art. 163 bis, comma 2, c.p.c., che richiede necessariamente l'istanza di parte.

La lettera della norma fallimentare troverebbe conforto, sul piano sostanziale, nell'interesse pubblicistico all'ordinata gestione dell'insolvenza dell'impresa secondo le regole della concorsualità, oltre che nella natura dell'istruttoria prefallimentare, non limitata alla verifica della fondatezza della domanda in un normale processo contenzioso tra parti contrapposte, in quanto idonea a dar luogo ad un accertamento costitutivo con efficacia "*erga omnes*".

Quanto alle modalità di instaurazione del contraddittorio, sembra che la Corte abbia "depotenziato" la portata dell'art. 15, comma 3, l.fall., che prevede, nel caso di impossibilità o di mancato buon fine della notificazione del ricorso di fallimento al debitore a mezzo pec a cura della cancelleria, la notifica ad istanza del ricorrente eseguita di persona dall'ufficiale giudiziario presso la sede risultante dal registro delle imprese o, in caso di impossibilità, mediante il deposito dell'atto nella casa comunale dove ha sede la società.

**Sez. 1, n. 16864/2018, Campese, Rv. 649541-01**, infatti, nel caso di ricorso per la dichiarazione di fallimento di una società di persone, ha statuito che la notifica eseguita dall'ufficiale giudiziario a mezzo del servizio postale nei confronti del socio illimitatamente responsabile, nonché legale rappresentante della società, è ammissibile ex art. 145 c.p.c. (che richiama gli artt. 140 e 143 c.p.c.), e deve perciò ritenersi valida, nei riguardi tanto del socio che dell'ente da lui rappresentato, rilevando in tal senso, da un lato, l'idoneità della notifica in parola all'instaurazione del contraddittorio con la persona giuridica e, dall'altro, la connotazione non esclusiva, ma meramente alternativa, del procedimento notificatorio semplificato di cui all'art. 15, comma 3, l.fall., che non esclude, sussistendone i presupposti, l'impiego delle forme ordinarie.

Tuttavia, a ben vedere, la Corte regolatrice non ha affermato, in via di principio, la fungibilità tra la speciale notifica del ricorso di fallimento ai sensi dell'art. 15, comma 3, l.fall., e le altre forme di notificazione previste dal codice di rito, limitandosi ad affermare, anche in un'ottica di strumentalità delle forme e di conservazione degli atti processuali idonei al raggiungimento dello scopo, che: 1) la specialità della notifica prevista dall'art. 15, comma 3, l.fall. si riferisce agli imprenditori e non anche ai soci illimitatamente responsabili dei soggetti imprenditoriali costituiti in forma di società; 2) la notificazione secondo le ordinarie regole del c.p.c. eseguita a mezzo

posta nei confronti del socio illimitatamente responsabile e legale rappresentante di società di persona è idonea sia ad instaurare il contraddittorio nei confronti di lui, sia ad instaurare il contraddittorio nei confronti della società, in quanto l'utilizzazione di una forma di notifica meno rapida di quella prevista dalla legge nei confronti del debitore (art. 15, comma 3, l.fall.) non esclude l'utilizzazione di una forma meno celere ma parimenti, se non maggiormente, garantista nei confronti dell'ente imprenditoriale collettivo.

Ancora con riguardo alle modalità di instaurazione del contraddittorio in tema di dichiarazione di fallimento, **Sez. 1, n. 16365/2018, Campese, Rv. 649668-01**, ha chiarito che la notifica telematica eseguita all'indirizzo pec dichiarato da una società si perfeziona in virtù dell'attestazione di avvenuta consegna alla formale intestataria, indipendentemente dalla circostanza che quell'indirizzo di posta elettronica sia stato, di fatto, reso disponibile a vantaggio di altra società.

La ricevuta di avvenuta consegna (RdAC) rilasciata dal gestore di posta elettronica certificata dal destinatario costituisce documento idoneo a dimostrare, fino a prova contraria, che il messaggio informatico è pervenuto nella casella di posta elettronica del destinatario, senza tuttavia assurgere a quella "certezza pubblica" propria degli atti facenti fede fino a querela di falso, atteso che, da un lato, atti dotati di siffatta speciale efficacia, incidendo sulle libertà costituzionali e sull'autonomia privata, costituiscono un numero chiuso e non sono suscettibili di estensione analogica e, dall'altro, l'art. 16 del d.m. n. 44 del 2011 si esprime in termini di opponibilità "ai terzi" ovvero di semplice "prova" dell'avvenuta consegna del messaggio, e ciò tanto più che le attestazioni rilasciate dal gestore del servizio di posta elettronica certificata, a differenza di quelle apposte sull'avviso di ricevimento dell'agente postale nelle notifiche a mezzo posta, aventi fede privilegiata, non si fondano su un'attività allo stesso delegata dall'ufficiale giudiziario (**Sez. 1, n. 29732/2018, Caiazzo, Rv. 651485-01**).

Ogni imprenditore, individuale o collettivo che sia, iscritto al registro delle imprese, è tenuto a dotarsi di un indirizzo di posta elettronica certificata ex art. 16 del d.l. n. 185 del 2008, conv., con mod., dalla legge n. 2 del 2009; come già chiarito dalla S.C., tale indirizzo costituisce l'indirizzo "pubblico informatico" che i predetti hanno l'obbligo di attivare, tenere operativo e rinnovare nel tempo sin dalla fase di iscrizione nel registro delle imprese, fino ai dodici mesi successivi alla eventuale cancellazione da esso (**Sez. 1, n. 30532/2018, Di Virgilio, Rv. 651876-01**).

Con riferimento al procedimento di notificazione di cui all'art. 15 l.fall. ed in particolare ai presupposti legittimanti la modalità di notifica mediante deposito del ricorso e del decreto presso la casa comunale, **Sez. 1, n. 28803/2018, Campese, Rv. 651456-01**, ha affermato che il presupposto dell'irreperibilità della società presso la sua sede legale può essere accertato dall'ufficiale giudiziario anche se in esito a precedenti notificazioni la stessa società sia stata ivi rinvenuta, purché il buon esito di precedenti procedimenti notificatori sia stata la conseguenza di circostanze "fortunate e non sempre ripetibili". Nella specie, la S.C. ha ritenuto legittimo il deposito del ricorso di fallimento presso la casa comunale da parte dell'ufficiale giudiziario che aveva ritenuto irreperibile la società destinataria, la quale aveva indicato presso il registro delle imprese una sede legale coincidente con uno studio professionale, senza che sul citofono vi fosse alcuna indicazione della società.

In tema di effetti della sentenza di fallimento, **Sez. 1, n. 01073/2018, Cristiano, Rv. 647333-01**, ha precisato che gli effetti della sentenza di fallimento, la cui provvisoria esecutività, ai sensi dell'art. 16, comma 2, l.fall., non è suscettibile di sospensione, come statuito dall'art. 18, comma 3, l.fall., vengono meno solo con il passaggio in giudicato della decisione che, accogliendo il reclamo ex art. 18 l.fall., la revoca. La fattispecie ha riguardato una domanda di revocazione di un credito ammesso, dichiarata inammissibile da un tribunale sulla scorta del rilievo che la revoca del fallimento, disposta dalla Corte di appello in sede di accoglimento del reclamo, con la conseguente cessazione dell'ufficio del curatore, avesse determinato la chiusura, quanto meno virtuale, della procedura fallimentare, travolgendo anche gli esiti della verifica del passivo effettuata.

Il principio, in realtà, non è mai stato in contestazione (cfr. Sez. 1, n. 17191/2014, Di Virgilio, Rv. 632550-01).

#### **1.4. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto.**

Con riferimento all'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento e ai vizi deducibili tramite essa, **Sez. 1, n. 01893/2018, Genovese, Rv. 646857-01**, chiarisce che, nel caso di sentenza dichiarativa di fallimento che faccia seguito ad un provvedimento di inammissibilità della domanda di concordato, l'effetto devolutivo pieno che caratterizza il reclamo avverso tale sentenza riguarda anche la decisione sull'inammissibilità del concordato, sicché, ove il debitore abbia impugnato la declaratoria fallimentare, censurando,

altresì, la sua mancata ammissione al concordato, il giudice adito ai sensi degli artt. 18 e 162 l.fall., che dichiara la nullità della dichiarazione di fallimento, è tenuto a riesaminare le questioni concernenti l'ammissibilità della procedura concorsuale minore, avuto riguardo alla preferenza manifestata dall'ordinamento per le soluzioni concordate della crisi d'impresa e al coincidente interesse del reclamante a perseguirle.

L'arresto testé citato è coerente con il recente approdo della S.C. in merito ai rapporti tra concordato preventivo e giudizio prefallimentare; già Sez. U, n. 09146/2017, Nappi, Rv. 643777-01, aveva stabilito che la sopravvenuta dichiarazione di fallimento comporta l'inammissibilità delle impugnazioni autonomamente proponibili contro il diniego di omologazione del concordato preventivo e, comunque, l'improcedibilità del separato giudizio di omologazione in corso, perché l'eventuale giudizio di reclamo ex art. 18 l.fall. assorbe l'intera controversia relativa alla crisi dell'impresa, mentre il giudicato sul fallimento preclude in ogni caso il concordato.

La dichiarazione di fallimento, dunque, assorbe in sé ogni questione relativa all'inammissibilità, alla revoca e al diniego di omologazione del concordato. D'altronde, già Sez. U, n. 09935 del 2015, Di Amato, Rv. 646857-01, aveva chiarito i rapporti tra il procedimento di concordato preventivo e il processo per la dichiarazione di fallimento.

**Sez. 1, n. 05907/2018, Fichera, Rv. 647437-01**, ha evidenziato che, in caso di sentenza dichiarativa di fallimento, il reclamo, ai sensi dell'art. 18, comma 6, l.fall., nel testo novellato, prima, dal d.lgs. n. 5 del 2006 e poi dal d.lgs. n. 169 del 2007, deve essere notificato al curatore e alle altre parti che abbiano partecipato al giudizio innanzi al tribunale, prefigurando, in tal modo, un'ipotesi di litisconsorzio necessario, sicché, nel caso di mancata notifica del ricorso nei confronti di una di esse, la corte di appello deve disporre l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c. La violazione della richiamata norma da parte del giudice del reclamo comporta la cassazione, anche d'ufficio, della sentenza impugnata e la rimessione della causa al primo giudice, perché provveda all'integrazione del contraddittorio e alla rinnovazione del giudizio.

**Sez. 1, n. 30107/2018, Terrusi, Rv. 651492-01**, ha osservato che, ai sensi dell'art. 18 l.fall. "qualunque interessato" è legittimato ad impugnare la declaratoria in questione e, perciò, ogni soggetto che possa riceverne un pregiudizio specifico, di qualsiasi natura, anche solo morale, attesa la natura dichiarativa *erga omnes* della sentenza, la quale comporta l'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante e

non di mero fatto in capo a chi possa ottenere una qualche utilità giuridica semplicemente per effetto della sua rimozione. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello che aveva escluso la legittimazione dei lavoratori dipendenti di una società fallita a proporre reclamo avverso la sentenza di fallimento; e ciò avuto riguardo alla circostanza che già con l'apertura della procedura ai rapporti di lavoro subordinato in corso si applica l'art. 72 l.fall..

Dal canto suo, **Sez. 6-1, n. 28096/2018, Dolmetta, Rv. 651497-01**, ha rilevato che coloro che non sono stati parti del giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento non sono legittimati a ricorrere per cassazione avverso la sentenza della corte d'appello confermativa della menzionata dichiarazione, atteso che la legittimazione a proporre impugnazione, o a resistere ad essa, spetta solo a chi abbia assunto la veste di parte nel giudizio di merito, né la specialità del reclamo fallimentare prevale sul sistema impugnatorio ordinario in materia di ricorso per cassazione. Nella specie, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da alcuni dipendenti dell'impresa fallita che in qualità di creditori sarebbero dovuti intervenire ex art. 18, comma 9, l.fall. nel giudizio reclamo innanzi alla corte d'appello.

Di interesse, sul piano dei corollari della declinazione procedimentale che contrassegna il giudizio di reclamo in parola, è la puntualizzazione, espressa da **Sez. 1, n. 09563/2018, Falabella, Rv. 648118-01**, secondo cui, poiché la connotazione del procedimento ha natura contenziosa, per la liquidazione del compenso del legale si applicano gli onorari di cui ai paragrafi I, II, e IV della tabella A del d.m. n. 127 del 2004, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del medesimo d.m., il quale, con riferimento ai procedimenti camerati, prevede l'applicabilità delle tariffe relative ai procedimenti contenziosi, qualora sorgano contestazioni il cui esame è devoluto al giudice di cognizione.

**Sez. 6-1, n. 01073/2018, Cristiano, Rv. 647333-01**, ha posto in rilievo che gli effetti della sentenza di fallimento – la cui provvisoria esecutività, disposta dall'art. 16, comma 2, l.fall., non è suscettibile di sospensione – vengono meno solo con il passaggio in giudicato della decisione che, accogliendo il reclamo ex art. 18 l.fall., la revoca.

A differenza della sentenza dichiarativa di fallimento, il provvedimento di rigetto dell'istanza di fallimento è privo di attitudine al giudicato, né è configurabile preclusione di sorta. Ne consegue che, dopo il rigetto della domanda, è possibile dichiarare il fallimento, ad istanza dello stesso creditore come di altri creditori,

sulla base della medesima situazione dedotta nel procedimento conclusosi con il rigetto dell'istanza di fallimento, di fatti sopravvenuti e di fatti preesistenti ma non dedotti (**Sez. 1, n. 16411/2018, Falabella, Rv. 649645-01**).

Il citato arresto si pone sul solco consolidato della giurisprudenza di legittimità: già Sez. 1, n. 05069/2017, Terrusi, Rv. 644455-02, aveva ritenuto, proprio per la mancanza in capo al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, al pari di quello, reso in sede di reclamo, confermativo del rigetto reso in prime cure, di qualsiasi efficacia preclusiva, inammissibile il ricorso straordinario per cassazione proposto contro di esso, attesa la natura di provvedimento non definitivo né decisorio del decreto di rigetto.

## **2. Gli organi delle procedure concorsuali.**

Numerose le pronunce che hanno riguardato, sotto varie sfaccettature, ruolo, compiti e prerogative degli organi concorsuali.

In tema di gratuito patrocinio, essenziale è giunta la precisazione contenuta in **Sez. 1, n. 29747/2018, Dolmetta, Rv. 651490-01**, in base alla quale, qualora il fallimento sia parte di un processo, è il curatore ad essere legittimato in via esclusiva a proporre l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non potendo il giudice delegato procedere d'ufficio all'attestazione della mancata disponibilità del «*denaro necessario per le spese*» di cui all'art. 144 del d. lgs. n. 115 del 2002, atteso che, da un lato è al curatore che è assegnata in via esclusiva la gestione della procedura ex art. 31 l.fall., mentre dall'altro, a seguito della riforma del 2006, è mutata la funzione assegnata al g.d., passato da una posizione di sostanziale direzione della procedura a quella di mera vigilanza e controllo sulla regolarità della stessa.

In materia di impugnazioni, **Sez. 1, n. 27123/2018, Dolmetta, Rv. 651308-01**, ha puntualizzato che il termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso straordinario per cassazione, avverso i provvedimenti definitivi di contenuto decisorio adottati dal tribunale fallimentare, tra cui il decreto che pronuncia sul compenso dovuto al curatore, non decorre dalla data del deposito in cancelleria del decreto, bensì dalla data della comunicazione o notificazione d'ufficio dello stesso agli interessati, eseguita esclusivamente dall'organo competente, ossia dal cancelliere. Ne consegue che, in quanto funzionale alla individuazione del momento di decorrenza di un termine perentorio, essa non può trovare un equipollente nella



conoscenza di fatto, *aliunde* acquisita, del provvedimento stesso, ad esempio perché comunicato dal curatore.

Un limitato ambito di legittimazione diretta del fallito alla proposizione dell'azione ex art. 38 l.fall. contro il curatore revocato è stato delineato da **Sez. 2, n. 25687/2018, Scarpa, Rv. 650833-02**, che detta limitazione ha circoscritto al solo caso di ingiustificata inerzia del nuovo curatore, essendo di regola legittimata a tale azione solo la massa dei creditori. Nei confronti del curatore, anche non revocato, il fallito è, tuttavia, sempre legittimato a richiedere, per fatti illeciti che non incidano sul patrimonio fallimentare, il risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c., il cui termine prescrizione decorre dalla produzione del danno e non resta sospeso ai sensi dell'art. 2941 n. 6 c.c., poiché tale disposizione si riferisce a fattispecie di responsabilità nascente dall'amministrazione del patrimonio altrui, non applicabile al rapporto in questione non compreso nell'attività fallimentare. Nella specie, la Corte ha confermato la decisione della corte d'appello che, ritenuta improponibile l'azione ex art. 38 l.fall. da parte del fallito nei confronti del curatore revocato, non avendo ravvisato inerzia da parte del nuovo curatore - che aveva assunto tale decisione dopo avere valutato le risultanze di un parere legale - diversamente qualificando l'azione proposta quale domanda ex art. 2043 c.c., ne aveva dichiarato la prescrizione, ritenendo non applicabile alla specie l'ipotesi di sospensione prevista dall'art. 2941 n. 6 c.c..

Dei provvedimenti urgenti ex art. 25, comma 1, n. 2, l.fall. a tutela del patrimonio si è occupata **Sez. 6-1, n. 17648/2018, De Chiara, Rv. 649525-01**, la quale ha esplicitato che la facoltà del giudice delegato di adottarli implica il potere di emettere decreti di acquisizione alla procedura concorsuale di eventuali sopravvenienze attive, in possesso del fallito o del coniuge o di altri soggetti che non ne contestino la spettanza al fallimento, ma non anche di disporre l'acquisizione di beni o somme di un terzo dissenziente, che si pretendano dovute al fallimento. In tale seconda ipotesi, il provvedimento di acquisizione del giudice delegato deve ritenersi giuridicamente inesistente, per carenza assoluta del relativo potere, con la conseguenza che avverso il medesimo, non suscettibile di acquistare autorità di giudicato, non è esperibile il ricorso per cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., restando in facoltà di qualsiasi interessato di farne valere, in ogni tempo ed in ogni sede, la radicale nullità ed inidoneità a produrre effetti giuridici.

Sulla regolazione delle ipotesi di successione fra curatori nella relativa carica si è soffermata **Sez. 6-1, n. 16739/2018, Bisogni, Rv. 649546-01**, chiarendo che il decreto di liquidazione degli emolumenti,

spettanti a costoro, deve contenere l'enunciazione dei criteri di quantificazione e ripartizione del compenso, in relazione alle attività rispettivamente svolte ed ai risultati conseguiti. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio il decreto di liquidazione del compenso spettante a due curatori, succedutisi nella funzione, emesso dal tribunale senza l'indicazione dei criteri di calcolo adottati, nonchè privo di riferimento all'esame della documentazione rilevante nella procedura fallimentare, delle esplicazioni fornite dagli interessati e della eventuale relazione del giudice delegato.

Sempre in tema di liquidazione dei compensi in favore del curatore fallimentare ai sensi dell'art. 39 l.fall., **Sez. 1, n. 14631/2018, Ceniccola, Rv. 648939-02**, ha significativamente posto in risalto che non può ricomprendersi nel concetto di "attivo realizzato", alla cui entità ragguagliare le percentuali previste dal d.m. n. 30 del 2012, il valore dell'immobile liquidato nella procedura esecutiva promossa dal creditore fondiario, a meno che il curatore non sia intervenuto nell'esecuzione svolgendo un'attività diretta a realizzare una concreta utilità per la massa dei creditori, anche mediante la distribuzione a questi ultimi di una parte del ricavato della vendita. Nella medesima pronuncia (**Rv. 648939-01**), si chiarisce che, in tema di liquidazione del compenso spettante al curatore del fallimento e di suddivisione della somma tra i soggetti succedutisi nella funzione, nel rispetto del principio del contraddittorio è necessaria la partecipazione al procedimento camerale di tutti coloro che hanno ricoperto l'incarico. Pertanto, nel caso in cui due o più curatori si siano avvicendati, occorre che, qualora dall'esame della memoria depositata dall'ultimo emergano elementi suscettibili di incidere negativamente sulla determinazione del compenso del precedente curatore, a quest'ultimo sia consentito il deposito di un'ulteriore memoria di replica.

Del compenso del commissario giudiziale di un concordato afferente ad una società partecipata dalla pubblica amministrazione, si cura di offrire utili coordinate **Sez. 1, n. 01448/2018, Ceniccola, Rv. 646874-01**, evidenziando che, nella relativa determinazione, in forza del rinvio operato dall'art. 165 l.fall., all'art. 39 l.fall. ed al d.m. n. 30 del 2012, non trova applicazione la disciplina pubblicistica limitativa dei compensi a carico delle finanze pubbliche che opera esclusivamente in relazione ai rapporti di lavoro subordinati o autonomi con le amministrazioni pubbliche.

Di interesse anche **Sez. 6-1, n. 15958/2018, Terrusi, Rv. 649544-03**, che ha riconosciuto in capo al tribunale ordinario, anziché a quello fallimentare, ai sensi dell'art. 24 l.fall., la competenza relativamente all'azione restitutoria ex art. 1526 c.c. conseguente alla

risoluzione del contratto di *leasing* finanziario intervenuta prima della dichiarazione di fallimento e, in quanto tale, ricompresa tra quelle già esistenti nel patrimonio del fallito. Solo ove l'azione sia stata proposta a seguito di dichiarazione di scioglimento dal contratto operata dal curatore, ai sensi dell'art. 72 della stessa legge, essa deriva dal fallimento e non osta all'attrazione al foro fallimentare la circostanza che, sul piano sostanziale, il credito restitutorio, operando lo scioglimento con effetti "*ex tunc*", abbia quale fatto costitutivo il venir meno del contratto "*ab origine*".

Ancora in un quadro definitorio della competenza funzionale di cui al mentovato art. 24 l.fall., si iscrive **Sez. 6-3, n. 15982/2018, Olivieri, Rv. 649507-01**, nel mettere in luce che, in materia di procedure concorsuali, detta competenza inderogabile – che per le amministrazioni straordinarie si rinviene nella norma omologa di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 270 del 1999 – opera con riferimento, non solo alle controversie che traggono origine e fondamento dalla dichiarazione dello stato d'insolvenza ma anche a quelle destinate ad incidere sulla procedura concorsuale in quanto l'accertamento del credito verso il fallito costituisca premessa di una pretesa nei confronti della massa. Nella specie, la Corte, non ravvisando la finalità recuperatoria del bene oggetto dell'atto dispositivo a vantaggio della massa dei creditori, ha escluso la competenza funzionale inderogabile del tribunale fallimentare in ordine alla causa di revocazione ordinaria proposta, ex art. 66 l.fall., dall'amministrazione straordinaria e riferita ad atto dispositivo - donazione - compiuto non dalla società poi dichiarata insolvente bensì dal debitore di essa, su bene proprio, in forza di obbligazione risarcitoria fondata su fatti commessi anteriormente alla dichiarazione di insolvenza.

Di rilievo anche la precisazione recata da **Sez. 2, n. 10513/2018, Criscuolo, Rv. 648438-01**, secondo cui il coadiutore della curatela fallimentare, nominato ai sensi del secondo comma dell'art. 32 legge fall, svolge prestazioni d'opera integrative dell'attività del curatore, in posizione subordinata rispetto a tale organo della procedura concorsuale; il curatore, pertanto, risponde a titolo di *culpa in vigilando* degli eventuali errori commessi dal coadiutore nell'espletamento delle attività affidategli. Nella specie, la Corte ha ritenuto sussistente la responsabilità della curatela per il mancato assolvimento da parte del tecnico incaricato della redazione dell'inventario degli obblighi di comunicazione in materia ambientale.

Di tratteggiare il piano complessivo entro cui gli organi concorsuali operano in ambito contrattuale si occupa altra interessante pronuncia. **Sez. 1, n. 09017/2018, Pazzi, Rv. 648434-01**, ha sottolineato che l'affittuario di azienda di impresa assoggettata a fallimento, che eserciti il diritto di prelazione ex art. 104 bis, quinto comma, c.c., non si trova, rispetto alle vicende della procedura, in una posizione di terzietà, tale da non subire l'incidenza delle offerte presentate secondo le modalità previste dall'art. 584 c.p.c. poiché, per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, egli subentra nella posizione dell'aggiudicatario, non essendo scindibili gli effetti favorevoli di tale sua posizione, quale l'aspettativa al trasferimento del bene, da quelli sfavorevoli, tra cui anche l'eventualità che un terzo presenti un'offerta in aumento.

## 2.1. I reclami endoconcorsuali.

Interessanti, per la prospettiva che veicolano, si mostrano alcune pronunce in tema di reclamo ex artt. 26 e 36 l.fall..

D'impatto è la considerazione svolta da **Sez. 6-1, n. 11711/2018, Di Virgilio, Rv. 649104-01**, secondo cui il decreto emesso dal tribunale, a seguito del reclamo avverso il provvedimento con il quale il giudice delegato autorizza il curatore al riscatto di polizze assicurative sulla vita già stipulate dal fallito, ha natura ordinatoria, essendo emesso in relazione all'esercizio della funzione di vigilanza e direzione, svolta dal giudice delegato all'interno della procedura, sull'amministrazione attiva cui è preposto il curatore; ne consegue che è inammissibile il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., nei confronti del menzionato decreto, non incidendo esso, se non in modo indiretto e mediato, sui diritti dei terzi, suscettibili di lesione solo per effetto della condotta illegittima del curatore nei rapporti con i medesimi terzi. In precedenza, **Sez. 6 - 1, n. 11217/2018, Terrusi, Rv. 648579-01**, aveva posto in rilievo che il decreto con il quale il tribunale fallimentare provvede, ai sensi dell'art. 36 l.fall., sul reclamo avverso il decreto del giudice delegato adito contro gli atti di amministrazione del curatore non ha natura decisoria, in quanto non risolve una controversia su diritti soggettivi, ma rientra tra i provvedimenti di controllo circa l'utilizzo dei poteri di amministrazione del patrimonio del fallito da parte del curatore. Da ciò è tratta la conseguenza della non impugnabilità di detto

provvedimento con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Il recinto delle prerogative del Pubblico Ministero nel contesto dei reclami endofallimentari ex art. 26 l.fall. è disegnato da **Sez. 1, n. 06093/2018, Fichera, Rv. 647755-01**, secondo cui, poichè al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge processuale la parte pubblica non ha potere di azione e tanto meno di impugnazione, deve negarsi la sua legittimazione ad impugnare mediante il reclamo endofallimentare un provvedimento del giudice delegato, in quanto l'art. 26 l.fall., che indica con precisione i soggetti che sono legittimati all'impugnazione, non la include. Nella specie, la Corte ha confermato la decisione con la quale il Tribunale aveva dichiarato l'inammissibilità del reclamo proposto dal Procuratore della Repubblica avverso un decreto con il quale il giudice delegato aveva autorizzato l'affitto dell'azienda fallita.

In tema di revocatorie fallimentari soggette al rito camerale, ai sensi dell'art. 24, comma 2, l.fall., nel testo novellato dal d.lgs. n. 5 del 2006, poi soppresso dal d.lgs. n. 169 del 2007, **Sez. 1, n. 12972/2018, Falabella, Rv. 649154-01**, ha ritenuto che l'art. 739 c.p.c., venendo a chiarire che il provvedimento emesso in camera di consiglio dal tribunale, se pronunciato in confronto di più parti, è reclamabile entro dieci giorni dalla notificazione, non deroga alla regola generale dettata dall'art. 326 c.p.c., con la conseguenza che anche il termine per proporre ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso i decreti pronunciati in camera di consiglio, decorre dalla notificazione del provvedimento. A tal riguardo occorre che la notificazione sia eseguita ad istanza di parte, non essendo sufficiente che sia stata effettuata a cura della cancelleria del giudice, nel qual caso il ricorso per cassazione resta soggetto al termine ordinario di cui all'art. 327 c.p.c. Nella specie, la Corte ha disatteso l'eccezione avanzata da un fallimento, tesa a far constare la tardività del ricorso per cassazione, sul presupposto che il termine di proposizione decorresse dalla comunicazione di cancelleria del decreto di rigetto del reclamo ex art. 739 c.p.c., proposto da un istituto di credito, avverso il decreto di accoglimento della domanda di revocatoria avanzata dalla procedura concorsuale, ex art. 67, comma 2, l.fall., in relazione a rimesse bancarie eseguite su conto corrente intrattenuto dalla società fallita.

### 3. Le azioni di inefficacia in generale.

Com'è noto, a differenza della domanda revocatoria, nella prospettiva della declaratoria ex art. 64 l.fall., l'inefficacia dell'atto ha carattere necessario e oggettivo e opera automaticamente. Ne consegue che, dichiarata l'inefficacia, il debito restitutorio non corrisponde a un credito del fallito, ma della massa, con la conseguenza dell'inopponibilità in compensazione al fallimento, attore per la restituzione, di crediti nei confronti del fallito.

Ai sensi dell'art. 66 l.fall., il curatore può domandare che siano dichiarati inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei suoi creditori, secondo le norme del codice civile.

Al curatore spetta l'onere di provare in giudizio l'*eventus damni*, cioè l'effetto pregiudizievole dell'atto di cui si chiede la revoca.

Tale onere, infatti, non può gravare sul debitore, che, oltre a non avere *legitimatio ad processum*, non ha introdotto lui la causa; né può essere posto a carico del beneficiario dell'atto, in quanto, per le regole su cui si fonda la ripartizione in giudizio dell'onere della prova, i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio devono essere provati dall'attore (**Sez. 3, n. 02336/2018, Graziosi, Rv. 647928-01; Cass., Sez. 1, n. 09565/2018, Falabella, Rv. 648449-01**).

Peraltro, la dichiarazione di fallimento del debitore comporta dei mutamenti non solo nella titolarità della *legitimatio ad processum*, in quanto in luogo del debitore sta in giudizio il curatore, ex art. 43, comma 1, l.fall., ma anche della *legitimatio ad causam*, in quanto il curatore, dopo la dichiarazione di fallimento, subentra al creditore nel potere di agire in revocatoria secondo gli artt. 2901 e ss. c.c..

Già Sez. 1, n. 29112/2017, Mercolino, Rv. 646485-01, aveva statuito che il sopravvenuto fallimento del debitore non determina l'improcedibilità dell'azione revocatoria ordinaria promossa dal singolo creditore qualora il curatore non manifesti la volontà di subentrarvi, né risulti aver intrapreso, con riguardo al medesimo atto di disposizione già impugnato ex art. 2901 c.c., altra analoga azione a norma dell'art. 66 l.fall..

D'altra parte, nel caso di accoglimento di un'azione revocatoria ordinaria promossa dal singolo creditore nei confronti del debitore poi fallito, al quale in corso di causa sia subentrato il curatore ex art. 66 l.fall., la refusione delle spese processuali spetta anche al creditore che sia rimasto in giudizio sino alla sentenza definitiva emessa nei confronti del fallimento, atteso che non costituisce forma di soccombenza, né la sopravvenuta improcedibilità della sua domanda in ragione del subentro del curatore (in quanto evento non

attribuibile all'originario attore, che aveva fondatamente incardinato il giudizio), né la sua mancata estromissione da parte del giudice (che avrebbe comunque dovuto comportare una refusione delle spese fino ad allora sostenute). In tal caso, tuttavia, la liquidazione delle spese a favore del singolo creditore deve essere correlata al periodo antecedente alla sopravvenuta improcedibilità della domanda che era stata da lui proposta (**Sez. 3, n. 21013/2018, Graziosi, Rv. 650185-01**).

In sostanza, dunque, la *legitimatio ad causam* del singolo creditore con riferimento all'azione revocatoria ordinaria, nei confronti del debitore fallito, permane solo a condizione che il curatore si disinteressi dell'azione perché non la ritenga funzionale agli interessi della procedura; per converso, nel caso in cui il curatore intervenga nel processo di revocatoria ordinaria in corso, iniziato dal creditore, egli implicitamente lo accetta nello stato in cui si trova al momento del suo intervento e ha l'onere di coltivarlo, divenendo così l'unico titolare all'esercizio dell'azione.

Ne consegue che, in caso di accoglimento della domanda di revocatoria ordinaria, anche se al creditore "rimasto" formalmente nel giudizio non vanno rimborsate le spese da parte del convenuto soccombente (terzo beneficiario dell'atto revocato), tuttavia il giudice, in base al principio della soccombenza, deve condannare il soccombente al rimborso delle spese nei confronti del creditore originario attore in relazione all'attività processuale da lui compiuta fino all'intervento del curatore.

L'azione del curatore ex art. 66 l.fall. si identifica, dunque, in quella che i creditori avrebbero potuto esperire prima della dichiarazione di fallimento, sicché, per un verso, la prescrizione decorre anche nei confronti della curatela, ai sensi dell'art. 2903 c.c., dalla data dell'atto impugnato e, per altro verso, l'interruzione della prescrizione, ad opera di uno dei creditori a mezzo della notificazione della domanda giudiziale introduttiva del giudizio nel quale sia subentrato il curatore, giova alla massa fallimentare (**Sez. 6-3, n. 17544/2018, Dell'Utri, Rv. 649659-01**).

**Sez. U, n. 30416/2018, Genovese, Rv. 651808-01**, chiamata a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza, ha affermato che non è ammissibile un'azione revocatoria – non solo fallimentare, ma anche ordinaria –, nei confronti di un fallimento, stante il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso ed il carattere costitutivo delle dette azioni. Il patrimonio del fallito, infatti, è insensibile alle pretese di soggetti che vantino diritti formati in epoca posteriore alla dichiarazione di

fallimento e, dunque, poiché l'effetto giuridico favorevole all'attore si produce solo a seguito della sentenza di accoglimento, tale effetto non può essere invocato contro la massa dei creditori ove l'azione sia stata esperita dopo l'apertura della procedura stessa.

Com'è noto, una delle cause più frequenti di perdita da parte del curatore della legittimazione processuale con riferimento alle azioni revocatorie in corso, è l'omologazione del concordato fallimentare con assunzione.

Infatti, se la relativa proposta contempra la cessione delle azioni revocatorie, la perdita della *legitimatio ad causam* del curatore si verifica solo con l'emissione del decreto previsto dall'art. 136 l.fall., non determinandosi peraltro l'interruzione del processo sino a quando tale evento non sia stato dichiarato o notificato ai sensi dell'art. 300 c.p.c. (**Sez. 1, n. 15793/2018, Campese, Rv. 649473-01**).

Altro arresto ha ritenuto, invece, che sia l'omologazione del concordato fallimentare a produrre l'improponibilità o l'improseguibilità delle azioni revocatorie promosse dalla curatela ai sensi degli artt. 64 e 67 l.fall., a condizione che il presupposto dell'impedimento all'esercizio o alla prosecuzione delle stesse sia dichiarato nel processo e reso operativo attraverso lo strumento processuale dell'interruzione ex art. 300 c.p.c., ovvero attraverso la produzione in giudizio dei documenti attestanti l'intervenuta omologazione del concordato (**Sez. 1, n. 15012/2018, Terrusi, Rv. 649555-01**).

Non si tratta, a ben vedere, di un contrasto, ma di una specificazione doverosa compiuta dall'ordinanza n. 15793/2018: l'omologazione del concordato fallimentare è certamente l'atto conclusivo del procedimento di concordato, ed esso costituisce il presupposto per la successiva consequenziale chiusura del fallimento; ma è solo con la cessazione del curatore dal suo ufficio, connessa al decreto di chiusura del fallimento, che si determina quella perdita di *legitimatio ad causam* che poi determina a sua volta, secondo i meccanismi processuali previsti dal codice di rito civile, l'interruzione del processo.

Per quanto riguarda, infine, i requisiti delle domande di inefficacia, **Sez. 6-1, n. 09610/2018, Ferro, Rv. 648278-01**, ha escluso che sia affetta da nullità per indeterminatezza dell'oggetto o della *causa petendi*, ai sensi degli artt. 163, comma 3, nn. 3 e 4, e 164, comma 4, c.p.c., la citazione con cui si chiede la revoca di pagamenti costituiti da rimesse in conto corrente bancario, benché priva dell'indicazione dei singoli versamenti solutori, qualora siano specificamente indicati i conti correnti e la domanda si riferisca a tutte



le rimesse operate su quei conti in un determinato periodo di tempo, con indicazione anche dell'importo globale delle stesse, essendo sufficientemente specificati gli elementi idonei a consentire alla banca l'individuazione delle domande contro di essa proposte.

Infine, va ricordato che nell'ambito dell'attività recuperatoria di attivo fallimentare posta in essere dal curatore, si assiste spesso all'esercizio congiunto dell'azione revocatoria e dell'azione di simulazione. Al riguardo **Sez. 1, n. 15077/2018, Terrusi, Rv. 649568-01**, chiarisce opportunamente che l'azione di simulazione (assoluta o relativa) e quella revocatoria, pur diverse per contenuto e finalità, possono essere proposte entrambe nello stesso giudizio in forma alternativa tra loro o, anche, eventualmente in via subordinata l'una all'altra, senza che la possibilità di esercizio dell'una precluda la proposizione dell'altra.

### **3.1 Le revocatorie fallimentari: i presupposti.**

È noto che nell'ambito della disciplina delle azioni revocatorie relative agli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, l'art. 69 bis, comma 2, l.fall., come introdotto dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012, prevede che nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, il c.d. "periodo sospetto" decorre dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

In tema, **Sez. 1, n. 09290/2018, Dolmetta, Rv. 648445-01**, ha affermato che, nel caso in cui, dopo la revoca dell'ammissione del debitore al concordato preventivo, si frapponga un intervallo di tempo prima della sua dichiarazione di fallimento, non è esclusa la consecuzione delle procedure concorsuali e, quindi, la retrodatazione del termine iniziale del periodo sospetto al momento del deposito della domanda di ammissione (*rectius* dalla sua pubblicazione, stando al tenore letterale dell'art. 69 bis, comma 2, l.fall.), purché si tratti di un intervallo di tempo non irragionevole, tale cioè da non costituire esso stesso elemento dimostrativo dell'intervenuta variazione dei presupposti delle due procedure.

**Sez. 1, n. 18728/2018, Ceniccola, Rv. 649582-01**, ha chiarito invece che qualora la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza sia successiva al provvedimento amministrativo che dispone la liquidazione coatta, il "periodo sospetto" ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare decorre (a ritroso) necessariamente dalla data del provvedimento amministrativo,

perché è in relazione a tale momento che viene accertato - ancorché con sentenza successiva - lo stato di insolvenza.

Fuori dal tema della consecuzione delle procedure, **Sez. 1, n. 18729/2018, Ceniccola, Rv. 649583-01**, ha affermato che, poiché gli effetti del decreto di apertura del concordato preventivo retroagiscono alla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura, in caso di successivo fallimento, i pagamenti eseguiti dall'imprenditore dopo il deposito della domanda di ammissione al concordato, ma prima del decreto di apertura della procedura, sono inefficaci ai sensi dell'art. 167 l.fall. e non sono soggetti a revocatoria.

Tale arresto si fonda su Sez. 1, n. 22601/2017, Terrusi, Rv. 645521-01.

E' tuttavia lecito dubitare che lo strumento giuridico di cui il curatore può disporre per far dichiarare l'inefficacia dei pagamenti di debiti anteriori al decreto di apertura del concordato, avvenuti successivamente al deposito della detta domanda, sia l'azione dichiarativa dell'inefficacia dei detti pagamenti avvenuti in violazione della regola della *par condicio*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 167 e 168 l.fall., anziché la revocatoria fallimentare.

L'inefficacia di cui discorre il comma 2 dell'art. 167 l.fall., infatti, è prevista riguardo ai creditori anteriori al concordato, non ai creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento, ed è funzionale a rendere gli atti ivi previsti inopponibili ai creditori anteriori alla domanda di concordato, non a quelli (potenzialmente diversi e più numerosi) anteriori alla successiva dichiarazione di fallimento.

Inoltre, il sistema emergente dalla legge fallimentare autorizza a ritenere che nei casi in cui il debitore sia autorizzato (ad esempio, ex art. 182 *quinquies*, comma 5, l.fall.) a pagare debiti anteriori alla domanda di concordato, l'eccezione prevista a tutela dei creditori è l'esenzione dalla revocatoria di cui all'art. 67 l.fall.; sicché, in mancanza di tale autorizzazione, sopravvenuto il fallimento, si riespanderà la regola della revocabilità dei pagamenti effettuati nel periodo sospetto, computato ovviamente ai sensi del richiamato art. 69 bis, comma 2, l.fall..

**Sez. 1, n. 15495/2018, Vella, Rv. 649446-01**, ha puntualizzato che i pagamenti effettuati in seno al concordato preventivo sono ripetibili nella successiva procedura fallimentare se abbiano violato il principio della *par condicio creditorum*, allorché emergano crediti di grado uguale o peggio nella procedura fallimentare, secondo una valutazione da parametrare ai canoni del soddisfacimento concordatario avuto riguardo, in primo luogo, alle regole fissate dal decreto di omologazione e, per gli aspetti ivi eventualmente non

disciplinati, alle regole legali, prime fra tutte quelle riguardanti il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza che, senza verificare la violazione del principio della *par condicio creditorum*, aveva ritenuto ripetibile il pagamento effettuato durante la vigenza di un concordato preventivo sorto anteriormente all'entrata in vigore del d.l. n. 35 del 2005, conv. con modif., dalla l. n. 80 del 2005.

Con riferimento al disposto di cui all'art. 69 l.fall., nella sua formulazione originaria della legge del '42 – che disciplinava espressamente la sorte degli atti negoziali compiuti tra coniugi –, **Sez. 1, n. 14681/2018, Pazzi, Rv. 649123-01**, precisa come il presupposto dell'effettivo esercizio di un'impresa commerciale all'epoca del compimento dell'atto della cui inefficacia si tratti, non poteva essere desunto dal possesso in capo al fallito, all'epoca, della qualità di socio illimitatamente responsabile, dovendo essere oggetto di specifica prova da parte del curatore.

Quanto al momento rilevante della conoscenza dello stato d'insolvenza, **Sez. 1, n. 14001/2018, Ferro, Rv. 649166-01**, ha affermato che l'elemento soggettivo della *scientia decoctionis* non è necessario che preesista all'atto revocabile, dovendo, piuttosto, essere concomitante alla sua realizzazione, in quanto è da tale momento che l'operazione depauperativa, producendo il proprio effetto, fonda l'esigenza di ripristino della *par condicio creditorum* alterata.

D'altronde, **Sez. 1, n. 3081/2018, Ceniccola, Rv. 646870-01**, ha ribadito, sempre in tema di elemento soggettivo, che la *scientia decoctionis* in capo al terzo, come effettiva conoscenza dello stato d'insolvenza, è oggetto di apprezzamento del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se correttamente motivato, potendo egli formarsi il relativo convincimento anche attraverso il ricorso alle presunzioni, alla luce del parametro della comune prudenza ed avvedutezza e della normale ed ordinaria diligenza, con rilevanza peculiare della condizione professionale dell' "*accipiens*" e del contesto nel quale gli atti solutori sono realizzati.

Dalla stessa struttura dell'art. 67 l.fall., che prevede, ai fini dell'azione revocatoria fallimentare, dei periodi sospetti calibrati in base a diverse tipologie negoziali variamente idonee ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore successivamente fallito, **Sez. 1, n. 06575/2018, Cristiano, Rv. 647758-01**, ha argomentato che lo stato di insolvenza di quest'ultimo anteriore alla dichiarazione di fallimento, nell'ambito dell'estensione temporale dei periodi sospetti, sia oggetto di una presunzione *iuris et de iure* derivante dalla stessa apertura della procedura concorsuale, sicché il giudice di

merito, ai fini della prova in questione, deve soltanto verificare se, nei periodi rilevanti e con riguardo al tempo degli atti revocandi, si siano manifestati all'esterno i sintomi del dissesto e come tali siano stati percepiti dall'*accipens*.

### 3.2. La revocatoria dei pagamenti.

La S.C. si è occupata ancora una volta dell'individuazione del soggetto passivo dell'azione revocatoria fallimentare nel caso di cessione dell'azienda bancaria, statuendo che, in caso di revocatoria di rimesse su conto corrente, la legittimazione ad essere convenuta in giudizio spetta alla banca cessionaria nel caso in cui risulti che con l'azienda bancaria siano state trasferite tutte le attività e tutte le passività aziendali, e dunque anche i debiti futuri derivanti dall'azione revocatoria, in quanto obbligazioni ad oggetto determinabile, in quanto all'atto della convenzione di cessione erano identificabili gli eventuali debiti, risultanti dalla contabilità, in relazione ai pagamenti eseguiti dai debitori poi falliti (**Sez. 1, n. 13308/2018, Pazzi, Rv. 649161-01**).

Ancora, in tema di legittimazione passiva nella revocatoria fallimentare di pagamenti, **Sez. 1, n. 03086/2018, Campese, Rv. 646880-01**, ha affermato che, in tema di contratti bancari, il "bonifico" (ossia l'incarico del terzo dato alla banca di accreditare al cliente correntista la somma oggetto della provvista) costituisce un ordine (delegazione) di pagamento che la banca delegata, se accetta, si impegna ad eseguire verso il delegante; da tale accettazione non discende, dunque, un'autonoma obbligazione della banca verso il correntista delegatario, trovando lo sviluppo ulteriore dell'operazione la sua causa nel contratto di conto corrente di corrispondenza che implica un mandato generale conferito alla banca dal correntista ad eseguire e ricevere pagamenti per conto del cliente, con autorizzazione a far affluire nel conto le somme così acquisite in esecuzione del mandato.

Ne deriva che, secondo il meccanismo proprio del conto corrente, la banca, facendo affluire nel conto passivo il pagamento ricevuto dall'ordinante, non esaurisce il proprio ruolo in quello di mero strumento di pagamento del terzo, ma diventa l'effettiva beneficiaria del pagamento della rimessa, con l'effetto ad essa imputabile (se l'accredito intervenga nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, ricorrendo il requisito soggettivo della revocatoria fallimentare) di avere alterato la *par condicio creditorum*.

Quanto alla natura “solutoria” di una rimessa effettuata su un conto corrente scoperto, **Sez. 1, n. 13287/2018, Terrusi, Rv. 648902-01**, ha chiarito che essa è sempre revocabile, anche se la somma provenga da un negozio di finanziamento concluso con la stessa banca allo scopo di ripianare lo scoperto di quel conto, in quanto la funzione solutoria non è nella fonte della provvista utilizzata, ma nella sua concreta destinazione.

**Sez. 6-1, n. 24137/2018, Dolmetta, Rv. 650609-01**, ha stabilito che le “date valuta” risultanti dagli estratti conto bancari non sono idonee a provare il tempo in cui le relative operazioni sono state realmente effettuate sul conto, né a conferire data certa alle stesse, essendo nella prassi bancaria utilizzate dette date in maniera convenzionale per postergare il tempo di effettuazione dei versamenti ed antergare quello dei prelievi.

**Sez. 1, n. 06575/2018, Cristiano, Rv. 647758-02**, ha affrontato il tema assai frequente nella prassi giudiziaria concernente la revocabilità dei versamenti affluiti sui cc.dd. “conti anticipi”, chiarendo che questi ultimi non hanno natura solutoria e non sono revocabili, costituendo essi una mera evidenza contabile dei finanziamenti per anticipazioni su crediti concessi dalla banca al cliente, ove vengono annotati in “dare” le anticipazioni erogate al correntista e in “avere” l’esito positivo della riscossione del credito, sottostante agli effetti commerciali presentati dal cliente. Il rapporto tra banca e cliente viene invece rappresentato esclusivamente dal saldo del conto corrente ordinario, ove affluiscono tutte le somme portate dai titoli, dalle ricevute bancarie o dalle carte commerciali presentate per l’incasso, che sono oggetto di revocatoria nei limiti in cui abbiano contribuito a ridurre lo scoperto del conto medesimo.

L’obbligazione restitutoria dell’*accipiens*, soccombente in seguito all’esperimento di un’azione revocatoria fallimentare, ha natura di debito di valuta e non di valore, in quanto l’atto posto in essere dal fallito è originariamente lecito e la sua inefficacia sopravviene solo in esito alla sentenza di accoglimento della domanda, che ha natura costitutiva, avendo ad oggetto un diritto potestativo e non un diritto di credito. Ne consegue che anche gli interessi sulla somma da restituirsi decorrono dalla data della domanda giudiziale, attesi gli effetti conservativi e prenotativi da questa prodotti, e che il risarcimento del maggior danno, conseguente al ritardo con cui sia stata restituita la somma di denaro oggetto della revocatoria, spetta solo ove l’attore lo allegghi e dimostri di averlo subito (**Sez. 1, n. 12850/2018, Pazzi, Rv. 648782-01**).

Tra le obbligazioni restitutorie che sorgono come conseguenza all'accoglimento della domanda revocatoria fallimentare vi sono quelle del mandante relative a somme versate dal mandatario in esecuzione del mandato, in periodo sospetto.

Invero, benché l'art. 1705, comma 2 e l'art. 1706, comma 1, c.c. stabiliscano che, anche nel caso di mandato senza rappresentanza, il mandante è l'esclusivo titolare dei diritti di credito che sorgono dagli atti compiuti dal mandatario in esecuzione del mandato, oltre che il proprietario dei beni mobili acquistati per suo conto dal mandatario, tuttavia, una volta che il mandatario abbia riscosso i crediti pecuniari, sorge per il mandante non un diritto di rivendicare le somme, ma pur sempre un diritto di credito, sicché l'incasso di queste somme nel periodo sospetto, in presenza della conoscenza dello stato di insolvenza del mandatario debitore, può dar luogo ad una fondata azione di revoca da parte del curatore del fallimento del mandatario nei confronti del mandante *accipiens* (**Sez. 6-1, n. 03047/2018, Di Marzio M., Rv. 647339-01**).

L'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare dei pagamenti presuppone che la *solutio* sia effettuata con mezzi rivenienti dal patrimonio del debitore successivamente fallito, o comunque con versamenti di denaro che, seppure indirettamente, abbiano un effetto depauperativo sul patrimonio del debitore (come nel caso di pagamento effettuato dal delegato debitore del delegante al delegatario creditore del delegante, idoneo ad incidere sia sul rapporto di provvista, estinguendo il debito del delegato verso il delegante, sia il rapporto di valuta, estinguendo il debito del delegante verso il delegatario).

In coerenza con tale principio, **Sez. 1, n. 15082/2018, Campese, Rv. 649570-01**, ha stabilito che, in tema di revocatoria fallimentare, non costituisce pagamento del terzo ma adempimento diretto del debitore (come tale revocabile nel concorso di tutti i necessari presupposti) il pagamento eseguito mediante l'invio, fatto da quest'ultimo al proprio creditore, di un assegno bancario tratto da un terzo, consegnato e trasferito al debitore poi dichiarato insolvente, il quale, divenutone titolare, ha legittimamente esercitato i diritti incorporati nel titolo.

Sempre in caso di emissione di assegno bancario in pagamento, **Sez. 1, n. 02821/2018, Terrusi, Rv. 646868-01**, ha ritenuto che il curatore del primo prenditore, già fallito al momento dell'emissione, può proporre sia l'azione di inefficacia ex art. 44, comma 2, l.fall. nei confronti dell'emittente, che non resta liberato a seguito del pagamento inefficace, sia l'azione di inefficacia, ex art. 44,

comma 1, l.fall., nei confronti del terzo giratario del medesimo assegno, quale destinatario del pagamento posto in essere dal fallito e, quindi, inefficace rispetto ai creditori.

**Sez. 1, n. 16565/2018, Campese, Rv. 649536-01**, ha stabilito che la rimessa in conto corrente bancario effettuata con denaro proveniente dalla vendita di un bene costituito in pegno, ormai consolidatosi in favore della banca, è revocabile, ai sensi dell'art. 67 l.fall., non assumendo alcun rilievo la circostanza che il ricavato della vendita sia destinato a soddisfare un credito privilegiato, in quanto l'*eventus damni* deve considerarsi *in re ipsa*, consistendo nella lesione della *par condicio creditorum* ricollegabile all'uscita del bene dalla massa in forza dell'atto dispositivo, e non potendosi escludere *a priori* il pregiudizio delle ragioni di altri creditori privilegiati, insinuati in seguito al passivo.

Deve notarsi che la revocabilità del pagamento di un creditore pignoratorio avvenuto nel periodo sospetto pur dopo la legittima escussione del pegno consolidatosi prima del fallimento trova la sua giustificazione anche alla stregua degli artt. 111 bis e 111 ter l.fall.: il necessario assoggettamento del creditore al concorso fallimentare consentirebbe di fare in modo che anche il ricavato della vendita del bene costituito in pegno partecipi, in proporzione, alle spese della procedura fallimentare: così **Sez. 6-1, n. 11652/2018, Terrusi, Rv. 648585-01**, con riferimento alla revoca della vendita di beni ipotecati allo scopo di destinare il ricavato al pagamento dei creditori ipotecari.

La restituzione al venditore di merci acquistate e non ancora pagate, eseguita dal compratore al fine di estinguere ogni pregresso rapporto, costituisce una *datio in solutum* qualificabile come mezzo anormale di pagamento, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2, l.fall., con la conseguenza che incombe sul convenuto l'onere di provare la mancata conoscenza dello stato di insolvenza del *solvens* (**Sez. 6-1, n. 03673/2018, Terrusi, Rv. 647884-01**).

L'interesse della richiamata pronuncia emerge laddove essa esclude che la fattispecie possa essere inquadrata nella risoluzione consensuale con effetti retroattivi della compravendita di beni mobili, anziché come pagamento traslativo, e dunque anomalo mezzo di estinzione di un'obbligazione pecuniaria.

Tuttavia, occorre anche considerare che, quand'anche si voglia qualificare la fattispecie come risoluzione consensuale di un contratto di compravendita già stipulato, i suoi effetti non possono pregiudicare i diritti dei creditori concorsuali, tutelabili dal curatore, e tra questi rientra anche il diritto potestativo di ottenere la revoca della risoluzione quale mezzo estintivo, a titolo oneroso in quanto ottenuta

con la restituzione di beni già entrati nel patrimonio del compratore, di una pregressa obbligazione pecuniaria.

Sempre in tema di mezzi anormali di pagamento, **Sez. 1, n. 04202/2018, Ferro, Rv. 648106-01**, ha ritenuto revocabile la rimessa conseguente alla concessione di un mutuo ipotecario destinato a ripianare uno scoperto di conto corrente, laddove il mutuo ipotecario e il successivo impiego della somma siano inquadrabili in un'operazione unitaria posta in essere in funzione dell'azzeramento della preesistente esposizione debitoria del mutuatario. Il curatore, pertanto, ricorrendone i presupposti, può impugnare l'intera operazione per farne dichiarare l'inefficacia, in quanto diretta, per un verso, a estinguere con mezzi anormali le precedenti obbligazioni gravanti sul beneficiario delle somme mutate e, per altro verso, a costituire una garanzia per i debiti preesistenti, in quanto l'utilità per la banca consiste non nell'operazione in sé considerata del mutuo fondiario, ma nel suo impiego come fattore ristrutturativo di una esposizione debitoria in parte diversa. La causa sostanzialmente rafforzativa della pregressa esposizione debitoria deve essere precipuamente dimostrata dal curatore che agisce in giudizio.

Tuttavia, in una particolare fattispecie di somministrazione, **Sez. 1, n. 14002/2018, Pazzi, Rv. 649167-01**, ha affermato che la cessione di credito, se effettuata in funzione solutoria di un debito scaduto ed esigibile, si caratterizza come anomala rispetto al pagamento effettuato in denaro o con titoli di credito equivalenti, in quanto il relativo processo satisfattorio non è usuale, alla stregua delle ordinarie transazioni commerciali, tanto da sottrarsi alla revocabilità solo qualora il meccanismo estintivo tramite cessione sia stato previsto come mezzo di estinzione contestuale al sorgere del debito della cui estinzione si tratta. Orbene, se le parti pattuiscono *ab origine*, nell'ambito di un rapporto di durata, specifiche modalità di pagamento che prevedano il ricorso generalizzato alla cessione in parola, è alle regole di tale accordo contrattuale a monte e alle modalità seguite in concreto, che il giudice deve aver riguardo per apprezzare se l'*accipiens* sia stato effettivamente in grado di rendersi conto di un adempimento sintomatico del dissesto del debitore.

Il terzo comma dell'art. 67 l.fall. disciplina le cause di esenzione dalla revocatoria fallimentare; tra queste, com'è noto, non è contemplato l'aver contrattato con una impresa esercente in regime di monopolio legale. Sui rapporti tra revocatoria e monopolista legale, si era registrata in passato una certa fibrillazione all'interno della giurisprudenza della S.C.: mentre con Sez. U, n. 11350/1998, Finocchiaro, Rv. 520586-01, si era espressa per la incompatibilità, e



dunque per la esenzione del monopolista dall'azione revocatoria fallimentare, seguita anche da altre successive pronunce delle sezioni semplici, con Sez. U, n. 01232/2004, Graziadei, Rv. 569633-01, si pronunciò a favore della compatibilità tra la revocatoria e il monopolio legale.

**Sez. 1, n. 03085/2018, Campese, Rv. 647232-01**, in assoluta continuità con il cennato ultimo arresto delle S.U., ha ritenuto che l'applicabilità alle imprese che operano in regime di monopolio delle disposizioni dettate a presidio del sinallagma nell'esecuzione dei contratti a prestazioni corrispettive comporta che il pagamento del debito liquido ed esigibile, ricevuto dal monopolista nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento dell'utente con la consapevolezza del suo stato d'insolvenza, sia soggetto alla revocatoria di cui all'art. 67, comma 2, l.fall., non trovandosi il monopolista in una situazione differenziata rispetto agli altri creditori; ciò ad eccezione delle ipotesi nelle quali la prestazione sia obbligatoria, non potendo in tali casi l'impresa sottrarsi all'adempimento, neppure nella fase esecutiva del rapporto, ed essendo quindi la stessa priva del potere di scelta e di altra eventuale tutela rispetto al rischio di insolvenza della controparte.

Sul rapporto tra impresa esercente in regime di monopolio legale e revocatoria, successivamente **Sez. 1, n. 10117/2018, Vella, Rv. 648895-01**, ha assunto una posizione più rigida, statuendo che in favore di un imprenditore che somministri beni o presti servizi in regime di monopolio legale trovano applicazione, in assenza di espressa deroga, non solo l'art. 1460 c.c., sull'eccezione di inadempimento, ma anche l'art. 1461 c.c., sulla facoltà di sospendere la esecuzione della prestazione dovuta quando sussista un evidente pericolo di non ricevere il corrispettivo in ragione delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, trattandosi di previsioni compatibili con l'obbligo, posto dall'art. 2597 c.c., di contrattare e di osservare parità di trattamento. L'applicazione delle norme dettate a tutela del sinallagma, dunque, comporta che il pagamento del debito liquido ed esigibile, ricevuto dal monopolista nell'anno che precede la dichiarazione di fallimento del somministrato o dell'utente, con la consapevolezza del suo stato di insolvenza, resta soggetto alla revocatoria di cui all'art. 67, comma 2, l.fall., non trovandosi il monopolista in una situazione differenziata rispetto agli altri creditori, e difettando di conseguenza i presupposti per cogliere nell'art. 2597 c.c. una implicita previsione di esenzione dalla revocatoria stessa.

Altra questione, infine, che si è posta all'attenzione della Suprema Corte, inerente agli effetti della revocazione, è la natura del

credito che sorge dopo il positivo esperimento dell'azione revocatoria fallimentare di pagamenti.

In particolare, **Sez. 6-1, n. 24627/2018, Dolmetta, Rv. 650612-01**, ha ritenuto che, in caso di condanna del creditore pignoratizio, che abbia escusso la garanzia incamerando il ricavato della vendita dei titoli ottenuti in pegno, a restituire l'importo, lo stesso ha diritto ad insinuarsi al passivo solo in via chirografaria nella misura del pagamento revocato, senza che possa rivivere l'originaria garanzia, dal momento che il credito che può essere insinuato ai sensi dell'art. 70, comma 2, l.fall., non è quello originario, ma un credito nuovo che nasce dall'effettiva restituzione e trova fonte direttamente nella legge.

In realtà, sembra che l'effettiva *ratio decidendi* dell'esclusione della garanzia del credito che sorge dopo il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria da parte del fallimento non sia nella diversità della fonte del credito (convenzionale, nel caso del credito originario assistito da pegno; legale, nel caso del credito che nasce dopo il fruttuoso esercizio della revocatoria), ma nella circostanza dirimente che, una volta escussa la garanzia pignoratizia e soddisfatto il credito originario, quella garanzia specifica, sebbene dotata della caratteristica della rotatività, su quei beni determinati, benché fungibili, non esiste più essendo stato estinto, tramite la loro vendita, il credito cui la garanzia accedeva; sicché se si volesse dotare il credito nascente dal vittorioso esperimento dell'azione revocatoria della stessa garanzia che assisteva il credito originario, non di riviviscenza della stessa si dovrebbe parlare, quanto di costituzione di nuova garanzia.

#### 4. I rapporti pendenti.

Di considerevole importanza alcune delucidazioni specifiche nella materia eterogenea dei rapporti pendenti.

La connotazione “regolatrice” delle norme sulla trascrizione è messa in risalto da **Sez. 1, n. 29459/2018, Caiazzo, Rv. 651459-01**, ove si evidenzia che, ai fini dell'opponibilità, nei confronti del fallimento del venditore, dell'acquisto di un bene mobile iscritto nel pubblico registro automobilistico, non è sufficiente che la trascrizione della vendita sia stata richiesta prima della dichiarazione di fallimento, essendo invece necessario che l'atto di vendita sia stato trascritto nel pubblico registro prima della data di dichiarazione del fallimento, trovando applicazione il principio fissato dall'art. 45 della legge fallimentare. Di analoga impostazione, pur nell'ambito delle vendite immobiliari, si mostra **Sez. 6-1, n. 22419/2018, Scaldaferrì,**

**Rv. 650474-01**, nel rilevare che l'opponibilità al fallimento del venditore di un contratto di cessione immobiliare presuppone la trascrizione del contratto stesso in data antecedente alla dichiarazione di fallimento, la cui prova può essere fornita esclusivamente a mezzo della produzione in giudizio, in originale o in copia conforme, della nota di trascrizione, in quanto solo le indicazioni in essa riportate consentono di individuare, senza possibilità di equivoci, gli elementi essenziali del negozio.

**Sez. 6-1, n. 28533/2018, Mercolino, Rv. 651499-02**, illustra che la clausola compromissoria contenuta nello statuto di un consorzio dichiarato fallito è 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, la Corte ha confermato la decisione del tribunale che aveva declinato la propria competenza in favore dell'arbitro 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.

Del tema ricorrente, nel contesto concorsuale, del *leasing* traslativo si è occupata **Sez. 6-1, n. 15975/2018, Terrusi, Rv. 649693-01**, secondo la quale l'azione ordinaria di risoluzione del contratto promossa dal locatore, per inadempimento dell'utilizzatore assoggettato a concordato preventivo, è disciplinata dall'art. 1526 c.c.; deve essere esclusa, pertanto, l'applicazione analogica dell'art. 72 quater l.fall., che ha natura di norma eccezionale e non riguarda la risoluzione del contratto di leasing bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore.

Ancora nella medesima cornice si colloca **Sez. 1, n. 13687/2018, Falabella, Rv. 648784-01**, la quale ha considerato che il curatore fallimentare del promittente venditore di un immobile non può sciogliersi dal contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 l.fall. con effetto verso il promissario acquirente, se quest'ultimo abbia trascritto prima del fallimento la domanda ex art. 2932 c.c. e successivamente anche la sentenza di accoglimento della stessa, in quanto, a norma dell'art. 2652, n. 2, c.c., detta trascrizione prevale sull'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese. Tuttavia, come precisato da **Sez. 6-1, n. 11365/2018, Ferro, Rv. 649063-01**, il curatore del fallimento del promittente venditore può

nondimeno esercitare la facoltà di scelta ex art. 72 l.fall. allorché, pur essendo stata la sentenza di fallimento trascritta dopo la trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., quest'ultima sia stata preceduta dalla trascrizione del pignoramento sull'immobile, in quanto le azioni esecutive individuali pendenti al momento della sentenza dichiarativa di fallimento sono assorbite dalla procedura concorsuale, ma gli effetti anche sostanziali degli atti già compiuti che non siano incompatibili con il sistema dell'esecuzione fallimentare, tra i quali anche il vincolo d'indisponibilità dei beni derivante dal pignoramento, restano salvi in favore della massa dei creditori.

**Sez. 1, n. 00836/2018, Ferro, Rv. 646797-01**, ha esposto che nella vendita con riserva di proprietà in corso al momento della dichiarazione di fallimento del compratore, il venditore può richiedere la restituzione della cosa nell'ipotesi di scioglimento del contratto, quando ancora il curatore non si sia avvalso della facoltà di subentrare nel rapporto negoziale, oppure può proseguire l'azione di risoluzione già intrapresa nei confronti dell'acquirente successivamente fallito; non può, invece, dopo la dichiarazione di fallimento e ove il curatore si sia avvalso della facoltà di subentrare nel contratto in corso, chiedere la risoluzione dello stesso - ancorché fondata su clausola risolutiva espressa - per il pregresso inadempimento del fallito, perché il fallimento determina la destinazione del patrimonio di quest'ultimo al soddisfacimento paritario di tutti i creditori, con l'effetto che la pronuncia di risoluzione non può produrre gli effetti restitutori e risarcitori suoi propri, i quali sarebbero lesivi della *par condicio creditorum*.

Il tema problematico dei rapporti di lavoro nel contesto fallimentare è stato affrontato da **Sez. 1, n. 13693/2018, Campese, Rv. 648785-01**, la quale ha posto in risalto che, fallito il datore di lavoro, salvo che sia autorizzato l'esercizio provvisorio, il rapporto lavorativo entra in una fase di sospensione, sicché il lavoratore non ha diritto di insinuarsi al passivo per le retribuzioni spettanti nel periodo compreso tra l'apertura del fallimento e la data in cui il curatore abbia effettuato la dichiarazione ex art. 72, comma 2, l.fall., in quanto il diritto alla retribuzione non sorge in ragione dell'esistenza e del protrarsi del rapporto di lavoro ma presuppone, in conseguenza della natura sinallagmatica del contratto, la corrispettività delle prestazioni. Nel medesimo orizzonte di vedute, **Sez. L, n. 00522/2018, Amendola, Rv. 647371-01**, ha affermato che, in caso di fallimento del datore di lavoro, ove consti esercizio provvisorio di impresa, il rapporto di lavoro attraversa detta fase di sospensione, con conseguente venir meno dell'obbligo di corrispondere la

retribuzione in difetto dell'esecuzione della prestazione lavorativa, sino a quando il curatore non decida la prosecuzione o lo scioglimento del rapporto ex art. 72 l.fall., *ratione temporis* applicabile, nell'esercizio di una facoltà comunque sottoposta al rispetto delle norme limitative dei licenziamenti individuali e collettivi; ne deriva che, qualora sia accertata la illegittimità del licenziamento intimato dal curatore, il lavoratore ha diritto all'ammissione al passivo fallimentare per il credito risarcitorio che ne consegue, corrispondente alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella della reintegra.

Infine, secondo **Sez. 1, n. 08503/2018, Di Marzio M., Rv. 648116-01**, quando la dichiarazione di fallimento sia intervenuta a seguito di revoca del concordato preventivo per occultamento della reale entità del debito dichiarato nella proposta concordataria ed avente a oggetto un contratto di *leasing* (scioltosi con il fallimento del debitore) garantito da fideiussione, il computo del debito effettivo del fideiussore deve essere commisurato a quello del debitore garantito e la sua determinazione deve avvenire applicando i parametri previsti dall'art. 72-quater l.fall..

## **5. La formazione dello stato passivo.**

L'art. 52, comma 1, l.fall. dispone che il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito; per poter partecipare al concorso fallimentare, dunque, l'istante deve essere titolare di un credito già esistente al tempo della dichiarazione di fallimento.

Di assoluto rilievo in tema appare **Sez. L, n. 16443/2018, Lorito, Rv. 649397-01**, che si è pronunciata sull'annosa questione della ripartizione tra giudice del lavoro e giudice del concorso, della cognizione sulle domande di un lavoratore tese all'impugnazione di un licenziamento disciplinare e alle condanne reintegratorie e risarcitorie nei confronti del datore di lavoro.

Dopo aver precisato che il problema investe non il profilo della competenza del tribunale ex art. 24 l.fall., quanto piuttosto il principio di esclusività che vuole che il giudice dell'ammissione al passivo sia l'unico a poter stabilire, salvo eccezioni tassative (nella fattispecie non rilevanti), quali soggetti e per quali crediti siano titolati a partecipare al concorso, la Suprema Corte ha stabilito che quando la tutela richiesta in giudizio è funzionale al mantenimento di una posizione all'interno dell'impresa, e non limitata alla sollecitazione di una cognizione solo strumentale all'ottenimento di un diritto

patrimoniale (indennizzo, risarcimento), la competenza a decidere è del giudice del lavoro.

Con riferimento alla domanda risarcitoria consequenziale a quella di impugnazione del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro, invece, nel nuovo regime di tutela introdotto dalla cd. “legge Fornero” (art. 1, comma 42, l. n. 92 del 2012, che ha novellato il testo dell’art. 18 l. n. 300 del 1970), la Corte ha evidenziato che la sanzione pecuniaria applicabile non è più, come nel “vecchio” regime, automatica e predeterminata per ogni ipotesi di violazione del rapporto di lavoro da parte del datore, bensì soggetta ad un’applicazione “selettiva” a seconda del tipo di violazione accertata nell’ambito del rapporto di lavoro, nonché commisurata a parametri e ad indici che solo il giudice del rapporto di lavoro potrebbe adeguatamente conoscere e ponderare.

Ne consegue che anche la richiesta di indennizzo o di risarcimento deve essere conosciuta dal giudice del lavoro, con la pronuncia di una sentenza non di condanna, bensì di accertamento, considerato che il giudice del concorso è l’unico ad avere la competenza a conoscere i crediti da ammettere al passivo della procedura concorsuale.

Tuttavia, il lavoratore potrebbe presentare al giudice del concorso una domanda di ammissione con riserva, come se avesse ad oggetto un credito condizionale, ai sensi dell’art. 55, comma 3, l.fall., allo scopo di partecipare al riparto mediante accantonamento.

Tranne ipotesi particolari, come quella appena ricordata, la competenza funzionale del giudice delegato, con riferimento all’accertamento dei crediti pecuniari da far valere nel concorso, è pressoché illimitata, ed in alcune fattispecie tale accertamento può anche assumere la natura di una pronuncia determinativo-constitutiva.

Così **Sez. 1, n. 11962/2018, Nazzicone, Rv. 648457-01**, ha statuito che in materia di insinuazione allo stato passivo dei crediti derivanti da un contratto di leasing che sia stato risolto prima della dichiarazione di fallimento, rientra nei poteri del giudice delegato, ai sensi degli artt. 25, comma 1, n. 8, e 92 e ss. l.fall., provvedere alla determinazione dell’equo compenso per l’uso della cosa ex art. 1526, comma 1, c.c.

**Sez. 1, n. 04510/2018, Fichera, Rv. 647430-01**, ha stabilito che, in sede di accertamento dello stato passivo, la revoca dei contributi pubblici in favore di un’impresa, disposta dall’amministrazione a causa della dichiarazione di fallimento, ha natura di mero accertamento del venir meno di una delle condizioni per la permanenza del beneficio stesso, sicché detta revoca resta

opponibile alla massa anche se intervenuta dopo la pubblicazione della sentenza di fallimento.

Nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ma con ragionamento estensibile a tutte le procedure concorsuali, **Sez. 1, n. 11966/2018, Fichera, Rv. 648458-01**, ha statuito che l'atto di costituzione in mora proveniente dal creditore è inefficace, sia se diretto nei confronti dell'impresa già ammessa alla procedura, sia se indirizzato al suo commissario straordinario. La prima, infatti, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 270 del 1999, che richiama l'art. 44 l.fall., non può eseguire pagamenti; il secondo, dal canto suo, non ha la libera disponibilità dei diritti e degli obblighi dell'impresa in pendenza di procedura, sicché solo la domanda di insinuazione al passivo è atto idoneo a determinare l'interruzione della prescrizione del credito.

Con riferimento precipuo alla procedura fallimentare, del resto, l'inettitudine dell'atto di costituzione in mora sia nei confronti del fallito che nei confronti del curatore non crea vuoti di tutela per il creditore, in quanto con la sentenza dichiarativa di fallimento è fissata l'udienza di verifica dei crediti dinanzi al giudice delegato e quindi, sin dalla dichiarazione di fallimento, il creditore è messo nella possibilità di presentare istanza per l'ammissione al passivo, determinando in tal modo l'interruzione del corso della prescrizione.

**Sez. 3, n. 9638/2018, Cirillo, Rv. 648427-01**, ha aggiunto che la presentazione dell'istanza di insinuazione al passivo fallimentare, equiparabile alla domanda giudiziale, determina, ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c., l'interruzione della prescrizione del credito, con effetti permanenti fino alla chiusura della procedura concorsuale, anche nei confronti del fideiussore fallito, ex art. 1310, comma 1, c.c.

Valorizzando la sfera di competenza funzionale del giudice delegato, in tema di verifica del passivo, ad accertare i crediti da ammettere al concorso, **Sez. 1, n. 09010/2018, Ceniccola, Rv. 648255-01**, con riferimento all'azione esperita dal promissario acquirente ex art. 2932 c.c., ha escluso che essa diventi improcedibile a seguito della dichiarazione di fallimento del promittente venditore. Tale azione, infatti, non ha ad oggetto il soddisfacimento diretto ed immediato di un credito pecuniario, ed inoltre, malgrado il tenore appartenente alla rubrica della disposizione e la sua collocazione all'interno di una *sedes materiae* dedicata all'esecuzione forzata, si differenzia dalle azioni esecutive individuali, sicché non può configurarsi alcun profilo di inammissibilità originaria della domanda o di improcedibilità successiva della stessa ai sensi degli artt. 51 e 52 l.fall..

Con riferimento all'azione di rivendica immobiliare, anch'essa proponibile *sub specie* di istanza di ammissione al passivo ai sensi dell'art. 93 l.fall., **Sez. 1, n. 01190/2018, Terrusi, Rv. 647228-01**, ha precisato che essa presuppone che la vendita sia opponibile al fallimento del venditore, richiedendosi a tal fine che l'atto abbia data certa e che le formalità necessarie a renderlo opponibile ai terzi, cioè la trascrizione, siano state compiute, ex art. 45 l.fall., in data anteriore all'apertura del fallimento, sicché il procedimento *de quo* non può essere instaurato, ai sensi degli artt. 93 e 103 l.fall., in dichiarata pendenza del giudizio ordinario di accertamento dell'autenticità delle sottoscrizioni della scrittura privata di vendita, in quanto, fino al suo positivo esaurimento, e fino alla trascrizione dell'atto, difetta il presupposto cui associare il titolo di legittimazione nei confronti del fallimento.

In particolare, la Corte ha escluso che il giudice delegato possa essere competente ad accertare *incidenter tantum* l'autenticità delle sottoscrizioni della scrittura privata di compravendita, in quanto l'autenticità è un accertamento pregiudiziale all'azione di rivendica spiegata con l'istanza di ammissione al passivo, il cui esito è opponibile alla massa nei limiti in cui la domanda, introduttiva di uno specifico giudizio di cognizione ordinaria, sia stata trascritta in data anteriore alla dichiarazione di fallimento.

A tal proposito, in tema di beni mobili registrati, è stato chiarito che la sola trascrizione dell'atto di acquisto nel PRA ne determina l'opponibilità al fallimento, a nulla rilevando il deposito della richiesta di trascrizione in data anteriore alla dichiarazione di fallimento (**Sez. 1, n. 29459/2018, Caiazza, Rv. 651459 - 01**).

Ancora in tema di domande di rivendicazione, ma con specifico riferimento ai beni mobili, **Sez. 1, n. 01891/2018, Acierno, Rv. 646856-01**, ha chiarito che il requisito di ammissibilità dell'istanza di rivendicazione di beni mobili richiede che le cose mobili oggetto dell'istanza siano determinate nella loro specifica e precisa individualità, perché, con riferimento alle cose fungibili, lo strumento tipizzato dal legislatore è l'istanza di ammissione al passivo di un credito e non l'istanza di rivendicazione.

Altro tema sensibile con riferimento all'ammissione al passivo fallimentare è l'individuazione della causa non imputabile che rende ammissibili le domande tardive e la ripartizione dell'onere probatorio tra il creditore istante e il curatore.

A tal proposito **Sez. 1, n. 16103/2018, Campese, Rv. 649477-01**, ha precisato che il mancato avviso al creditore da parte del curatore, previsto dall'art. 101, ultimo comma, l.fall., integra sì una



causa non imputabile del ritardo da parte del creditore, ma il curatore ha facoltà di provare, ai fini dell'ammissibilità della domanda, che il creditore abbia avuto notizia del fallimento indipendentemente dalla ricezione dell'avviso predetto, ed il relativo giudizio implica un accertamento di fatto rimesso alla valutazione del giudice di merito che, se congruamente e logicamente motivato, sfugge al sindacato di legittimità. Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto che l'intervento di un creditore fondiario in un processo di espropriazione immobiliare contro un debitore, poi fallito, nel quale era intervenuto anche il curatore, lo avesse messo in condizione di conoscere, tramite il suo difensore, l'apertura della procedura fallimentare con il conseguente onere di depositare tempestivamente la domanda di ammissione al passivo.

In tema di domande cd. ultratardive, **Sez. 1, n. 01179/2018, Cristiano, Rv. 646852-01**, ha avuto modo di chiarire che il decorso dell'anno di cui all'art. 101 l.fall., al fine di ritenere inammissibili (appunto, per "ultratardività") le domande di ammissione al passivo di un fallimento, deve essere computato a partire dal dì della dichiarazione di esecutività dello stato passivo emessa a chiusura dell'esame di tutte le domande tempestivamente depositate, anche se esso non si concluda in una sola udienza.

Il procedimento di ammissione al passivo può essere condizionato, nei suoi esiti, da iniziative giudiziarie intraprese dal debitore fallito.

Si tratta, quest'ultima, di un'affermazione che può apparire dissonante rispetto al chiaro tenore dell'art. 43 l.fall., che al comma 1 dispone che: «*Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore*».

Tuttavia, tale affermazione è coerente con il principio di derivazione giurisprudenziale in base al quale la capacità processuale del fallito, anche in relazione a rapporti di diritto patrimoniale, si riespande nel caso in cui il curatore abbia fatto una valutazione di non convenienza rispetto a quella determinata azione giudiziale.

Così **Sez. 2, n. 31313/2018, Scarpa, Rv. 651601-03**, ha ritenuto che quando è in giudizio il curatore e il suo potere di impugnazione sia stato oggetto di uno specifico esame e di determinazione in sede fallimentare, non è concepibile che il fallito conservi per lo stesso rapporto la legittimazione ad impugnare, dato che il curatore sta in giudizio sia per la massa dei creditori, sia per il fallito, e il suo comportamento processuale vincola l'uno e l'altro.

Il difetto di legittimazione ad impugnare una sentenza in capo al fallito è rilevabile d'ufficio dal giudice dell'impugnazione.

Simmetricamente, nel campo delle pretese tributarie, **Sez. 1, n. 12854/2018, Pazzi, Rv. 648887-01**, ha affermato che il contribuente fallito è legittimato ad impugnare l'accertamento tributario, nell'inerzia degli organi fallimentari, e, nel caso di esito favorevole dell'azione promossa, il curatore può eccepire il relativo giudicato, limitando in tal modo la pretesa del concessionario, insinuatosi al passivo per il recupero dell'intero credito contestato, che dovrà essere ammesso al passivo nei limiti della minor somma accertata in via definitiva in sede contenziosa.

Specularmente, **Sez. T, n. 28707/2018, Nonno, Rv. 651274-01**, sostiene che il curatore fallimentare non ha interesse ad impugnare la cartella di pagamento, notificata al fallito e non a lui, riguardante tributi dovuti in epoca antecedente alla dichiarazione di fallimento, ove la cartella non sia stata preceduta dalla notifica, anche nei confronti del curatore, dell'atto impositivo che ne costituisce il presupposto. In vero, non essendo la cartella opponibile alla curatela fallimentare, egli può sempre far valere l'inefficacia relativa davanti al GD o al tribunale fallimentare in sede di accertamento del passivo.

Con riferimento, poi, ai crediti previdenziali, **Sez. 1, n. 11954/2018, Pazzi, Rv. 648930-01**, ha precisato che nel caso in cui la cartella di pagamento sia notificata al curatore e i termini per l'impugnazione di cui all'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 del 1999 non siano ancora scaduti alla data della dichiarazione di fallimento, così come, del resto, nel caso in cui la cartella di pagamento sia notificata al curatore dopo la dichiarazione di fallimento, la pretesa creditoria deve essere ammessa al passivo, ex art. 87 del d.P.R. n. 602 del 1973, sulla base del solo ruolo, essendo il concessionario tenuto ad aggiungere ulteriori documenti giustificativi solo nel caso in cui il curatore, in sede di accertamento concorsuale, contesti l'esistenza del credito cui il ruolo si riferisce.

Sempre in tema di crediti previdenziali, **Sez. 1, n. 29195/2018, Vella, Rv. 651458-01**, ha affermato che nel caso di impugnazione di una cartella portante crediti previdenziali, l'agente della riscossione non è esonerato dal proporre, tempestivamente o tardivamente, la domanda di ammissione al passivo del fallimento del contribuente, visto che nella descritta fattispecie non opera il meccanismo dell'ammissione con riserva previsto per i crediti tributari dagli artt. 88 e 90, comma 2, del d.P.R. n. 602 del 1973, bensì le altre distinte ipotesi di ammissione condizionata di cui all'art. 96 l.fall..

Con riferimento all'ammissione al passivo con riserva, di cui all'art. 96 l.fall., **Sez. 6-1, n. 11362/2018, Terrusi, Rv. 648583-01**, in consonanza con un suo precedente arresto del 2010 (Sez. 1, n.

26041/2010, Mercolino, Rv. 615853-01), ha stabilito che la disposizione del comma 2, n. 3, secondo la quale «*sono ammessi al passivo con riserva i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento*», deve essere interpretata estensivamente, in modo da ricomprendere anche i crediti oggetto di accertamento negativo da parte di una sentenza non passata in giudicato e pronunciata prima della dichiarazione di fallimento.

Ne consegue che se il fallimento del debitore viene dichiarato dopo la pronuncia di una sentenza che rigetta, totalmente o parzialmente, una domanda di condanna ad una prestazione pecuniaria spiegata da un creditore, il credito fatto valere in via ordinaria deve essere, su istanza del creditore, ammesso al passivo con riserva, in attesa che il processo ordinario si chiuda con una sentenza passata in giudicato.

**Sez. 1, n. 6258/2018, Ceniccola, Rv. 647757-01**, d'altro canto, ha escluso che l'ambito applicativo dell'ammissione con riserva, disegnato dall'art. 96, comma 3, n. 3, l.fall., ricomprenda anche il credito risultante da una sentenza passata in giudicato ma oggetto di un giudizio di revocazione, potendosi in tal caso porre rimedio, in ipotesi di caducazione della sentenza, mediante lo strumento della revocazione del credito ammesso, di cui all'art. 98, comma 4, l.fall., allo scopo di ottenere la corrispondente modifica dello stato passivo.

### **5.1. Le prove documentali.**

Con riguardo all'efficacia probatoria dei documenti depositati nell'ambito del procedimento di ammissione al passivo, **Sez. 1, n. 11197/2018, Pazzi, Rv. 648453-01**, afferma che l'elenco dei creditori previsto dall'art. 161, comma 2, lett. b), l.fall., che sia stato depositato dall'imprenditore unitamente alla domanda di concordato preventivo, non può assumere valore confessorio nel successivo fallimento, in quanto gli effetti di una dichiarazione avente valore di confessione stragiudiziale si producono se e nei limiti in cui essa sia fatta valere nella controversia in cui siano parti, anche in senso processuale, gli stessi soggetti, rispettivamente, autore e destinatario della dichiarazione.

Tuttavia, i dati evincibili da quell'elenco possono assumere il valore di indizi idonei a corroborare altri elementi prodotti dal soggetto che intende insinuarsi al passivo del fallimento assumendo di essere creditore.

Con riferimento, poi, al valore probatorio dell'estratto conto bancario, sempre in tema di accertamento del passivo, **Sez. 1, n. 22208/2018, Pazzi, Rv. 650403-01**, ha ribadito il suo orientamento secondo cui la banca, ove prospetti una ragione di credito verso il fallito derivante da un rapporto obbligatorio regolato in conto corrente, chiedendone l'ammissione al passivo, ha l'onere, nel giudizio di opposizione allo stato passivo, di dare piena prova del suo credito, assolvendo al relativo onere secondo il disposto della norma di cui all'art. 2697 c.c. attraverso la documentazione relativa allo svolgimento del conto, senza poter pretendere di opporre al curatore, stante la sua posizione di terzo, gli effetti che, ai sensi dell'art. 1832 c.c., derivano, ma soltanto tra le parti del contratto, dall'approvazione anche tacita del conto da parte del correntista, poi fallito, e dalla di lui decadenza dalle impugnazioni (cfr. già Sez. 1, n. 01543/2006, Celentano, Rv. 586587-01). Tuttavia, la Corte ha anche precisato che ciò non significa che, in ambito di insinuazione al passivo, l'estratto conto debba essere considerato in via generalizzata come privo di qualsiasi valore probatorio.

Fermo restando, infatti, che il creditore, per soddisfare l'onere della prova a suo carico, deve produrre, innanzitutto, la documentazione relativa allo svolgimento del conto, la Suprema Corte ha precisato che il giudice dell'opposizione allo stato passivo non può, nella sua valutazione di idoneità probatoria degli estratti conto depositati dalla banca, prescindere dalla loro completezza ed esaustività e dal comportamento processuale del curatore in relazione ad essi.

Infatti, l'ammissibilità di prove atipiche, generalmente riconosciuta sia in dottrina che in giurisprudenza, impone all'organo giudicante di tener conto di documenti che, per la loro qualità tecnica, il loro contenuto o la loro provenienza, sebbene provenienti da una parte in causa, forniscano una rappresentazione esaustiva di fatti giuridicamente rilevanti ai fini della decisione, se altri elementi estrinseci ad essi contribuiscono a corroborarne la attendibilità probatoria.

La Corte, nell'arresto in parola, ha accostato il meccanismo probatorio su cui si fonda l'estratto conto al procedimento, in generale, di resa dei conti (artt. 263 e ss. c.p.c.): la parte onerata procede alla rendicontazione tramite la precisa indicazione dell'evoluzione storica del rapporto, mentre la controparte ha l'onere, entro un determinato termine, di sollevare contestazioni, specificando le partite che intende porre in contestazione; allo stesso

modo la banca rende il conto dell'integrale svolgimento del rapporto, rispetto al quale è rilevante il comportamento che assume il curatore.

Ne consegue che se il curatore non svolge alcuna contestazione rispetto alle risultanze dell'estratto conto integrale, il tribunale non potrà che prendere atto dell'evoluzione storica del rapporto contrattuale così come rappresentato nell'estratto conto, né potrà pretendere dalla banca ulteriore documentazione a suffragio dei fatti storici da esso risultanti, pur mantenendo il potere di sollevare d'ufficio le eccezioni, non rilevabili ad esclusiva istanza di parte, giustificate in base ai fatti acquisiti in tal modo nella causa.

**Sez. 6-1, n. 16404/2018, Falabella, Rv. 649545-01**, ha ribadito il suo ormai consolidato orientamento sulla scorta del quale la mancanza di data certa nelle scritture prodotte dal creditore, che proponga istanza di ammissione, si configura come fatto impeditivo all'accoglimento della domanda ed oggetto di eccezione in senso lato, come tale rilevabile d'ufficio dal giudice.

Di rilievo, ancora, la precisazione addotta da **Sez. 1, n. 11197/2018, Pazzi, Rv. 648453-01**, la quale ha reputato che in tema di insinuazione al passivo, l'elenco dei creditori previsto dall'art. 161, comma 2, lett. b), l.fall., che sia stato depositato dall'imprenditore unitamente alla domanda di concordato preventivo, non possa assumere valore confessorio nel successivo fallimento del medesimo, in quanto gli effetti di una dichiarazione avente valore di confessione stragiudiziale si producono se e nei limiti in cui essa sia fatta valere nella controversia in cui siano parti, anche in senso processuale, gli stessi soggetti, rispettivamente, autore e destinatario della dichiarazione.

Infine, merita sicuramente di essere segnalata **Sez. 1, n. 22785/2018, Campese, Rv. 650930-01**, la quale ha precisato che il professionista al quale sia stato negato, a causa di carenze nella dovuta diligenza, il compenso per la redazione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., non può invocare, a fondamento del proprio credito, l'ammissione del debitore (poi fallito) che lo ha designato alla procedura concordataria. Infatti, il decreto emesso dal tribunale ex art. 163, comma 1, l.fall. non costituisce approvazione della relazione, né ponderazione di competenza esclusiva del tribunale in ambito concordatario, in quanto l'ammissione a detta procedura non assevera definitivamente, con valore di giudicato, l'esattezza dell'adempimento del professionista, potendo la valutazione essere, in seguito, smentita dal medesimo tribunale, in sede di procedura fallimentare, all'esito di un più approfondito controllo da parte del commissario giudiziale.

## 5.2. Le prelazioni.

In tema di ammissione al passivo di crediti assistiti da cause legittime di prelazione, **Sez. 1, n. 11955/2018, Pazzi, Rv. 648931-01**, ha precisato che, a fronte di un contratto di mutuo ipotecario, il curatore del fallimento del mutuatario, che eccepisce l'illiceità dell'operazione per essere stato il contratto utilizzato al solo fine di promuovere un preesistente credito chirografario a credito ipotecario, ha l'onere ex art. 2697 c.c. di fornire la prova di tale assunto, trattandosi non di una mera contestazione della tesi avversa ma di un fatto modificativo del diritto vantato dal creditore.

In sede di domanda di insinuazione di un credito prelatizio, il creditore non deve necessariamente chiedere in forma espressa il riconoscimento della prelazione, ma è sufficiente che la volontà di collocazione privilegiata nel passivo dell'imprenditore fallito risulti dalla chiara esposizione della causa del credito, dovendosi determinare l'oggetto della domanda giudiziale alla stregua delle complessive indicazioni contenute nell'istanza di ammissione e dei documenti ad essa allegati (**Sez. 6-1, n. 08636/2018, Scaldaferrì, Rv. 649501-01**).

Ancora, da un punto di vista formale, ai fini dell'insinuazione al passivo fallimentare di un credito privilegiato è sufficiente che l'istante indichi la causa del credito, non essendo prescritta, a pena di decadenza, l'indicazione degli estremi delle norme di legge che fondano il diritto fatto valere, in base al principio "*iura novit curia*". (**Sez. 1, n. 12467/2018, Vella, Rv. 649114-01**).

Sul privilegio artigiano, ai sensi dell'art. 2751 bis, n. 5, c.c., nel testo applicabile a seguito della novella introdotta dal d.l. n. 5 del 2012, conv., con modif., dalla legge n. 35 del 2012, **Sez. 1, n. 18723/2018, Ceniccola, Rv. 649579-01**, ribadisce che non è sufficiente l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane in quanto essa, pur avendo natura costitutiva, costituisce un elemento necessario ma non sufficiente ai fini del riconoscimento del suddetto privilegio dovendo concorrere con gli altri presupposti previsti dalla legge n. 443 del 1985, cui la norma codicistica rinvia.

Ancora in tema di privilegio ai sensi dell'art. 2751 bis, n. 5, c.c., **Sez. 1, n. 22210/2018, Falabella, Rv. 650404-01**, ha precisato che la richiamata disposizione, che persegue lo scopo di agevolare le cooperative di produzione e lavoro nella realizzazione dei crediti collegati prevalentemente alla prestazione di un'attività lavorativa diretta da parte dei soci, attribuisce privilegio generale sui mobili a favore non di tutti i crediti delle società od enti cooperativi di

produzione e di lavoro, ma soltanto di quelli per i corrispettivi dei servizi prestati e della vendita dei manufatti, senza possibilità di interpretazione analogica (Sez. 1, n. 17396/2005, Panzani, Rv. 582923-01).

E di nuovo in tema di ammissione al passivo del fallimento di crediti privilegiati, **Sez. 1, n. 01192/2018, Ceniccola, Rv. 646957-02**, ha stabilito che il rapporto tra il consorzio stabile e l'impresa consorziata, assegnataria ed esecutrice delle opere pubbliche appaltate al consorzio, non può essere ricostruito secondo lo schema del mandato, in quanto l'assegnazione dei lavori alla consorziata da parte del consorzio, essendo successiva alla costituzione del rapporto consortile e riguardando il momento esecutivo del rapporto, non può essere considerata un contratto (né di subappalto, né di mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio, sicché non può riconoscersi alla consorziata il privilegio ex art. 1721 c.c. sulle somme incamerate dal consorzio fallito in esecuzione dell'appalto.

Sempre in tema di crediti prelatizi, ed in particolare con riferimento ai crediti pignoratizi o privilegiati sui mobili di cui all'art. 2756 e 2761 c.c., per i quali la garanzia che li assiste legittima il creditore all'esercizio del diritto di ritenzione e alla vendita secondo le norme che disciplinano il pegno, **Sez. 1, n. 02818/2018, Ferro, Rv. 647144-02**, ha chiarito che l'art. 53 l.fall., in deroga parziale all'art. 42 l.fall. che attribuisce alla sentenza di fallimento un effetto di spossessamento dei beni del debitore a favore del curatore, se pure riconosce ai creditori privilegiati assistiti dal diritto di ritenzione la possibilità di procedere, pendente la procedura concorsuale, alla vendita del bene, non la configura come esplicazione di autotutela in senso proprio, come avviene al di fuori del fallimento, perché tale facoltà presuppone l'accertamento del credito nelle forme dell'insinuazione allo stato passivo e perché assoggetta la vendita del bene gravato dal privilegio all'autorizzazione e ai criteri direttivi del giudice delegato, senza escludere la concorrente legittimazione del curatore; sicché il ricavato dalla vendita, quand'anche il bene gravato sia venduto direttamente dal creditore, non viene direttamente incassato in via autosatisfattiva dal medesimo, ma diviene oggetto del piano di riparto, nel rispetto delle cause legittime di prelazione.

Con riferimento all'estensione della garanzia ipotecaria dei crediti nei confronti di un imprenditore fallito, e dunque con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 54 l.fall., il cui terzo comma richiama l'art. 2855 c.c., **Sez. 3, n. 04927/2018, Olivieri, Rv. 647364-01**, ha chiarito che, nell'ambito della detta disposizione, devono essere tenuti distinti gli ambiti applicativi del secondo e del

terzo comma dell'art. 2855 c.c.: il secondo comma disciplina i limiti di estensione della garanzia ipotecaria agli "*interessi corrispettivi*", individuandoli nel triennio ivi considerato (biennio precedente ed anno in corso al momento del pignoramento) e sanzionando con la nullità gli accordi non conformi ai limiti legali, mentre il terzo comma ha per oggetto la disciplina dei limiti di estensione della garanzia ipotecaria agli "*interessi moratori*", i quali, successivamente all'anno del pignoramento e fino alla data della vendita beneficiano dell'estensione del medesimo grado della originaria garanzia ipotecaria, ma solo nella misura ridotta "*ex lege*" al tasso legale. Il riferimento cronologico "*alla data del pignoramento*" contenuto nelle disposizioni citate dell'art. 2855 c.c., poi, trova applicazione anche ai crediti ipotecari fatti valere nelle procedure concorsuali ed a quelli azionati dai creditori intervenuti nella procedura esecutiva individuale, e deve intendersi riferito, ai sensi dell'art. 54 l.fall., alla data della dichiarazione di fallimento e, nel caso di intervento spiegato nella procedura esecutiva, per un titolo fruttifero, ai sensi degli artt. 499 e 500 c.p.c., all'atto della concreta aggressione esecutiva del patrimonio debitore posto in essere dal creditore privilegiato, cioè al ricorso per intervento.

Nel regime normativo antecedente alla riforma di cui al d.lgs. n. 5 del 2006, invece, con riferimento ai crediti assistiti da privilegio generale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2749 c.c. e 54, comma 3, l.fall., gli interessi decorrono anche dopo la dichiarazione di fallimento e fino a quando sia stata liquidata una massa attiva sufficiente al soddisfacimento integrale del credito privilegiato ammesso (**Sez. 1, n. 06587 del 2018, Fichera, Rv. 647759-01**).

Nel regime posteriore al d.lgs. n. 5 del 2006, invece, si è scelto di anticipare il momento di cessazione di produzione degli interessi sui crediti muniti di privilegio generale, ancorandolo al deposito del progetto di riparto nel quale il credito è soddisfatto, anche se solo parzialmente (art. 54, ultimo comma, l.fall.).

Sempre in tema di crediti privilegiati, **Sez. U, n. 06928/2018, Tria, Rv. 647568-01**, ha statuito che il trattamento pensionistico erogato dai fondi pensione integrativi ha natura previdenziale, fin dalla loro istituzione, ma, non essendo esso corrisposto da enti gestori di forme di previdenza obbligatoria, ad esso non è applicabile il divieto di cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi previsto dall'art. 16, comma 6, della l. n. 412 del 1991 e, nell'ipotesi in cui il credito sia stato ammesso allo stato passivo del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa del datore di lavoro, esso non è assistito da privilegio.



Ancora in tema di cause legittime di prelazione, **Sez. 1, n. 09926/2018, Valitutti, Rv. 648259-01**, ai fini del riconoscimento del privilegio al credito da restituzione delle somme concesse a sostegno pubblico delle imprese, ai sensi dell'art. 9, comma 5, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, nel caso in cui si sia proceduto da parte degli organi competenti a revocare il beneficio economico, ha precisato che la causa di prelazione sorge non solo in caso di revoca disposta per patologie attinenti alla fase genetica dell'erogazione pubblica, ma si estende anche a quella successiva di gestione del rapporto di credito insorto per effetto della concessione.

I privilegi, d'altro canto, costituendo una deroga alla *par condicio creditorum*, non possono essere estesi a fattispecie non previste dalla legge, sicché, in caso di insinuazione al passivo di una società semplice agricola, il suo credito non è assistito dal privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 4, c.c., che può essere riconosciuto solo a crediti vantati da persona fisica e in particolare dal coltivatore diretto, la cui qualifica si desume dall'art. 1647 e 2083 c.c. ed il cui elemento caratterizzante si rinviene nella coltivazione del fondo da parte del titolare, con prevalenza del lavoro proprio e di persone della sua famiglia (**Sez. 6-1, n. 11917/2018, Ferro, Rv. 648587-01**).

La S.C. ha avuto, nel corso dell'anno, l'occasione di tornare sul privilegio generale spettante ai professionisti, di cui all'art. 2751 bis n. 2 c.c.; il problema è quello della individuazione degli indici rivelatori della "personalità" della prestazione.

A tal proposito, **Sez. 1, n. 09927/2018, Valitutti, Rv. 648551-01**, ha stabilito che la domanda di insinuazione al passivo fallimentare proposta da uno studio associato fa presumere l'esclusione della personalità del rapporto d'opera professionale da cui quel credito è derivato e, dunque, l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis, n. 2, c.c., salvo che l'istante dimostri che il credito si riferisca ad una prestazione svolta personalmente dal professionista, in via esclusiva o prevalente, e sia di pertinenza dello stesso professionista, pur se formalmente richiesto dall'associazione professionale.

### **5.3. Le prededuzioni.**

I limiti in cui è riconosciuta la prededuzione rappresentano uno dei punti più problematici del diritto delle procedure concorsuali.

La norma di chiusura è nell'art. 111, comma 2, l.fall. che dispone che sono considerati prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in

funzione delle procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare.

Sul punto **Sez. 1, n. 01895/2018, Dolmetta, Rv. 647053-01**, ha chiarito che il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza funzionali alla predisposizione di un piano attestato di risanamento, ex art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., non riveste carattere prededucibile nel successivo fallimento a norma dell'art. 111, comma 2, l.fall., poiché il detto piano non costituisce una procedura concorsuale, rientrando nel novero degli atti di programmazione dell'impresa finalizzati al suo risanamento, che possono dar luogo a convenzioni stragiudiziali sottratte alla valutazione o al controllo da parte di organi giurisdizionali.

Viene così confermato l'orientamento, diffuso in dottrina, secondo il quale la procedura concorsuale presuppone l'intervento, in funzione di garanzia e di controllo, del giudice; premessa dalla quale discende l'estraneità, al detto *genus*, dei piani attestati, con la conseguente inapplicabilità della disciplina sui crediti prededucibili di cui all'art. 111, comma 2, l.fall..

Invece, in tema di concordato preventivo, il credito del professionista che abbia predisposto l'attestazione prevista dall'art. 161, comma 3, l.fall. rientra tra quelli sorti "*in funzione*" della procedura e, come tale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione "*ex post*", se la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti (**Sez. 1, n. 12017/2018, Pazzi, Rv. 649109-01**).

Occupandosi per la prima volta del tema del conferimento del carattere della prededucibilità dei finanziamenti ponte concessi alla società dai soci di s.r.l. in funzione della presentazione della domanda di concordato, prima della novella all'art. 182 *quater* l.fall., recata con il d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012, **Sez. 1, n. 18489/2018, Fichera, Rv. 649678-01**, ha stabilito che senza la "copertura" di una norma espressa la quale, nel momento in cui era sorto, conferisse al credito da restituzione del finanziamento del socio il carattere prededucibile, non è possibile riconoscere quel carattere, nel successivo fallimento della società, sulla base della norma generale di cui all'art. 111, comma 2, l.fall., in quanto deve trovare applicazione la norma derogatoria di cui all'art. 2476 c.c., secondo la quale il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri crediti.

Altro problema inerente alla prededuzione riguarda la natura dei crediti rivenienti da contratti stipulati dal debitore dopo l'omologazione del concordato, in sede di esecuzione dello stesso. Da un lato, infatti, si avverte l'esigenza di riconoscere il carattere prededucibile ai crediti dotati di nesso funzionale rispetto all'esecuzione del concordato, che, cioè, siano sorti da contratti conclusi allo scopo di dare esecuzione al concordato; dall'altra parte, si pone, a mo' di limite, l'esigenza di non estendere a dismisura il nesso di funzionalità tra i crediti sorti a valle dell'omologazione del concordato e l'esecuzione dello stesso, con il rischio che, in un concordato con continuità aziendale, diventi impossibile selezionare i contratti funzionali all'esecuzione del concordato distinguendoli da quelli conclusi nell'ordinaria gestione aziendale.

In più, il problema interpretativo è aggravato dal tenore ambiguo dell'art. 181 l.fall., secondo il quale «*la procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'art. 180*», sicché, stando alla lettera della citata disposizione, i crediti sorti a valle dell'omologazione non potrebbero essere funzionali al compimento di una procedura ormai conclusa.

In questo panorama si colloca **Sez. 1, n. 00380/2018, Cristiano, Rv. 646316-01**, che ha stabilito che i crediti nascenti da nuovi contratti che, pur se non espressamente contemplati nel piano concordatario, siano stipulati dal debitore, in corso di esecuzione del concordato preventivo omologato, ai fini del raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano medesimo e dell'adempimento della proposta, devono ritenersi sorti in funzione della procedura e vanno ammessi in prededuzione allo stato passivo del fallimento consecutivo, dichiarato per effetto della risoluzione del concordato.

A norma del penultimo comma dell'art. 104 l.fall., i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio sono soddisfatti in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 1, n. 1), l.fall..

I presupposti dell'esercizio provvisorio sono interpretati in modo rigido dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

Infatti, sebbene in una fattispecie particolare, **Sez. 1, n. 01192/2018, Ceniccola, Rv. 646957-01**, ha stabilito che i consorzi stabili con rilevanza esterna, previsti dalla legge n. 109 del 1994, sono enti collettivi dotati di autonomia soggettiva, organizzativa e patrimoniale rispetto alle imprese consorziate, sicché è il consorzio l'unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del committente e titolare delle somme riscosse in esecuzione del contratto. Pertanto, non ha fondamento la pretesa della società consorziata, assegnataria ed esecutrice dei lavori appaltati, al riconoscimento della

prededuzione dei relativi crediti sulle somme incamerate dal consorzio fallito, sul presupposto della maturazione dei detti crediti in epoca posteriore alla dichiarazione di fallimento.

Nell'ambito di tale pronuncia, la Corte ha colto l'occasione per precisare che l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita ha come suo indefettibile presupposto la disposizione in tal senso del tribunale nell'ambito della sentenza dichiarativa di fallimento o, in alternativa, l'autorizzazione del giudice delegato (disposizione ed autorizzazione previste, rispettivamente, dai commi 1 e 2 dell'art. 104 l.fall.); sicché, in assenza di tali presupposti alternativi fra loro, la prededuzione di cui al penultimo comma dell'art. 104 l.fall. non opera.

Anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti, secondo la Suprema Corte, rientrano tra le procedure concorsuali, sicché **Sez. 1, n. 01182/2018, Terrusi, Rv. 646798-02**, ha esteso ad essi, quanto alla prededucibilità dei crediti sorti in occasione degli stessi o ad essi funzionali, gli stessi principi validi per il concordato preventivo, affermando che il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza funzionali all'omologazione di un accordo di ristrutturazione, rientra "*de plano*" tra i crediti sorti "*in funzione*" di quest'ultima procedura e, come tale, a norma dell'art. 111, comma 2, l.fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che ai fini di tale collocazione debba essere accertato, con valutazione "*ex post*", che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti.

In tema di concordato preventivo, invece, **Sez. 1, n. 12017/2018, Pazzi, Rv. 649109-01**, pone in luce che, il credito del professionista che abbia predisposto l'attestazione prevista dall'art. 161, comma 3, l.fall. rientra tra quelli sorti "*in funzione*" della procedura e, come tale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall. – norma che, in relazione al previsto criterio della strumentalità o funzionalità delle attività professionali rispetto alle procedure concorsuali, introduce un'eccezione al principio della *par condicio creditorum* al fine di favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa –, va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione "*ex post*", se la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti.

Anche quanto alla prededucibilità dei crediti sorti da finanziamenti eseguiti, ai sensi dell'art. 182 *quater*, comma 1, l.fall., in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, quest'ultimo si conforma alla disciplina vigente del concordato preventivo: tali crediti, infatti, qualsiasi sia la forma dei finanziamenti

dai quali derivano, sono prededucibili nel successivo fallimento, senza che il tribunale debba svolgere una nuova verifica di funzionalità del finanziamento rispetto all'accordo, già insita nell'omologazione (**Sez. 1, n. 02627/2018, Terrusi, Rv. 647231-01; Sez. 1, n. 16347/2018, Terrusi, Rv. 649535-02**).

Infine, **Sez. 1, n. 18488/2018, Fichera, Rv. 649577-01**, sottolinea che, in tema di prededuzione in sede fallimentare, l'art. 111, comma 2, l.fall. considera prededucibili i crediti "sorti in occasione o in funzione" delle procedure concorsuali, individuandoli, alternativamente, sulla base di un duplice criterio, cronologico e teleologico. Tuttavia, affinché un credito sia ammesso in prededuzione, non è sufficiente che lo stesso venga a maturare durante la pendenza di una procedura concorsuale, essendo presupposto indefettibile, per il riconoscimento della prededucibilità, che la genesi dell'obbligazione sia temporalmente connessa alla pendenza della procedura medesima e che, comunque, l'assunzione di tale obbligazione risulti dal piano o dalla proposta. Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso proposto contro il decreto del tribunale che, in sede di opposizione allo stato passivo, aveva escluso la prededucibilità del credito di una società di leasing avente ad oggetto somme dovute a titolo di penale per la mancata immediata restituzione del bene dopo lo scioglimento del rapporto, essendosi la risoluzione del contratto verificata in epoca antecedente alla procedura di concordato.

## **6. Le impugnazioni dei crediti, le opposizioni allo stato passivo, le revocazioni.**

Si sono registrate significative pronunce in punto di tempestività della proposizione del ricorso di opposizione allo stato passivo. **Sez. 1, n. 28430/2018, Pazzi, Rv. 651578-01**, ha affermato che, per valutare detto profilo, qualora la comunicazione dell'accertamento del passivo sia avvenuta a mezzo di posta elettronica ai sensi dell'art. 97 l.fall., nella versione anteriore al d.lgs. n. 179 del 2012, è necessario, in caso di contestazione, verificare il raggiungimento dello scopo e la data della conoscenza, incombendo sul curatore l'onere della relativa prova. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio la decisione della corte d'appello che aveva giudicato tardiva l'opposizione ad uno stato passivo comunicato mediante e-mail, per come richiesto dal creditore, e ritenuto tale modalità sufficiente ad assolvere l'obbligo di comunicazione, stante la sostanziale affidabilità del protocollo che lasciava presumere la

ricezione dell'atto, in assenza di deduzioni contrarie da parte del destinatario.

**Sez. 6-1, n. 04787/2018, Ferro, Rv. 647892-01**, ha rilevato che il ricorso deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione del decreto di esecutività dello stato passivo, mediante deposito presso la cancelleria del tribunale, ai sensi dell'art. 99, comma 1, l.fall. Ne deriva che, in caso di deposito telematico, ai fini della verifica della tempestività, il ricorso in opposizione deve intendersi proposto nel momento in cui viene generata la ricevuta di consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata del Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 16 bis, comma 7, del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 221 del 2012, insufficiente essendo la sua mera notifica, entro detto termine, all'indirizzo PEC del curatore.

**Sez. 6-1, n. 11366/2018, Ferro, Rv. 648584-01**, ha evidenziato che l'opposizione allo stato passivo può essere proposta entro sei mesi dal deposito del decreto che lo dichiara esecutivo. A tal fine, la Corte ha ritenuto l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 327 c.p.c., preclusa nel solo caso in cui l'opponente provi di non aver avuto conoscenza dell'esistenza della procedura concorsuale. In tal senso, l'assimilazione dell'istituto in parola ai rimedi impugnatori cede il passo solo a fronte di ulteriori esigenze di specialità e di autonomia della procedura concorsuale che trovino nella relativa disciplina apposita e distinta regolamentazione. Nella specie, è stato, in quest'ottica, rigettato il ricorso avverso il decreto del tribunale che aveva dichiarato inammissibile l'opposizione allo stato passivo di un creditore poiché proposta oltre il termine semestrale di cui all'art. 327 c.p.c., ritenendo irrilevante che la comunicazione formale della sua esclusione fosse pervenuta a due anni di distanza dal deposito in cancelleria del decreto di esecutività dello stato passivo, essendo il creditore già a conoscenza della procedura concorsuale.

Ha ricevuto ulteriore conferma – ad opera di **Sez. 6-1, n. 21583/2018, Falabella, Rv. 650469-01** – il rettilineo avviso di legittimità che ritiene inopponibile alla procedura fallimentare il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, di esecutorietà ex art. 647 c.p.c..

Nella prospettiva in discorso, solo in virtù della dichiarazione giudiziale di esecutorietà, il decreto passa in giudicato, non rilevando, per converso, l'avvenuta concessione della provvisoria esecutorietà ex art. 642 c.p.c. o la mancata tempestiva opposizione alla data della dichiarazione di fallimento. La pronuncia segnala come detta impostazione – ribadita soltanto qualche mese prima da **Sez. L, n.**

**01774/2018, Cavallaro, Rv. 647239-01** –, non violi l'art. 1, protocollo n. 1, della CEDU (che tutela sia i “beni” che i valori patrimoniali, compresi i crediti) poiché l'aspettativa dell'ingiungente di tutela del diritto di credito in via privilegiata non ha base legale di diritto interno alla luce della suddetta consolidata giurisprudenza. Nella specie, l'ingiungente aveva proposto opposizione all'ammissione del proprio credito in chirografo allegando proprio l'aspettativa di tutela indotta dall'opponibilità al debitore del decreto ingiuntivo e dal riconoscimento della prelazione ipotecaria.

Di rilievo quanto espresso da **Sez. 1, n. 09928/2018, Fichera, Rv. 648890-01**, secondo cui, in tema di verifica dello stato passivo, ove il credito dell'istante sia stato ammesso al concorso solo parzialmente, il curatore che intenda contestare il relativo accertamento del giudice delegato deve impugnare lo stato passivo nel termine di rito, non essendo sufficiente la proposizione di una mera eccezione sul punto nel giudizio di opposizione promosso dal medesimo creditore istante. **Sez. 1, n. 22784/2018, Campese, Rv. 650929-02**, ha, peraltro, chiarito che, nel giudizio di opposizione allo stato passivo, il curatore può proporre per la prima volta l'eccezione revocatoria, anche se non formulata in sede di verifica dello stato passivo, e nonostante la corrispondente azione non sia stata inserita nel programma di liquidazione e neppure effettivamente proposta, anche in via riconvenzionale, nel medesimo giudizio, potendo il giudice delegato ed il tribunale escludere il credito in conseguenza della semplice contestazione del curatore.

Ancora il tema delle possibili condotte del curatore nell'ambito dei giudizi di opposizione allo stato passivo è affrontato da **Sez. 1, n. 04453/2018, Ceniccola, Rv. 647426-01**, secondo cui la titolarità del credito in capo all'opponente rappresenta un elemento costitutivo della domanda, sicché, se, per un verso, grava sull'attore l'onere della sua allegazione e della relativa prova, per altro verso, il fallimento opposto è legittimato a prendere posizione su tale profilo e a contestarlo anche in un momento successivo alla tempestiva costituzione in giudizio, non trattandosi di eccezione in senso stretto da sollevare, a pena di decadenza, nella memoria difensiva ex art. 99, comma 7, della l.fall..

In linea di continuità con il principio già affermato da Sez. 6-1, n. 20363/2011, Cultrera, Rv. 619899-01, **Sez. 1, n. 01900/2018, Dolmetta, Rv. 646860-01**, ha ribadito che, in tema di opposizione, il termine di sessanta giorni entro il quale il collegio deve provvedere sull'opposizione in via definitiva, previsto dall'art. 99 l.fall. nel testo come sostituito dall'art. 6 del d.lgs. n. 169 del 2007, *ratione temporis*

applicabile, in difetto di espressa previsione di perentorietà, deve considerarsi ovviamente ordinatorio.

Ha dato risposta ad una questione pratica di crescente rilievo nel contesto della “digitalizzazione” delle procedure concorsuali, **Sez. 1, n. 31474/2018, Pazzi, Rv. 651929-02**, la quale, muovendo dal presupposto per cui, in tema di opposizione allo stato passivo, secondo i principi generali dei procedimenti che iniziano con ricorso, il deposito del ricorso e del fascicolo di parte contenente i documenti prodotti deve essere contestuale, stante il disposto dell'art. 99, comma 2, n. 4, l.fall., ha evidenziato che, qualora la costituzione avvenga mediante l'invio di un messaggio di posta elettronica certificata eccedente la dimensione massima stabilita nelle relative specifiche tecniche, il deposito degli atti o dei documenti può avvenire mediante gli invii di più messaggi, purché gli stessi siano coevi – cioè strettamente consecutivi – al deposito del ricorso ed eseguiti entro la fine del giorno di scadenza. Nella specie, il Tribunale aveva tenuto conto soltanto della documentazione depositata dall'opponente lo stesso giorno della costituzione in giudizio, escludendo invece quella trasmessa a distanza di uno o due giorni.

Nel contiguo ambito delle impugnazioni dei crediti ammessi, di cui all'art. 98 l.fall, incisiva si palesa la decisione assunta da **Sez. 1, n. 25066/2018, Ceniccola, Rv. 650765-01**, che – nel solco di quanto affermato da Sez. 1, n. 10613/1994, Luccioli, Rv. 489140-01, nel regime anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006 – ha reputato pienamente applicabile il principio dell'onere della prova, tanto da escludere che il creditore ammesso debba dimostrare nuovamente il suo credito, già assistito dalla favorevole valutazione espressa dal giudice delegato in sede di verifica, ritenendo, per converso, che sia l'impugnante a dover provare la fondatezza della sua contestazione. Nella specie la Corte ha, in tal guisa, cassato con rinvio il decreto del tribunale che aveva accolto l'impugnazione proposta dal curatore fallimentare, giacché il creditore ammesso non aveva riprodotto in giudizio le prove documentali su cui si fondava il provvedimento impugnato.

Di non poco momento, la precisazione, contemplata da **Sez. 1, n. 06258/2018, Ceniccola, Rv. 647757-01**, secondo cui l'art. 96, comma 3, n. 3), l.fall., nel disciplinare l'ambito applicativo dell'ammissione con riserva, opera un esclusivo riferimento ai crediti accertati con sentenza, anteriore al fallimento, non passata in giudicato, fattispecie alla quale non è assimilabile la sentenza divenuta irrevocabile e, tuttavia, oggetto di un giudizio di revocazione, potendosi in tal caso porre rimedio, in ipotesi di caducazione della



sentenza, mediante lo strumento della revocazione del credito ammesso, di cui all'art. 98, comma 4, l.fall., onde ottenere la corrispondente modifica dello stato passivo.

Della materia delle spese processuali, infine, si è occupata **Sez. 1, n. 03956/2018, Di Virgilio, Rv. 647235-02**, precisando come, a seguito delle modifiche apportate all'art. 101 l.fall. dall'art. 86 del d.lgs. n. 5 del 2006, non si ponga più il problema dell'estensione ai giudizi de quibus del principio desumibile dal previgente art. 101, comma 4, l.fall. (non riproposto nella nuova formulazione della norma), che, in tema di dichiarazione tardiva di credito, poneva a carico del creditore le spese conseguenti al ritardo della domanda. In tal senso, anche nei giudizi di cui all'art. 98 l.fall., si applica la regola generale di cui all'art. 91 c.p.c. ed è in questa prospettiva che la Corte ha confermato il decreto del tribunale che, sul punto della regolazione delle spese, aveva accolto l'opposizione del creditore e condannato la curatela al pagamento delle spese di lite.

## **7. La liquidazione dell'attivo.**

**Sez. 1, n. 27938/2018, Campese, Rv. 651330-01**, ha affermato l'importante principio secondo cui, quand'anche anteriormente alla procedura esecutiva universale in cui si sostanzia il fallimento, il debitore *in bonis* abbia stipulato un comodato di immobile per uso abitativo a tempo determinato, il successivo fallimento del comodante, determina, ai sensi dell'art. 1809, comma 2, c.c., l'obbligo del comodatario di restituire immantinentemente il bene al curatore, avuto riguardo alla sua necessità di procedere alla liquidazione del cespite libero da persone e cose, per il migliore soddisfacimento dei creditori concorsuali. Detto principio, enunciato nell'interesse della legge, muove da una duplice constatazione: quella del subentro *ope legis* del curatore del soggetto comodante nel contratto di comodato, in virtù dello spossessamento patrimoniale generalizzato e dell'efficacia di pignoramento generale dei beni del debitore connessi alla declaratoria fallimentare; quello della facoltà del curatore-comodante, ai sensi dell'art. 1809 c.c., anche anteriormente al maturare del termine di scadenza del negozio e prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, di esigerne la restituzione immediata, qualora colto da un bisogno urgente e impreveduto che, nel caso dell'organo concorsuale, si lega all'esercizio della sua stessa funzione, coincidente con la «*necessità ... di riottenere subito quel cespite, libero da persone e cose, per il migliore soddisfacimento (attraverso una locazione o la vendita dello stesso) dei creditori*».

*concorsuali: situazione, quest'ultima, da ritenersi, prevalente rispetto ad eventuali necessità abitative del comodatario, e, come tale, idonea a giustificare il recesso esercitato dalla prima».* D'altronde, la natura essenzialmente gratuita del comodato postula che al detentore dell'immobile non possa ricondursi una tutela omologa, nei confronti del fallimento, rispetto a quella attribuita al conduttore, tenuto, invero, al pagamento di un canone.

Di notevole impatto anche il principio espresso da **Sez. 1, n. 09017/2018, Pazzi, Rv. 648434-02**, che postula la netta scissione tra il novero delle regole applicabili alle vendite endofallimentari effettuate ai sensi del primo comma dell'art. 107 l.fall., rispetto alle regole valide, in via esclusiva ed assorbente, per le alienazioni che il curatore ritenga di svolgere ai sensi del secondo comma della norma richiamata. Qualora, infatti, l'organo che dirige la liquidazione opti per il ricorso al paradigma operativo delle esecuzioni forzate immobiliari, come consentitogli dal predetto comma secondo, rimane esclusa, secondo l'*arrêt* in commento la possibilità di applicare, tanto l'istituto della sospensione della vendita che l'art. 107, quarto comma, l.fall., da parte del curatore, quanto quello della sospensione delle operazioni di vendita che l'art. 108, primo comma, l.fall. riconosce al giudice delegato. In buona sostanza, gli unici precetti – e i soli istituti – suscettibili di venire in rilievo nel quadro delle vendite “codicistiche” del curatore sono quelli del libro III del codice di rito, con le quali non interferiscono, né si sovrappongono, le disposizioni proprie della legge fallimentare.

Una puntualizzazione utile è stata, infine, resa da **Sez. 1, n. 11957/2018, Campese, Rv. 648565-01**, secondo cui, nella fase di liquidazione dell'attivo fallimentare, al curatore è riconosciuta la possibilità di incamerare la cauzione prestata da colui che, scelto tramite procedura competitiva, non addivenga, poi, alla stipula del contratto di affitto di azienda cui quest'ultima era propedeutica, così venendo meno al rispetto della suddetta proposta, a condizione che non venga fornita la prova che l'inadempimento sia giustificato da ragioni idonee a compromettere gli interessi dell'aggiudicatario.

## **8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione.**

In tema sono giunte opportune e coerenti alcune precisazioni afferenti alle conseguenze della cessazione degli organi fallimentari a seguito del provvedimento di chiusura della procedura.

**Sez. 1, n. 29466/2018, Pazzi, Rv. 651482-01**, ha sancito l'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. avverso

il decreto con il quale il tribunale fallimentare, in sede di reclamo, abbia confermato il decreto del giudice delegato, adottato dopo la chiusura della procedura, di rigetto della domanda di restituzione delle somme accantonate in favore dei creditori irreperibili proposta dal debitore; ha considerato che l'atto giudiziale si palesasse assunto al di fuori delle competenze ormai venute meno del tribunale fallimentare, quindi privo dei connotati della decisorietà e definitività, potendo le istanze del fallito in relazione alle somme accantonate e mai riscosse dai creditori irreperibili essere fatte valere solo mediante l'introduzione di un giudizio a cognizione ordinaria avanti al giudice competente. Nella specie, la Corte ha, peraltro, dichiarato inammissibile il ricorso proposto dagli eredi del fallito avverso il provvedimento con cui il giudice delegato aveva rigettato la richiesta di restituzione dei libretti di deposito intestati ai creditori irreperibili, ai sensi dell'art. 117, c. 3, l.fall. nel testo applicabile *ratione temporis*.

Il tema delle implicazioni correlate alla chiusura del fallimento è attraversato anche da **Sez. 1, n. 25603/2018, Caiazzo, Rv. 650770-01**, la quale ha ritenuto che, in tema di procedimento civile, detta chiusura, proprio in quanto determina la cessazione degli organi concorsuali e il rientro del fallito nella disponibilità del (suo) patrimonio residuo, faccia venir meno la legittimazione processuale del curatore, comportando il subentro del fallito medesimo, tornato *in bonis*, al curatore nei procedimenti pendenti all'atto della chiusura.

La valenza di tale principio è stata, peraltro, specificamente esclusa con riferimento al giudizio di cassazione, in quanto contrassegnato da un impulso d'ufficio idoneo a segnare l'inapplicabilità delle norme di cui agli artt. 299 e 300 c.p.c. ed ad escludere che, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., si possa procedere al deposito di documenti attestanti la chiusura del fallimento. È da dire che, detto precedente, nel porsi in linea di continuità con Sez. 2, n. 08959/2006, Cioffi, Rv. 587596-01, sembra segnare il superamento del difforme avviso compendiato da Sez. 3, n. 21729/2013, Scrima, Rv. 628147-01, secondo cui, nel giudizio di cassazione, così come è consentito al successore a titolo universale di una delle parti già costituite di proseguire il procedimento (atteso che l'applicazione della disciplina di cui all'art. 110 c.p.c. non è espressamente esclusa per il processo di legittimità, né appare incompatibile con le forme proprie dello stesso), a maggior ragione sarebbe da ritenere possibile la prosecuzione del processo iniziato dal curatore fallimentare da parte dell'imprenditore tornato *in bonis*, sulla premessa che la chiusura del fallimento, pur privando il curatore della capacità di stare in giudizio, non comporta una successione nel processo, bensì il mero

riacquisto della capacità processuale in capo al soggetto già dichiarato fallito.

Alla fisiologica necessità di contemperare al meglio l'urgenza della chiusura del fallimento e la tutela dei crediti in corso di accertamento, ha fornito un'interessante risposta **Sez. 2, n. 20225/2018, Criscuolo, Rv. 649911-01**, secondo cui la chiusura del fallimento di una società, disposta a seguito dell'integrale avvenuto pagamento dei creditori ammessi, ai sensi dell'art. 118 l.fall., nel testo applicabile *ratione temporis*, non preclude l'adozione discrezionale di appositi accantonamenti in favore di creditori non ancora ammessi al passivo – per essere pendenti i relativi giudizi di opposizione allo stato passivo – mediante modalità di deposito stabilite dal giudice delegato che il curatore è tenuto ad attuare, avvalendosi, ove in tal senso disposto dal magistrato, degli strumenti contrattuali ritenuti più idonei. Nella specie, il fallimento era stato dichiarato chiuso nel 1984 ed il curatore aveva stipulato un contratto di deposito in garanzia.

Di una chiave d'approccio tesa a restringere al minimo le appendici del processo fallimentare successive alla sua chiusura, ha fatto uso **Sez. 1, n. 05892/2018, Campese, Rv. 647436-01**, osservando che la cognizione rimessa al giudice in sede di reclamo avverso il decreto di chiusura del fallimento, ai sensi dell'art. 119, comma 2, l.fall., è circoscritta alla sola verifica della sussistenza di uno dei casi di chiusura di cui ai numeri da 1) a 4) dell'art. 118 l.fall., potendo il fallito o chiunque altro ne abbia interesse far valere in sedi a quel punto esterne alla procedura ogni doglianza, per quanto riferita alla conduzione stessa del fallimento da parte dei suoi organi. Significativo che, nella specie, la Corte abbia confermato il provvedimento reiettivo del reclamo avverso il decreto di chiusura della procedura fallimentare, con il quale il fallito lamentava l'omesso avviso nei suoi confronti sia con riferimento al piano di riparto approvato che all'avvenuto deposito del rendiconto finale del curatore.

Dell'esdebitazione conseguente alla chiusura della procedura – tema reso attualissimo dall'attenzione invalsa, in ambito comunitario, avuto riguardo agli interconnessi profili della *second chance* e del *fresh restart* – si è occupata **Sez. 1, n. 07550/2018, Campese, Rv. 648253-01**, che, in linea di perfetta continuità con l'ottica fatta propria da Sez. U, n. 24214/2011, Piccininni, Rv. 619470-01, ha precisato che la valutazione del presupposto di cui al comma 2 dell'art. 142 l.fall. (per il quale tale beneficio non può essere concesso «*qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali*»), pur rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, deve essere operata secondo

un'interpretazione coerente con il *favor debitoris* che ispira la norma, sicché, ove ricorrano i presupposti di cui al comma 1, il beneficio esdebitatorio deve essere concesso a meno che i creditori siano rimasti totalmente insoddisfatti o siano stati soddisfatti in percentuale affatto irrisoria.

## 9. Il concordato fallimentare.

Di considerevole incidenza appare **Sez. U, n. 17186/2018, De Chiara, Rv. 649300-02**, avendo osservato che, in tema di votazione nel concordato fallimentare, devono ritenersi escluse dal voto e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sottoposte a comune controllo, poiché l'art. 127, comma 6, l.fall. contiene una disciplina applicabile in via estensiva a tutte le ipotesi di conflitto tra l'interesse comune della massa e quello del singolo creditore. Nella stessa pronuncia – (**Rv. 649300-01**) – si evidenzia, sotto contiguo angolo di visuale, che nel concordato fallimentare manca una previsione di carattere generale sul conflitto di interessi, come succede invece nell'ambito delle società (art. 2373 c.c. per la società per azioni e art. 2479 ter per quella a responsabilità limitata), essendo indicate, all'art. 127, commi 5 e 6, l.fall., soltanto alcune ipotesi di esclusione dal voto, dettate dall'esigenza di neutralizzare un conflitto in atto tra l'interesse comune della massa e quello del singolo, sicché il divieto di voto va esteso anche agli altri casi, pure non espressamente disciplinati, in cui sussiste il detto contrasto, come accade tra chi abbia formulato la proposta di concordato e i restanti creditori del fallito.

Il *decisum* investe, dunque, la questione cruciale della legittimazione al voto del creditore proponente il concordato o dei creditori a questi correlati. Le Sezioni Unite chiariscono che tra detto proponente e i creditori che sulla proposta sono chiamati ad esprimersi sussiste un contrasto di interessi immanente alle rispettive qualità di controparti contrattuali, interessate, l'una, a concludere il contratto al minor costo possibile, gli altri, a massimizzare la soddisfazione ritraibile dalla soluzione pattizia. In tal senso, benchè il diritto di voto non sia espressamente negato al proponente, la sua esclusione deve stimarsi implicita. In caso contrario, infatti, a constare sarebbe una lesione dell'autonomia privata dei creditori, confliggente con la stessa nozione di contratto, in quanto i creditori verrebbero fatti sottostare alla volontà, astrattamente idonea a rivelarsi finanche decisiva, della loro stessa controparte, per di più in difetto di un apprezzamento di compatibilità in concreto fra

l'esercizio di siffatta volontà e l'interesse comune dei creditori medesimi, nel cui esclusivo quadro si giustifica l'applicazione della regola maggioritaria.

L'altra questione attinta dalla pronuncia afferisce alla legittimazione al voto concordatario delle società correlate alla società proponente. In tema di voto nel concordato fallimentare manca una previsione di carattere generale come quella dettata sul conflitto di interessi dei soci, ex art. 2373 c.c.. La problematica, d'altronde, non era venuta in essere anteriormente alla riforma del diritto fallimentare introdotta con il d.lgs. n. 5 del 2006, in quanto solo tale riforma a attribuito ai creditori la legittimazione a proporre un concordato fallimentare. Le Sezioni Unite evidenziano come l'esclusione dal voto delle società correlate si imponga in ragione del condizionamento che gli stessi in via mediata fisiologicamente scontano, influenzati, come sono, nelle loro determinazioni, dagli stessi soggetti che si trovano, in via diretta, in situazione di conflitto. Detta regola vale, non soltanto per le società correlate a società creditrici, ma anche per tutte le società creditrici correlate a società che versano in una situazione di conflitto d'interesse senza essere creditrici. È il caso perspicuo, sebbene non esplicitamente contemplato dall'art. 127 l.fall. della società fallita: le società ad essa correlate vanno assoggettate alla stessa regola di esclusione dal voto che rileva, in forza dell'espresso disposto dei commi quinto e sesto della norma in parola, per le società correlate ai congiunti del fallito. Una lettura restrittiva del sesto comma dell'art. 127, l.fall., rigidamente circoscritta alle ipotesi menzionate, varrebbe a rendere contraddittoriamente ingiustificata la disciplina del conflitto d'interesse nel voto concordatario. È in quest'ottica, che la Corte ritiene di escludere dal voto sulla proposta di concordato fallimentare e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sono sottoposte a comune controllo.

La pronuncia delle Sezioni Unite – tesa a sterilizzare a trecentosessanta gradi le situazioni di cointeressenza pregiudizievole fra i soggetti coinvolti nella vicenda concordataria – segna, pertanto, un incisivo superamento dell'orientamento espresso da Sez. 1, n. 03274/2011, Zanichelli, Rv. Rv. 617051-01, che aveva scorto nelle esclusioni dal voto un catalogo chiuso.

Una chiara puntualizzazione si rinviene in **Sez. 1, n. 22771/2018, Vella, Rv. 650756-01**, la quale ha affermato che qualora il decreto di omologazione del concordato fallimentare abbia riconosciuto ad un credito un grado privilegiato, in applicazione di una norma attributiva di prelazione successivamente travolta da

dichiarazione di illegittimità costituzionale con efficacia *ex tunc*, detta efficacia retroattiva non si estende ai rapporti ormai definitivamente esauriti, per essersi verificato uno degli eventi cui l'ordinamento collega il loro consolidamento, tra i quali rientra la definitività del riparto fallimentare al pari di quella dell'omologazione in parola, trattandosi in entrambi i casi della cristallizzazione del passaggio dalla posizione di creditore concorsuale (sulla base dello stato passivo) a creditore concorrente (sulla base della regolazione giudiziale, nel primo caso, o consensuale nel secondo).

Del compenso del professionista asseveratore del concordato fallimentare si è incaricata di fornire specifiche puntualizzazioni **Sez. 6-1, n. 16934/2018, Terrusi, Rv. 649698-01**, la quale ha osservato che la liquidazione di detto compenso non deve avvenire secondo i criteri di cui all'art. 27 d. m. n. 140 del 2012, che riguarda le attività di complessiva assistenza al debitore nel periodo preconcorsuale, trovando, di converso, applicazione i parametri fissati dall'art. 21 dello stesso decreto per le attività di “valutazioni, perizie e pareri”, essendo l'incarico funzionale alla redazione di un “parere motivato”, ovvero a “relazioni di stima richiesta da disposizioni di legge o di regolamenti”.

I corollari di matrice processuale del concordato con assunzione sono perspicui in **Sez. 1, n. 15793/2018, Campese, Rv. 649473-01**, avendo essa ritenuto che qualora la proposta concordataria abbia contemplato la cessione delle azioni revocatorie, la perdita della legittimazione processuale del curatore si verifichi soltanto con l'emissione del decreto previsto dall'art. 136 l.fall., non determinandosi peraltro l'interruzione del processo sino a quando tale evento non sia stato dichiarato o notificato ai sensi dell'art. 300 c.p.c. La pronuncia reca, in tal senso, un'utile riaffermazione del principio già espresso da Sez. 1, n. 04766/2008, Di Amato, Rv. 595007-01.

Sempre dei riverberi del concordato fallimentare omologato sul quadro delle azioni revocatorie esperite insiste **Sez. 1, n. 15012/2018, Terrusi, Rv. 649555-01**, secondo cui l'omologazione produce l'improponibilità o l'improseguibilità delle revocatorie promosse dalla curatela ai sensi degli artt. 64 e 67 l.fall., sul presupposto, peraltro, che l'impedimento all'esercizio o prosecuzione delle azioni sia dichiarato nel processo e reso operativo, o attraverso lo strumento processuale dell'interruzione ex art. 300 c.p.c., o attraverso la produzione in giudizio dei documenti attestanti l'intervenuta omologazione del concordato. La pronuncia rivela un *fil*

*romge* di conformità con Sez. 1, n. 05369/2001, Celentano, Rv. 545816-01.

D'indole chiarificatoria si mostra **Sez. 1, n. 06983/2018, Pazzi, Rv. 648111-01**, secondo la quale deve ritenersi inammissibile il ricorso per cassazione proposto ex art. 111 Cost. avverso il decreto del tribunale fallimentare che, in sede di esecuzione del concordato fallimentare, si sia pronunciato su di una questione attinente alla misura di un credito da soddisfare, in quanto tale provvedimento, non potendo avere ad oggetto questioni decise con la sentenza di omologazione, le quali devono trovare la loro soluzione in sede contenziosa nelle forme ordinarie, non è idoneo a pregiudicare in modo definitivo e con carattere decisorio i diritti soggettivi delle parti. Nella specie la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto avverso il provvedimento del tribunale fallimentare in merito alla misura dei crediti da soddisfare e delle somme da attribuire all'assuntore. Nella pronuncia anzidetta si rinviene la conferma del principio già esplicitato da Sez. 1, n. 03921/2008, Salvato, Rv. 606598-01.

## **10. Il concordato preventivo in generale.**

In tema di concordato in bianco, Sez. 1, n. 15435/2018, Fichera, Rv. 649132-01, chiarisce che allorché il concordato preventivo con riserva sia proposto in pendenza di istanza di fallimento, i termini concessi dal giudice per il deposito della proposta, del piano e della documentazione non sono soggetti alla sospensione feriale, in forza di quanto previsto dall'art. 3 della l. n. 742 del 1969 che, attraverso il richiamo all'art. 92 del r.d. n. 12 del 1941, la esclude per i procedimenti relativi alla dichiarazione e revoca dei fallimenti. Più che la formale qualificazione del procedimento nel cui ambito sono concessi alle parti i termini per le loro attività difensive, rileva il procedimento sul quale il primo va ad incidere. Sicché, costituendo la pendenza del procedimento di concordato un "ostacolo" alla dichiarazione di fallimento, nel senso che quest'ultima può pronunciarsi solo se il concordato non va "in porto", le esigenze acceleratorie sottese al procedimento per la dichiarazione di fallimento si comunicano al procedimento di concordato iniziato in pendenza di quello, impedendo che i relativi termini che ne scandiscono il corso siano soggetti alla sospensione feriale.

Del decorso del termine ex art. 161, comma 6, l.fall., per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi 2 e 3, **Sez. 1, n. 29740/2018, Di Virgilio, Rv. 651487-01**, ha



avuto cura di osservare il decorso a far data dalla presentazione della relativa domanda, non già da quella dell'emissione del provvedimento con cui il giudice concede il termine, né dalla comunicazione di tale provvedimento da parte della cancelleria.

A sua volta, **Sez. 1, n. 09087/2018, Vella, Rv. 648889-02**, ha precisato che la concessione del termine “di recupero” funzionale alle integrazioni delle lacune riscontrate, di cui all'art. 162, comma 1, l.fall., può essere disposta anche in favore del debitore che, sciogliendo la riserva formulata con il ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall., alla scadenza del termine opti per il deposito non già della proposta di concordato preventivo, bensì della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, comma 1, l.fall., in quanto detta ultima procedura riveste carattere concorsuale e si pone, nell'impianto normativo, in termini di intercambiabilità con il concordato.

**Sez. 1, n. 14671/2018, Falabella, Rv. 649255-01**, ha messo in risalto che l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168, comma 3, l.fall. – come novellato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. in l. n. 134 del 2012 – opera esclusivamente con riferimento alla singola domanda di concordato ed in funzione del suo buon esito, sicché non può essere invocata nell'ambito dell'eventuale successiva domanda di concordato presentata dal medesimo debitore, non trovando applicazione il principio della cd. “consecuzione delle procedure” che opera soltanto nel caso di successione tra concordato preventivo e fallimento. Nella medesima pronuncia si chiarisce (**Rv. 649255-02**) che l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168, comma 3, l.fall., - come novellato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. in l. n. 134 del 2012 - opera esclusivamente con riferimento alla singola domanda di concordato ed in funzione del suo buon esito, sicché non può essere invocata nell'ambito dell'eventuale successiva domanda di concordato presentata dal medesimo debitore, non trovando applicazione il principio della cd. “consecuzione delle procedure” che opera soltanto nel caso di successione tra concordato preventivo e fallimento.

Di considerevole impatto si mostra la decisione assunta da **Sez. 1, n. 27301/2018, Di Virgilio, Rv. 651445-01**, nel suo chiarire come, in pendenza di procedimento concordatario, il fallimento dell'imprenditore proponente possa essere dichiarato contestualmente al decreto di inammissibilità della relativa domanda,

ancorché non siano ancora decorsi i termini per impugnare quest'ultimo provvedimento; ciò sul presupposto per cui l'effetto devolutivo pieno che caratterizza il reclamo avverso la sentenza di fallimento riguarda anche la decisione sull'inammissibilità del concordato.

A parere di **Sez. 1, n. 16348/2018, Fichera, Rv. 649566-01**, nel concordato preventivo la proposta del debitore, di suddivisione dei creditori in classi, può prevedere il riconoscimento del diritto di voto a quei creditori che siano stati inseriti in apposita classe e postergati, perché titolari di crediti inerenti il rimborso ai soci di finanziamenti a favore della società, nelle ipotesi previste dall'art. 2467 c.c., purché il trattamento previsto per detti creditori sia tale da non derogare alla regola del loro soddisfacimento sempre posposto rispetto a quello, integrale, degli altri chirografari.

La decisione si è, in tal guisa, collocata su un angolo di visuale difforme rispetto a Sez. 1, n. 02706/2009, Panebianco, Rv. 606617-01, che aveva espresso il diverso principio secondo cui, in tema di suddivisione dei creditori in classi nell'ambito della domanda di ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo, i crediti di rimborso dei soci per finanziamenti a favore della società - in quanto postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori, se i finanziamenti sono stati effettuati verso una società in eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto o in una situazione che avrebbe giustificato un conferimento di capitale, e da restituire, se percepiti nell'anno anteriore all'eventuale fallimento, ai sensi dell'art. 2467, primo comma, c.c. - non possono essere inseriti in un piano di cui facciano parte anche altri creditori chirografari, violando tale collocazione la necessaria omogeneità degli interessi economici alla cui stregua, ex art. 160, primo comma, lett. c), l.fall., vanno formate le classi. Tuttavia, trattandosi pur sempre di creditori, da soddisfare dopo l'estinzione degli altri crediti, è ammessa la deroga al principio della postergazione, se risulta il consenso della maggioranza di ciascuna classe e non già il solo consenso della maggioranza assoluta del totale dei crediti chirografari.

**Sez. 1, n. 05906/2018, Fichera, Rv. 648137-01**, ha ritenuto che nel concordato preventivo con transazione fiscale ai sensi dell'art. 182 ter l.fall. - nel testo vigente prima della novella introdotta dall'art. 81, della l. n. 232 del 2016 - il proponente, fermo restando l'obbligo del versamento integrale dell'IVA e delle ritenute non versate, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 160, comma 2, l.fall., può inserire i restanti crediti in classi diverse, applicando una falcidia

anche a quelli muniti di privilegio di grado anteriore rispetto ai suddetti tributi.

### **10.1. L'ammissione alla procedura e la sua revoca.**

Pur avendo la S.C. posto la regola giurisprudenziale in base alla quale la dichiarazione di fallimento è succedanea rispetto alla inammissibilità o, comunque, al mancato buon esito del concordato preventivo, tuttavia **Sez. 1, n. 30539/2018, Campese, Rv. 651878-01**, ha chiarito che è inammissibile una domanda di concordato preventivo presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa, ma per procrastinare la dichiarazione di fallimento. In questo caso, infatti, la domanda integra gli estremi dell'abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità deviate od eccedenti rispetto a quelle per le quali l'ordinamento le ha predisposte.

All'ulteriore consolidamento del principio, già espresso da Sez. 1, n. 05677/2017, Terrusi, Rv. 644656-01, conduce anche **Sez. 6-1, n. 25210/2018, Terrusi, Rv. 651350-01**, ribadendo che la domanda di concordato preventivo presentata dal debitore, non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, figura che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede, nonché dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti. Nella specie, la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva ravvisato gli estremi dell'abuso nella riproposizione, pochi giorni dopo la risoluzione del concordato inizialmente omologato ma rimasto inadempito, di una ulteriore domanda di concordato, priva di ogni elemento di novità.

Il tema "sensibile" del vaglio giudiziale sull'ammissibilità domanda concordataria è attraversato da **Sez. 1, n. 09378/2018, Pazzi, Rv. 648447-01**, la quale ha posto in evidenza che, ove intenda prevedere la suddivisione in classi, la proposta debba necessariamente conformarsi ai due criteri fissati dal legislatore nell'art. 160, comma 1, lett. c), l.fall., costituiti dall'omogeneità delle posizioni giuridiche (che riguardano la natura del credito, le sue qualità intrinseche, il carattere chirografario o privilegiato, l'eventuale esistenza di contestazioni,

ovvero la presenza o meno di garanzie prestate da terzi o di un titolo esecutivo) e degli interessi economici (riferiti alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito, ovvero al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare). Rientra tra i compiti del tribunale - con un accertamento in fatto che non è sindacabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivato - valutare congiuntamente i detti criteri al fine di verificare l'omogeneità dei crediti raggruppati, che non può essere affermata in termini di assoluta identità, essendo sufficiente la presenza di tratti principali comuni di importanza preponderante, che rendano di secondario rilievo quelli differenzianti, in modo da far apparire ragionevole una comune sorte soddisfattiva per le singole posizioni costituite in classe.

La latitudine del giudizio di ammissibilità della domanda viene in evidenza anche in **Sez. 6-1, n. 05825/2018, Terrusi, Rv. 648570-02**, ove è specificato che nel valutare l'ammissibilità della domanda, il giudice ha il compito di controllare la corretta predisposizione dell'attestazione del professionista, in termini di completezza dei dati e di comprensibilità dei criteri di giudizio, rientrando tale attività nella verifica della regolarità della procedura, indispensabile a garantire la corretta formazione del consenso dei creditori. Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso avverso il decreto che aveva dichiarato l'inammissibilità della proposta di concordato per un vizio di attestazione del professionista, il quale non aveva indicato i criteri di valutazione seguiti nel condividere i valori immobiliari riportati in una perizia di parte, allegata alla domanda, ma aveva recepito acriticamente le risultanze di tale perizia. Nella stessa pronuncia (**Rv. 648570-01**) è icasticamente evidenziato che il tribunale è tenuto ad una verifica della fattibilità del piano per poter ammettere il debitore alla relativa procedura, che comprende, non solo la fattibilità giuridica, ma anche quella economica, ove il piano si riveli "prima facie" irrealizzabile.

L'estensione dei poteri valutativi del tribunale è materia trattata anche da **Sez. 1, n. 05479/2018, Genovese, Rv. 647748-01**, la quale ha posto in risalto che il tribunale può emettere, nell'ambito del procedimento ex art. 162 l.fall., provvedimenti di rigetto o di improcedibilità della proposta formulata dal debitore anche al di fuori delle ipotesi di violazione dei requisiti formali di cui agli art. 160, commi 1 e 2, e 161, l.fall., ogniquale volta venga a conoscenza di atti che costituiscono violazione di regole di natura sostanziale (nella specie, pagamenti ritenuti lesivi della "par condicio creditorum"); in tal caso, il decreto di rigetto o di improcedibilità, in assenza della contestuale dichiarazione di fallimento, non ha carattere decisorio e

non è pertanto suscettibile di ricorso straordinario per cassazione ax art. 111, comma 7, Cost.

**Sez. 1, n. 23315/2018, Di Marzio M., Rv. 650759-01**, in linea di continuità con Sez, 1, n. 09061/2017, Terrusi, Rv. 644960-01, torna sul tema cruciale del sindacato di fattibilità, chiarendo una volta di più che la previsione dell'art. 186 bis, ultimo comma, l.fall., attributiva al tribunale del potere di revocare l'ammissione al "concordato con continuità aziendale" qualora l'esercizio dell'attività di impresa risulti manifestamente dannoso per i creditori, non conferisce all'organo giudicante il compito di procedere apprezzamento della convenienza economica della proposta che, quando non sia implausibile, resta riservata al giudizio dei creditori; piuttosto la richiamata previsione suggella la prerogativa giudiziale di verificare che l'andamento dei flussi di cassa, ed il conseguente indebitamento, non siano tali da erodere le prospettive di soddisfazione dei creditori.

Sempre nella cornice frastagliata della fattibilità e dei limiti di giudizio ascrivibili alle prerogative del tribunale si inserisce **Sez. 1, n. 21175/2018, Pazzi, Rv. 650169-01**, a parere della quale, in sede di omologa del concordato preventivo, rientra nell'alveo delle valutazioni giurisdizionali concernenti la fattibilità giuridica, la ponderazione dell'effettiva realizzabilità della causa concreta della proposta concordataria attraverso la previsione di una soddisfazione in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti; viceversa, rimangono rimessi all'apprezzamento dei creditori la verosimiglianza dei termini di adempimento prospettati e i rischi temporali connessi alla liquidazione dell'attivo, trattandosi di aspetti concernenti la mera convenienza economica. Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di rigetto del reclamo avverso il provvedimento con cui il giudice, nel dichiarare l'inammissibilità di un concordato preventivo liquidatorio, aveva valorizzato - ritenendolo incluso nel quadro delle valutazioni giuridiche consentite al collegio - l'aspetto dell'incompatibilità tra il tipo di procedura concordataria prescelto e la programmata persistenza di un contratto d'affitto di azienda alberghiera per ulteriori sei anni al cui spirare era procrastinata la dismissione del complesso di beni.

L'esigenza di distillare, all'interno della fattibilità, il profilo giuridico da quello squisitamente economico, ritorna anche in **Sez. 6-1, n. 04790/2018, Ferro, Rv. 648788-01**, ove si evidenzia che, mentre il sindacato del giudice relativo alla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità dello stesso con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità

economica, quale realizzabilità in concreto del piano proposto dal debitore, può essere svolto solo nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una manifesta sua inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati. Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato inammissibile la proposta di concordato preventivo, rilevando la manifesta inidoneità dell'attivo, come stimato dal medesimo proponente, a consentire il pagamento dei creditori nella percentuale proposta, a causa dell'elevato ammontare delle spese di procedura.

Ad avviso di **Sez. 1, n. 18729/2018, Ceniccola, Rv. 649583-01**, poichè gli effetti del decreto di apertura del concordato preventivo retroagiscono alla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura, in caso di successivo fallimento, i pagamenti eseguiti dall'imprenditore dopo il deposito della domanda di ammissione al concordato, ma prima dell'emissione del decreto di apertura della procedura, sono inefficaci ai sensi dell'art. 167 l.fall. e non risultano soggetti a revocatoria fallimentare pur se rientranti nel c.d. periodo sospetto.

Una significativa pronuncia ha riguardato l'ambito, poco battuto, delle operazioni straordinarie in ambito concordatario: segnatamente a parere di **Sez. 1, n. 01181/2018, Terrusi, Rv. 647227-01**, nel caso in cui il piano presentato preveda la fusione per incorporazione di una società in quella che abbia presentato la proposta di concordato, la relazione del professionista attestatore deve valutarne la fattibilità anche tenendo conto della platea dei creditori dell'incorporata, i quali possono fare opposizione alla fusione ex art. 2503 c.c., sicché il tribunale può dichiarare inammissibile la domanda di concordato ove detta relazione ometta del tutto di prendere in considerazione questa eventualità.

Un opportuno chiarimento è stato svolto da **Sez. 1, n. 26646/2018, Dolmetta, Rv. 651306-01**, secondo cui le azioni giudiziali promosse dall'imprenditore senza l'autorizzazione del giudice delegato, nel corso della procedura di concordato preventivo, non costituiscono di per sé atti di straordinaria amministrazione, idonei a giustificare di per sé la revoca dell'ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 173 l.fall., presupponendo che il tribunale valuti, piuttosto, caso per caso la specifica finalità che l'atto posto in essere risulta aver perseguito rispetto all'obbiettivo incompressibile del miglior soddisfacimento dei creditori. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio il decreto della corte d'appello che aveva confermato il rigetto della domanda di omologa del concordato preventivo, sul presupposto del mero avvio da parte della

proponente, senza autorizzazione e in pendenza della procedura, di talune cause volte ad ottenere la restituzione di somme indebitamente trattenute da alcuni istituti di credito.

**Sez. 1, n. 16856/2018, Terrusi, Rv. 649538-01**, ha ritenuto che, tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, si configurino come atti di frode le condotte del debitore idonee ad occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, ossia tali che qualora conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo in precedenza ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. Rientrano, peraltro, tra i fatti "accertati" dal commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 173 l.fall., non solo quelli "scoperti" perché prima del tutto ignoti nella loro materialità, ma anche quelli non adeguatamente e compiutamente esposti nella proposta concordataria e nei suoi allegati, i quali, ancorché annotati nelle scritture contabili, rivelino una valenza decettiva per i creditori. Nella specie, la Corte ha confermato la pronuncia della corte territoriale, che aveva qualificato come atto di frode il silenzio serbato nella proposta concordataria e nel piano annesso – ancorché essa fosse annotata nelle scritture contabili – su una operazione di scissione patrimoniale, effettuata dalla debitrice già insolvente e consistita nel conferimento di immobili a una società controllata e nella successiva cessione di quote ad un terzo.

**Sez. 1, n. 11958/2018, Ferro, Rv. 648456-01**, ha ritenuto che il pagamento non autorizzato di un debito scaduto eseguito in data successiva al deposito della domanda di concordato preventivo, non integra in via automatica, ai sensi dell'art. 173, comma 3, l.fall., una causa di revoca del concordato, la quale consegue solo alla verifica, da compiersi ad opera del giudice di merito, che tale pagamento, non essendo ispirato al criterio della migliore soddisfazione dei creditori, sia diretto a frodare le ragioni di questi ultimi, così pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato. Nella decisione si ritrova, pertanto, la riaffermazione del principio già rinvenibile in Sez. 1, n. 03324/2016, Cristiano, Rv. 638668-01.

Sempre in tema di revoca del concordato preventivo, **Sez. 1, n. 15695/2018, Fichera, Rv. 649137-01**, ha ritenuto di annoverare tra gli atti di frode, rilevanti ai fini della procedura ex art. 173 l.fall., anche i fatti non adeguatamente e compiutamente esposti in sede di proposta concordataria o nei suoi allegati, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza. Nella specie, la Corte ha

affermato che, l'aver la società proponente omissivo di fornire una plausibile spiegazione circa il rilevante scostamento di valore delle rimanenze di magazzino riportato nella proposta di concordato rispetto a quello indicato nell'ultimo bilancio, costituisce atto di frode.

Ancora in tema si colloca **Sez. 1, n. 15013/2018, Terrusi, Rv. 649556-01**, ove è affermato che gli atti di frode vanno intesi, sul piano oggettivo, come le condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, aventi valenza potenzialmente decettiva per l'idoneità a pregiudicare il consenso informato degli stessi sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, in quanto inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate nella loro sussistenza o anche solo nella loro completezza ed integrale rilevanza, a fronte di una precedente rappresentazione del tutto inadeguata, purché siano caratterizzati, sul piano soggettivo, dalla consapevole volontarietà della condotta, di cui, invece, non è necessaria la dolosa preordinazione. Nella specie, il giudice d'appello, con statuizione confermata sul punto dalla Corte, aveva revocato l'ammissione al concordato preventivo per essersi accertata una situazione debitoria di gran lunga superiore a quella emergente dalla domanda, escludendo potessero riscontrarsi al riguardo "mere irregolarità contabili". In tal senso, è stato confermato un principio già esposto da Sez. 1, n. 17191/2014, Di Virgilio, Rv. 632548-01.

**Sez. 1, n. 31477/2018, Campese, Rv. 651894 - 01**, si sofferma sui rapporti fra giudizio di omologazione del concordato preventivo e contestuale procedimento di revoca dell'ammissione alla procedura, di cui all'art. 173 l.fall., per chiarire che non si tratta di due subprocedimenti, separati ed autonomi, ma di due fasi di un unico procedimento, ricavandone la conseguenza per cui il provvedimento di revoca dell'ammissione alla procedura concorsuale, giustificato dall'accertamento di condotte fraudolente del debitore e non seguito dalla dichiarazione di fallimento della società proponente il concordato, qualora sia adottato nel corso del giudizio di omologazione ex art. 180 l.fall, instaurato all'esito della votazione favorevole dei creditori ed in assenza di opposizioni di quelli dissenzienti, importa anche il sostanziale diniego dell'omologazione, avverso il quale può essere proposto il reclamo di cui all'art. 183, comma 1, l.fall..

Sul piano del rito applicabile, **Sez. 1, n. 05273/2018, Fichera, Rv. 647746-01**, ha evidenziato che nel procedimento di revoca dell'ammissione, il tribunale non è tenuto, con il decreto di convocazione delle parti, a concedere il termine a difesa non inferiore



a quindici giorni previsto dall'art. 15, comma 3, l.fall., sia in quanto il rinvio a tale disposizione contenuto nell'art. 173 l.fall. deve intendersi nei limiti della compatibilità, sia in quanto in tale ipotesi il contraddittorio tra creditore istante e debitore si è già instaurato, cosicché quest'ultimo è già a conoscenza della necessità di preparare la propria difesa anche in relazione alla possibile dichiarazione di fallimento, di cui la revoca del concordato costituisce uno dei presupposti. La stessa pronuncia (**Rv. 647746-02**) ritiene che il commissario giudiziale, ancorché non rivesta né in senso formale, né in senso sostanziale la qualità di parte, possa partecipare al procedimento ex art. 173 l.fall., peraltro instaurato su sua segnalazione, nelle forme che reputi più efficaci, eventualmente anche depositando una memoria difensiva e avvalendosi dell'assistenza tecnica di un difensore.

## **10.2. L'omologa e le impugnazioni.**

Sulla portata giuridica del decreto di omologazione della domanda di concordato preventivo con cessione dei beni si è soffermata **Sez. 1, n. 29741/2018, Campese, Rv. 651488-01**, rinvenendo in esso una natura immediatamente esecutiva, tale da investire da subito il liquidatore nominato dal tribunale delle sue funzioni; dal che viene tratto il corollario per cui, qualora detto organo concorsuale, ancorché privo di legittimazione processuale, intervenga nel giudizio di opposizione all'omologa medesima, innanzi alla corte d'appello, non si determina alcuna nullità del relativo procedimento di reclamo. La medesima pronuncia (**Rv. 651488-02**) ha rilevato che nel concordato preventivo di una società di capitali la decisione di presentare la domanda di ammissione, salvo diversa previsione dello statuto, spetta all'organo amministrativo che delibera sempre con verbale notarile per esigenze di certezza della decisione in considerazione della sua importanza; nel caso di organo amministrativo monocratico, tuttavia, siffatta certezza è assicurata anche nel caso di una generica determina di proporre il concordato, in quanto il contenuto effettivo della proposta risulterà comunque dal ricorso sottoscritto dal medesimo legale rappresentante della società proponente. Ancora, nella decisione in parola (**Rv. 651488-03**), si evidenzia che nel concordato preventivo le modifiche alla proposta presentata possano intervenire anche in pendenza del procedimento teso alla revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173 l.fall., poiché l'art. 175, comma 2, l.fall. – nel testo applicabile *ratione temporis* prima della sua soppressione disposta dal d.l. n. 83 del 2015, conv.

con modif. dalla l. n. 132 del 2015 –, riconosce espressamente tale facoltà fino all'inizio delle operazioni di voto, al fine di evitare che il calcolo delle maggioranze si fondi su voti espressi in riferimento ad una proposta diversa da quella oggetto di omologa. Nella specie, la Corte ha ritenuto che il proponente potesse modificare la proposta in pendenza del procedimento teso alla revoca della sua ammissione al concordato e prima del voto, mediante la presentazione di fideiussioni tese a migliorarla senza necessità di ulteriori attestazioni in ordine al piano concordatario rimasto immutato.

Dell'omologazione tratta anche **Sez. 1, n. 04192/2018, Genovese, Rv. 647421-01**, la quale precisa che l'esclusione del diritto di voto di un creditore, ai sensi dell'art. 176, comma 2, l.fall., non determina l'invalidità della deliberazione di approvazione della proposta concordataria, se si accerta, tramite la c.d. prova di resistenza, che, quand'anche quel creditore fosse stato ammesso al voto, la proposta sarebbe risultata comunque approvata dalla maggioranza dei crediti.

Sulla valutazione degli esiti del voto dei creditori da parte del tribunale, si registra **Sez. 1, n. 13295/2018, Vella, Rv. 648903-01**, ove è esplicitato che dal combinato disposto degli articoli 175, comma 4 e 176, comma 1, l.fall., discende che i crediti oggetto di specifica contestazione da parte del debitore possono essere computati, ai fini del calcolo della maggioranze, solo se il giudice delegato, che è tenuto a provvedere per dirimere il contrasto, abbia adottato la decisione di provvisoria ammissione al voto (totale o parziale) dei titolari dei crediti.

Altre due le pronunce salienti relative alla fase dell'omologa e della sua impugnazione. **Sez. 1, n. 15414/2018, Nazzicone, Rv. 649130-01**, ha evidenziato che in tema di omologazione della proposta di concordato preventivo ex art. 180 l.fall., il tribunale esercita un sindacato incidentale circa la fondatezza dei crediti contestati, condizionali o irreperibili ai fini di disporre i relativi accantonamenti; diversamente, in presenza di crediti tributari oggetto di contestazione, per effetto della norma speciale di cui all'art 90 d.p.r. n. 602 del 1973, il suindicato accantonamento è obbligatorio essendo rimesso al tribunale esclusivamente il potere di determinarne le relative modalità. Nella specie, la Corte ha accolto il ricorso proposto da Equitalia e cassato il decreto di omologazione del concordato preventivo emesso senza che fossero state accantonate le somme relative al credito tributario oggetto di contenzioso tra le parti.

**Sez. 1, n. 16065/2018, Pazzi, Rv.649475-01**, ha ritenuto che, in tema di legittimazione all'opposizione nel giudizio di

omologazione del concordato preventivo, la locuzione “qualunque interessato”, di cui all'art. 180, comma 2, l.fall., comprenda anche i creditori che non raggiungono la soglia minima prevista dall'art. 180, comma 4, l.fall. Se uno dei creditori solleva formale opposizione all'omologa, pertanto, il Tribunale è tenuto a pronunciarsi nelle forme previste dal quarto e dal quinto comma dell'art. 180 l.fall., indipendentemente dal contenuto della contestazione, verificando dapprima l'ammissibilità dell'opposizione e poi la sua fondatezza. Nella specie la Corte ha cassato con rinvio il decreto del tribunale che aveva omesso di decidere sulla contestazione circa la convenienza del concordato, proposta da un creditore che non raggiungeva la soglia del venti per cento dei crediti ammessi al voto.

Nell'ambito dei rimedi impugnatori, **Sez. 1, n. 21122/2018, Nazzicone, Rv. 650401-01**, ha sancito l'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. avverso il decreto con cui il tribunale, in sede di reclamo, abbia confermato il decreto del giudice delegato di rigetto della domanda di restituzione delle somme accantonate per il soddisfacimento dei creditori irreperibili, trattandosi di atto giudiziale privo dei connotati della decisorietà e della definitività, potendo essere, su richiesta della stessa parte istante o d'ufficio, modificato e revocato in ogni tempo. La pronuncia ha così rafforzato l'identico principio già espresso da Sez. 1, n. 12265/2016, Cristiano, Rv. 640038-01.

Secondo **Sez. 1, n. 05271/2018, Ferro, Rv. 647745-01**, in tema di concordato preventivo con cessione dei beni, il richiamo, da parte dell'art. 182 l.fall., all'art. 108 l.fall. comporta che il potere di sospensione delle operazioni di vendita in capo al giudice delegato trovi piena esplicazione, senza che la clausola di compatibilità contenuta nel citato art. 182 l.fall. possa indurre a limitarne interpretativamente la portata. Ne consegue, pertanto, che l'esercizio di esso nel concordato preventivo è ancorato ai presupposti di cui all'art. 108 l.fall., senza che la mancata impugnazione di atti estranei e prodromici al subprocedimento di vendita possa precludere ai soggetti legittimati l'impugnazione del diniego di sospensione delle operazioni di vendita. Nella specie, la Corte ha cassato con rinvio il decreto del tribunale che aveva dichiarato inammissibile il reclamo spiegato da un creditore contro il diniego di sospensione delle operazioni di vendita pronunciato dal giudice delegato a un concordato preventivo con cessione dei beni, in mancanza di impugnazione del programma di liquidazione sulla base del quale l'ordinanza di vendita era stata emessa.

Di notevole incidenza appare **Sez. 1, n. 18738/2018, Pazzi, Rv. 649584-01**, la quale ha statuito che il concordato preventivo deve essere risolto, a norma dell'art. 186 l.fall., qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione di soddisfare i creditori nella misura promessa, a meno che l'inadempimento non abbia scarsa importanza, a prescindere da eventuali profili di colpa del debitore, non trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive ma di un istituto avente una natura negoziale temperata da una disciplina che persegue interessi pubblicistici e conduce, all'esito dell'omologa, alla cristallizzazione di un accordo di natura complessa ove una delle parti (la massa dei creditori) ha consistenza composita e plurisoggettiva.

Di sicuro interesse, infine, è anche **Sez. 1, n. 26002/2018, Lamorgese, Rv. 651321-01**, ad avviso della quale, qualora il fallimento sia stato dichiarato quando è ancora possibile instare per la risoluzione ex art. 186 l.fall. della procedura concordataria, i creditori non sono tenuti a sopportare gli effetti esdebitatori e definitivi del concordato omologato, a norma dell'art. 184 l.fall., posto che l'attuazione del piano è resa impossibile per l'intervento di un evento come il fallimento che, sovrapponendosi al concordato medesimo, inevitabilmente lo rende irrealizzabile.

## **11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.**

Nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa, di ampio respiro sistemico la statuizione contenuta in **Sez. 1, 05116/2018, Dolmetta, Rv. 647635-01**, secondo cui, la responsabilità, per debiti del cedente, dell'istituto di credito cessionario d'azienda di altro istituto di credito posto in liquidazione coatta amministrativa può farsi valere solo con l'insinuazione nello stato passivo del cedente, ex art. 90, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993. Nella specie, la Corte ha ritenuto correttamente respinta l'azione di responsabilità perché proposta nei confronti dell'istituto cessionario mediante riassunzione del giudizio interrotto a seguito della messa in liquidazione coatta amministrativa dell'istituto cedente.

A tenore di **Sez. 1, n. 10383/2018, Terrusi, Rv. 648555-01**, nel contesto della liquidazione coatta, l'accertamento preventivo e l'accertamento successivo dello stato di insolvenza restano ancorati, per effetto delle disposizioni della legge fallimentare, ai medesimi presupposti sostanziali, sicché l'accertamento successivo è ammissibile soltanto nei confronti di quegli enti per i quali risulti ammissibile l'accertamento preventivo, anche se in concreto non

compiuto, con conseguente esclusione in entrambi i casi degli enti pubblici.

**Sez. 2, n. 05937/2018, Oricchio, Rv. 647877-01**, ha osservato che l'assoggettamento di una impresa a liquidazione coatta amministrativa in corso di giudizio, comporta, con riguardo alla controversia promossa contro detta impresa per l'accertamento e il soddisfacimento di un credito, l'improponibilità della domanda stessa anche quando venga proposta come domanda riconvenzionale avente ad oggetto un credito opposto in compensazione.

**Sez. 1, n. 04452/2018, Ceniccola, Rv. 647425-01**, ha puntualizzato che la sentenza di revoca della dichiarazione dello stato di insolvenza è appellabile, ex art. 195 l.fall., nella formulazione anteriore alla modifica apportata dal d.lgs. n. 169 del 2007, e non ricorribile per cassazione, trovando applicazione, nel silenzio serbato dall'art. 10 del d.lgs. n. 270 del 1999 sul relativo regime impugnatorio, il rinvio "fisso", contenuto nell'art. 36 del d.lgs. n. 270, alle disposizioni sulla liquidazione coatta amministrativa, nella versione precedente alla riforma di cui al cit. d.lgs. n. 169.

Nel contesto dell'amministrazione straordinaria disciplinata dal d.l. n. 26 del 1979, conv. con modif. dalla l. n. 95 del 1979 (cd. legge Prodi), **Sez. 1, n. 27117/2018, Cristiano, Rv. 651307-01**, ha chiarito che, ai sensi dell'art. 8, comma 3, lett. b), del d.l. n. 70 del 2011, conv. con modif. dalla l. n. 106 del 2011, in caso di mancata individuazione dell'assuntore del concordato fallimentare, il tribunale può disporre la conversione dell'amministrazione straordinaria in fallimento, ex artt. da 69 a 77 del richiamato d.lgs. n. 270 del 1999, senza dover attendere il decorso del termine di sei mesi dalla conclusione del detto procedimento di individuazione, trattandosi di norma tesa ad accelerare la chiusura di procedure aventi ormai funzioni esclusivamente liquidatorie, salvo che entro detto termine il commissario liquidatore abbia posto in essere tutte le operazioni prodromiche alla loro chiusura in via ordinaria, ovvero liquidato integralmente l'attivo residuo e chiuso le liti pendenti. La pronuncia sedimenta un principio già espresso, nei mesi immediatamente precedenti, da **Sez. 1, n. 10384/2018, Terrusi, Rv. 648556-01**, e da **Sez. 1, n. 07971/2018, Pazzi, Rv. 648114-01**.

Della prosecuzione *ope legis* dei contratti in corso si è occupata anche **Sez. 1, n. 01195/2018, Campese, Rv. 647229-01**, traendo da detta prosecuzione il corollario per cui il contratto ineseguito o parzialmente eseguito continua ad avere esecuzione sia dopo la dichiarazione di insolvenza, sia a seguito dell'apertura dell'amministrazione straordinaria, finché il commissario non eserciti,

formalmente ed inequivocabilmente, la facoltà di sciogliersi dal contratto, sia perché a ciò appositamente provocato dall'altro contraente mediante l'interpello previsto dal comma 3 dell'art. 50, sia perché in tal senso spontaneamente determinatosi a prescindere dalla detta intimazione della controparte. Ne consegue che durante la parentesi di esecuzione “inerziale” del contratto, di cui al citato comma 2, il contraente *in bonis* deve attendere le scelte del commissario – salvo metterlo in mora mediante l'interpello e sempre che prima non sia intervenuta la scadenza naturale del contratto – senza che l'esecuzione del contratto ad opera della procedura possa essere interpretata come tacito subentro *per facta concludentia* del commissario, preclusivo della sua facoltà di scioglimento. Nella specie, la Corte ha ritenuto non opponibile alla procedura la disdetta del contratto annuale di somministrazione di gas all'unità produttiva, comunicata dal somministrante, al fine di impedirne il rinnovo tacito, prima dell'autorizzazione ministeriale del programma e senza che il commissario si fosse espresso circa il subentro o meno nel contratto.

Ancora sulla prosecuzione ex art. 50, comma 2, del d.lgs. n. 270 del 1999, come interpretato dall'art. 1 bis del d.l. n. 134 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 166 del 2008, dei contratti in corso in funzione della conservazione dell'impresa ammessa alla procedura, si sofferma **Sez. 1, n. 28797/2018, Iofrida, Rv. 651472-01**, precisando, ancora una volta, che i detti contratti continuano ad avere esecuzione fino a quando il commissario non eserciti la facoltà di sciogliersi e, dall'altro, i crediti maturati dal contraente *in bonis* dopo l'apertura della procedura devono essere ammessi al passivo in prededuzione, essendo le relative prestazioni finalizzate alla continuazione dell'attività d'impresa ex art. 52 del d.lgs. n. 270 del 1999. Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ammesso in prededuzione il credito per la rata del premio relativo ad un contratto di assicurazione sulla responsabilità civile pendente all'apertura della procedura, maturato tra quest'ultima data e la dichiarazione del commissario di scioglimento dal detto contratto.

Sotto altro aspetto, di sicuro interesse il rilievo operato da **Sez. 1, n. 18151/2018, Pazzi, Rv. 649898-01**, secondo cui, in applicazione dell'art. 40 d.lgs. n. 270 del 1999, a seguito del conferimento dell'incarico, il Commissario dell'amministrazione straordinaria non è tenuto soltanto all'attuazione del programma di cui all'art. 54 d.lgs. citato, ma anche alla gestione dell'impresa e all'amministrazione dei beni dell'imprenditore dapprima in attesa dell'autorizzazione all'esecuzione di tale programma e poi, una volta intervenuta l'autorizzazione, in funzione della migliore attuazione dello stesso,

sicché, essendo il rapporto equiparabile a un mandato nell'interesse del ceto creditorio, in caso di violazione del dovere di corretta e regolare amministrazione secondo i generali principi della materia, è configurabile una responsabilità di natura contrattuale, regolata dall'art. 1218 c.c..

**Sez. 1, n. 03948/2018, Ceniccola, Rv. 647416-01**, ha precisato che l'art. 50 del d.lgs. n. 270 del 1999 – anche alla stregua dell'interpretazione autentica fornita dall'art. 1 bis del d.l. n. 134 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 166 del 2008 – prevede la continuazione dei contratti preesistenti all'amministrazione straordinaria a condizione che il commissario straordinario manifesti espressamente la volontà di subingresso. A tal fine la pronuncia sottolinea la sufficienza di una manifestazione di volontà del commissario diretta in modo non equivoco a profittare del medesimo programma negoziale già pendente tra le parti, desumibile anche dal rinvio, operato dal commissario, alle condizioni contrattuali contenute in un accordo tra le parti anteriore all'apertura della procedura, risultando con ciò integrata la condizione dalla quale la legge fa dipendere il riconoscimento della preclusione in ordine alle prestazioni già eseguite.

## **12. Il sovraindebitamento.**

Le pronunce salienti in tema si collocano tutte sul versante processualistico e indagano la natura dei provvedimenti di rigetto assunti, a vario livello, dal giudice investito dalla procedura.

**Sez. 6-1, n. 04497/2018, Terrusi, Rv. 647887-01**, ha evidenziato che il decreto reiettivo del reclamo avverso il provvedimento, successivo alla nomina del professionista ex art. 15, comma 9, l. n. 3 del 2012, di archiviazione della procedura di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, non è un provvedimento avente carattere decisorio, sicché non è ricorribile per cassazione.

Un'ottica analoga si ritrova in **Sez. 6-1, n. 04500/2018, Terrusi, Rv. 647890-01**, secondo cui il decreto reiettivo del reclamo avverso il provvedimento che ha dichiarato inammissibile la proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, non decidendo nel contraddittorio tra le parti su diritti soggettivi e non escludendo, pertanto, la reiterabilità della proposta medesima, è privo dei caratteri della decisorietà e definitività e non è ricorribile per cassazione.

Prospettiva identica si rinviene in **Sez. 6-1, n. 04499/2018, Terrusi, Rv. 647889-01**, ove è affermato che il provvedimento reiettivo del reclamo proposto avverso il decreto di rigetto di una proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento è privo dei caratteri della decisorietà e definitività, sicché non è ricorribile per cassazione.

Una visuale differente sembra contrassegnare, invece, **Sez. 1, n. 04451/2018, Dolmetta, Rv. 647424-01**, secondo cui è ammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto di rigetto del reclamo proposto nei confronti del provvedimento con cui il Tribunale, in composizione monocratica, abbia respinto l'istanza di omologazione del piano proposto dal consumatore nell'ambito della procedura di sovraindebitamento disciplinata dalla legge n. 3 del 2012, come integrata dalla legge n. 221 del 2012, in quanto provvedimento dotato del requisito della definitività - non essendo revocabile in dubbio che lo stesso sia «*non altrimenti impugnabile*» - e di quello della decisorietà. La decisione si pone in evidente difformità rispetto a n. 19117 del 2017, Terrusi, Rv. 645686-01.





# **PARTE QUINTA**

## **IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA**

(COORDINATA DA ILEANA FEDELE E MILENA D'ORIANO)

### **SEZIONE PRIMA**

#### **IL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO**

##### **CAPITOLO XVII**

###### **OBBLIGHI, RESPONSABILITA' E DIRITTI DEL DATORE E DEL PRESTATORE DI LAVORO**

(DI 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. - 2.2 Il riparto degli oneri della prova in tema di responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. nonché in tema di comportamenti datoriali discriminatori. - 2.3. La tutela dei lavoratori risarcitoria ed in forma specifica. La decorrenza del termine di prescrizione. - 3. Il *mobbing* e lo *straining*. - 4. Le novità legislative in tema di *ius variandi* e di demansionamento. - 4.1. I limiti all'esercizio dello *ius variandi*. - 4.2. L'onere della prova e gli effetti del demansionamento. - 4.3. Il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione in caso di demansionamento. - 5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: gli obblighi datoriali (di corresponsione del trattamento retributivo corrispondente e di riconoscimento del superiore livello). - 5.1 La complessità delle mansioni parametro di valutazione della diligenza del lavoratore. - 5.2. Il tratto distintivo tra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica. Il grafico redattore ordinario. - 5.3. Le conseguenze dell'assegnazione di mansioni diverse da quelle previste nel patto di prova e la verifica della legittimità del patto. - 6. Il trasferimento del lavoratore. - 6.1 Il trasferimento per incompatibilità ambientale ed i limiti al sindacato giurisdizionale su detto atto. - 6.2. La forma del provvedimento di trasferimento ed il mancato rispetto del termine di preavviso. - 6.3. La libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori nell'ambito della unità produttiva. - 6.4. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento illegittimo. - 6.5. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento (rinvio al par. 7.3.) - 7. La retribuzione ed il TFR. L'imputazione dei pagamenti. - 7.1. La presunzione di onerosità della prestazione. - 7.1.1. L'inesistenza di un principio generale di omnicomprensività della retribuzione. - 7.1.2. Il principio dell'assorbimento in materia di retribuzione. - 7.2. Il riparto degli oneri della prova in tema di retribuzione con riguardo al lavoro straordinario ed alla indennità di rischio da radiazioni. - 7.3. I trattamenti economici per servizio estero e per il caso di trasferimento. - 7.4. La ripetibilità da parte del datore delle ritenute fiscali in caso di riforma della sentenza di condanna. - 7.4.1. L'esclusione dalla retribuzione imponibile delle somme di

incentivazione all'esodo. - 7.5. La derogabilità del principio di immodificabilità *in peius* della retribuzione in materia di società cooperative. - 7.6. La determinazione del compenso in tema di lavoro giornalistico. - 7.7. La natura retributiva della indennità sostitutiva delle ferie. La fruizione delle ferie ed il periodo di comporto. - 7.8. La retribuzione e la contrattazione collettiva. - 7.9. Il TFR. - 8. L'eterodirezione, ai fini della delimitazione del "tempo lavoro" e quindi della subordinazione. - 8.1. I controlli datoriali allo svolgimento della prestazione lavorativa. - 8.2. L'inadempimento datoriale della fornitura di vestiario. - 9. La forma dei negozi giuridici in materia di lavoro. - 10. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale e gli effetti ai fini retributivi; la tempestività del recesso del lavoratore in caso di giusta causa.

## 1. Premessa.

Obblighi, responsabilità e diritti del datore di lavoro e del prestatore, ovvero l'essenza del rapporto di lavoro subordinato, di quel rapporto contrattuale di durata, presidiato da peculiari garanzie a favore del prestatore, ma nello stesso tempo connotato dalla subordinazione e dalla eterodirezione, sono il filo conduttore di questo breve *excursus* in cui si è cercato di esaminare in un quadro di riferimento organico, partendo dagli obblighi di protezione datoriale, tutte le pronunzie della S.C. dell'anno appena trascorso relative ai temi innanzi indicati, ivi includendo anche la forma del contratto e dei provvedimenti datoriali in genere.

Ebbene, ad onta delle recenti novelle legislative, non va sottaciuto che l'*imprinting* del contratto di lavoro, quanto alla posizione del datore, è ancora la sussistenza dell'obbligo di protezione del lavoratore.

Nel contratto di lavoro, sul datore infatti incombe non solo l'obbligo di pagamento della retribuzione a fronte della esecuzione della prestazione lavorativa, ma anche quello, autonomo, e del pari primario, di protezione del prestatore.

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 contrattuale, 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 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. In altri termini, 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.

Nel corso del 2018 la giurisprudenza di legittimità su questi temi ha avuto modo di ribadire, in continuità con le posizioni già assunte negli anni precedenti, che gli obblighi di protezione datoriale cedono tuttavia il passo 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 in tema di responsabilità ex art. 2087 c.c., ma anche in tema di comportamenti antidiscriminatori, riaffermando l'insussistenza di un'ipotesi di responsabilità oggettiva datoriale, ed infine di indagare le forme di tutela apprestate ai lavoratori, anche con riguardo al decorso del termine di prescrizione.

Le brevissime notazioni compiute con riguardo all'art. 2087 c.c. 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 della illegittimità delle condotte di *mobbing*, quindi, è da ravvisare proprio nell'obbligo datoriale, ex art. 2087 c.c., di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psicofisica e la personalità morale del prestatore.

Del *mobbing* si è occupata la S.C. nell'anno da poco trascorso, sia con riguardo alla enucleazione dell'essenza delle condotte a tal fine rilevanti, ravvisata, anche in questo caso sulla scia del pregresso insegnamento, nell'intento persecutorio che deve sorreggere i singoli comportamenti datoriali, sia con riferimento alla delimitazione di detta figura da quella adiacente dello *straining*.

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 cosiddetto *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. 15 giugno del 2015, n. 81, 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.

Sebbene 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* oltre che il riparto dell'onere della prova ed i suoi effetti con particolare riferimento al danno risarcibile, per verificare, poi, le conseguenze del rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione per il caso di assegnazioni a mansioni inferiori.

Sul fronte opposto, com'è noto, 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 superiori dopo che sia trascorso il periodo di tempo determinato dalla contrattazione collettiva o dalla legge. Anche di detti aspetti si è occupata la S.C., in sintonia con le posizioni già espresse negli anni precedenti, delimitando la nozione di dipendente avente diritto alla conservazione del posto, affermando l'applicazione dell'art. 2103 c.c. anche alle ipotesi in cui la sostituzione del dipendente con mansioni superiori rientri tra quelle tipiche, ma la sistematicità della sostituzione sia indice di una scelta datoriale, delineando il contenuto delle mansioni dirigenziali ed occupandosi della ultrattività della contrattazione collettiva nella materia in esame, oltre che della enucleazione delle mansioni di redattore nell'impresa giornalistica.

Per affinità con le questioni di cui innanzi, si darà altresì brevemente conto delle conseguenze dell'assegnazione del lavoratore a mansioni diverse da quelle previste nel patto di prova e delle riflessioni del giudice di legittimità per il caso dell'apposizione della clausola di prova ad un contratto a tempo indeterminato, successivo alla plurima reiterazione di contratti a termine (ed avente ad oggetto le medesime mansioni), da ultimo, delle riflessioni della S.C. in tema di rapporti tra prova e periodo di comporta.

Del pari, va ricordato che le mansioni assumono rilevanza ai fini della valutazione della diligenza del lavoratore che deve essere effettuata avendo riguardo sia alla natura della prestazione che all'interesse dell'impresa.

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.

La giurisprudenza di legittimità ha delimitato la nozione del trasferimento, approfondendola con riguardo a quello disposto per incompatibilità ambientale, ribadendo che si è in presenza di un provvedimento che nemmeno latamente assume i connotati della sanzione disciplinare, puntualizzando i limiti del sindacato giurisdizionale su detto atto, a forma libera, salvo che sia diversamente previsto dalla contrattazione collettiva.

Il *trend* di maggiore interesse in questo ambito è, ad ogni modo, la valutazione sul rifiuto del lavoratore di ottemperare al trasferimento illegittimo.

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 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 (sia per il lavoro straordinario che per la indennità di rischio da radiazioni), sia per quanto concerne il principio di assorbimento in materia di retribuzione che per quello che riguarda la rinnovata affermazione della inesistenza di un principio generale di omnicomprensività della retribuzione, oltre che per le regole che sovrintendono l’imputazione dei pagamenti eseguiti dal datore.

La rassegna darà inoltre conto degli ultimi approdi in tema di indennità di servizio estero, di compensi per lavoro giornalistico, di ripetibilità delle trattenute da parte del datore per il caso di riforma della sentenza di condanna, di esclusione dalla retribuzione imponibile delle somme di incentivazione all’esodo, soffermandosi infine sulla natura retributiva della indennità per ferie non godute e dei rapporti tra ferie e comporto.

In conclusione, verranno 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 indagato la nozione di incapacità naturale da valorizzare per ritenere annullabile il negozio di dimissioni, nonché gli effetti ai fini retributivi per il caso di

annullamento del recesso del lavoratore e la nozione di tempestività in caso di giusta causa.

*In limine*, verrà dato atto dell'approfondimento condotto dalla S.C. in relazione al significato di eterodirezione datoriale, sia con riguardo alla distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, sia con riferimento alla delimitazione del cd. "tempo lavoro", anche al fine di verificare poteri e limiti al controllo datoriale sulla prestazione, oltre che gli effetti dell'inadempimento alla fornitura di capi di vestiario, per concludere si rammenteranno gli ultimi approdi relativi alla forma dei negozi giuridici in detta materia.

## **2. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro.**

### **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. 16026/2018, Bellè, Rv. 649356-02**, ha ribadito che il datore di lavoro è tenuto a prevenire anche le condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia del lavoratore, dimostrando di aver messo in atto a tal fine ogni mezzo preventivo idoneo, con l'unico limite, però, del cd. rischio elettivo, da intendere come 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 la prestazione e attività assicurata. Nello specifico la Suprema Corte ha ritenuto non potesse essere esclusa la responsabilità del datore, in caso di infortunio mortale occorso ad un lavoratore investito dal treno mentre operava un controllo degli scambi ferroviari, per il sol fatto che detto intervento era stato effettuato in anticipo rispetto all'orario prefissato, vieppiù in considerazione del rilievo che era emerso dall'istruttoria che lo stesso datore gli aveva consegnato le chiavi per accedere al luogo dell'intervento anteriormente all'orario, pur prefissato nell'ordine di servizio.

La pronunzia innanzi indicata si pone dunque in assoluta armonia con quanto affermato dalla Cassazione anche negli anni precedenti, basti a tal uopo ricordare, tra le più recenti, **Sez. L, n. 798/2017, Manna, Rv. 642508-02**, con cui è stato affermato, in tema di infortuni sul lavoro e di cd. rischio elettivo, che la responsabilità

esclusiva del lavoratore sussiste soltanto ove questi abbia posto in essere un contegno anormale, 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. In assenza di tale contegno, l'eventuale coefficiente colposo del lavoratore nel determinare l'evento è irrilevante sia sotto il profilo causale che sotto quello dell'entità del risarcimento dovuto, perché la *ratio* di ogni normativa antinfortunistica è quella di prevenire le condizioni di rischio insite negli ambienti di lavoro e finanche nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia degli stessi lavoratori.

## **2.2. Il riparto degli oneri della prova in tema di responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. nonché in tema di comportamenti datoriali discriminatori.**

La S.C. ha inoltre 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.

Sul punto, ponendosi in linea di continuità con Sez. L, n. 2038/2013, Arienzo, Rv. 624863-01, Sez. L, n. 18626/2013, Napoletano, Rv. 628377-01, nonché con Sez. L, n. 2209/2016, Esposito, Rv. 638608-01, la recentissima **Sez. L, n. 24742/2018, De Gregorio, Rv. 650725-01**, ribadisce che l'art. 2087 c.c. non configura 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.

Ne consegue 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 provare 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. Nell'ultima delle sentenze indicate, in particolare, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rigettato la pretesa risarcitoria della lavoratrice - caduta in ufficio scivolando su di una carpetta di plastica trasparente portadocumenti - sul presupposto che non era stata provata la nocività dell'ambiente di lavoro, non



emergendo quale misura organizzativa fosse adottabile per evitare l'infortunio.

L'orientamento del giudice di legittimità appare consolidato sul punto, tant'è che viene sostanzialmente ribadito anche da **Sez. L, n. 26495/2018, Marchese, Rv. 651196-01**, che ancora 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 grava 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'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. La S.C., in applicazione del suddetto principio, ha quindi confermato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità datoriale per il danno subito da un lavoratore durante un'operazione di taglio a mezzo di una macchina troncatrice, avendo il datore di lavoro messo a disposizione del lavoratore una macchina in perfetto stato di manutenzione, dotata di dispositivi di protezione atti a evitare il contatto con la lama ed avendo formato e informato periodicamente il lavoratore sui rischi connessi al suo utilizzo.

Va peraltro segnalato e sottolineato 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, nel corso di quest'anno, si è altresì pronunciata anche **Sez. 3, n. 20889/2018, 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 l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi dell'evento dannoso. Nemmeno va taciuto che anche in tale specifico ambito l'orientamento della Corte appare consolidato. Nello stesso senso, infatti, si era 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.

Nella delimitazione degli obblighi di sicurezza datoriali, **Sez. L, n. 05957/2018, Lorito, Rv. 647503-01**, ha ulteriormente precisato però che, nel caso in cui un danno sia stato causato al lavoratore da cosa che il datore di lavoro ha in custodia - con il correlato obbligo di vigilanza e controllo su di essa - e sia accertato il nesso eziologico tra il danno stesso e l'ambiente ed i luoghi di lavoro, sussiste la una responsabilità del datore di lavoro, salvo che lo stesso provi il caso fortuito, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2051 c.c. (danno cagionato da cose in custodia) e 2087 c.c. (tutela delle condizioni di lavoro).

Per l'evidente contiguità con i temi qui trattati va pure ricordata **Sez. L, n. 25543/2018, Rv. 650734-01**, che, in tema di comportamenti datoriali discriminatori, del pari si occupa degli oneri probatori.

Ebbene, la pronunzia innanzi richiamata, ritiene che l'art. 40 del d. lgs. 11 aprile 2006, n. 198 - nel fissare un principio applicabile sia nei casi di procedimento speciale antidiscriminatorio che di azione ordinaria, promossi dal lavoratore ovvero dal consigliere di parità - non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore del ricorrente, prevedendo a carico del datore di lavoro, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato dalla Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire prova dell'inesistenza della discriminazione, ma a condizione che il lavoratore (o il consigliere di parità) abbia previamente fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso.

### **2.3. La tutela dei lavoratori, risarcitoria ed in forma specifica.**

La decorrenza del termine di prescrizione. Qualora l'imprenditore abbia violato gli obblighi di protezione sullo stesso incombenti ex art. 2087 c.c., il lavoratore avrà diritto sia al risarcimento dei danni (patrimoniali e non), sia alla tutela in forma specifica.

Ed infatti, in tema di obblighi di protezione ex art. 2087 c.c. trova applicazione il medesimo principio espresso in riferimento al demansionamento illegittimo, nel senso che il giudice di merito, oltre

a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo da parte del datore di lavoro con la condanna al risarcimento del danno, può emanare una pronuncia di adempimento in forma specifica, di contenuto soddisfacente dell'interesse leso, che condanni il datore ad affidare al lavoratore mansioni confacenti alle condizioni di salute e riconducibili a quelle già assegnate ovvero di contenuto equivalente. Tale obbligo, precisa il giudice di legittimità, è derogabile solo nel caso in cui il datore provi l'impossibilità di ricollocare utilmente il lavoratore nell'azienda, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore. In tal senso si veda, **Sez. L, n. 20080/2018, De Gregorio, Rv. 650044-01.**

In relazione al danno non patrimoniale risarcibile, ai criteri di prova ed al quantum dello stesso, si è affermato che il decesso di un lavoratore a seguito di infortunio sul lavoro fa presumere, ai sensi dell'art. 2727 c.c., la sofferenza morale e quindi il danno non patrimoniale degli stretti congiunti, sicché, nei casi suddetti, incomberà sul danneggiante l'onere di dimostrare l'inesistenza di tale pregiudizio ovvero che i rapporti tra vittima e superstiti fossero di indifferenza, insufficiente ai fini indicati la mera mancanza di convivenza (circostanza quest'ultima che potrà però essere valutata ai fini del *quantum debeatur*). In tal senso si è espressa, **Sez. L, n. 29784/2018, Marotta, Rv. 651673-01.**

Quanto alla individuazione del termine da cui decorre la prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, che si tratti di una ipotesi di violazione degli obblighi di protezione o della diversa ipotesi di demansionamento, **Sez. L, n. 09318/2018, Pagetta, Rv. 648725-01**, 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. In applicazione di detto principio, peraltro affermato in consonanza con quanto già ritenuto da Sez. U, n. 23763/2011, Massera, Rv. 619392-01, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che, in una controversia per demansionamento, aveva individuato come *dies a quo* di decorrenza della prescrizione la data di manifestazione del danno invece che quella di cessazione della condotta illecita da parte del datore di lavoro.

## 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 infatti confermato la decisione di merito, la quale aveva ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore - addetto al lavaggio di automezzi - che, 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. 650900-01**, conforme a Sez. L, n. 10416/2017, Leo, Rv. 644037-01 (v. sul punto anche capitolo sul licenziamento individuale e collettivo, § 2.10).

## 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 mobbizzanti, ovvero quei comportamenti datoriali protratti nel tempo, con intento persecutorio del lavoratore.

Quanto alla definizione della figura, **Sez. L, n. 12437/2018, Patti, Rv. 648956-01**, ha ribadito 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 pronunzia si pone in linea di continuità con l'orientamento della Corte, Sez. L, n. 26684/2017, Di Paolantonio, Rv. 646150-01, che ha valorizzato proprio la presenza dell'intento persecutorio, quale elemento qualificante del fenomeno ed unificatore delle condotte datoriali.

Così definito il *mobbing*, il giudice di legittimità ha avuto altresì modo, nel corso dell'anno 2018, di tratteggiare l'*actio finium regundorum*, tra la figura in esame e lo *straining*.

In tema, **Sez. L, n. 18164/2018, Marotta, Rv. 649817-01**, ha precisato 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 come *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.

La pronunzia innanzi citata, peraltro, si colloca nell'attività di delimitazione delle due figure inaugurate con Sez. L, n. 03291/2016, Tria, Rv. 639004-01, in cui viene sottolineato che l'art. 2087 c.c. è norma di chiusura del sistema antinfortunistico, suscettibile di interpretazione estensiva in ragione sia del rilievo costituzionale del diritto alla salute, sia dei principi di correttezza e buona fede cui deve ispirarsi lo svolgimento del rapporto di lavoro, con la conseguenza che il datore è tenuto ad astenersi da qualsivoglia iniziativa che possa ledere i diritti fondamentali del dipendente mediante l'adozione di condizioni lavorative "stressogene" (cd. *straining*). Pertanto, pur in carenza di un intento persecutorio idoneo ad unificare gli episodi in modo da potersi configurare una condotta di *mobbing*, va comunque valutato se, dagli elementi dedotti - per caratteristiche, gravità, frustrazione personale o professionale, altre circostanze del caso concreto - possa anche presuntivamente risalirsi al comportamento datoriale illecito generatore di questo più tenue danno.

#### **4. Le novità legislative in tema di ius variandi e di demansionamento.**

Il demansionamento è, come si è anticipato, la condotta datoriale con la quale il prestatore viene, in assenza di un intento

persecutorio caratterizzante invece il *mobbing*, adibito alla esecuzione di mansioni inferiori.

Sul piano legislativo va dato atto della novella dell'art. 2103 c.c. che, come si è già accennato, ha ampliato i poteri datoriali in ordine allo *jus variandi*, prevedendo deroghe al divieto di demansionamento in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore, nonché nell'ipotesi di espressa previsione contenuta nei contratti collettivi. In detti casi, è tuttavia fatto salvo il diritto del prestatore demansionato alla conservazione del trattamento retributivo in godimento (fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione) oltre che del livello di inquadramento.

A conferma di quanto si è innanzi accennato, ovvero il permanere, pur dopo la novella dell'art. 2103 c.c. dell'obbligo datoriale di promozione della professionalità del dipendente, va notato come il legislatore abbia previsto l'indispensabile assolvimento, pena la nullità della assegnazione alle nuove mansioni, dell'obbligo formativo del prestatore da parte dell'imprenditore.

Il novellato comma 6 dell'art. 2103 c.c. introduce, poi, la possibilità di stipula tra le parti, nelle sedi cd. assistite, di un patto cd. di demansionamento ovvero un accordo individuale di modifica della categoria legale e del livello di inquadramento e della retribuzione, sempre che, però, detto patto sia funzionalizzato alla conservazione del posto di lavoro, alla acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita del lavoratore.

Ancor più a monte ed in via generale, va rilevato che la novella dell'art. 2103 c.c. ha determinato, ad ogni modo, il contenuto degli obblighi datoriali con riguardo alla assegnazione delle mansioni al prestatore.

La norma citata, infatti, nella attuale formulazione prevede che il lavoratore debba essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore acquisito o ancora a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime mansioni svolte.

La piana analisi del testo normativo introdotto dal d.lgs. n. 81 del 2015 rende immediatamente evidente, dunque, la novità del testo novellato, nella vigenza del quale è attribuita all'imprenditore la facoltà di modificare unilateralmente le mansioni del prestatore a patto che le nuove siano riconducibili allo stesso livello e categoria legale di quelle di inquadramento, laddove, per converso, il testo storico imponeva, a maggior tutela della professionalità del lavoratore, che le nuove mansioni fossero equivalenti a quelle svolte

in precedenza, sia sul piano oggettivo, avuto riguardo, quindi, al contenuto professionale delle stesse, sia sul piano soggettivo, non solo con riferimento al bagaglio professionale acquisito dal lavoratore, ma anche al suo potenziamento e sviluppo futuro.

#### **4.1. I limiti all'esercizio dello *ius variandi*.**

Nonostante le corpose novità in tema di demansionamento, la giurisprudenza di legittimità nel corso di quest'anno non ha ancora avuto modo di pronunciarsi su di esse.

Piuttosto, ha fatto ancora applicazione del previgente art. 2103 c.c., applicabile *ratione temporis*, allorché ha affermato, **Sez. L, n. 28240/2018, Arienzo, Rv. 651518-01**, che l'esercizio dello *ius variandi* datoriale trova il suo limite nella salvaguardia del livello professionale raggiunto dal prestatore, sicché - pur in presenza dell'accorpamento convenzionale delle mansioni in una medesima qualifica - l'equivalenza deve essere valutata in concreto dal giudice di merito, nell'ottica della valorizzazione e dell'accrescimento delle capacità professionali.

La pronunzia si colloca in continuità rispetto al consolidato orientamento maturato anteriormente alla novella dell'art. 2103 c.c. che ha sempre postulato la necessità di accertare in concreto che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza tecnico professionale del dipendente e siano tali da salvaguardarne il livello professionale acquisito, perché il baricentro dell'art. 2103 c.c., anteriormente alle modifiche allo stesso apportate dal d.lgs. n. 81 del 2015, è sempre stato la protezione della professionalità acquisita dal prestatore. In tal senso, Sez. U, n. 25033/2006, Amoroso, Rv. 593512-01, e successivamente, Sez. L, n. 25897/2009, Meliadò, Rv. 610930-01, Sez. L, n. 15010/2013, Marotta, Rv. N. 626942-01, Sez. L, n. 04989/2014, Maisano, Rv. 630286-01, Sez. L, n. 19037/2015, Amendola F., Rv. 637025-01, e da ultimo Sez. L, 04090/2016, Torrice, Rv. 639144-01.

In tema di esercizio dello *ius variandi* da parte del datore, precisa altresì la Corte nel corso di quest'anno, riprendendo l'insegnamento di Sez. L, n. 01575/2010, Curzio, Rv. 611195-01, che l'equivalenza delle mansioni deve essere valutata anche nel caso in cui quelle in precedenza assegnate non siano state affidate ad altro dipendente, ma si siano esaurite, con la conseguenza che anche in tale caso può aversi demansionamento, allorché le nuove mansioni siano inferiori a quelle proprie della qualifica o alle ultime svolte (si veda **Sez. L, n. 07435/2018, Arienzo, Rv. 647612-01**).

Si è occupata, invece, dell'ambito dell'istituto **Sez. L, n. 21515/2018, Paolo Negri della Torre, Rv. 650215-01**, precisando che non rientra nella nozione di demansionamento, l'assegnazione al prestatore di compiti rientranti nel precedente livello di inquadramento se lo stesso lavoratore, per effetto di automatismi previsti dalla contrattazione collettiva, abbia conseguito una progressione economica, ma la stessa contrattazione collettiva preveda la possibilità di utilizzare il lavoratore promosso, anche in via promiscua, nelle mansioni corrispondenti alla qualifica o al grado originari. Tale scelta datoriale, in presenza di espressa pattuizione convenzionale che lo consenta, non costituisce esercizio dello *ius variandi* e non dà luogo, pertanto, a demansionamento, avendo detta progressione il limitato fine di riconoscere al lavoratore un più favorevole trattamento economico. Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione impugnata che aveva ravvisato una dequalificazione professionale nei confronti di un dipendente bancario, le cui mansioni erano rimaste invariate dopo il riconoscimento di un superiore livello d'inquadramento in virtù di un automatismo convenzionale, in quanto il c.c.n.l. di settore contemplava la possibilità di assegnare il lavoratore promosso anche alle mansioni precedenti.

#### **4.2. L'onere della prova e gli effetti del demansionamento.**

La S.C. ha inoltre riaffermato, in tema di riparto degli oneri della prova, un principio già più volte ribadito: nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, qualora il lavoratore alleggi un demansionamento professionale riconducibile ad un inesatto adempimento dell'obbligo posto dall'art. 2103 c.c. a carico del datore di lavoro, è su quest'ultimo che incombe l'onere di provare l'esatto adempimento, dimostrando l'inesistenza, all'interno del compendio aziendale, di altro posto di lavoro disponibile, equiparabile al grado di professionalità in precedenza raggiunto dal lavoratore.

Sul punto si veda **Sez. L, n. 26477/2018, De Gregorio, Rv. 651236-01**, che riprende Sez. L, n. 4211/2016, De Gregorio, Rv. 639195-01, che, a sua volta, richiama il principio già affermato da Sez. L, n. 4766/2006, Nobile, Rv. 587351-01.

Il danno derivante da demansionamento e dequalificazione professionale, come si è già accennato, non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale, sicchè deve essere allegato e provato dal lavoratore, anche 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 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 (così **Sez. L, n. 25743/2018, Cinque, Rv. 651145-01**).

Quanto agli effetti dell'accertato demansionamento, con riguardo alla tutela del lavoratore, **Sez. L, n. 20080/2018, De Gregorio, Rv. 650044-01**, ha precisato che nell'ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori (ferma restando la possibilità per il lavoratore di richiedere, come già si è detto, anche la tutela in forma specifica), il danno non patrimoniale è risarcibile ogni qual volta la condotta illecita del datore di lavoro abbia violato, in modo grave, i diritti del lavoratore oggetto di tutela costituzionale, in rapporto alla persistenza del comportamento lesivo, alla durata e reiterazione delle situazioni di disagio professionale e personale, nonché all'inerzia del datore di lavoro rispetto alle istanze del lavoratore, anche a prescindere da uno specifico intento di declassarlo o svilirne i compiti. Nel dettaglio, il giudice di legittimità ha affermato il suddetto principio in una ipotesi in cui ha ravvisato una violazione dell'art. 2087 c.c., con conseguente obbligo di risarcimento del danno biologico, nella condotta tenuta dal datore di lavoro nei confronti di una lavoratrice alla quale, dopo il rientro dalla cassa integrazione, non erano stati assegnati compiti da svolgere, era stato disattivato il telefono e non era stato consentito di sostituire personale assente per maternità, nonostante le reiterate richieste.

#### **4.3. Il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione in caso di demansionamento.**

Strettamente connessa al tema in analisi è la statuizione (cfr. **Sez. L, n. 00836/2018, Boghetich, Rv. 646270-01**) con la quale si verifica la possibilità per il lavoratore, in caso di assegnazione a mansioni non corrispondenti alla qualifica, di rifiutarsi di eseguire la prestazione richiesta.

A tal riguardo, la Suprema Corte ha precisato che il lavoratore adibito a mansioni non rispondenti alla qualifica può chiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non può rifiutarsi, senza avallo giudiziario, di eseguirla, essendo tenuto a osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartite dall'imprenditore, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost., e potendo egli invocare l'art. 1460 c.c. solo in caso

di totale inadempimento del datore di lavoro o di un inadempimento che sia tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo.

In applicazione del principio in esame, peraltro più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità (si vedano in senso conforme, Sez. L, n. 12696/2012, Stile, Rv. 623285-01, e la più recente Sez. L, n. 831/2016, Balestrieri, Rv. 638335-01), la S.C. ha cassato la sentenza di appello di accertamento dell'illegittimità del licenziamento del lavoratore che, adibito a mansioni inferiori per circa due mesi, aveva eccepito l'inadempimento datoriale e si era assentato per oltre quattro giorni dal posto di lavoro (cfr. paragrafo 6.4. per il rifiuto di ottemperare alla disposizione datoriale di trasferimento o distacco).

### **5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: gli obblighi datoriali (corresponsione del trattamento retributivo corrispondente e riconoscimento del superiore livello).**

Il vigente art. 2103 c.c. prevede che in caso di assegnazione del lavoratore a mansioni superiori questi ha diritto al trattamento corrispondente alla attività svolta, oltre che alla qualifica, sempre che detta assegnazione sia durata il tempo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, più di sei mesi continuativi.

Il diritto al riconoscimento della superiore qualifica non compete, puntualizza la norma novellata, quando la assegnazione delle superiori mansioni sia stata funzionale alla sostituzione di altro lavoratore in servizio o se lo stesso prestatore abbia espresso la volontà di segno contrario.

Le più rilevanti modifiche del novellato testo dell'art. 2103 c.c. concernono, quindi, la facoltà per i lavoratori di esprimere la propria volontà contraria alla assegnazione definitiva alle superiori mansioni, nonché l'impossibilità di riconoscimento delle stesse per tutte le ipotesi di sostituzioni di lavoratori in servizio (e non soltanto per il caso di sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto), oltre che l'allungamento a sei mesi (prima erano tre) del tempo minimo previsto dal legislatore (in assenza di diversa previsione nella contrattazione collettiva) per l'acquisizione del diritto al riconoscimento della superiore qualifica.

Ebbene, con specifico riferimento alla configurazione del diritto alla promozione *ex* art. 2103 c.c., avuto riguardo al tessuto normativo anteriore alla novella, **Sez. L, n. 06793/2018, Manna, Rv. 647539-01**, ha delineato la nozione di lavoratore assente con

diritto alla conservazione del posto, la cui sostituzione non attribuisce il diritto alla promozione. Ebbene, la S.C. ha qualificato lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto solo quello che non sia presente in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione legale (sciopero, adempimento di funzioni pubbliche elettive, infortunio, malattia, gravidanza, puerperio, chiamata alle armi) o convenzionale del rapporto di lavoro, e non anche quello destinato, per scelta organizzativa del datore, a lavorare fuori dell'azienda ovvero in un'altra unità o altro reparto.

Inoltre, il principio, per cui, quando tra le mansioni tipiche della qualifica di appartenenza del lavoratore siano compresi compiti di sostituzione del dipendente di grado più elevato, la sostituzione del dipendente con qualifica superiore non attribuisce al primo alcun diritto ai sensi del citato art. 2103 c.c., vale sempreché si tratti di sostituzione occasionale, in relazione ad impedimenti temporanei, e non nel caso in cui la funzione vicaria sia travalicata in ragione del carattere permanente della stessa e della persistenza solo formale della titolarità in capo al superiore delle mansioni proprie della relativa qualifica, per effetto di una stabile scelta organizzativa del datore di lavoro.

La innanzi indicata pronunzia si pone in chiave di continuità con Sez. L, n. 21021/2006, Cuoco, Rv. 592161-01, che già aveva ritenuto che la sostituzione, da parte di un lavoratore avente una qualifica inferiore, di altro prestatore avente diritto alla conservazione del posto non attribuisce al primo - in relazione al disposto dell'art. 2103 c.c. - il diritto alla promozione, precisandosi, quanto alla nozione di lavoratori aventi diritto alla conservazione del posto che in detta categoria rientrano solo quelli che non siano presenti in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro, e non anche quelli destinati, per scelta organizzativa del datore di lavoro, al di fuori dell'azienda od in un'altra unità produttiva.

Tali pronunzie delimitano, quindi, per un verso la nozione di dipendente avente diritto alla conservazione del posto, per altro verso sottolineano come la previsione, tra le mansioni tipiche di un dipendente, della sostituzione di altro dipendente che svolga mansioni superiori attribuisca comunque il diritto alla qualifica tutte le volte in cui la sostituzione non sia occasionale, ma piuttosto frutto di una scelta datoriale e funzionale all'attività d'impresa, sicché si riespandono le regole applicative di cui all'art. 2103 c.c..

Riafferma la necessità di valutare se vi sia stato o meno lo svolgimento di mansioni superiori con l'occhio rivolto alle scelte

organizzative datoriali, anche **Sez. 6 - L, n. 27129/2018, Spena, Rv. 651003-01**, con riferimento ai criteri da utilizzare per valutare la pluralità di assegnazioni reiterate allo svolgimento di mansioni superiori.

Nella decisione viene ribadito che la mera reiterazione delle assegnazioni di un lavoratore allo svolgimento di mansioni superiori non è sufficiente alla acquisizione del diritto alla qualifica, essendo invece necessaria una programmazione iniziale della molteplicità degli incarichi ed una predeterminazione utilitaristica di siffatto comportamento, se non un vero e proprio intento fraudolento del datore di lavoro.

La decisione riguardava un'ipotesi in cui la prova della preordinazione delle assegnazioni e dell'intento utilitaristico è stata poi ritenuta e desunta dall'esigenza strutturale del datore di lavoro di sopperire alla carenza in organico della qualifica superiore attraverso reiterate assegnazioni infra-trimestrali.

La decisione si colloca peraltro in linea di assoluta continuità nella giurisprudenza di legittimità, atteso che si era già espressa nel senso indicato Sez. L, n. 12785/2003, Filadoro, Rv. 566476-01, cui hanno fatto seguito le pronunzie del medesimo tenore Sez. L, n. 11997/2009, Lamorgese, Rv. 698164-01, e, da ultimo, Sez. L, n. 17870/2014, Arienzo, Rv. 32025-01.

In ordine al periodo di svolgimento di mansioni superiori necessario ai fini della promozione, deve rilevarsi che **Sez. L, n. 21188/2018, Curcio, Rv. 650085-01**, anche in questo caso in continuità con quanto già ritenuto da Sez. L, n. 18011/2014, Bronzini, Rv. 631912-01, si è occupata di verificare se il più lungo termine previsto dalla contrattazione collettiva debba trovare applicazione anche alla scadenza del contratto o se in detta ipotesi debba, invece, trovare applicazione il termine previsto per legge. Ebbene, sempre con riguardo ad una fattispecie disciplinata dal previgente art. 2103 c.c., la S.C. ha precisato che poiché l'art. 87 del c.c.n.l. 26 novembre 1994 per i dipendenti dell'Ente Poste Italiane, stabilisce il vigore della suddetta disciplina collettiva fino al 31 dicembre 1997 e l'applicazione, per il periodo successivo, delle ordinarie disposizioni di diritto privato, non essendo emersa alcuna pattuizione, nemmeno per fatti concludenti, in senso contrario, va esclusa qualsiasi ultrattività del detto c.c.n.l. nel periodo di vacanza contrattuale, sicché in caso di impiego del lavoratore in mansioni superiori successivamente alla scadenza del contratto collettivo del 1994 e prima dell'entrata in vigore del successivo, ai fini della maturazione del diritto all'acquisizione della qualifica superiore (nella

specie, alla categoria dei quadri), deve trovare applicazione l'art. 2103 c.c. (che nella formulazione vigente *ratione temporis* prevedeva il decorso di tre mesi) e non è necessario lo svolgimento della prestazione per la durata di sei mesi, come richiesto dalla disposizione contrattualcollettiva.

La Suprema Corte si è poi pronunciata anche con riguardo 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.

Ebbene, **Sez. L, n. 08952/2018, Marchese, Rv. 648633-01**, ha ritenuto che ai fini del diritto all'inquadramento nella quinta categoria prevista dall'art. 11 del c.c.n.l. metalmeccanici piccola e media industria, il riferimento alle attività inerenti alla laurea, ivi contenuto, concerne esclusivamente l'esistenza di un collegamento tra la prestazione lavorativa e le materie del corso di laurea e del titolo di studio universitario conseguito dal lavoratore, restando irrilevante che le mansioni svolte abbiano un particolare grado di complessità e responsabilità.

Da ultimo va segnalato, perché connesso al tema trattato, che la giurisprudenza della Suprema Corte, **Sez. L, n. 07295/2018, Tricomi, Rv. 647543-01**, ponendosi in linea con l'orientamento già espresso da Sez. L, n. 18165/2015, Blasutto, Rv. 636422-01, ha delimitato quali caratteristiche debba avere l'attività svolta dal lavoratore per essere qualificata come dirigenziale e, quindi, *a contrario*, il contenuto delle mansioni che il lavoratore con mansioni inferiori deve svolgere per reclamare il superiore inquadramento. Ebbene, chiarisce il giudice di legittimità, la qualifica di dirigente spetta soltanto al prestatore di lavoro che, come alter ego dell'imprenditore, sia preposto alla direzione dell'intera organizzazione aziendale ovvero ad una branca o settore autonomo di essa, e sia investito di attribuzioni che, per la loro ampiezza e per i poteri di iniziativa e di discrezionalità che comportano, gli consentono, sia pure nell'osservanza delle direttive programmatiche del datore di lavoro, di imprimere un indirizzo ed un orientamento al governo complessivo dell'azienda, assumendo la corrispondente responsabilità ad alto livello (cd. dirigente apicale); da questa figura si differenzia quella dell'impiegato con funzioni direttive, che è invece preposto ad un singolo ramo di servizio, ufficio o reparto e che svolge la sua attività sotto il controllo dell'imprenditore o di un dirigente, con poteri di iniziativa circoscritti e con corrispondente limitazione di responsabilità (cd. pseudo-dirigente).

### **5.1. La complessità delle mansioni parametro di valutazione della diligenza del lavoratore.**

**Sez. L, n. 00663/2018, Negri della Torre, Rv. 647389-01**, si occupa delle mansioni sotto altro profilo, ovvero con riguardo alla verifica dell'obbligo di diligenza imposto al prestatore che deve valutarsi attraverso la ponderata valutazione di due parametri: la natura della prestazione e l'interesse datoriale.

In tema di rapporto di lavoro subordinato privato, il grado di diligenza dovuto dal lavoratore, variabile secondo le peculiarità del singolo rapporto, deve essere apprezzato, infatti, secondo i due distinti sopraindicati parametri, costituiti dalla natura della prestazione, ovvero dalla complessità delle mansioni svolte anche con riferimento all'assunzione di responsabilità alle stesse collegata e dall'interesse dell'impresa ovvero dal raccordo della prestazione con la specifica organizzazione imprenditoriale in funzione della quale è resa. In applicazione dell'indicato principio, è stato rigettato il ricorso avverso una sentenza che, in relazione ad un responsabile di un ufficio postale in cui era avvenuta una rapina, aveva ravvisato la negligenza della condotta nella violazione delle disposizioni aziendali in materia di giacenza di fondi ed utilizzo di casseforti, essendo evidente che nella fattispecie la valutazione congiunta dei due parametri innanzi indicati (la complessità delle mansioni e l'interesse dell'impresa) deponeva nel senso che l'obbligo di diligenza del prestatore non fosse stato rispettato.

In qualche misura correlata al tema in esame anche la questione relativa alla interpretazione dell'art. 24 del c.c.n.l. del comparto consorzi ed enti di sviluppo industriale, recante le declaratorie di categoria e di posizione economica. Detta norma prevede, ai fini dell'inquadramento nella posizione Q2 dell'area quadri, tra gli altri requisiti, che il preposto abbia maturato un'esperienza specifica "in ambienti e contesti che richiedano funzioni professionali e scientifiche di grande complessità di strutture tecnico organizzative". Ebbene, la S.C. ha incentrato la sua attenzione sulla interpretazione della locuzione "grande complessità" che, seppur sintatticamente congiunta alle "funzioni professionali e scientifiche", va altresì correlata all'entità della "struttura tecnico-organizzativa" e, dunque, all'elemento dimensionale dell'apparato, e ciò in virtù dell'espresso richiamo, nella unitaria composizione lessicale della proposizione, agli "ambienti e contesti" in cui l'attività professionale è stata esercitata.

Si veda sul punto, Sez. L, n. 28442/2018, Blasutto, Rv. 651718-01.

## **5.2. Il tratto distintivo fra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica. Il grafico redattore ordinario.**

In tema di lavoro giornalistico, ai fini della integrazione della qualifica di redattore e della sua distinzione dalla figura del collaboratore, rileva, ha precisato la S.C., il requisito della quotidianità della prestazione, in contrapposizione alla continuità, caratterizzante invece, la figura del collaboratore fisso. Ulteriore tratto identificativo della qualifica di redattore è poi 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, un settore informativo specifico di competenza. Nello specifico, **Sez. L, n. 29182/2018, Ponterio, Rv. 651745-01**, ha ritenuto indici significativi della natura redazionale della prestazione, oltre a quelli in premessa indicati, il vincolo ad un orario di lavoro, ancorché ridotto, e la retribuzione su base oraria e non commisurata alla tipologia del contributo offerto.

Sempre in tema di mansioni nell'ambito della attività giornalistica, va ricordata **Sez. L, n. 29411/2018, Marotta, Rv. 651722-01**, secondo il cui insegnamento, spetta, poi, la qualifica di redattore ordinario al grafico che svolga presso una testata giornalistica multimediale (nella specie Rai News 24) attività giornalistica in piena autonomia, attraverso le modalità di presentazione della notizia, la predisposizione di messaggi, di titoli, di sigle e di *fillers*, consistenti in immagini con funzione di riempitivo di spazi vuoti del palinsesto ovvero di autopromozione del canale accompagnate da testi scritti e da brani musicali.

Nel paragrafo 7.6., cui si rinvia, verranno esaminate le pronunzie dell'anno 2018 relative alla determinazione del compenso in tema di lavoro giornalistico.

## **5.3. Le conseguenze dell'assegnazione a mansioni diverse da quelle previste nel patto di prova e la verifica della legittimità del patto.**

Per ragioni di completezza va qui ricordata anche la recentissima pronunzia **Sez. L, n. 31159/2018, Amendola F., Rv.**

**652007-01**, in cui, dopo aver precisato il tratto distintivo tra illegittima apposizione del patto di prova e assegnazione di mansioni diverse da quelle previste nella clausola, si ritiene che l'illegittima apposizione determini, stante la nullità della clausola, la "conversione" del rapporto in prova in rapporto ordinario, con la conseguenza che il licenziamento illegittimo sarà assoggettato alla disciplina dei licenziamenti individuali. Per converso, si soggiunge, l'assegnazione al prestatore di mansioni diverse da quelle previste nella clausola è un vizio funzionale della pattuizione accessoria, sicché ridonda in un inadempimento datoriale, con la conseguenza che in tale ipotesi troverà applicazione lo speciale regime del recesso in periodo di prova e, conseguentemente, il lavoratore avrà diritto o alla esecuzione del patto (e dunque alla prosecuzione della prova) o al risarcimento del danno, ma giammai alla reintegra, non essendosi instaurato tra le parti un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Sempre con riferimento al patto di prova, in assoluta sintonia, **Sez. L, n. 28252/2018, Leone, Rv. 651740-01**, e **Sez. L, n. 28930/2018, Patti, Rv. 651731-01**, hanno ritenuto che va esclusa l'illegittimità dell'apposizione del patto di prova ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato, successivo ad uno o più contratti di lavoro a termine tra le stesse parti, anche quando il contratto a tempo indeterminato abbia ad oggetto le stesse mansioni dei contratti a termine, purché la clausola risponda alla causa tipica di detta pattuizione: quella di consentire ad entrambe le parti di sperimentare la convenienza del rapporto e, quanto al datore di lavoro, di verificare non solo le qualità professionali, ma anche il comportamento e la personalità del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione, quali elementi suscettibili di modificarsi nel tempo per l'incidenza di svariati fattori attinenti alle esigenze di vita.

Per la vicinanza con i temi trattati, va pure ricordata **Sez. L, n. 23898/2018, Lorito, Rv. 650575-01**, in cui si afferma che la disposizione del contratto collettivo che, attribuendo rilevanza sospensiva del periodo di prova alla malattia, stabilisca un periodo di comporta più breve rispetto a quello previsto per la generalità dei lavoratori, è legittima, poiché, da un lato, è coerente con la causa del contratto in prova, connotata dalla reciproca verifica di convenienza del rapporto - in cui rileva anche l'esigenza datoriale di vagliare i tempi coesenziali all'esercizio delle sue attività e la possibilità di proseguire nel rapporto stesso -, e, dall'altro tutela sia il diritto alla salute che quello alla conservazione del posto del lavoratore, salvaguardando, in un'ottica di equo bilanciamento di interessi, il diritto al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa.



## 6. Il trasferimento del lavoratore.

Il datore di lavoro può disporre il trasferimento del lavoratore, l'esercizio di detta facoltà datoriale impinge, tuttavia, con la vita del lavoratore e con le sue scelte personali e familiari.

E' perciò vincolata alla sussistenza di comprovate ragioni tecniche e produttive. Detto altrimenti, deve essere frutto di una scelta di riorganizzazione della attività di impresa, va insomma ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive e non alle istanze punitive e disciplinari del datore.

### 6.1. Il trasferimento per incompatibilità ambientale ed i limiti al sindacato giurisdizionale su detto atto.

Tale aspetto è stato ulteriormente lumeggiato (in armonia con un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, si vedano Sez. L, n. 04265/2007, De Matteis, Rv. 594785-01, e, nello stesso senso, anche la precedente Sez. L, n. 17786/2002, De Luca, Rv. 559206-01) da **Sez. L, n. 27226/2018, Marotta, Rv. 651259-01**, in cui viene evidenziato che il trasferimento del dipendente, dovuto ad incompatibilità ambientale, trovando la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, di cui all'art. 2103 c.c., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. La Corte, nella decisione, approfondisce anche i poteri ed i limiti del controllo giurisdizionale sulle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, precisando che il giudice deve verificare e accertare soltanto se vi sia corrispondenza tra il provvedimento datoriale e le finalità tipiche dell'impresa atteso che il controllo stesso non può essere esteso al merito della scelta imprenditoriale, rinvenendosi il fondamento di detto limite al sindacato giurisdizionale nel principio di libertà dell'iniziativa economica riconosciuto dalla nostra carta costituzionale, all'art. 41.

Quanto alla legittimità della scelta operata dal datore, viene sottolineato, quindi, in consonanza con quanto si è innanzi detto, che essa non deve presentare necessariamente i caratteri della inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una tra

le scelte ragionevoli che il datore di lavoro possa adottare sul piano tecnico, organizzativo o produttivo, esplicandosi in detta scelta proprio la libertà imprenditoriale sancita dalla nostra carta costituzionale.

Nella specifica fattispecie esaminata dal giudice di legittimità nel 2018, in sintonia con i principi innanzi affermati, è stato pertanto ritenuto legittimo il trasferimento del lavoratore disposto per risolvere la conflittualità con altra dipendente, sfociata in denunce penali reciproche, sebbene non strettamente inerenti all'ambito lavorativo, in quanto suscettibile di determinare disservizi all'interno della piccola unità produttiva ove prestavano servizio.

## **6.2. La forma del provvedimento di trasferimento ed il mancato rispetto del termine di preavviso.**

Quanto alla forma della disposizione riorganizzativa datoriale che dispone il trasferimento, riprendendo un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Sez. L, n. 11400/1998, Celentano, Rv. 520629-01, nonché Sez. L, n. 11984/2010, Picone, Rv. 613695-01), Sez. L, n. 807/2017, est. Lorito, Rv. 642511-01, ha ribadito che nonostante sia sottoposta al controllo della sussistenza dei presupposti innanzi indicati, non deve essere impartita in forma scritta, essendo rimesso il controllo della sussistenza dei presupposti, in caso di contestazione, alla sede giudiziaria.

In tema di mutamento della sede di lavoro del lavoratore, scrive infatti il giudice di legittimità, il provvedimento di trasferimento non è soggetto ad alcun onere di forma e non deve necessariamente contenere l'indicazione dei motivi, né il datore di lavoro ha l'obbligo di rispondere al lavoratore che li richiama ma, ove sia contestata la legittimità del trasferimento, ha l'onere di allegare e provare in giudizio le fondate ragioni che lo hanno determinato e, se può integrare o modificare la motivazione eventualmente enunciata nel provvedimento, non può limitarsi a negare la sussistenza dei motivi di illegittimità oggetto di allegazione, dovendo allegare e provare le reali ragioni tecniche, organizzative e produttive che giustificano il provvedimento.

Se dunque, in via generale, l'art. 2103 c.c. non impone la forma scritta per la comunicazione del trasferimento, tuttavia essa può essere prevista convenzionalmente.

Sul punto, **Sez. L. n. 11643/2018, Garri, Rv. 648907-01**, ha ricordato che l'art. 1352 c.c., che prescrive che la forma stabilita convenzionalmente dalle parti in vista della conclusione di un

contratto si presume voluta per la validità dello stesso, è applicabile anche nel caso in cui la forma scritta sia stata stabilita in sede di contrattazione collettiva, sicché in tema di trasferimento essa deve essere adottata non solo per la comunicazione, ma anche per la motivazione del trasferimento stesso, di modo che il lavoratore viene reso pienamente edotto delle ragioni organizzative per effetto delle quali il suo rapporto di lavoro viene modificato. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza d'appello che aveva ritenuto illegittimo il trasferimento di una lavoratrice perché non motivato per iscritto, in violazione dell'onere di forma *ad substantiam* prescritto dall'art. 37 del c.c.n.l. per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. dell'11 luglio 2003.

A diverse conclusioni, invece, la S.C. è giunta per il caso in cui la contrattazione collettiva preveda un termine di preavviso, perché il disposto trasferimento diventi operativo, e detto termine non venga rispettato.

Ebbene, con riferimento a detta ipotesi la Cassazione ha puntualizzato che il trasferimento non è nullo, perché la legittimità dello stesso va valutata solo alla luce della verifica della sussistenza delle ragioni giustificative previste nel 2103 c.c..

Nello specifico, **Sez. L, n. 13968/2018, est. Garri, Rv. 648957-01**, ha affermato che in tema di trasferimento del lavoratore, al mancato rispetto dell'obbligo di accordare un termine di preavviso, previsto dalla contrattazione collettiva, non consegue la nullità del trasferimento - la cui legittimità dipende esclusivamente dall'esistenza delle ragioni giustificative di cui all'art. 2103 c.c. - ma solo il diritto del lavoratore ad essere tenuto indenne dal pregiudizio conseguente al maggior disagio sopportato.

### **6.3. 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.

#### **6.4. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento o da un distacco illegittimi.**

Quanto alla posizione del lavoratore che venga raggiunto da un trasferimento illegittimo, va rilevato che **Sez. L, n. 11408/2018, Pagetta, Rv. 648189-01**, ha negato 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 giurisprudenza di legittimità, 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. Nello specifico, la S.C. aveva affermato il principio in esame, confermando la pronuncia impugnata che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento del lavoratore che aveva sempre prestato la propria

attività presso una determinata stazione ferroviaria per varie e successive aziende appaltatrici anche dopo l'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro in capo a Trenitalia e non aveva ottemperato all'ordine di trasferimento presso una diversa sede del datore di lavoro.

L'orientamento inaugurato da **Sez. L, n. 11408/2018, Pagetta, Rv. 648189-01** sembra segnare quindi un mutamento tendenziale della giurisprudenza di legittimità, atteso che in senso sostanzialmente omologo, come precedentemente abbiamo già visto (cfr. par. 4.3), si è mossa la Suprema Corte con riguardo al demansionamento. Anche in tale ipotesi, **Sez. L, n. 00836/2018, Boghetich, Rv. 646270-01**, per il caso di assegnazione del lavoratore a mansioni non corrispondenti alla qualifica, ha precisato che il prestatore può chiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non può rifiutarsi, senza avallo giudiziario, di eseguire la prestazione richiestagli, essendo egli tenuto a osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartite dall'imprenditore, ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost., e potendo egli invocare l'art. 1460 c.c. solo in caso di totale inadempimento del datore di lavoro o di un inadempimento che sia tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo.

Con riguardo però al distacco, **Sez. L, n. 32330/2018, Negri della Torre**, in corso di massimazione, ha confermato la sentenza di merito che aveva annullato (con le conseguenze di cui all'art. 18, comma 4, della l. 20 maggio 1970, n. 300) il licenziamento per giusta causa del lavoratore che aveva rifiutato di recarsi in India.

L'incedere argomentativo della pronunzia fa leva sulla interpretazione dell'art. 30 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che prevede quale elemento costitutivo della fattispecie legale e sola condizione di legittimità del provvedimento di distacco che comporti un mutamento, anche parziale, purché sostanziale, delle mansioni, il consenso del lavoratore. La necessità del consenso, atteso il mutamento delle mansioni, costituisce infatti presidio della professionalità acquisita dal prestatore.

Tale scelta di campo ha quale conseguenza che il lavoratore distaccato debba solo rifiutare il distacco e non rendere note le ragioni che lo sorreggono, in tutti i casi in cui il mutamento delle mansioni sia conseguenza oggettiva dell'attuazione dell'ordine, irrilevante che il datore abbia prospettato nella comunicazione che lo svolgimento delle mansioni avrebbe avuto analogo contenuto.

Si veda, inoltre, **Sez. L, n. 20745/2018, Marotta, Rv. 650125-01**, relativa alla assegnazione della sede a seguito di riassunzione conseguente alla dichiarazione giudiziale di illegittima apposizione del termine (v. *infra*, capitolo sul lavoro flessibile, § 4.8.).

In limine, va ricordato che **Sez. L, n. 15885/2018, Negri della Torre, Rv. 649311-01**, ha pure indagato i rapporti tra un disposto trasferimento ed il rifiuto di aderire ad una conciliazione. La pronunzia è rilevante al fine di verificare i confini della figura dell'abuso del diritto. Sul punto, nella sentenza soprarichiamata la Suprema Corte ha chiarito che l'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso configurasse un abuso il trasferimento in sedi lontane e disagiate di alcuni lavoratori, che avevano scelto di non aderire ad una proposta di conciliazione per l'accettazione della mobilità in una condizione di libera autodeterminazione e nella consapevolezza delle conseguenze di ciascuna delle opzioni esistenti. La pronunzia, peraltro, si pone in linea tendenziale con l'orientamento costante della Suprema Corte in relazione alla delimitazione dei confini dell'abuso del diritto (si veda, infatti, del medesimo tenore Sez. L, n. 13483/2013, Napoletano, Rv. 626199-01, in cui viene affermato lo stesso principio in relazione ad una ipotesi in cui veniva in rilievo il recesso da un contratto di agenzia).

Con riguardo alla posizione del lavoratore raggiunto dal trasferimento, va pure ricordata **Sez. L, n. 29630/2018, Curcio, Rv. 651725-01**, nella quale si precisa che la procedura che, ai sensi dell'art. 38 del c.c.n.l. per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. del 2001, consente al lavoratore trasferito di sollecitare, entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento, il riesame delle ragioni dello stesso, ha una mera rilevanza interna, cosicché la sua mancata attivazione non può essere interpretata quale comportamento indicatore di acquiescenza del lavoratore allo spostamento di sede.

## 6.5. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento

(rinvio al par. 7.3).

## 7. La retribuzione ed il TFR. L'imputazione dei pagamenti.

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, nel corso del 2018 la Suprema Corte ha avuto modo di interessarsi ai profili retributivi del rapporto di lavoro, sotto una pluralità di aspetti: 1) la presunzione di onerosità della prestazione; 2) il riparto dell'onere della prova in tema di lavoro straordinario oltre che in relazione all'esposizione non occasionale, né temporanea a rischio "analogo" ai fini della percezione della indennità di rischio da radiazioni; 3) i criteri in virtù dei quali ritenere la natura retributiva o, per converso, riparatoria dei trattamenti economici per servizio estero; 4) la ripetibilità da parte del datore nei confronti del lavoratore delle ritenute fiscali, per il caso di riforma della sentenza di condanna e l'esclusione dalla retribuzione imponibile delle somme di incentivazione all'esodo; 4) la derogabilità temporanea al principio della immodificabilità *in peius* della retribuzione in materia di società cooperative; 5) le modalità di determinazione del compenso in tema di lavoro giornalistico.

Non sono mancate, poi, una serie di pronunzie che riguardano l'applicazione di norme della contrattazione collettiva e - dunque - specifici settori, oltre quelle di ambito più generale, concernenti le regole sulla imputazione dei pagamenti, la riaffermazione del generale principio di assorbimento e, per converso, la negazione di un principio generale di omnicomprensività della retribuzione ed infine quelle in materia di TFR.

Vale la pena, quindi, ripercorrere le linee di tendenza della giurisprudenza della Corte di cassazione, in relazione a tutti detti aspetti, a partire dalle regole relative alla imputazione dei pagamenti che, secondo la norma generale dell'art. 1193 c.c., comma 1, costituisce una facoltà del debitore, al mancato esercizio della quale sopperiscono i criteri legali dettati dal comma 2 dello stesso articolo.

Ebbene, nel rapporto di lavoro subordinato, l'imputazione dei pagamenti ha ribadito la S.C., in continuità con le pregresse pronunzie, costituisce un obbligo del datore di lavoro, essendo questi

tenuto alla consegna delle buste-paga previste dalla l. n. 4 del 1953. La previsione dell'imputazione predetta, che ha la funzione di consentire al lavoratore di controllare la corrispondenza fra quanto a vario titolo dovutogli e quanto effettivamente corrispostogli, non vale, tuttavia, a snaturare l'imputazione stessa, in quanto quest'ultima, fatta facoltativamente o in esecuzione di un obbligo, presuppone pur sempre l'esistenza del debito e non può sostituirsi ad un valido titolo costitutivo del medesimo (in tal senso si veda, **Sez. L, n. 11632/2018, Arienzo, Rv. 648387-01**, conforme all'insegnamento di Sez. L, n. 22872/2010, Picone, Rv. 615603-01).

### **7.1. La presunzione di onerosità della prestazione.**

In primo luogo, avuto riguardo alla natura retributiva degli emolumenti percepiti con continuità, **Sez. L, n. 22387/2018, Bellè, Rv. 650537-01**, ha precisato che, nell'ipotesi di erogazione continuativa di un emolumento nell'ambito del rapporto di lavoro, spetta al datore che abbia dedotto la cessazione della *causa debendi* dimostrare, ai fini dell'accertamento della non spettanza dell'attribuzione, la natura non retributiva delle somme erogate, dovendo escludersi che gravi sul lavoratore - a seguito di tale deduzione - l'onere di provare la sussistenza di altra fonte di debito. Pertanto, se il datore di lavoro eroga con continuità una determinata somma al prestatore, la stessa si presume volta a compensare la prestazione lavorativa e dunque avente natura retributiva, incombendo sul datore di lavoro la prova contraria.

Sostanzialmente nel medesimo solco, quanto al riparto degli oneri della prova, si segnala anche altra pronunzia, **Sez. L, n. 07703/2018, Marotta, Rv. 648261-01**, sebbene in essa l'angolo prospettico nel quale viene in rilievo la presunzione di onerosità della prestazione e dunque il diritto alla retribuzione del lavoratore è differente.

La Corte osserva, invero, che le attività oggettivamente configurabili come lavoro subordinato si presumono onerose e tale presunzione è rafforzata allorché la prestazione sia resa in favore di un'organizzazione di tendenza religiosa o culturale a cui l'art. 4 della l. n. 108 del 1990, attribuendo la qualifica di "datori di lavoro non imprenditori", implicitamente riconosce la possibilità dell'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato. La prova idonea a superare tale presunzione, che grava su colui che contesta l'onerosità, è tanto più rigorosa quante volte siano provate erogazioni periodiche di denaro o di altre utilità in favore del prestatore, per le



quali quest'ultimo non è tenuto a dimostrare l'insussistenza di un titolo di altra natura, spettando all'altra parte la prova di una *causa solvendi* diversa da quella retributiva.

In armonia con l'orientamento innanzi segnalato, va ricordata anche **Sez. L, n. 01644/2018, Patti, Rv. 647486-01**, riaffermandosi in essa che si presume che i compensi corrisposti dal datore siano volti a compensare, quale corrispettivo, la sola prestazione ordinaria di lavoro. La sentenza, peraltro, afferma anche un principio di maggior ampiezza, quello secondo il quale, il patto di conglobamento nella retribuzione di corrispettivi ulteriormente dovuti al lavoratore subordinato per legge o per contratto (quali la tredicesima mensilità, il compenso per le ferie e per le festività) è valido solo se dal patto risultino gli specifici titoli cui è riferibile la prestazione patrimoniale complessiva, poiché solo in tal caso è superabile la presunzione che il compenso convenuto è dovuto quale corrispettivo della sola prestazione ordinaria e si rende possibile il controllo giudiziale circa l'effettivo riconoscimento al lavoratore dei diritti inderogabilmente spettanti per legge o per contratto, senza che sia tuttavia necessario che il datore provveda ad una specificazione anche degli importi corrispondenti ai singoli istituti conglobati.

### **7.1.1. L'inesistenza di un principio generale di omnicomprensività della retribuzione.**

L'inesistenza di un principio di omnicomprensività della retribuzione comporta che un certo emolumento non possa, in mancanza di una previsione esplicita di legge o di contratto collettivo, essere incluso nella base di computo dei vari istituti indiretti, salvo diversa previsione legislativa o pattizia.

In armonia con la sopraindicata affermazione, **Sez. L, n. 28937/2018, Patti, Rv. 651705-01**, ha ribadito che in tema di retribuzione nel lavoro subordinato, ai fini della determinazione della base di calcolo degli istituti indiretti (tredicesima mensilità, ferie, festività, ex festività soppresse e permessi retribuiti), non vige nell'ordinamento un principio di omnicomprensività, sicché il compenso per lavoro straordinario va computato, a tali fini, solo ove previsto da norme specifiche o dalla disciplina collettiva. Ne consegue che, laddove l'art. 14 del c.c.n.l. per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica del 7 maggio 2003 prevede che le ferie e la tredicesima mensilità siano retribuite con la retribuzione globale di fatto e con esclusione dei compensi accidentali per prestazioni svolte in particolari condizioni di ambiente, luogo e tempo, va computato il

lavoro straordinario reso con continuità, restando irrilevante il richiamo al moltiplicatore 173 - contenuto nell'art. 12 del citato c.c.n.l. - in quanto afferente al criterio contabile di proporzionamento della retribuzione.

### **7.1.2. Il principio dell'assorbimento in materia di retribuzione.**

In linea con l'insegnamento ormai granitico della S.C., nell'anno in corso **Sez. L, n. 26017/2018, De Gregorio, Rv. 650897-01**, ha ribadito che il cosiddetto superminimo, ossia l'eccedenza retributiva rispetto ai minimi tabellari, individualmente pattuito tra datore di lavoro e lavoratore, è soggetto al principio dell'assorbimento, nel senso che, in caso di riconoscimento del diritto del lavoratore a superiore qualifica, l'emolumento è assorbito dai miglioramenti retributivi previsti per la qualifica superiore, a meno che le parti abbiano convenuto diversamente o la contrattazione collettiva abbia altrimenti disposto, restando a carico del lavoratore l'onere di provare la sussistenza del titolo che autorizza il mantenimento del superminimo, escludendone l'assorbimento. La pronuncia, come si è ricordato in apertura, si pone nella scia del consolidato ordinamento della S.C. che ha più volte ribadito il principio dell'assorbimento (salva diversa previsione delle parti o collettiva). In tal senso, si vedano, tra le più note e recenti, Sez. L, n. 14689/2012, Filabozzi, Rv. 623623-01, nonché Sez. L, n. 19750/2008, Stile, Rv. 604545-01 e, in materia di lavoro pubblico, Sez. L, n. 169/2017, Blasutto, Rv. 642443-01 che afferma il principio del riassorbimento dell'assegno *ad personam* nel caso di mobilità tra Ministeri.

### **7.2. Il riparto degli oneri della prova in tema di retribuzione con riguardo al lavoro straordinario ed alla indennità di rischio da radiazioni.**

Del riparto degli oneri di allegazioni e prova, la S.C. si è ulteriormente interessata con riguardo all'espletamento di lavoro straordinario. **Sez. L, n. 01644/2018, Patti, Rv. 647486-01**, ha infatti puntualizzato che sul lavoratore che chiede in via giudiziale il compenso per lavoro straordinario grava un onere probatorio rigoroso, che presuppone a monte la specifica allegazione del fatto costitutivo, senza che al mancato assolvimento di entrambi

(allegazione e prova) possa supplire la valutazione equitativa del giudice.

Nello stesso senso, anche **Sez. L, n. 04076/2018, Negri della Torre, Rv. 647446-01**, in cui si riafferma lo stesso principio. Il lavoratore che chieda in via giudiziale il compenso per il lavoro straordinario ha l'onere di dimostrare di aver lavorato oltre l'orario normale di lavoro, senza che l'assenza di tale prova possa essere supplita dalla valutazione equitativa del giudice, utilizzabile solo in riferimento alla quantificazione del compenso. Sotto questo profilo, la Cassazione si pone, quindi, sulla scia di un orientamento granitico e consolidato (si vedano in tema, Sez. L, n. 1389/2003, Capitano, Rv. 560141-01, ma anche l'ancor più datata Sez. L, n. 8006/1998, Capitano, Rv. 518048-01).

Per l'evidente connessione con il tema che qui si sta esaminando, va ricordato che la Suprema Corte (cfr. **Sez. L, n. 18161/2018, Balestrieri, Rv. 649816-01**) ha approfondito il tema dei criteri da utilizzare per verificare il diritto o meno al pagamento dello straordinario in relazione alla posizione dei funzionari direttivi, precisando che questi ultimi, esclusi dalla disciplina legale delle limitazioni dell'orario di lavoro, hanno diritto al compenso per lavoro straordinario solo se la disciplina collettiva delimita anche per essi l'orario normale e tale orario venga in concreto superato oppure se la durata della loro prestazione valichi il limite di ragionevolezza in rapporto alla necessaria tutela della salute e dell'integrità fisiopsichica garantita dalla Costituzione a tutti i lavoratori. Per questa seconda ipotesi deve essere valutato non tanto l'elemento quantitativo del numero delle ore lavorate, quanto l'elemento qualitativo relativo all'impegno fisico ed intellettuale, richiesto al lavoratore. Nella specie, la S.C., nella decisione il cui contenuto si sta esaminando, ha cassato la sentenza di merito che aveva condannato Poste italiane s.p.a. al pagamento dello straordinario, benché le norme del c.c.n.l. applicabili non prevedessero un preciso orario di lavoro, in assenza di prova del carattere usurante ed irragionevole della prestazione.

Sempre con riguardo alla delimitazione dell'onere della prova, in ordine alla spettanza di determinati emolumenti, i giudici di legittimità, in armonia con i criteri di riparto codificati nell'art. 2697 c.c., hanno affermato che l'indennità di rischio da radiazioni, prevista dall'art. 1 della l. 27 ottobre del 1988, n. 460, spetta in maniera automatica e nella misura più elevata, unitamente alle connesse provvidenze del congedo biologico, della sorveglianza dosimetrica e delle visite periodiche di controllo, al personale medico e tecnico di radiologia per il quale sussiste una presunzione assoluta di

esposizione a rischio, inerente alle mansioni naturalmente connesse alla qualifica rivestita; al contrario, ricade sui lavoratori che non appartengano al settore radiologico e ne domandino l'attribuzione, l'onere di dimostrare l'esposizione non occasionale, né temporanea, a rischio analogo, in base ai criteri tecnici dettati dal d.lgs. 17 marzo del 1995, n. 230 (cfr. **Sez. L, n. 14836/2018, Tria, Rv. 648998-01**).

### **7.3. I trattamenti economici per servizio estero e per il caso di trasferimento.**

Con riguardo, poi, ai criteri che l'interprete deve utilizzare per verificare se un determinato emolumento ha natura retributiva o meno, la Cassazione puntualizza nuovamente che 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.

In tal senso, si è espressa la Suprema Corte, affermando che il trattamento economico per servizio estero ha natura retributiva se compensa la maggiore gravosità del lavoro ovvero se è correlato alla professionalità necessaria per svolgere la prestazione fuori dai confini nazionali, mentre ha natura riparatoria se reintegra le spese sopportate dal lavoratore per la permanenza all'estero nell'esclusivo interesse del datore, con accertamento demandato al giudice di merito.

Nella specie, **Sez. L, n. 20011/2018, Curcio, Rv. 649873-01**, ha pertanto confermato la sentenza che aveva ritenuto risarcitoria la natura dell'indennità di alloggio corrisposta da un istituto bancario, perché erogata per esigenze abitative del dipendente e non collegata all'espletamento della prestazione lavorativa.

Come si è già accennato, i criteri che presidiano il tratto distintivo tra l'emolumento retributivo e quello riparatorio erano peraltro già stati delimitati da Sez. L, n. 15217/2016, Manna, Rv. 640736-01, proprio con riguardo al trattamento economico per servizio estero. Ebbene, anche in quella ipotesi, i giudici di legittimità hanno sostenuto che il trattamento estero ha natura retributiva, tanto in presenza di una funzione compensativa della maggiore gravosità del disagio morale e ambientale, quanto nel caso in cui sia correlato alle qualità e condizioni personali concorrenti a formare la professionalità indispensabile per prestare lavoro fuori dai confini nazionali, mentre ha natura riparatoria e dunque di rimborso spese per la permanenza all'estero, quando costituisca la reintegrazione della diminuzione patrimoniale derivante da una spesa effettiva

sopportata dal lavoratore nell'esclusivo interesse del datore, collegato ad una modalità della prestazione lavorativa richiesta per esigenze straordinarie, priva dei caratteri della continuità e determinatezza (o determinabilità) e fondata su una causa autonoma rispetto a quella retributiva.

Applica gli stessi criteri distintivi, **Sez. L, n. 22197/2018, Marotta, Rv. 650499-01**, in tema di emolumenti percepiti in caso di trasferimento ad altra sede. In tal caso, afferma, infatti, il giudice di legittimità, 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.

#### **7.4. La ripetibilità da parte del datore delle ritenute fiscali in caso di riforma della sentenza di condanna.**

In correlazione con il tema in oggetto, va segnalata anche **Sez. L, n. 19735/2018, Balestrieri, Rv. 650039-01**, che tocca il connesso profilo del diritto del datore di ripetere dal lavoratore le ritenute fiscali in conseguenza della riforma della sentenza di condanna al pagamento di somme in favore del prestatore.

I giudici di legittimità hanno in tal caso affermato che, in caso di riforma, totale o parziale, della sentenza di condanna, il datore ha diritto a ripetere solo quanto il lavoratore abbia effettivamente percepito e non può pertanto pretendere la restituzione di importi al lordo di ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente.

Il caso del venir meno con effetto *ex tunc* dell'obbligo fiscale a seguito della riforma della sentenza da cui è sorto ricade, infatti, nel raggio di applicazione dell'art. 38, comma 1, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, secondo cui il diritto al rimborso fiscale nei confronti dell'amministrazione finanziaria spetta, in via principale, a colui che ha eseguito il versamento non solo nelle ipotesi di errore materiale e duplicazione, ma anche in quelle di inesistenza totale o parziale dell'obbligo.

Della questione, si era peraltro già interessata, ma con un angolo prospettico differente, **Sez. L, n. 239/2006, Monaci, Rv.**

587223-01, ritenendo che il diritto al rimborso dell'imposta che si assume indebita, riscossa in tutto o in parte mediante ritenuta alla fonte, spetta in prima istanza al sostituito, il quale, ai fini della ripetizione della stessa, deve fornire la prova di aver subito detta ritenuta, senza dovere, altresì, dimostrare che l'imposta è stata effettivamente incassata dall'erario, ma anche al datore di lavoro, come sostituto d'imposta, che ha facoltà di richiedere il rimborso dell'indebito, ed in questo caso dal calcolo di quanto il prestatore di lavoro dovrà restituire per importi retribuitivi indebitamente percepiti dovrà essere esclusa la ritenuta d'imposta già versata all'amministrazione finanziaria.

Le due pronunzie non si pongono in contrasto.

Ed infatti, come attentamente rilevato nella citata **Sez. L, n. 19735/2018, Balestrieri, Rv. 650039-01**, le cui parole si prendono a prestito, nella richiamata pronunzia del 2006, viene affermato il principio in virtù del quale il debitore principale verso il fisco è il percettore del reddito imponibile e non il sostituto che esegue la ritenuta ed il successivo versamento, cosicché è al medesimo debitore principale che compete il diritto di ripetere quanto pagato in eccesso, con la precisazione che questa affermazione riguarda i rapporti tra sostituto d'imposta, sostituito e fisco e non invece quelli tra datore e lavoratore. Dunque, quanto si è innanzi ricordato, non è affatto in contrasto con l'assunto in virtù del quale al lavoratore sostituito non può essere richiesto quanto versato dal sostituto al terzo. Con la sentenza dinnanzi citata, peraltro, la Suprema Corte si pone in linea di continuità con l'affermazione di principio più volte ribadita, anche con riguardo al tema in esame, secondo la quale il *solvens* non può ripetere dall'*accipiens* più di quanto da questi abbia percepito. Si veda, in termini, Sez. L, n. 1464/2012, Arienzo, Rv. 621079-01, in cui si ritiene che nel rapporto di lavoro subordinato, il datore di lavoro versa al lavoratore la retribuzione al netto delle ritenute fiscali e, quando corrisponde per errore una retribuzione maggiore del dovuto ed opera ritenute fiscali erronee per eccesso, salvi i rapporti col fisco, può ripetere l'indebito nei confronti del lavoratore solo nei limiti di quanto effettivamente percepito da quest'ultimo, restando esclusa la possibilità chiedere la restituzione di importi al lordo di ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente.

#### **7.4.1. L'esclusione dalla retribuzione imponibile delle somme di incentivazione all'esodo.**

Evidente, nella lettura offerta dalla S.C., la finalità protettiva degli interessi del lavoratore perseguita dall'art. 4, comma 2 *bis*, del d.l. 30 maggio 1988, n. 173, convertito dalla legge n. 291 del 26 febbraio 1988.

A tal riguardo, **Sez. L, n. 27949/2018, Calafiore, Rv. 651359-01**, ha infatti affermato che, in caso di cessazione del rapporto di lavoro di singoli lavoratori, in virtù della norma innanzi ricordata, rientrano tra le somme che vanno escluse dalla retribuzione imponibile in quanto corrisposte, in occasione della cessazione del rapporto di lavoro, al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori, non solo quelle conseguite con un apposito accordo per l'erogazione dell'incentivazione anteriore alla risoluzione del rapporto, ma tutte quelle che risultino erogate in occasione della cessazione del rapporto di lavoro per incentivare l'esodo, potendo risultare ciò sia da una indicazione in tal senso dell'atto unilaterale di liquidazione delle spettanze finali, sia da elementi presuntivi.

#### **7.5. La derogabilità del principio di immodificabilità *in peius* della retribuzione in materia di società cooperative.**

Particolare rilevanza, in tema di trattamenti economici assume, inoltre, l'affermazione che in tema di società cooperative, la deliberazione, nell'ambito di un piano di crisi aziendale, di una riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi del socio lavoratore e di forme di apporto anche economico da parte di questi, ex art. 6, comma 1, lett. d) ed e), della l. 3 aprile del 2001, n. 142, in deroga al principio generale del divieto di immodificabilità *in peius* del trattamento economico minimo previsto dalla contrattazione collettiva, di cui all'art. 3 della predetta legge, è condizionata alla necessaria temporaneità dello stato di crisi e, quindi, all'essenziale apposizione di un termine finale ad esso.

E' stato peraltro ribadito che il principio generale della immodificabilità *in peius* del trattamento retributivo può però essere derogato solo quando è il legislatore a consentirlo, in presenza di particolari condizioni, come accade appunto in materia di società cooperative. E' d'uopo, quindi, operare una precisazione: sotto l'ombrello protettivo del legislatore il lavoratore presta, comunque, alla ricorrenza dei presupposti di legge e negli stretti limiti della stessa,

un consenso anticipato a detta riduzione, nel caso di specie, con la sottoscrizione del contratto associativo.

In tema ed in armonia con quanto si è accennato, **Sez. L, n. 19096/2018, Arienzo, Rv. 649882-01.**

La pronunzia, peraltro, è in linea con quanto già dalla Corte statuito (cfr. Sez. L, n. 19832/2013, Arienzo, Rv. 628844-01) in cui già si affermava che in tema di società cooperativa, con l'avvenuta sottoscrizione del contratto associativo, il socio lavoratore aderisce alle disposizioni stabilite dal regolamento interno che sia stato adottato dalla società ai sensi dell'art. 6 della l. n. 142 del 2001, trovando conseguentemente applicazione le disposizioni di cui all'art. 6, comma 1, lett. d) ed e) della legge cit., che consentono alla società, in caso di crisi aziendale, di deliberare una riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi e di prevedere forme di apporto anche economico da parte del socio lavoratore, al solo scopo di superare la difficoltà economica in cui versa l'impresa.

In conclusione, il principio generale dell'inderogabilità *in peius* del trattamento economico minimo previsto dalla contrattazione collettiva può subire eccezioni esclusivamente nel caso di deliberazione del "piano di crisi aziendale", che deve contenere elementi adeguati e sufficienti tali da esplicitare l'effettività della predetta crisi, la sua temporaneità, l'indicazione degli interventi previsti, evidenziando, infine, lo stretto nesso di causalità tra lo stato di crisi aziendale e l'applicabilità ai soci lavoratori di tali interventi.

#### **7.6. La determinazione del compenso in tema di lavoro giornalistico.**

Quanto agli aspetti retributivi del lavoro giornalistico, la Suprema Corte se ne è occupata nell'anno in corso in due pronunzie (cfr. innanzi par. 5.2. sulla distinzione tra redattore e collaboratore fisso dell'impresa giornalistica).

Nella prima, **Sez. L, n. 07575/2018, Garri, Rv. 647657-01**, si è ritenuto che, la determinazione del compenso professionale relativo alle attività di collaborazione giornalistica, in mancanza di un accordo tra le parti e della possibilità di fare ricorso alle tariffe o agli usi, è demandata al giudice, che deve tuttavia obbligatoriamente acquisire il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene, ai sensi dell'art. 2233, comma 1, c.c..

Sull'utilità delle tabelle elaborate dal consiglio dell'ordine, peraltro, aveva già avuto modo di soffermarsi Sez. L, n. 11412/2016, Berrino, Rv. 639836-01, sottolineando come in tema di compensi per



prestazioni giornalistiche, le tabelle elaborate dal Consiglio dell'ordine, pur non vincolanti, rappresentano un valido criterio orientativo in sede di determinazione giudiziale ex art. 2233 c.c., in quanto forniscono elementi utili ai fini della individuazione dei minimi inderogabili a garanzia dell'attività svolta dal professionista.

Nella seconda pronunzia, **Sez. L, n. 26676/2018, Marchese, Rv. 651237-01**, si indagano, invece, le modalità di commisurazione del compenso del giornalista collaboratore fisso, ossia quel giornalista, addetto ai quotidiani, alle agenzie di informazioni quotidiane per la stampa, ai periodici, alle emittenti radiotelevisive private e agli uffici stampa collegati alle aziende editoriali, che, pur non svolgendo la professione quotidianamente, assicura la continuità della propria prestazione, è soggetto a un vincolo di dipendenza ed assume la responsabilità di un servizio. Ebbene, in ordine al compenso del collaboratore fisso, afferma la Cassazione, l'operazione di quantificazione deve essere operata tenendo conto dei parametri indicati nell'art. 2, del c.c.n.l. del 10 gennaio 1959, norma applicabile *ratione temporis*, resa efficace *erga omnes* con d.P.R. 16 gennaio 1961, n. 153, e cioè l'importanza delle materie trattate, il tipo, la qualità e quantità delle collaborazioni, sicché rientrerà poi nei poteri di apprezzamento discrezionale del giudice di merito individuare un criterio logico per commisurare il compenso di un numero di collaborazioni maggiore della soglia minima di quattro o otto pezzi al mese, tenendo conto di tutti i parametri innanzi evidenziati.

Nello stesso senso, sostanzialmente si era già espressa, Sez. L, n. 00290/2014, Balestrieri, Rv. 629669-01, ritenendo che in materia di lavoro giornalistico, il collaboratore fisso di una agenzia di informazioni quotidiane (nella specie, l'Ansa), da identificarsi nel giornalista che, pur non assicurando una attività giornaliera, fornisca con continuità ai lettori un flusso di notizie attraverso la redazione sistematica di articoli o la tenuta di rubriche, ha diritto, ai sensi dell'art. 2, comma 4, del c.c.n.l. lavoro giornalistico (applicabile *ratione temporis*), ad una retribuzione che sia collegata al numero di collaborazioni fornite, ossia al numero di articoli redatti o rubriche tenute, nonché all'impegno di frequenza e alla natura e all'importanza delle materie trattate, ferma restando la soglia minima di quattro od otto collaborazioni al mese. Partendo da tali premesse, ha dunque affermato che ove il numero delle collaborazioni sia particolarmente elevato e superiore a quello pattuito, il giudice, ai fini della equa determinazione della retribuzione, non può limitarsi ad un aumento proporzionale della stessa in rapporto al maggior numero di articoli

o rubriche redatti rispetto a quelli concordati, dovendo anche tenere conto di tutti gli altri parametri previsti dalla disposizione collettiva.

### **7.7. La natura retributiva della indennità sostitutiva delle ferie.**

**La fruizione delle ferie ed il periodo di comporta.** In linea di continuità con l'orientamento della Suprema Corte, si pone anche **Sez. L, n. 02496/2018, Tricomi, Rv. 647301-01**, nella quale si ribadisce che dal mancato godimento delle ferie deriva - una volta divenuto impossibile per l'imprenditore, anche senza sua colpa, adempiere l'obbligazione di consentire la loro fruizione - il diritto del lavoratore 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.

Sul punto 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". Lo stesso diritto, costituendo un riflesso contrattuale del diritto alle ferie, non può essere condizionato, nella sua esistenza, alle esigenze aziendali. Come si anticipava, la pronunzia innanzi esaminata, ribadendo la natura retributiva della indennità sostitutiva delle ferie, si pone in assoluta continuità con quanto dalla Corte già ritenuto in **Sez. L, n. 13860/2000, Cuoco, Rv. 541065-01** e prima ancora da **Sez. L, n. 4339/1998, Mileo, Rv. 515408-01**.

Quanto alla possibilità di fruizione delle ferie alla fine della interruzione del periodo di comporta **Sez. L, n. 27392/2018, Marotta, Rv. 651049-01**, ha ritenuto che il lavoratore assente per malattia ha la facoltà di domandare la fruizione delle ferie maturate e non godute, allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporta, non sussistendo una incompatibilità assoluta tra malattia e ferie, senza che a tale facoltà corrisponda comunque un obbligo del datore di lavoro di accedere alla richiesta, ove ricorrano ragioni organizzative di natura ostativa. In un'ottica di bilanciamento degli interessi contrapposti, nonché in ossequio alle clausole generali di correttezza e buona fede, è necessario, tuttavia, che le dedotte ragioni datoriali siano concrete ed effettive. In applicazione del sopraindicato principio, quindi, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto privo di giustificazione, in quanto fondato su ragioni

vaghe ed inconsistenti, il rifiuto di concessione delle ferie motivato dalla società datrice solo con un generico riferimento a non meglio precisate esigenze organizzative dell'ufficio.

### **7.8. La retribuzione e la contrattazione collettiva.**

Non ci si può poi esimere dal ricordare una serie di decisioni che, come si è anticipato, riguardano le previsioni di specifici contratti collettivi in materia di retribuzione.

**Sez. L, n. 09955/2018, Marotta, Rv. 648948-01**, in tema di trattamento economico dei dirigenti, ritiene che le indennità previste dall'art. 18 del c.c.n.l. agricoltura dell'11 maggio 2005 spettano tanto nel caso di intervenuto trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa, sia nella diversa ipotesi di mutamento della titolarità aziendale, da intendersi, con riferimento alle società di capitali, quale variazione della titolarità del pacchetto azionario di maggioranza che, in quanto sufficiente a garantire la nomina dei componenti dell'organo amministrativo, pur non incidendo sulla soggettività giuridica dell'ente, si riverbera sugli assetti societari, con possibili ripercussioni sul rapporto dirigenziale e sulla permanenza del profilo fiduciario che tipicamente innerva tale rapporto, così da giustificare la possibilità di recesso garantita dalla corresponsione delle indennità di cui all'art. 18 cit.

Quanto al trattamento economico dei dipendenti delle imprese esercenti i servizi di pulizia, l'art. 22 del c.c.n.l. del 25 maggio 2001, con riferimento agli "incrementi automatici biennali" riguardanti gli assunti dopo il 1° giugno 2001, afferma **Sez. L, n. 07717/2018, Amendola F., Rv. 647820-01**, va interpretato nel senso che, dopo un primo periodo triennale di sospensione degli aumenti, riprende il decorso del tempo ai fini dello scatto per ogni biennio successivo alla prima fase di neutralizzazione.

In relazione al trattamento economico del personale di Poste Italiane s.p.a., va inoltre rammentata, **Sez. L, n. 19272/2018, Arienzo, Rv. 649934-01**, che, con riguardo agli addetti ai servizi viaggiatori, ha indagato i rapporti tra il ticket di cui all'art. 82 del c.c.n.l. dell'11 luglio del 2007 ed il supplemento forfettario dell'indennità prevista dall'art. 71 dello stesso c.c.n.l., affermando la cumulabilità dei due emolumenti. Nello specifico, la S.C. ha ritenuto che il supplemento forfettario dell'indennità di cui al citato art. 71, corrisposto in forma di ticket, compensi l'aggravio connesso al superamento dell'ordinario orario della prestazione, sicché non può intendersi ricompreso nel diverso ticket di cui all'art. 82 dello stesso

c.c.n.l., collegato, invece, al nuovo sistema di refezione previsto per tutti i dipendenti della società.

In tema di retribuzione dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato, con **Sez. L, n. 07690/2018, Curcio, Rv. 647665-01**, in piena conformità con quanto già ritenuto da Sez. L, n. 13581/2016, Ghinoy, Rv. 640470-01, la S.C. ha nuovamente ribadito che la finalità dell'istituto dell'elemento distinto di retribuzione (EDR), previsto dall'accordo nazionale dell'8 novembre 1995, successivamente modificato dall'accordo del 6 febbraio 1998, come risultante dall'interpretazione dell'art. 73, comma 3, del c.c.n.l. del 6 febbraio 1998, per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato, è quella di trasferire una parte degli importi delle competenze accessorie nella retribuzione base, in modo da renderli pensionabili, senza, tuttavia, creare una lievitazione del costo del lavoro e, dunque, con il meccanismo del "riassorbimento", sicché il 14° rateo EDR, pur determinando un incremento della retribuzione base e quindi anche dell'assegno personale pensionabile, è destinato ad essere riassorbito in varie indennità accessorie decurtate nella stessa misura e non deve essere effettivamente erogato.

Quanto al premio fedeltà, previsto dagli accordi aziendali applicabili ai dipendenti di Unicredit s.p.a., **Sez. L, n. 26663/2018, Ponterio, Rv. 651197-01**, ha ritenuto che nel periodo di "effettivo servizio", ai fini del riconoscimento del premio innanzi citato, va computato il congedo facoltativo per maternità. Detta interpretazione deriva non solo dalla lettura delle clausole contrattuali in armonia con i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e 1369 c.c. ma è soprattutto imposta dal principio di non discriminazione, sicché solo tale lettura è atta ad evitare la nullità delle predette clausole, secondo il disposto dell'art. 1367 c.c..

Da ultimo, **Sez. L, n. 29399/2018, Arienzo, Rv. 651707-01**, si è occupata della retribuzione spettante ai dipendenti Anas allorché il prestatore con qualifica di quadro partecipi quale membro interno alle commissioni per l'affidamento dei lavori pubblici. Nello specifico, in detta pronuncia si è affermato che non è dovuto alcun compenso aggiuntivo al dipendente ANAS con qualifica di quadro che partecipi alle commissioni per l'affidamento di lavori pubblici come membro interno, quale attività rientrante fra quelle previste per la categoria di riferimento dalla contrattazione collettiva (fatta salva la prova che l'attribuzione di mansioni molteplici comporti per il lavoratore un maggiore impegno qualitativo o quantitativo rispetto a quello caratteristico della qualifica rivestita), dovendosi ritenere che l'art. 21 della l. n. 109 del 1994, in base ad un'interpretazione logica e

sistematica della norma e del relativo regolamento di attuazione, si limiti a disciplinare la previsione di spese di funzionamento, definite solo eventuali, senza riferire necessariamente il compenso collegato all'incarico a tutti i membri della commissione indistintamente.

## 7.9. Il TFR.

Quanto alla erogazione del trattamento di fine rapporto, diverse le tematiche indagate dai giudici di legittimità nel corso del 2018.

In primo luogo, va segnalato che in piena conformità con l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità (cfr. sul punto Sez. L, n. 9695/2009, Bandini, Rv. 607981-01, nonché Sez. L, n. 11995/2009, De Renzis, Rv. 573959-01 e, prima ancora, Sez. L, n. 8820/2018, Vaccaro, Rv. 483515-01), **Sez. L, n. 02728/2018, Blasutto, Rv. 647400-02**, ha riconfermato che il diritto al trattamento di fine rapporto (TFR) sorge con la cessazione del rapporto di lavoro, con la conseguenza che solo in quel momento può essere azionato, non essendo di ostacolo a tal fine la sussistenza, di una controversia tra le parti in ordine all'ammontare delle retribuzioni spettanti al lavoratore (la cui pendenza può, semmai, determinare soltanto la sospensione del giudizio diretto al conseguimento nel TFR). 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.

Quanto alla natura del trattamento di fine rapporto, si è ribadito che trattasi un debito liquido e determinato nel suo ammontare ovvero agevolmente determinabile mediante criteri stringenti sulla base di prefissate operazioni di calcolo (così **Sez. L, 25716/2018, Marchese, Rv. 650945-02**), sicché va ricompreso nella categoria delle obbligazioni cosiddette "portabili", da adempiere, quindi, ai sensi dell'art. 1182 c. c., presso il domicilio del creditore.

Quanto al trattamento di fine rapporto dei dipendenti degli enti creditizi, la Corte ha verificato la natura retributiva della "elargizione per abitazione", quando tale emolumento, riconosciuto al funzionario trasferito con i familiari conviventi, ha carattere continuativo e periodico e finalità di contributo corrisposto, in misura fissa e senza documentazione giustificativa, in relazione alle esigenze abitative personali del lavoratore, da computarsi quindi, in mancanza di espressa deroga pattizia, nella base del calcolo prevista dall'art.

2120 c.c. per la determinazione del trattamento di fine rapporto. Tale il principio affermato è da **Sez. L, n. 20505/2018, Marotta, Rv. 650122-01**.

Agli stessi fini, i giudici di legittimità hanno vagliato la natura retributiva dell'emolumento aggiuntivo corrisposto al lavoratore per lo svolgimento del lavoro all'estero e - sulla questione specifica - **Sez. L, n. 21519/2018, Marotta, Rv. 650143-01**, ha osservato che, ai fini della determinazione della base di computo del trattamento di fine rapporto, ai sensi dell'art. 2120, comma 2, c.c. e in mancanza di una deroga espressa contenuta nella contrattazione collettiva, la natura di retribuzione di un emolumento aggiuntivo corrisposto al lavoratore per lo svolgimento di lavoro all'estero o in altra sede lavorativa è desumibile da indici sintomatici, inclusi quelli emergenti in sede di conclusione del contratto individuale, che denotino la non occasionalità dell'emolumento, dovendosi invece attribuire natura non retributiva alle voci che abbiano la finalità di tenere indenne il lavoratore da spese che non avrebbe incontrato se non fosse stato trasferito, sostenute nell'interesse dell'imprenditore. La S.C., nell'affermare detto principio, ha quindi confermato la sentenza impugnata che aveva attribuito natura retributiva all'elargizione per abitazione corrisposta ad un funzionario bancario trasferito con familiari conviventi, desumendola dal carattere periodico dell'erogazione, dalla sua corresponsione in misura fissa e senza documentazione giustificativa.

Si è già avuto modo di ricordare (*supra* paragrafo 7.3.: **Sez. L, n. 20011/2018, Curcio, Rv. 649873-01**), che i giudici di piazza Cavour, avevano avuto modo di segnalare ad altri fini che hanno natura retributiva i trattamenti economici per servizio all'estero che compensano il lavoro (e la sua eventuale maggiore gravosità), mentre hanno natura riparatoria quelli volti al ristoro di spese.

Infine, **Sez. L, n. 04352/2018, Tricomi, Rv. 647453-01**, in piena conformità con la pronuncia delle S.U., n. 21553/2009, Morcavallo, Rv. 609708-01, ha ritenuto che in materia di indennità di fine rapporto, la normativa di cui alla l. 29 maggio 1982, n. 297, non preclude che possano essere corrisposte, alla cessazione del rapporto, erogazioni integrative aventi natura e funzioni diverse dal trattamento di fine rapporto, purché ricollegate al contratto di lavoro, nel quale devono trovare una giustificazione causale idonea ad escludere che si sia in presenza di disposizioni derogatorie alla disciplina legale. Va pertanto negato che siano da corrispondere ai lavoratori le maggiori somme maturate per l'effetto di una polizza assicurativa stipulata dal datore di lavoro, allorché, in ragione della struttura della provvista e

della modalità di erogazione degli importi, risulti che essa sia stata costituita per finalità proprie del datore di lavoro, nello specifico per assicurare la corresponsione dell'indennità di fine rapporto ai dipendenti, sicché non va erogata a favore di questi ultimi alcuna utilità economica ulteriore.

## **8. L'eterodirezione, ai fini della delimitazione del "tempo lavoro" e quindi della subordinazione.**

Il contratto di lavoro è, come è noto, un contratto di durata che, pertanto, prevede l'adempimento di obbligazioni continuative nel tempo (in via principale, effettuazione della prestazione da parte del lavoratore ed erogazione della retribuzione da parte del datore).

Il "tempo lavoro" è pertanto l'orario di lavoro che il prestatore deve rispettare, disciplinato dalla legge oltre che dalla contrattazione collettiva.

Esso segna il limite temporale oltre il quale il datore non ha più alcun potere di supremazia gerarchica e di eterodirezione del lavoratore.

Insomma, il "tempo lavoro", da un lato, segna - in via generale - il confine invalicabile per il datore regolando lo sbarramento verso la sfera privata del prestatore, dall'altro, invece, delimita l'area temporale in cui datore e prestatore sono tenuti all'adempimento delle rispettive obbligazioni, con la conseguenza che è importante l'individuazione del "tempo lavoro" anche allo scopo di delimitare lo *spatium temporis* in cui il prestatore deve espletare la prestazione ed il datore deve erogare la retribuzione.

Proprio di tale ultimo aspetto, la individuazione del "tempo lavoro", si è occupata **Sez. L, n. 07738/2018, Pagetta, Rv. 647676-01**, affermando che il tempo per indossare la divisa aziendale rientra nell'orario di lavoro, ove, attraverso la regolazione contrattuale, venga accertato che tale operazione è diretta dal datore con riguardo al tempo e al luogo di esecuzione della vestizione. L'eterodirezione, insomma, può derivare dall'esplicita disciplina d'impresa o risultare implicitamente dalla natura degli indumenti o della specifica funzione che devono assolvere, quando gli stessi siano diversi da quelli utilizzati o utilizzabili secondo un criterio di normalità sociale dell'abbigliamento. Per rendere più chiara l'affermazione della Corte, vale la pena esemplificare. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di appello che aveva riconosciuto come lavoro effettivo il tempo impiegato dai dipendenti, addetti al servizio mensa, per indossare gli abiti di lavoro prima dell'inizio del turno, in appositi

spogliatoi, messi a disposizione all'interno dell'azienda, per ragioni di igiene pubblica.

La pronuncia è conforme, peraltro, all'orientamento inaugurato da Sez. L, n. 1352/2016, Rv. 638332-01, in cui già si riteneva, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria in tema di orario di lavoro di cui alla direttiva n. 2003/88/CE (Corte di Giustizia UE del 10 settembre 2015 in C-266/14), che il tempo necessario ad indossare la divisa aziendale rientrasse nell'orario di lavoro se è assoggettato al potere di conformazione del datore.

Quanto agli oneri probatori, non va sottaciuto che incombe sul lavoratore allegare e provare che nell'orario di lavoro vadano incluse anche le pause.

In tal senso, **Sez. L, 21562/2018, Garri, Rv. 650219-01**, ha ritenuto che in tema di rapporto di lavoro subordinato privato, ove sia prevista una pausa nello svolgimento dell'attività lavorativa, in difetto di una previsione di legge o contrattuale che ricomprenda il tempo da dedicare alla pausa nell'orario di lavoro, è onere del lavoratore allegare e dimostrare, ai fini della sua remunerazione, che tale tempo, connesso o collegato alla prestazione, è eterodiretto e non lasciato, per la sua durata, nella disponibilità autonoma del lavoratore medesimo.

Nell'alveo della delimitazione del “tempo lavoro”, può ricondursi, poi, sebbene con riguardo ad un profilo completamente diverso, **Sez. L, n. 12095/2018, Patti, Rv. 648822-01**, che affronta il tema del tempo in cui il prestatore è assoggettato alla eterodirezione del lavoratore, con riguardo al regime delle assenze e dei permessi brevi, come disciplinati dall'art. 13 del c.c.n.l. per l'industria meccanica privata del 20 gennaio 2008. Ebbene, a tal riguardo, la S.C. afferma che l'art. 13 cit. va interpretato nel senso che i lavoratori sono tenuti a giustificare tempestivamente le assenze, perché altrimenti prive di ragione verificabile dal datore di lavoro, a differenza dei permessi brevi, per i quali la ricorrenza di una giustificazione e la compatibilità con le esigenze di servizio sono state previamente vagliate dal datore in virtù del consenso accordato alla richiesta.

Dimensione temporale del “tempo lavoro” è anche l'anzianità di servizio.

In tal senso, **Sez. L, n. 10131/2018, De Gregorio, Rv. 648729-01**, che afferma che l'anzianità di servizio non è uno *status* o un elemento costitutivo di uno status del lavoratore subordinato, né un distinto bene della vita oggetto di un autonomo diritto, rappresentando piuttosto la dimensione temporale del rapporto di lavoro, sicché integra il presupposto di fatto di specifici diritti, quali



quelli all'indennità di fine rapporto o agli scatti di anzianità e, conseguentemente, non può essere oggetto di atti di disposizione, traslativi o abdicativi.

Va infine ricordata, **Sez. L, n. 29646/2018, Arienzo, Rv. 651750-01**, nella quale si sottolinea che, ai fini della distinzione tra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo, occorre avere riguardo al concreto atteggiarsi del potere direttivo del datore, il quale, affinché assurga ad indice rivelatore della subordinazione, non può manifestarsi in direttive di carattere generale, le quali sono compatibili con i poteri di eteroconformazione sussistenti anche nel rapporto libero professionale, ma deve esplicarsi in ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di appello che aveva qualificato in termini di contratto d'opera professionale il rapporto di lavoro intercorso tra una terapeuta ed una casa di cura nel quale l'ingerenza del titolare dell'azienda sanitaria era finalizzata esclusivamente al raccordo delle prestazioni libero professionali con la struttura aziendale.

L'assoggettamento del lavoratore alle altrui direttive è però configurabile anche quando il potere di direzione venga esercitato dal datore di lavoro attraverso l'emaneazione di indicazioni di carattere programmatico *de die in diem*. Dette direttive costituiscono, infatti, indici rivelatori del vincolo di subordinazione cd. attenuata, rivelando l'accettazione dell'esercizio della programmazione quotidiana e l'inserimento delle prestazioni lavorative nell'organizzazione imprenditoriale, sotto il vincolo della eterodirezione datoriale.

Facendo applicazione di detto principio, consolidato nella giurisprudenza di legittimità (cfr., fra le altre, Sez. L, n. 8364/2014, Mancino, Rv. 630241-01, Sez. L, n. 4500/2007, Stile, Rv. 595235-01), **Sez. L, n. 29640/2018, Rivero, Rv. 651749-01**, ha confermato la sentenza di merito che, valorizzando la sussistenza di indicazioni programmatiche, indici rivelatori della subordinazione, aveva qualificato come subordinato il rapporto di lavoro di collaboratori che avevano svolto l'attività di messi notificatori con le medesime modalità in un primo momento come dipendenti, poi come collaboratori co.co.co. e successivamente come collaboratori co.co.pro..

## 8.1. I controlli datoriali allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Corollario della subordinazione è ovviamente il potere datoriale di controllo (nei limiti delineati dallo st.lav.) dell'esatta esecuzione della prestazione che può condurre, in caso di inadempimenti, all'esercizio del potere disciplinare e alla (eventuale) conseguente applicazione delle sanzioni disciplinari.

Trattasi di un potere di controllo, come si è già in parte evidenziato, niente affatto assoluto, perché va temperato con i diritti fondamentali di libertà del prestatore, in primo luogo dignità e riservatezza.

La S.C. si è occupata dei controlli nel corso del 2018 in due pronunzie, la prima relativa a quelli cd. a distanza, la seconda a quelli effettuati a mezzo agenzia investigativa e riguardanti attività lavorativa svolta fuori dai locali aziendali.

Nello specifico, **Sez. L, n. 13266/2018, Patti, Rv. 649009-01**, ha affermato che i controlli a distanza esulano dall'ambito applicativo dell'art. 4, comma 2, st. lav. (nel testo anteriore alle modifiche di cui all'art. 23, comma 1, del d. lgs. n. 151 del 2015) e non richiedono l'osservanza delle garanzie ivi previste, se diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale. Insomma, detti controlli difensivi da parte del datore sono legittimi, se disposti *ex post*, ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa.

Nella specie, è stata ritenuta legittima la verifica successivamente disposta sui dati relativi alla navigazione in *internet* di un dipendente sorpreso ad utilizzare il computer di ufficio per finalità extra-lavorative.

**Sez. L, n. 15094/2018, Amendola F., Rv. 649245-01**, ha avuto modo, invece, di interessarsi del controllo datoriale dell'attività lavorativa svolta fuori sede e - operando un indispensabile temperamento degli interessi - ha statuito che i controlli del datore di lavoro a mezzo di agenzia investigativa, riguardanti l'attività lavorativa del prestatore svolta anche al di fuori dei locali aziendali, sono legittimi solo ove finalizzati a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti od integrare attività fraudolente, fonti di danno per il datore medesimo, non potendo, invece, avere ad oggetto l'adempimento della prestazione lavorativa, in ragione del divieto di cui agli artt. 2 e 3 st.lav..

## 8.2. L'inadempimento datoriale delle forniture di vestiario.

Corollario della subordinazione, sul fronte opposto, è l'obbligo datoriale di fornitura dei mezzi e degli strumenti indispensabili allo svolgimento della prestazione.

In consonanza, l'imprenditore dovrà adempiere anche all'obbligo previsto per legge (per gli indumenti che possano qualificarsi dispositivi di protezione) o contrattualmente di fornire ai dipendenti i capi di vestiario (si pensi a quelle particolari attività per le quali è necessario indossare una divisa).

Evidentemente, afferma la S.C., l'inadempimento dell'obbligo, contrattualmente assunto, di fornitura ai dipendenti dei capi di vestiario, può determinare il diritto al risarcimento dei danni dei lavoratori a cui non sia stata consegnata la divisa, qualora sia dimostrato il pregiudizio economico conseguente, quale l'usura dei propri abiti utilizzati in sostituzione, ovvero il costo sostenuto per l'acquisto che, altrimenti, non sarebbe stato affrontato, senza che alla mancata prova possa sopperire la liquidazione equitativa dello stesso.

Il principio innanzi riportato è stato fatto proprio da **Sez. 6 - L., n. 21986/2018, Ghinoy, Rv. 650500-01.**

Del resto, per la vicinanza con il tema trattato, va pure ricordato, come più volte negli anni passati, la S.C. aveva puntualizzato, in tema di tutela delle condizioni di igiene e sicurezza dei luoghi di lavoro, che gli indumenti con funzione protettiva dal contatto con sostanze nocive o patogene rientrano tra i dispositivi di protezione individuale, previsti dall'art. 40 della l. n. 626 del 1994 (applicabile *ratione temporis*), sicché rispetto ad essi è configurabile un obbligo a carico del datore di lavoro di continua fornitura e di mantenimento in stato di efficienza. Nella specie, di recente il principio è stato affermato da Sez. L, n. 18674/2015, D'Antonio, Rv. 631899-01 in relazione ad una lavoratrice addetta ad attività di pulizia delle vetture dei treni.

Conseguentemente, i lavoratori hanno diritto al rimborso delle spese sostenute, per la pulizia degli indumenti di protezione forniti dal datore di lavoro (qualora questi non vi ottemperò), risultando affetta da nullità parziale, per contrasto con norme imperative (artt. 377 e 379 del d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, fino alla data di entrata in vigore del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, a sua volta abrogato dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), la contraria clausola del contratto collettivo che, sostituita di diritto dalle stesse norme inderogabili, concorre a conformare i contratti individuali di lavoro, sui quali si fondano i

diritti alla retribuzione ed al rimborso spese dei lavoratori (cfr. Sez. L, n. 16495/2014, D'Antonio, Rv. 637148-01).

## **9. La forma dei negozi giuridici in materia di lavoro.**

In ambito lavoristico vige il principio di libertà della forma; in via generale, infatti, il legislatore non prescrive la forma scritta per la stipula dei rapporti di lavoro subordinato.

E tuttavia, la forma scritta, nel settore pubblico è imposta per legge, in quello privato da numerosi contratti collettivi, senza dimenticare che, sempre il legislatore, la prevede per alcune tipologie di rapporti lavorativi (ad es. quelli a termine).

In assenza di deroghe, ad ogni modo, il principio di libertà della forma si applica anche all'accordo o al contratto collettivo di lavoro di diritto comune, che pertanto - a meno di eventuale diversa pattuizione scritta precedentemente raggiunta ai sensi dell'art. 1352 c.c. dalle medesime parti stipulanti - ben possono stipularsi anche verbalmente o per fatti concludenti; la libertà della forma dell'accordo o del contratto collettivo di lavoro concerne anche i negozi ad esso connessi, come il recesso unilaterale ex art. 1373, comma 2, c.c. Questa la posizione assunta da **Sez. L, n. 02600/2018, Manna, Rv. 646732-01**, in armonia con quanto già ritenuto da Sez. U., n. 3318/1995, Amirante, Rv. 491331-01.

Insomma, in mancanza di norme che prevedano per i contratti collettivi la forma scritta, in applicazione del principio generale della libertà di forma - in base al quale le norme che prevedono che determinati negozi debbano essere realizzati con determinate forme sono di stretta interpretazione ed altresì insuscettibili di applicazione analogica - l'accordo aziendale è valido anche se non stipulato per iscritto.

Se quindi il contratto collettivo può non essere stipulato per iscritto, così anche il recesso unilaterale può essere posto in essere oralmente.

A tal riguardo, si precisa nella medesima pronuncia, è però la parte che eccepisce l'avvenuto recesso unilaterale da un accordo o da un contratto collettivo di diritto comune ad essere onerata, ex art. 2697, comma 2, c.c. della prova relativa e, ove alla manifestazione orale segua, su richiesta dell'altro o degli altri contraenti, una dichiarazione scritta del medesimo tenore, è altresì onerata della prova del carattere meramente confermativo - anziché innovativo - di tale successiva dichiarazione.

Come si anticipava, la forma scritta è altresì prevista per i contratti a termine, rinviando all'apposito capitolo su detta tipologia di rapporti, giova qui precisare che in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, l'atto scritto contenente, a norma dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, l'indicazione del termine iniziale del rapporto lavorativo, deve essere precedente o almeno contestuale all'inizio della prestazione lavorativa, con conseguente invalidità di eventuali limitazioni temporali contenute in pattuizioni successive all'inizio del rapporto, sicché in tali ipotesi il contratto di lavoro dovrà intendersi stipulato e voluto dalle parti nella forma ordinaria a tempo indeterminato (così, **Sez. L, n. 27974/2018, Leone, Rv. 651054-01**: v. pure capitolo sul lavoro flessibile, § 4.1.).

Si rinvia inoltre a quanto si è detto innanzi al par. 6.2 in relazione alla forma del provvedimento di trasferimento.

*In limine*, va pure ricordato che, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, la prolungata esecuzione ed il *nomen iuris*, pur essendo elementi necessari di valutazione, non costituiscono fattori assorbenti, occorrendo dare prevalenza alle concrete modalità di svolgimento del rapporto. In applicazione di tale principio, **Sez. L, n. 04884/2018, Ponterio, Rv. 647475-01**, ha confermato la sentenza di appello che aveva riconosciuto la subordinazione in un rapporto di lavoro iniziato di fatto, successivamente formalizzato come contratto di agenzia e protrattosi per oltre dieci anni, attribuendosi rilevanza preminente, anche sulla forma, alle sue modalità di esecuzione.

## **10. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale e gli effetti ai fini retributivi. La tempestività del recesso del lavoratore in caso di giusta causa.**

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.

A tal proposito, **Sez. L, n. 30126/2018, Tria, Rv. 651694-01**, ha precisato che ai fini della sussistenza della incapacità naturale ex art. 428 c.c., quale causa di annullamento del negozio giuridico, non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente un turbamento psichico che impedisca la formazione di una volontà cosciente, purché tale da escludere od ostacolare la capacità di autodeterminazione del soggetto ovvero la capacità di

valutare l'importanza dell'atto che si sta per compiere. Laddove si controverta, quindi, della sussistenza di una simile condizione in riferimento alle dimissioni del lavoratore subordinato, il relativo accertamento deve essere particolarmente rigoroso, comportando le dimissioni la rinuncia al posto di lavoro, ossia ad un diritto garantito ex artt. 4 e 36 Cost.; onde è necessario verificare che sia stata manifestata in modo univoco dal dimissionario l'incondizionata e genuina volontà di porre fine al rapporto. Del resto, già Sez. L, n. 2500/2017, Balestrieri, Rv. 622872-01, aveva precisato che, ai fini dell'annullamento delle dimissioni, oltre il grave pregiudizio, il lavoratore deve offrire solo prova di uno stato di turbamento psichico, anche parziale, idoneo però ad impedire od ostacolare una seria valutazione dei fatti e quindi la formazione della volontà di rassegnare le dimissioni.

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. 650257-01**, ha inoltre puntualizzato 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.

Sempre con riferimento ad una ipotesi di dimissioni per incapacità naturale, **Sez. L., n. 01159/2018, Lorito, Rv. 647195-01**, ha confermato la sentenza del giudice di merito che, rispetto alla azione costitutiva di annullamento delle dimissioni per incapacità naturale, aveva ritenuto inidonea ad interrompere il corso della prescrizione la richiesta di tentativo di conciliazione avente ad oggetto l'annullamento di verbale di conciliazione sindacale, restando irrilevante l'eventuale collegamento negoziale tra i due atti impugnati.

La pronuncia si pone nella scia dell'ordinamento di legittimità, secondo il quale gli atti interruttivi della prescrizione riconducibili alla previsione dell'art. 2943, comma 4, c.c., consistono in atti recettizi, con i quali il titolare del diritto manifesta al soggetto passivo la sua volontà non equivoca, intesa alla realizzazione del diritto stesso. Essi, pertanto, possono produrre tale effetto limitatamente ai diritti ai quali corrisponde nel soggetto passivo un dovere di comportamento e non anche per i diritti potestativi, ai quali fa riscontro una situazione di

mera soggezione, anziché di obbligo, nel soggetto controinteressato (*ex plurimis*, si veda, Sez. L., n. 25861/2010, Bandini, Rv. 615408-01).

Rinviando poi per le questioni che attengono alla verifica della sussistenza di ipotesi di licenziamento o piuttosto di dimissioni al capitolo della rassegna che si occupa specificamente del tema dei licenziamenti, va comunque ricordata anche in questa sede **Sez. L, n. 31999/2018, Garri**, in corso di massimazione. Nella pronunzia si sottolinea che il principio della immediatezza delle dimissioni del lavoratore per giusta causa, che ne condiziona tempestività e validità, va inteso in senso relativo e può essere in determinate ipotesi compatibile con un lasso di tempo ragionevole, la cui valutazione è rimessa al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata.

Del resto, l'effetto temperato della tempestività del recesso per giusta causa del lavoratore emerge dalla complessiva lettura di plurime pronunzie del giudice di legittimità, anche risalenti (cfr. Sez. L, n. 5146/1998, Castiglione, Rv. 515739-01 ed anche Sez. L, n. 24477/2011, La Terza, Rv. 619823-01, solo apparentemente difforme).

## CAPITOLO XVIII

### IL LAVORO FLESSIBILE

(DI ILEANA FEDELE)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le innovazioni del cd. “decreto dignità”. - 3. Lavoro flessibile e precario. - 4. Il contratto di lavoro a tempo determinato. - 4.1. Gli oneri di forma. - 4.2. L’indicazione e la valutazione delle causali per la legittima apposizione del termine. - 4.3. L’assunzione a termine nel settore postale. - 4.4. Rilevabilità d’ufficio delle cause di nullità. - 4.5. Decadenza dall’impugnazione del termine. - 4.6. Azione di nullità del termine e precedente giudizio di impugnazione del licenziamento. - 4.7. Conversione giudiziale del rapporto e novazione. - 4.8. Vicende successive all’accertamento giudiziale dell’illegittima apposizione del termine ed alla conseguente trasformazione del rapporto a tempo indeterminato. - 4.9. Regime prescrizione dei crediti. - 4.10. Contratto di arruolamento. - 4.11. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato. - 5. La somministrazione di lavoro. - 5.1. La verifica circa l’effettività della causale indicata. - 5.2. Frode alla legge. - 5.3. Conseguenze della mancata comunicazione alle OO.SS. - 5.4. Decadenza dall’impugnazione della serie dei contratti. - 5.5. Obblighi di prevenzione e protezione del lavoratore. - 6. L’indennità ex art. 32 l. n. 183 del 2010. - 6.1. Natura. - 6.2. Ambito di applicazione. - 7. Risoluzione del rapporto per mutuo consenso. - 8. Contratto di lavoro a tempo parziale. - 9. Altre forme contrattuali flessibili. - 10. Appalto genuino e fenomeni interpositori. - 10.1. La responsabilità solidale del committente ex art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003. - 11. Cessione ed affitto di azienda, codatorialità e successione nel rapporto lavorativo.

#### 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 nuovamente oggetto dell’attenzione del legislatore per rivisitare, in senso più vincolistico, le principali forme contrattuali, vale a dire il contratto a tempo determinato e la somministrazione di lavoro.

Premessi, dunque, brevi cenni sulle modifiche introdotte con il cd. “decreto dignità”, si procederà alla disamina delle pronunce emesse nell’anno 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 cessione di azienda e successione nel rapporto lavorativo, per verificare la legittimità delle vicende circolatorie del rapporto e la corretta individuazione del datore di lavoro.

## 2. Le innovazioni del cd. “decreto dignità”.

Il d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. con modif. in l. 9 agosto 2018, n. 96, ha apportato significative modifiche all’assetto dei contratti flessibili (con particolare riferimento al lavoro a tempo determinato ed alla somministrazione di lavoro), quale da ultimo delineato con il d.lgs. n. 81 del 2015. Rispetto alla linea evolutiva in senso liberalizzante, che ha caratterizzato i ripetuti interventi del legislatore in materia, il cd. “decreto dignità” rappresenta una decisa inversione di tendenza, con la previsione di limiti temporali più stringenti e la re-introduzione del requisito della causalità (sia pure non per il primo contratto).

Infatti, le principali innovazioni consistono nella: 1) riduzione del termine massimo di durata complessiva del contratto o di una successione di contratti, da trentasei a ventiquattro mesi; 2) re-introduzione del requisito della causalità per il contratto a termine superiore a dodici mesi, nel senso che i contratti di durata superiore ad un anno possono essere stipulati solo in presenza delle causali indicate nel primo comma dell’art. 19 riformulato (*«a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all’ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell’attività ordinaria; 3) re-introduzione delle medesime causali anche per il caso di rinnovo, qualunque sia la durata del contratto iniziale e del contratto rinnovato (e, dunque, anche nel caso di durata complessiva inferiore ai dodici mesi); 4) riduzione del numero di proroghe consentite, da cinque a quattro, e re-introduzione del requisito della causalità in caso di proroga che comporta una durata superiore al limite dei dodici mesi. La re-introduzione del requisito della causalità ha comportato la conseguente modifica del requisito di forma, di cui all’art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 81 del 2015, nel senso della necessaria specificazione delle ragioni, laddove prescritte, anche se, in maniera singolare, non è stato espressamente previsto l’onere di indicazione delle causali nell’ipotesi di primo contratto della durata ultrannuale.*

In sede di conversione del d.l. è stata espressamente prevista la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato in caso di

stipulazione del contratto della durata superiore a dodici mesi ovvero di rinnovo o proroga in assenza delle specifiche causali prescritte dalle nuove disposizioni (art. 19, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 81 del 2015).

E' prevista una deroga, sia dai limiti temporali che dal requisito della causalità, per le attività stagionali, di cui all'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015. E' stata mantenuta la possibilità, già prevista dall'art. 19, comma 3, del medesimo d.lgs., di superare il termine massimo complessivo di durata - ormai ridotto a ventiquattro mesi - nel caso di ulteriore contratto stipulato presso la direzione territoriale del lavoro e di durata non superiore a dodici mesi nonché la possibilità di una apposita deroga da parte della contrattazione collettiva (potere derogatorio limitato alla durata e non esteso anche all'individuazione di nuove causali).

Infine, è stato aumentato - da 120 a 180 giorni - il termine di decadenza per l'impugnazione stragiudiziale del contratto a termine.

Le modifiche si applicano ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.l. (14 luglio 2018). Una particolare disposizione transitoria è stata introdotta per i rinnovi e le proroghe, con applicazione della pregressa disciplina sino al 31 ottobre 2018.

Significative anche le innovazioni apportate alla somministrazione di lavoro a termine, con la scelta di equipararne la disciplina pressoché integralmente a quella del contratto a tempo determinato, con le uniche eccezione del periodo di intervallo in caso di rinnovo, della percentuale di contingentamento e del diritto di precedenza (art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015, come modificato dal d.l. n. 87 del 2018, conv. con modif. in l. n. 96 del 2018).

Di conseguenza, anche per la somministrazione a termine vale il limite massimo di durata complessiva di ventiquattro mesi così come è richiesta l'indicazione di una delle causali ormai prescritte per il contratto a tempo determinato per il caso di contratto di durata ultrannuale ovvero in caso di rinnovo o di proroga che comporti una durata superiore a dodici mesi. E' stata pure introdotta normativamente una percentuale di contingentamento per i lavoratori assunti con contratto di somministrazione a termine, percentuale che non può essere superiore al 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato (art. 31, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015, come modificato dal d.l. n. 87 del 2018, conv. con modif. in l. n. 96 del 2018); non è stata però richiamata la disposizione prevista per il contratto a tempo determinato, che sanziona questa violazione esclusivamente con una sanzione amministrativa, sicché deve ritenersi che il superamento della percentuale determina

nell'ambito della somministrazione la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato direttamente alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 38, comma 2).

Inoltre, in sede di conversione del d.l. n. 87 del 2018, è stata nuovamente introdotta la figura della somministrazione fraudolenta, nei termini già previsti dall'art. 28 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e poi abrogata con il d.lgs. n. 81 del 2015 (art. 38-*bis* del d.lgs. n. 81 del 2015, introdotto dal d.l. n. 87 del 2018, conv. con modif. in l. n. 96 del 2018).

Infine, le modifiche introdotte con il d.l. n. 87 del 2018 non si applicano ai contratti a tempo determinato e di somministrazione di lavoro stipulati dalle pubbliche amministrazioni, per le quali valgono le previgenti disposizioni (art. 1, comma 3, del d.l. n. 87 del 2018, conv. con modif. in l. n. 96 del 2018). Proprio in ordine al rapporto di pubblico impiego privatizzato, è stata introdotta una particolare disposizione per il settore scolastico (art. 4-*bis*), con la quale è stato abrogato il limite di durata massima complessiva di trentasei mesi per la copertura di posti vacanti e disponibili già stabilito dall'art. 1, comma 131, della l. 13 luglio 2015, n. 107, a seguito della nota sentenza della Corte di giustizia UE del 26 novembre 2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo ed altri*. Sempre in riferimento al settore scolastico, il cd. "decreto dignità" (art. 4) ha disposto il differimento di efficacia delle sentenze che avrebbero comportato la decadenza dai contratti stipulati con i docenti in possesso del titolo di diploma magistrale conseguito nell'anno scolastico 2001-2002 e la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo indeterminato stipulati con i medesimi docenti ovvero delle supplenze annuali conferite agli stessi in contratti a tempo determinato con scadenza al 30 giugno 2019, prevedendo altresì procedure concorsuali riservate, al fine di favorirne la stabilizzazione.

Il cd. "decreto dignità" ha apportato alcune modifiche anche alla disciplina del lavoro occasionale, come re-introdotto in sede di conversione del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, nella l. 21 giugno 2017, n. 96. Infatti, in sede di conversione del d.l. n. 87 del 2018 (art. 2-*bis*), il limite di accesso alle prestazioni occasionali per i datori di lavoro che abbiano alle proprie dipendenze più di cinque lavoratori è stato elevato ad otto lavoratori per le aziende alberghiere e le strutture ricettive che operano nel settore del turismo. Inoltre, per facilitare l'utilizzo del lavoro occasionale nel settore agricolo, il decreto ha disposto che i prestatori, al momento della registrazione nella piattaforma informatica gestita dall'INPS, debbano autocertificare di trovarsi nelle condizioni richieste dalla norma (titolari di pensione di

vecchiaia o invalidità, giovani con meno di 25 anni di età, purché iscritti ad un ciclo di studio, disoccupati, beneficiari di trattamento di integrazione salariale o di reddito di inclusione, purché non iscritti nell'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli). Sempre per favorire l'utilizzo del lavoro occasionale nei settori agricolo e alberghiero, il decreto ha ampliato da tre a dieci giorni l'arco temporale previsto per la comunicazione di inizio della prestazione.

### **3. Lavoro flessibile e precario.**

La maggior parte delle pronunce concerne, in linea di continuità con i dati registrati negli anni passati, la tipologia del contratto a tempo determinato. Rispetto alle modalità di trattazione delle rassegne precedenti, si è ritenuto di procedere ad una trattazione autonoma delle decisioni relative all'indennità già prevista dall'art. 32 della l. 4 novembre 2010, n. 183, considerato che, secondo l'interpretazione giurisprudenziale invalsa, trattasi di istituto applicabile a qualsiasi ipotesi di riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in sostituzione di un'altra fattispecie contrattuale a tempo determinato.

### **4. Il contratto di lavoro a tempo determinato.**

Nel corso del 2018 è tendenzialmente aumentato il cd. "contenzioso di ritorno", vale a dire che sono state affrontate alcune questioni conseguenti alla declaratoria di illegittima apposizione del termine ed al ripristino del rapporto, sia con riferimento all'individuazione della sede lavorativa, sia, in più in generale, alle condizioni di ripresa della prestazione, oltre che agli effetti della caducazione della pronuncia favorevole al lavoratore in grado di appello ovvero a seguito di ricorso in cassazione.

#### **4.1. Gli oneri di forma.**

Quanto ai requisiti di forma, è stata ritenuta insufficiente a soddisfare la forma scritta *ad substantiam*, a norma dell'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, la consegna al lavoratore del contratto, sottoscritto dal solo datore di lavoro, seguita dall'espletamento di attività lavorativa, atteso che la sottoscrizione del contratto da parte del lavoratore deve avvenire in un momento antecedente o contestuale all'inizio del rapporto (**Sez. 6 - L, n. 02774/2018, Di**

**Paola, Rv. 646943-01**). Di conseguenza, sono state ritenute invalide eventuali limitazioni temporali contenute in pattuizioni successive all'inizio del rapporto, che dovrà intendersi voluto dalle parti nella forma ordinaria a tempo indeterminato (**Sez. L, n. 27974/2018, Leone, Rv. 651054-01**).

E' invece ammissibile (**Sez. L, n. 19860/2018, Marotta, Rv. 649991-01**) l'indicazione del termine *per relationem*, come nel caso di assunzione a termine per la sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, benché non predeterminato, con riferimento alla data di rientro del lavoratore sostituito (cd. termine *incertus quando*); pertanto, la prosecuzione del rapporto in occasione del mutamento del titolo dell'assenza (nella specie: sostituzione di una lavoratrice in maternità anche in relazione alle assenze per ferie e malattia del bambino successive ai periodi di astensione obbligatoria e facoltativa) è legittima e non determina la trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sempreché anche per la nuova causale sia consentita la stipula del contratto a termine.

D'altro canto, **Sez. L, n. 10084/2018, Marchese, Rv. 648054-01**, ha escluso che ricorra l'ipotesi del rapporto puramente occasionale - per il quale non è richiesta la forma scritta - in presenza di plurimi contratti a termine, alcuni anteriori e altri posteriori a quello oggetto del giudizio, sottoscritti dal lavoratore nell'anno con il medesimo datore.

#### **4.2. L'indicazione e la valutazione delle causali per la legittima apposizione del termine.**

In continuità con precedenti pronunce (v. in particolare, Sez. L, n. 343/2015, Tricomi I., Rv. 634276-01), è stata ritenuta ammissibile l'indicazione delle ragioni *per relationem*, con rinvio ad altri testi accessibili alle parti, tra i quali gli accordi collettivi, non trovando ostacolo tale possibilità nei limiti dimensionali dell'impresa datrice di lavoro (**Sez. L, n. 24590/2018, Negri della Torre, Rv. 650678-01**).

Con riferimento alla causale sostitutiva, **Sez. L, n. 20388/2018, Negri della Torre, Rv. 650120-02**, ha affermato che la verifica della sussistenza delle ragioni addotte dal datore di lavoro per la necessità di assicurare l'espletamento del servizio durante le assenze per ferie del personale stabile può essere svolta attraverso la correlazione tra il numero di assenze per ferie dei lavoratori dipendenti a tempo indeterminato ed il numero di giornate lavorate

dal personale assunto a termine nel periodo di esecuzione del contratto dedotto in giudizio.

In materia di assunzioni per l'esecuzione di speciali servizi nei settori del turismo e dei pubblici esercizi, **Sez. L, n. 14198/2018, Cinque, Rv. 648990-01**, ha confermato la sentenza di merito, che aveva ritenuto illegittimo il termine apposto a "contratti extra" della durata di un giorno, sul rilievo - ritenuto valido anche nella vigenza dell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 368 del 2001 e degli artt. 78 del c.c.n.l. settore turismo 2002/2005 e 62 del c.c.n.l. AICA, riproductivi dell'art. 23, comma 3, della l. 28 febbraio 1987, n. 56 - che l'assunzione diretta di manodopera prevista dalla contrattazione collettiva in base al citato art. 23 è ammessa per l'esecuzione di speciali servizi che, pur prevedibili e programmabili in quanto resi soprattutto in determinati periodi dell'anno e con particolare frequenza, specie in aziende di grandi dimensioni, non siano tuttavia né quotidiani né abbiano caratteristiche sempre uguali, così da richiedere personale aggiuntivo rispetto a quello impiegato ogni giorno per i servizi ordinari.

#### **4.3. L'assunzione a termine nel settore postale.**

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, chiarendo gli ultimi aspetti controversi, con particolare riferimento alla percentuale di contingentamento ed alle conseguenze dell'omessa comunicazione alle OO.SS..

In particolare, **Sez. L, n. 12801/2018, Bellé, Rv. 648764-01**, ha affrontato la questione relativa alle modalità di prova del rispetto dei limiti quantitativi, affermando che costituisce elemento probatorio liberamente valutabile il documento prodotto dall'ente e sottoscritto da un dirigente nominativamente indicato, attestante i numeri dei dipendenti assunti e dei contratti a tempo determinato stipulati nel periodo di riferimento, senza la necessità di una conferma testimoniale ovvero di una diversa verifica.

Ancor più rilevante il principio affermato da **Sez. L, n. 09726/2018, Bronzini, Rv. 647778-01**, in tema di computo dei lavoratori a tempo parziale ai fini del calcolo della percentuale di contingentamento: è stato chiarito che l'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, nel prevedere che il numero dei lavoratori assunti a termine dalle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste non può superare il limite percentuale del 15% dell'organico aziendale, si riferisce al numero complessivo dei lavoratori assunti, in

base ad un criterio quantitativo “per teste”, dovendosi escludere il computo dei contratti a tempo determinato *part-time* fino alla concorrenza dell’orario pieno, ossia secondo il criterio cd. *full time equivalent*, previsto dall’art. 6, comma 1, del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, al fine di facilitare il calcolo dell’organico in sede di recepimento della direttiva 1997/81/CE ed in vista della prevedibile estensione del lavoro a tempo parziale, ma non anche ai fini della disciplina dei limiti di utilizzo del contratto a tempo determinato, che ha una specifica *ratio*, riconducibile alla finalità antiabusiva della direttiva 1999/70/CE.

D’altro canto, è stata esclusa l’incidenza della mancata comunicazione alle OO.SS. sulla legittimità del termine, atteso che l’obbligo previsto a carico del datore non è prescritto come requisito di validità del negozio, non essendo ravvisabile, pertanto, né una nullità testuale, né una cd. virtuale, ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c., per violazione di norma imperativa di legge, in quanto le modalità del controllo sindacale - come normativamente previste nella specie - mirano soltanto ad agevolare una verifica eseguibile anche altrimenti e che resta fundamentalmente garantita dall’onere probatorio (della legittimità del termine) incombente sul datore di lavoro, oltre che dalla possibilità di far valere l’inosservanza dell’obbligo come condotta antisindacale reprimibile ex art. 28 st.lav. (**Sez. L, n. 05718/2018, Manna A., Rv. 647511-01**).

E’ stata, poi, confermata l’irrilevanza delle mansioni, già sostenuta da Sez. L, n. 13609/2015, Bandini, Rv. 635723-01, atteso che l’art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, fa riferimento esclusivamente alla tipologia di imprese presso cui avviene l’assunzione - quelle concessionarie di servizi e settori delle poste - e non anche alle mansioni del lavoratore assunto, in coerenza con la *ratio* della disposizione, ritenuta legittima dalla Corte cost. con sentenza del 14 luglio 2009, n. 214, individuata nella possibilità di assicurare al meglio lo svolgimento del cd. “servizio universale” postale, ai sensi dell’art. 1, comma 1, del d.lgs. 22 luglio 1999 n. 261, di attuazione della direttiva 1997/67/CE, mediante il riconoscimento di una certa flessibilità nel ricorso allo strumento del contratto a tempo determinato, pur sempre nel rispetto delle condizioni inderogabilmente fissate dal legislatore (**Sez. L, n. 09726/2018, Garri, Rv. 647778-01**).

Infine, ai fini del rispetto del limite massimo di durata di trentasei mesi, **Sez. L, n. 09727/2018, Spena, Rv. 647779-01**, ha chiarito, in linea con l’interpretazione resa da Sez. U, n. 11374/2016, Curzio, Rv. 639828-01, che vanno inclusi anche i contratti già

conclusi, stipulati prima dell'aggiunta - effettuata dall'art. 1, comma 40 della l. 24 dicembre 2007, n. 247 - al testo dell'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, del comma 4- *bis*, in quanto il comma 43 del medesimo art. 1 della l. cit. attrae nel conteggio della durata complessiva, al fine della suddetta verifica, anche i contratti a termine già conclusi, con la conseguenza che anche per questi ultimi non v'è necessità di indicare le ragioni di apposizione del termine.

#### **4.4. Rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità.**

A seguito del principio affermato da Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633505-01, è stata ribadita l'interpretazione resa da Sez. 6 - L, n. 16977/2017, Doronzo, Rv. 645039-01, secondo cui il 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 (**Sez. L, n. 20388/2018, Negri della Torre, Rv. 650120-01**, di conferma della sentenza di merito che, pur in assenza di contestazione specifica della lavoratrice, aveva dichiarato la nullità del termine apposto al contratto per mancata prova delle ragioni tecnico-organizzative e sostitutive addotte dal datore di lavoro).

#### **4.5. Decadenza dall'impugnazione del termine.**

Ai fini dell'individuazione della decorrenza del termine di decadenza già previsto dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010, **Sez. L, n. 30691/2018, Marchese, Rv. 651714-01**, ha chiarito che, ove il rapporto di lavoro sia proseguito oltre la scadenza originariamente fissata, il termine decorre dalla data di effettiva cessazione del rapporto stesso.

#### **4.6. Azione di nullità del termine e precedente giudizio di impugnazione del licenziamento.**

In proposito, è stato escluso il giudicato implicito sulla validità del termine. Infatti, **Sez. L, n. 09409/2018, Marchese, Rv. 648183-01**, ha ritenuto che non può dirsi formato il giudicato implicito sulla questione della validità del termine per il solo fatto che, in un



precedente giudizio di impugnativa del recesso datoriale dal medesimo contratto, il giudice abbia ritenuto inapplicabile l'art. 18 st.lav. in ragione della natura a tempo determinato del contratto, atteso che può costituire oggetto di giudicato implicito soltanto la situazione di fatto che si pone come antecedente logico necessario della pronuncia resa sul fatto costitutivo fatto valere e non anche la questione pregiudiziale in senso tecnico, disciplinata dall'art. 34 c.p.c., che indica una situazione distinta e indipendente dal fatto costitutivo dedotto e che è oggetto, tranne che una decisione con efficacia di giudicato sia richiesta per legge o per apposita domanda di una delle parti, solo di un accertamento incidentale.

#### **4.7. Conversione giudiziale del rapporto e novazione.**

In presenza di una pluralità di contratti a tempo determinato, **Sez. L, n. 05714/2018, Amendola F., Rv. 647524-01**, in continuità con Sez. L, n. 903/2014, Tria, Rv. 629258-01, ha affermato che, 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, salva la prova 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. Peraltro, secondo **Sez. L, n. 16022/2018, Cinque, Rv. 649354-01**, 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.

#### **4.8. Vicende successive all'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine ed alla conseguente trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.**

In caso di assegnazione ad una sede di lavoro diversa da quella che sarebbe spettata in sede di riassunzione, per effetto della conversione del rapporto a tempo indeterminato in conseguenza della nullità del termine, è giustificato il rifiuto del lavoratore di prendere servizio in assenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive giustificative (nella specie, a fronte della mancanza di prova circa l'assenza di posti disponibili presso la sede di iniziale assegnazione), dovendosi qualificare grave l'inadempimento datoriale in quanto lesivo degli interessi anche personali e familiari del lavoratore (**Sez. L, n. 20745/2018, Marotta, Rv. 650125-01**).

Peraltro, la verifica sulla eccedenza presso la sede di provenienza, di cui all'accordo sindacale del 29 luglio 2004, non può essere condotta semplicemente sulla base dell'inclusione del comune di precedente adibizione negli elenchi dei comuni definiti eccedentari dal datore di lavoro, ma va effettuata, per ciascuno di detti comuni, sulla base di informazioni relative al numero dei posti in organico, al personale impiegato ed alla relativa percentuale di copertura, sì da consentire al dipendente di conoscere ed eventualmente contestare tali dati ed al giudice di valutarli (**Sez. L, n. 23595/2018, Lorito, Rv. 650545-02**). Inoltre, secondo **Sez. L, n. 09725/2018, Curcio, Rv. 647777-01**, la verifica circa l'adeguatezza dei tempi tecnici della riammissione in servizio, rispetto alla pronuncia della sentenza, ai fini dell'individuazione del momento cui riferire la situazione di eccedenza, costituisce un accertamento di fatto.

Di rilievo **Sez. 6 - L, n. 21947/2018, Spena, Rv. 650302-01**, che, a seguito del principio espresso, sia pure con riferimento alla diversa fattispecie di interposizione fittizia di manodopera, da **Sez. U, n. 02990/2018, D'Antonio, Rv. 647561-01** (su cui v. *infra* § 10.), ha affermato che, nell'ipotesi in cui, per fatto imputabile al datore di lavoro, non sia possibile ripristinare il rapporto a seguito di accertamento giudiziale dell'invalidità del termine per violazione di norme imperative, la conseguente conversione in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato determina l'obbligo per il datore di corrispondere le retribuzioni al lavoratore a partire dalla messa in mora decorrente dall'offerta della prestazione lavorativa, in virtù

dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme generali in tema di contratti a prestazioni corrispettive.

#### **4.9. Regime prescrizione dei crediti.**

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, 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 (**Sez. L, n. 14827/2018, Di Paolantonio, Rv. 648911-01**).

#### **4.10. Contratto di arruolamento.**

Con riferimento alla fattispecie prevista dal codice della navigazione, la successione di contratti di arruolamento a termine in favore dello stesso armatore determina, ai sensi dell'art. 326 c.nav., la conversione in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ove la prestazione sia stata resa per un tempo superiore ad un anno e purché, ai sensi dell'ultimo comma del predetto articolo, fra la cessazione di un contratto e la stipulazione di quello successivo non sia intercorso un periodo superiore ai sessanta giorni (**Sez. L, n. 17988/2018, Amendola F., Rv. 649795-01**).

Pertanto, va esclusa l'applicabilità della disciplina di diritto comune integrata dal d.lgs. n. 368 del 2001, mentre rileva la disposizione speciale di cui all'art. 326 c.nav. che nel porre, all'ultimo comma, una presunzione legale di natura indeterminata del rapporto nel caso in cui fra la cessazione di un contratto e la stipulazione di quello successivo intercorra un periodo non superiore ai sessanta giorni, costituisce - in via generale e astratta - una misura adeguata ed idonea a prevenire abusi nel susseguirsi di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato; ove, però, in concreto, attraverso ripetute assunzioni a tempo determinato, sia configurabile una condotta che integri una frode alla legge sanzionabile ai sensi dell'art. 1344 c.c., il giudice di merito dovrà desumere l'uso deviato e fraudolento del contratto a termine da elementi quali il numero dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati, l'arco temporale complessivo in cui si sono succeduti e da ogni altra circostanza

fattuale che emerga dagli atti (**Sez. L, n. 14828/2018, Amendola F., Rv. 648997-02**).

Quanto, poi, al contratto di arruolamento “a viaggio”, la mancata indicazione del viaggio o dei viaggi da compiere, come previsto dal n. 4) del comma 1 dell’art. 332 c.nav., ne determina la trasformazione “di diritto” in contratto a tempo indeterminato (**Sez. L, n. 15020/2018, Amendola, Rv. 649261-01**).

#### **4.11. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato.**

Con riferimento alla speciale disciplina prevista per il rapporto di lavoro pubblico privatizzato, caratterizzata dal divieto di trasformazione in contratto a tempo indeterminato, va segnalata **Sez. L, n. 25728/2018, Tria, Rv. 651143-01**, secondo cui il principio generale di assunzione tramite concorso, di cui all’art. 97, comma 3, Cost., cui è correlato il divieto di conversione *ex* art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, comporta il necessario superamento di una procedura di selezione che sia tale da essere compresa nell’ambito concettuale e giuridico del “concorso”, caratterizzato dall’emanazione di un bando iniziale, dalla fissazione dei criteri valutativi, dalla presenza di una commissione incaricata della valutazione dei candidati e dalla formazione di una graduatoria finale, mentre non rilevano la presenza di margini di discrezionalità nella valutazione dei titoli dei candidati ovvero la previsione, quale requisito di partecipazione al concorso, dell’iscrizione alle liste di collocamento o dell’attribuzione di punti in relazione alla durata di tale iscrizione. In applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che, in un caso di numerose assunzioni a termine, protrate nell’arco di un decennio, aveva escluso la conversione del rapporto senza valutare se le procedure selettive superate dalla lavoratrice con riferimento ad alcuni contratti della serie potessero rientrare tra le procedure concorsuali pubbliche.

Inoltre, per quel che concerne le assunzioni a termine da parte di FORMEZ PA, **Sez. L, n. 27228/2018, Garri, Rv. 651260-02**, ha affermato che il divieto di conversione del rapporto a tempo indeterminato introdotto dall’art. 19 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, non ha efficacia retroattiva, in difetto di una espressa disposizione in tal senso. La medesima pronuncia (**Sez. L, n. 27228/2018, Garri, Rv. 651260-01**) ha inoltre precisato che il contratto di lavoro sottoscritto successivamente al 7 marzo 2002, data di stipulazione del nuovo c.c.n.l., non rientra nella disciplina transitoria prevista dall’art.

11, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001, applicabile fino alla naturale scadenza dei contratti collettivi stipulati ex art. 23 della l. n. 56 del 1987, ed è pertanto assoggettato integralmente al nuovo regime normativo.

Quanto, invece, alla tutela risarcitoria, che costituisce di regola l'unica riconoscibile per il caso di illegittima apposizione del termine, **Sez. 6 - L, n. 19454/2018, De Marinis, Rv. 650154-01**, ha precisato, in conformità al principio già espresso da Sez. U, n. 5072/2016, Amoroso, Rv. 639065-01 e 639065-01, che il ricorso alla disciplina di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, al fine di agevolare l'onere probatorio del danno conseguente all'illegittima reiterazione di rapporti a termine, si giustifica con la necessità di garantire efficacia dissuasiva alla clausola 5 dell'Accordo quadro, allegato alla direttiva 1999/70/CE, che concerne la prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti a termine e, pertanto, non può trovare applicazione nelle ipotesi in cui l'illegittimità concerna l'apposizione del termine ad un unico contratto di lavoro.

La legittimità del parametro indicato da Sez. U n. 5072 del 2016, cit., è stata riaffermata da **Sez. 6 - L, n. 31174/2018, Spena, Rv. 651917-01**, secondo cui, ai fini della determinazione del danno da precarizzazione può farsi riferimento alla fattispecie omogenea 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, parametro conforme ai principi di effettività ed equivalenza di cui alla direttiva n. 1999/70/CE, così come da ultimo interpretati dalla Corte di giustizia UE (sentenza 7 marzo 2018, in C-494/2016).

Sempre in ordine alla tutela risarcitoria, **Sez. L, n. 10951/2018, Di Paolantonio, Rv. 648195-01**, ha affermato che, qualora la P.A. faccia ricorso a successivi contratti formalmente qualificati di collaborazione coordinata e continuativa e il lavoratore ne allegghi l'illegittimità anche sotto il profilo del carattere abusivo della reiterazione del termine, il giudice è tenuto ad accertare se di fatto si sia instaurato un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato e a riconoscere al lavoratore, in assenza dei presupposti richiesti dalla legge per la reiterazione, il risarcimento del danno, alle condizioni e nei limiti necessari a conformare l'ordinamento interno al diritto dell'Unione europea.

## 5. La somministrazione di lavoro.

Diverse interessanti pronunce sono intervenute nel 2018 per meglio definire ovvero ribadire alcuni aspetti ancora controversi in ordine alla somministrazione.

### 5.1. La verifica circa l'effettività della causale indicata.

Sul tema, **Sez. L, n. 26018/2018, Curcio, Rv. 651047-01**, ha affermato che è censurabile in sede di legittimità, perché viola il “minimo costituzionale” richiesto per la motivazione, la decisione che affermi la legittimità del contratto di somministrazione di lavoro sulla base di asserzioni apodittiche, che non consentano di apprezzare la effettività della causale dedotta a fondamento dell'assunzione e la sua correlazione con la situazione lavorativa del dipendente.

### 5.2. Frode alla legge.

Secondo **Sez. L, n. 07702/2018, Arienzo, Rv. 647671-01**, in continuità con Sez. L, n. 23684/2010, Bandini, Rv. 615634-01, anche in assenza di un espresso divieto di reiterazione dei contratti di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo conclusi con lo stesso lavoratore avviato presso la medesima impresa, tanto ai sensi della l. 24 giugno 1997, n. 196, quanto del d.lgs. n. 276 del 2003, è configurabile lo schema *ex art.* 1344 c.c., quando il lavoro interinale costituisca il mezzo per eludere la regola della temporaneità dell'occasione di lavoro che connota la relativa disciplina; tale finalità fraudolenta può essere desunta anche dalla reiterazione di assunzioni per un prolungato periodo di tempo, indipendentemente dal rispetto, per ciascuno dei singoli contratti, delle indicazioni relative alla sussistenza di esigenze tecniche, produttive e organizzative.

Anche in ordine alla disciplina della proroga, stabilita dalla contrattazione collettiva nel numero massimo di sei proroghe nell'arco di trentasei mesi, (art. 42 del c.c.n.l. del 2008 per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro), è ipotizzabile una condotta fraudolenta, elusiva del limite attraverso la stipulazione, senza soluzione di continuità, di più contratti di somministrazione, spettando al lavoratore l'onere di dimostrare la natura fittizia della scissione tra un contratto e l'altro (**Sez. L, n. 29629/2018, Curcio, Rv. 651724-01**, di conferma della sentenza di merito, che aveva escluso la frode per avere il datore provato la sussistenza delle ragioni giustificative indicate nei contratti di somministrazione stipulati successivamente al primo, prorogato sei volte).

### **5.3. Conseguenze della mancata comunicazione alle OO.SS.**

In conformità all'interpretazione resa in ordine al contratto a termine nel settore postale (v. *supra* § 4.3.), **Sez. L, n. 26670/2018, Amendola F., Rv. 651199-01**, ha escluso che la violazione dell'obbligo di comunicare alle OO.SS. il numero dei lavoratori somministrati ed i motivi del ricorso alla somministrazione, prescritto a carico dell'utilizzatore dall'art. 24, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003 (applicabile *ratione temporis*), possa ridondare in termini di nullità, né genetica, né funzionale, del contratto di somministrazione, in quanto la citata disposizione non assume il carattere di norma imperativa e si limita a configurare un mero obbligo informativo, sanzionato esclusivamente in sede amministrativa ex art. 18, comma 3-*bis*, del predetto d.lgs..

### **5.4. Decadenza dall'impugnazione della serie dei contratti.**

Sul delicato tema della decadenza dall'impugnazione, **Sez. L, n. 30134/2018, Leone, Rv. 651695-01**, ha affermato il principio 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, poiché l'inesistenza di un unico continuativo rapporto di lavoro - il quale potrà determinarsi solo *ex post*, a seguito dell'eventuale accertamento della illegittimità del termine apposto - comporta la necessaria conseguenza che a ciascuno dei predetti contratti si applichino le regole inerenti la loro impugnabilità.

### **5.5. Obblighi di prevenzione e protezione del lavoratore.**

In proposito, **Sez. L, n. 11170/2018, Leone, Rv. 648815-01**, ha chiarito che il rispetto degli obblighi di prevenzione e protezione nei confronti del lavoratore grava sull'utilizzatore, residuando in capo al somministratore la responsabilità di informazione e formazione, che tuttavia può essere oggetto di specifica traslazione all'utilizzatore, ai sensi dell'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003, applicabile *ratione temporis*, e del vigente art. 35 del d.lgs. n. 81 del 2015; tuttavia, l'ampliamento dell'obbligazione assunta dall'utilizzatore e la esclusione della responsabilità del somministratore è opponibile al

lavoratore solo se risultante dal contratto individuale da questi stipulato.

## **6. L'indennità ex art. 32 l. n. 183 del 2010.**

Come chiarito in premessa, si è ritenuto di procedere ad una autonoma trattazione dell'indennità in questione perché, nell'evoluzione giurisprudenziale consolidatasi nel corso del 2018, la stessa rappresenta costituisce ormai il parametro generalizzato di applicazione per la liquidazione del danno nelle vicende in cui si venga a riconoscere un rapporto a tempo indeterminato in sostituzione di un'altra fattispecie contrattuale a tempo determinato.

### **6.1. Natura.**

E' stata ribadita (**Sez. L, n. 29949/2018, Lorito, Rv. 651675-01**) la natura risarcitoria ed onnicomprensiva dell'indennità, esaustiva di tutti i danni che sono conseguenza, sul piano retributivo e contributivo, della perdita del lavoro. Pertanto, la S.C. ha confermato la sentenza di merito con la quale - in relazione a vicenda in cui, dopo l'estromissione del lavoratore, l'azienda aveva provveduto alla riassunzione a tempo indeterminato di quest'ultimo in epoca anteriore alla instaurazione del giudizio - l'azienda medesima era stata condannata al pagamento dell'indennità, liquidata in misura minima in ragione di detta riassunzione. In ragione della natura risarcitoria ed onnicomprensiva dell'indennità, è stato pure confermata l'interpretazione già resa da Sez. 6 - L, n. 262/2015, Marotta, Rv. 634071-01, nel senso che l'indennità è esaustiva di tutti i danni, retributivi e contributivi, subiti dal lavoratore nei periodi, ripetuti, di allontanamento dal lavoro per effetto della indebita frammentazione del rapporto, mentre, con riferimento ai periodi lavorati, il lavoratore ha diritto ad essere regolarmente retribuito ed al computo unitario di tali periodi ai fini della anzianità di servizio e della maturazione degli scatti di anzianità (**Sez. L, n. 17248/2018, Negri della Torre, Rv. 649489-01**).

**Sez. L, n. 5953/2018, Ponterio, Rv. 647514-01**, ha invece evidenziato che l'indennità, pur avendo funzione risarcitoria, rientra tra i crediti di lavoro; di conseguenza, su di essa spettano, ai sensi dell'art. 429, comma 3, c.p.c., la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dalla data della pronuncia giudiziaria dichiarativa della illegittimità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro subordinato, indipendentemente dall'epoca di entrata in vigore della



legge, posto che il comma 7 del citato art. 32 ne ha sancito l'applicabilità anche ai giudizi pendenti; in tal modo la pronuncia in commento si è discostata - sull'ultimo profilo - da Sez. L, n. 3062/2016, Mammone, Rv. 639081-01, che, in presenza di una decisione di primo grado emessa prima dell'entrata in vigore della l. n. 183 del 2010, aveva riconosciuto gli accessori dalla data della pronuncia di secondo grado che si era espressa sul danno.

## **6.2. Ambito di applicazione.**

E' stata confermata l'applicabilità dell'indennità in questione, già sancita da Sez. L, n. 17540/2014, Manna A., Rv. 632006-01, anche nell'ipotesi di conversione in contratto a tempo indeterminato tra lavoratore ed utilizzatore della prestazione in virtù di contratto di somministrazione ex art. 20 e ss. del d.lgs. n. 276 del 2003 (**Sez. L, n. 08148/2018, Arienzo, Rv. 647619-01**).

Più in generale, **Sez. L, n. 16435/2018, Negri della Torre, Rv. 649394-01**, ha affermato che, ai fini dell'applicazione dell'indennità in questione, rileva il duplice presupposto della natura a tempo determinato del contratto di lavoro dedotto in giudizio e della "conversione" del contratto medesimo, da estendere all'accertamento di ogni ragione che comporti la stabilizzazione del rapporto, anche se derivante da una deviazione dalla causa o funzione che gli è propria, come nell'ipotesi di nullità del termine finale apposto al contratto di formazione e lavoro per mancato adempimento dell'obbligo formativo.

Sulla stessa linea, **Sez. L, n. 20500/2018, Leone, Rv. 650093-01**, ha ritenuto applicabile l'indennità anche nel caso di condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa dell'illegittimità di un contratto di lavoro autonomo a termine, convertito in contratto a tempo indeterminato, poiché la predetta indennità consegue a qualsiasi ipotesi di riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in sostituzione di un'altra fattispecie contrattuale a tempo determinato.

## **7. Risoluzione del rapporto per mutuo consenso.**

Può ormai dirsi consolidato il principio della incensurabilità della valutazione del giudice di merito, se congruamente motivata, così massimato: «l'accertamento della sussistenza di una concorde volontà delle parti diretta allo scioglimento del vincolo contrattuale

costituisce apprezzamento di merito, sindacabile nei limiti consentiti dall'art. 360, n. 5, c.p.c., tempo per tempo vigente.».

La disamina, dunque, si incentra sulla casistica che emerge dalle pronunce emesse dalla S.C., nella sostanziale invarianza del medesimo principio di diritto, sia con riferimento al contratto a termine che alla somministrazione di lavoro.

Infatti, nel caso esaminato da **Sez. L, n. 13660/2018, Curcio, Rv. 648629-01**, è stato ritenuto immune da vizi logico giuridici l'accertamento della risoluzione per mutuo consenso a fronte del comportamento del lavoratore che, cessato il rapporto a termine, aveva prestato la propria attività alle dipendenze di altro datore per oltre quattro anni e, solo all'esito di questo ulteriore rapporto, aveva costituito in mora la società Poste.

Invece, **Sez. L, n. 13661/2018, Curcio, Rv. 648630-01**, ha ritenuto incensurabile la decisione con la quale il giudice di merito ha escluso che il tempo trascorso - poco più di tre anni - possa di per sé costituire elemento significativo ai fini dell'accertamento dello scioglimento del rapporto per fatti concludenti.

Ancora, nel caso affrontato da **Sez. L, n. 13958/2018, Curcio, Rv. 648774-01**, è stata confermata la decisione del giudice di merito che ha dichiarato la risoluzione per mutuo consenso del rapporto di lavoro in considerazione, oltre che del tempo trascorso - circa cinque anni - anche di altri elementi, quali il ritiro del libretto di lavoro e l'accettazione del TFR senza riserve.

Infine, **Sez. L, n. 16948/2018, Boghetich, Rv. 649602-01**, ha confermato la decisione di merito che aveva dichiarato la risoluzione per mutuo consenso del rapporto in considerazione, oltre che del tempo trascorso - superiore a tre anni - anche di altri elementi, quali la mancanza di deduzione di eventuali impedimenti rispetto ad una iniziativa di tutela in sede giurisdizionale e di messa a disposizione delle energie lavorative e l'avvenuto reperimento di ulteriori attività lavorative per gran parte dei periodi di inerzia.

Sotto altro profilo, va menzionata **Sez. L, n. 23586/2018, De Gregorio, Rv. 650542-01**, che ha confermato il principio - già affermato da Sez. 2, n. 10201/2012, Vincenti, Rv. 623126-01 - secondo cui la risoluzione consensuale del contratto non costituisce oggetto di eccezione in senso stretto, essendo lo scioglimento per mutuo consenso un fatto oggettivamente estintivo dei diritti nascenti dal negozio bilaterale, desumibile dalla volontà in tal senso manifestata, anche tacitamente, dalle parti, che può essere accertato d'ufficio dal giudice anche in sede di legittimità, ove non vi sia necessità di effettuare indagini di fatto. Nel caso di specie, è stato

rilevato d'ufficio lo scioglimento per mutuo consenso di un contratto di lavoro a tempo determinato sulla base dell'ampio intervallo temporale tra la scadenza del contratto e la data di deposito del ricorso introduttivo del giudizio nonché del fatto, riconosciuto dal lavoratore nel corso dell'interrogatorio libero, dello svolgimento *medio tempore* di un'altra attività lavorativa.

## 8. Contratto di lavoro a tempo parziale.

Sul piano della prova della valida pattuizione dell'orario ridotto, **Sez. L, n. 01375/2018, Patti, Rv. 647204-02**, ha affermato che il rapporto di lavoro subordinato, in assenza della prova di un rapporto *part-time*, nascente da atto scritto, si presume a tempo pieno; è, pertanto, onere del datore di lavoro, che alleggi la durata limitata dell'orario, fornire la prova della riduzione della prestazione lavorativa, né la sua diminuzione può essere unilateralmente disposta dal datore di lavoro, potendo conseguire soltanto ad accordo tra le parti, la cui prova, tuttavia, può essere data per *facta concludentia*, anche se il contratto sia stato stipulato per iscritto.

Con riferimento alle cd. clausole elastiche, che consentono al datore di lavoro di richiedere “a comando” la prestazione lavorativa dedotta in un contratto a tempo parziale, **Sez. L, n. 06900/2018, Amendola F., Rv. 647507-01**, ne ha ribadito l'illegittimità, in continuità con Sez. L, n. 1721/2009, Napoletano, Rv. 606871-01, stante la *ratio* dell'art. 5 del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. con modif. in l. 19 dicembre 1984, n. 863, che richiede la pattuizione per iscritto della collocazione temporale dell'orario ridotto. Tuttavia, da tale illegittimità non consegue l'invalidità del contratto di lavoro a tempo parziale, né la trasformazione in contratto a tempo pieno, ma solo l'integrazione del trattamento economico (ex artt. 36 Cost. e 2099, comma 2, c.c.), atteso che la disponibilità alla chiamata del datore di lavoro, di fatto richiesta al lavoratore, pur non potendo essere equiparata a lavoro effettivo, deve comunque trovare adeguato compenso, da liquidare con valutazione equitativa, tenendo conto della maggiore penosità ed onerosità che di fatto viene ad assumere la prestazione lavorativa per la messa a disposizione delle energie lavorative per un tempo maggiore di quello effettivamente lavorato, a tal fine rilevando la difficoltà di programmazione di altre attività, l'esistenza e la durata di un termine di preavviso, la percentuale delle prestazioni a comando rispetto all'intera prestazione, l'eventuale quantità di lavoro predeterminata in misura fissa, la convenienza del

lavoratore medesimo a concordare di volta in volta le modalità della prestazione.

Particolari applicazioni del principio di non discriminazione sono rese da **Sez. L, n. 08966/2018, Marotta, Rv. 648634-01**, di conferma della sentenza di appello che aveva ritenuto discriminatoria l'applicazione ad una lavoratrice *part-time* di un divisore meno favorevole su tutte le voci stipendiali, non utilizzato sulle voci fisse dei dipendenti in regime di *full-time* impegnati in turni continui e avvicendati, nonché da **Sez. L, n. 26824/2018, Bellé, Rv. 651242-01**, che, in tema di anzianità contributiva dei lavoratori a tempo parziale, ha affermato, in continuità con Sez. L, n. 8565/2016, Balestrieri, Rv. 639588-01, che l'art 7, comma 1, del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, conv. con modif. in l. 11 novembre 1983, n. 638, in conformità al principio di non discriminazione di cui all'art. 4 della direttiva n. 97/81/CE, come applicato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza del 10 giugno 2010 C-395/08 e C-396/08, va interpretato nel senso che, ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione, i lavoratori con orario *part-time* verticale ciclico hanno diritto all'inclusione anche dei periodi non lavorati.

In ordine alla modalità di alternanza dell'orario di lavoro, con specifico riferimento al c.c.n.l. per il personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori, secondo **Sez. L, n. 19014/2018, Patti, Rv. 649920-01**, non costituisce variazione dell'orario di lavoro, assimilabile alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, l'utilizzazione del lavoratore dipendente di Autostrade per l'Italia s.p.a., che, dopo essere stato impiegato in turni continui di cinque giorni lavorativi e due di riposo su trentasette ore settimanali, lo sia in turni continui ed avvicendati di quattro giorni lavorativi e due di riposo su quaranta ore settimanali, integrando detta modificazione di orario, una diversa modalità di prestazione lavorativa sempre a tempo pieno.

## 9. Altre forme contrattuali flessibili.

In tema di contratto di lavoro intermittente, **Sez. L, n. 04223/2018, Bronzini, Rv. 647269-02**, ha affermato che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 2, par. 1 e par. 2, lett. a), nonché l'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, devono interpretarsi nel senso che essi non ostano ad una disposizione, quale l'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, che autorizza il datore di lavoro a concludere contratti di lavoro intermittente con lavoratori con meno di venticinque anni, qualunque

sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detti lavoratori al compimento del venticinquesimo anno, in quanto tale disposizione, perseguendo una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro, non determina una discriminazione in ragione dell'età.

Con riferimento, invece, al contratto di inserimento, regolato dagli artt. 54 e ss. del d.lgs. n. 276 del 2003 (applicabile *ratione temporis*), **Sez. L, n. 22687/2018, Lorito, Rv. 650559-01**, ne ha evidenziato la finalità formativa, qualificandolo come contratto a causa mista, risultante dallo scambio tra lavoro retribuito e addestramento finalizzato alla acquisizione di una più definita professionalità, per l'inserimento (o reinserimento) nel mondo del lavoro. Di conseguenza, è stato affermato che la carenza del progetto individuale, preordinato a garantire l'adeguamento delle competenze professionali del lavoratore, come pure l'articolazione del rapporto secondo moduli esecutivi incompatibili con le finalità di formazione, integrano un vizio genetico della causa contrattuale, tale da determinare la conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Sempre in ordine al contratto di inserimento, **Sez. L, n. 23037/2018, Marchese, Rv. 650393-01**, ha ritenuto ammissibile l'indicazione del progetto anche *per relationem*, attraverso il richiamo ad un documento esterno al contratto, purché specificamente individuato.

Quanto, poi, al contratto di formazione e lavoro, concluso ex art. 16 della l. n. 196 del 1997, **Sez. L, n. 08564/2018, RIVERSO, Rv. 648340-01**, la decadenza dalle agevolazioni contributive può ritenersi realizzata, e per tutto il periodo di durata del contratto, solo nel caso in cui, sulla base della concreta vicenda, l'inadempimento abbia un'obiettiva rilevanza, concretizzandosi nella totale mancanza di formazione, teorica e pratica, ovvero in una attività formativa carente o inadeguata rispetto agli obiettivi indicati nel progetto di formazione e quindi trasfusi nel contratto; in questa seconda ipotesi il giudice dovrà valutare la gravità dell'inadempimento, giungendo a dichiarare la decadenza dalle agevolazioni in tutti i casi di inosservanza degli obblighi di formazione di non scarsa importanza.

Infine, con riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, per effetto della sentenza della Corte cost. n. 399 del 5 dicembre 2008 - che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, nella parte in cui stabiliva la cessazione dei contratti privi di progetto stipulati prima della sua entrata in vigore - **Sez. L, n. 27659/2018, Curcio, Rv. 651057-01**, ha affermato che il collaboratore ha diritto al risarcimento del danno

derivato dalla mancata percezione dei compensi mensili maturati sino alla scadenza naturale del rapporto, se anteriore alla richiamata pronuncia demolitiva; tale diritto decorre, tuttavia, dall'atto di messa in mora, perché, se è vero che la declaratoria di illegittimità ha effetti retroattivi, è dalla offerta della prestazione da parte del collaboratore che si realizza un inadempimento imputabile a colpa del committente, colpa che non è ipotizzabile con riguardo ad un recesso intimato in conformità a norme all'epoca non ancora espunte dall'ordinamento.

## 10. Appalto genuino e fenomeni interpositori.

In tema di appalto avente ad oggetto prestazioni lavorative, **Sez. L, n. 30694/2018, Marotta, Rv. 651753-01**, ha affermato che il requisito della “organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore”, previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, può essere individuato, in presenza di particolari esigenze dell'opera o del servizio, anche nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nel contratto. Nel caso esaminato, la S.C. ha ritenuto genuino un appalto concernente la gestione e l'assistenza tecnica di archivi informatici, sul rilievo che, in una tale ipotesi, gli strumenti e le macchine forniti dall'appaltante non costituiscono il mezzo attraverso il quale il servizio viene reso, ma, piuttosto, l'oggetto sul quale l'attività appaltata si esercita, sì da risultare predominante la mera organizzazione dei dipendenti).

In ordine alla disciplina ex art. 1 l. n. 1369 del 1960, secondo **Sez. L, n. 15292/2018, Marotta, Rv. 649321-01**, in conformità all'interpretazione resa da Sez. L, n. 4181/2006, Monaci, Rv. 587026-01, al fine di ritenere operante la presunzione di cui all'art. 1, comma 3, della predetta legge, occorre verificare che l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di mezzi dell'appaltante sia significativa e non marginale, e dunque non occasionale, né temporanea, né legata all'oggetto dell'appalto; la valutazione di questi aspetti rientra nei compiti del giudice del merito ed è, pertanto, incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata. In particolare, è stata confermata la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto marginale l'utilizzazione degli autobus forniti dall'appaltante da parte della appaltatrice, in quanto la stessa si era assunta gli oneri di tutte le altre attività necessarie allo svolgimento del servizio, quali manutenzione degli automezzi, rifornimenti, premi assicurativi, revisioni, fornitura divise.

In continuità con l'indirizzo già espresso da Sez. L, n. 7820/2013, Pagetta, Rv. 625912-01, **Sez. L, n. 27105/2018, Pagetta,**

**Rv. 651256-01**, ha ribadito che il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, previsto dall'art. 1 della l. n. 1369 del 1960 (applicabile *ratione temporis*), opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa mantenendo i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali la retribuzione, la pianificazione delle ferie, l'assicurazione della continuità della prestazione), senza una reale organizzazione della prestazione finalizzata al conseguimento di un risultato produttivo autonomo. Da rilevare che il caso esaminato dalla S.C. concerneva un appalto per la gestione del servizio di *help desk* presso un Ministero, rispetto al quale la Corte territoriale aveva accertato il carattere vietato dell'appalto riscontrando, in base ad un apprezzamento in fatto insindacabile in sede di legittimità, l'assenza di un effettivo potere direttivo della società appaltatrice nei confronti dei lavoratori, a fronte dell'intervento della committente nella predisposizione dei manuali operativi, oltre che nella formazione del personale, sul quale esercitava un sostanziale potere di direzione in relazione ad aspetti non secondari della prestazione lavorativa, quale la determinazione del periodo di ferie. Nello stesso senso, **Sez. L, n. 27213/2018, Ponterio, Rv. 651206-01**, secondo cui, il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro in riferimento agli appalti "endoaziendali", caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo, né una assunzione di rischio economico con effettivo assoggettamento dei propri dipendenti al potere direttivo e di controllo. Nel caso esaminato dalla Corte, relativo a servizi di inserimento della documentazione bancaria gestita dalla committente nella piattaforma informatica, è stata confermata la decisione di merito, che aveva riconosciuto il carattere vietato dell'appalto in ragione dell'estraneità dell'appaltatrice all'organizzazione dell'attività svolta presso la committente nonché della fungibilità delle mansioni dei dipendenti dell'appaltante e di quelli dell'appaltatrice, i quali avevano reso una prestazione diversa e più ampia rispetto a quella

indicata nel contratto di appalto, senza soluzione di continuità per oltre cinque anni.

Tuttavia, secondo **Sez. L, n. 09139/2018, Calafiore, Rv. 648626-01**, ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, non è sufficiente la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se esse siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al solo risultato di tali prestazioni, il quale può formare oggetto di un genuino contratto di appalto.

Di particolare rilievo, anche per le connesse implicazioni, il principio affermato da **Sez. U, n. 02990/2018, D'Antonio, Rv. 647561-01**, secondo cui la declaratoria di nullità dell'interposizione di manodopera per violazione di norme imperative e la conseguente esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato determina, nell'ipotesi in cui per fatto imputabile al datore di lavoro non sia possibile ripristinare il predetto rapporto, l'obbligo per quest'ultimo di corrispondere le retribuzioni al lavoratore a partire dalla messa in mora decorrente dal momento dell'offerta della prestazione lavorativa, in virtù dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del d.lgs n. 276 del 2003, che non contiene alcuna previsione in ordine alle conseguenze del mancato ripristino del rapporto di lavoro per rifiuto illegittimo del datore di lavoro e della regola sinallagmatica della corrispettività, in relazione agli artt. 3, 36 e 41 Cost..

Le Sezioni Unite erano state investite della questione relativa alla natura - retributiva o risarcitoria - delle somme spettanti al lavoratore non riammesso in servizio in esito a sentenza che ha accertato l'illecita interposizione di manodopera, nonostante la rituale offerta della prestazione. In particolare, i ricorrenti lavoratori - che avevano posto la questione - avevano evidenziato come la giurisprudenza di legittimità avesse tradizionalmente attribuito all'obbligazione che grava sul datore di lavoro, nelle ipotesi di accertata continuità giuridica del rapporto di lavoro e di difetto della prestazione lavorativa, natura risarcitoria. Questo orientamento discendeva dal principio, consolidato nell'elaborazione della S.C., in base al quale il contratto di lavoro è riconducibile alla tipologia di contratti a prestazioni corrispettive, nei quali l'erogazione del trattamento economico, in assenza di lavoro, rappresenta un'eccezione che, come tale, necessita di una espressa previsione di legge o di contratto che la legittimi (il principio era stato affermato, tra l'altro, in tema di dichiarazione di nullità della cessione di ramo



d'azienda). Applicando il principio alla specifica fattispecie dell'interposizione fittizia di manodopera quale «fattispecie assimilabile» a quella della nullità della cessione di ramo di azienda, la S.C. aveva già affermato che, ove ne venga accertata l'illegittimità e dichiarata l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l'omesso ripristino del rapporto di lavoro ad opera del committente determina unicamente conseguenze di natura risarcitoria con detraibilità dell'*aliunde perceptum*.

Le Sez. U, con la sentenza in commento, hanno espressamente dichiarato di compiere una “rivisitazione” dei principi posti dall'orientamento tradizionale “al fine di valutarne la loro attuale applicabilità, alla luce di una necessaria interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, nell'ipotesi considerata del rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione offerta dal lavoratore, negando la riammissione in servizio”. In motivazione, innanzitutto, si dà atto che in tema di declaratoria di nullità della cessione di ramo di azienda, la Corte di appello di Roma aveva rimesso alla Corte costituzionale la questione ritenuta non manifestamente infondata sul contrasto tra “il diritto vivente” costituito dalla interpretazione accolta dalla S.C. secondo la quale il datore ha un mero obbligo risarcitorio nei confronti dei lavoratori e gli artt. 3, 24, 11 e 117 Cost.. Prendendo spunto, poi, dalle affermazioni pronunciate dalla Corte cost. con la sentenza dell'11 novembre 2011, n. 303, le Sez. U hanno ritenuto che, nel momento successivo alla declaratoria di nullità dell'interposizione di manodopera, a fronte della messa in mora (offerta della prestazione lavorativa) e dell'impossibilità della prestazione per fatto imputabile al datore di lavoro (il quale rifiuta illegittimamente di ricevere la prestazione), debba gravare sull'effettivo datore di lavoro un obbligo non più meramente risarcitorio, bensì di carattere retributivo. Pertanto, involgendo la questione l'individuazione di un punto di equilibrio tra principi opposti (quello della incoercibilità del comportamento datoriale e quello della necessaria effettività della tutela processuale e della piena attuazione dei diritti del lavoratore), le Sez. U - secondo una interpretazione costituzionalmente orientata - hanno ritenuto di dover superare la regola sinallagmatica della corrispettività, in quanto inidonea a fornire al lavoratore una tutela effettiva, soprattutto con riferimento ad ipotesi, come quella esaminata, nelle quali, al mancato svolgimento della prestazione lavorativa, si faccia corrispondere l'automatica non debenza della corrispondente obbligazione retributiva, comportando la mancata cooperazione del datore di lavoro una impossibilità definitiva della

prestazione, sicché il debitore non avrà diritto alla controprestazione, bensì al mero risarcimento del danno, secondo le regole di diritto comune, subendo, dunque, le ulteriori conseguenze sfavorevoli derivanti dalla condotta omissiva del datore di lavoro rispetto all'esecuzione dell'ordine giudiziale.

Le Sez. U conclusivamente hanno affermato che il datore di lavoro il quale, nonostante la sentenza che accerti il vincolo giuridico, non ricostituisca il rapporto di lavoro, senza alcun giustificato motivo, dovrà sopportare il peso economico delle retribuzioni, pur senza ricevere la prestazione lavorativa corrispettiva, sebbene offerta dal lavoratore.

### **10.1. La responsabilità solidale del committente ex art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003.**

Sul piano dell'ambito soggettivo di applicazione, **Sez. L, n. 16259/2018, Boghetich, Rv. 649359-01**, ha confermato l'interpretazione già resa da Sez. L, n. 24368/2017, *Riverso*, Rv. 646345-01, ribadendo 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. Quanto, invece, al profilo oggettivo, **Sez. L, n. 27678/2018, Leone, Rv. 651264-01**, ha precisato che il regime della responsabilità solidale del committente con l'appaltatore di servizi opera con riguardo agli emolumenti, al cui pagamento il datore di lavoro risulti tenuto in favore dei propri dipendenti, aventi natura strettamente retributiva e concernenti il periodo del rapporto lavorativo coinvolto dall'appalto, dovendosi pertanto escludere dal predetto regime le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno da licenziamento illegittimo.

Infine, quanto alla disciplina prevista dalla versione dell'art. 29 del d.lgs n. 276 del 2003 anteriore alle modifiche apportate dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, **Sez. L, n. 31768/2018, Boghetich**, in corso di massimazione, ha affermato che la norma prevede non una mera garanzia sussidiaria ma la responsabilità solidale del committente con l'appaltatore per il pagamento dei trattamenti retributivi e contributivi

maturati dal lavoratore, come si evince dal tenore letterale nonché dalla *ratio* stessa della disposizione, finalizzata ad incentivare un utilizzo più virtuoso dei contratti di appalto, inducendo il committente a selezionare imprenditori affidabili nonché ad evitare che i meccanismi di decentramento e di dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione vadano a danno del lavoratore.

## **11. Cessione ed affitto di azienda, codatorialità e successione nel rapporto lavorativo.**

In continuità con i precedenti in materia (v. Sez. L, n. 12771/2012, Stile, Rv. 624109-01) **Sez. L, n. 26808/2018, Curcio, Rv. 651204-01**, ha ribadito che la disciplina ex art. 2112 c.c., è applicabile ogni qualvolta, rimanendo immutata l'organizzazione aziendale, vi sia la sostituzione della persona del titolare del rapporto di lavoro ed il suo subentro nella gestione del complesso dei beni ai fini dell'esercizio dell'impresa, indipendentemente dallo strumento tecnico giuridico adottato e dalla sussistenza di un vincolo contrattuale diretto tra cedente e cessionario. In effetti, nel caso di specie, la stessa concedente aveva concluso due successivi contratti d'affitto della medesima azienda con due diversi affittuari e la S.C. ha ritenuto applicabile la disciplina in questione al rapporto di lavoro di una lavoratrice, impiegata presso il primo affittuario e poi, dopo la cessazione anticipata dell'attività di questi, passata alle dipendenze del secondo.

In ordine ai criteri per stimare la legittimità della cessione del ramo di azienda, **Sez. L, n. 28593/2018, Patti, Rv. 651688-01**, ha consolidato l'orientamento già invalso (v. Sez. L, n. 19034/2017, Spena, Rv. 645262-01), che individua nell'autonomia funzionale del ramo ceduto l'elemento costitutivo della fattispecie, vale a dire la sua capacità, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi funzionali ed organizzativi e quindi di svolgere, autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario, il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente, situazione ravvisabile (quando non occorran particolari mezzi patrimoniali per l'esercizio dell'attività economica) anche rispetto ad un complesso stabile organizzato di persone, addirittura in via esclusiva, purché dotate di particolari competenze e stabilmente coordinate ed organizzate tra loro, così da rendere le loro attività interagenti e idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili. Nella

specie, è stata ritenuta illegittima l'esternalizzazione dei servizi di gestione della corrispondenza e dell'archivio perché si era risolta in una mera parcellizzazione di attività dell'originaria cedente, in assenza di alcuna effettiva consistenza aziendale.

D'altro canto, la validità della cessione dell'azienda non è condizionata alla prognosi della continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario, poiché, se il legislatore ha predisposto, a garanzia dei lavoratori, una serie di cautele che vanno dalla previsione della responsabilità solidale del cedente e del concessionario in relazione ai crediti maturati dai dipendenti all'intervento delle organizzazioni sindacali, nondimeno, nessun limite, neppure implicito, sanzionato con l'invalidità e inefficacia dell'atto, è stato posto alla libertà dell'imprenditore di dismettere l'azienda, nel rispetto dell'art. 41 Cost. (**Sez. L, n. 6184/2018, Lorito, Rv. 647535-01**).

In ordine alle conseguenze della dichiarata illegittimità della cessione, **Sez. L, n. 16694/2018, Leone, Rv. 649247-01**, ha affermato che 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.

Sul piano dei limiti all'operatività della disciplina ex art. 2112 c.c., **Sez. L, n. 1383/2018, Boghetich, Rv. 646367-01**, ha precisato che in caso trasferimento di imprese assoggettate a procedura concorsuale o di rami di esse, l'art. 47, comma 5, della l. 29 dicembre 1990, n. 428, ha previsto ampia facoltà, per l'impresa subentrante, di concordare condizioni contrattuali per l'assunzione *ex novo* dei lavoratori, in deroga a quanto dettato dall'art. 2112 c.c. nonché la possibilità di escludere parte del personale eccedentario dal passaggio, in quanto tale derogabilità, laddove prevista dall'accordo sindacale, anche se peggiorativa del trattamento dei lavoratori, si giustifica con lo scopo di conservare i livelli occupazionali; ne consegue che i principi dettati dagli artt. 4 e ss. della l. 23 luglio 1991, n. 223, ed, in particolare, quelli relativi alla obbligatoria indicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e delle modalità di applicazione di tali criteri, non si estendono analogicamente alla fattispecie disciplinata dall'art. 47 cit., stante la diversità di *ratio* dei due istituti e l'assoluta diversità di disciplina.

D'altro canto, nell'ipotesi di beni confiscati alla criminalità organizzata ai sensi della l. 31 maggio 1965, n. 575, deve escludersi che lo Stato assuma la veste di cessionario d'azienda e trovi

applicazione il regime giuridico di cui all'art. 2112 c.c. per effetto del provvedimento ablatorio definitivo, che determina la devoluzione dei beni allo Stato, con un vincolo di destinazione a finalità pubblicistiche assimilabile a quello che insiste sui beni demaniali (e sui beni compresi nel patrimonio indisponibile), evocato dal richiamo che l'art. 2-*decies* della l. cit. opera al regime giuridico di cui all'art. 823 c.c. (**Sez. L, n. 15085/2018, Blasutto, Rv. 649353-02**).

Peraltro, come chiarito da **Sez. L, n. 11410/2018, Patti, Rv. 648819-01**, l'alienante conserva il potere di recesso attribuitogli dalla normativa generale, sicché il trasferimento, sebbene non possa esserne l'unica ragione giustificativa, non può impedire il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sempre che abbia fondamento nella struttura aziendale autonomamente considerata e non nella connessione con il trasferimento o nella finalità di agevolarlo; né deve ritenersi - qualora, nell'imminenza del trasferimento dell'azienda, l'imprenditore alienante receda dal rapporto di lavoro nei casi in cui detta facoltà gli sia attribuita - che nel suo esercizio in concreto l'imprenditore ponga in essere un atto emulativo o in frode alla legge, oppure in violazione dei principi di correttezza e buona fede a norma degli artt. 1175 e 1375 c.c. Il principio è di rilievo, anche per le implicazioni sul piano del regime di impugnazione, in quanto nel caso esaminato la S.C. ha confermato la sentenza di appello che aveva ritenuto prescritta l'azione di impugnativa del licenziamento, proposta a distanza di otto anni dalla relativa intimazione ad opera dell'azienda cedente, sul presupposto della annullabilità del recesso e non della sua nullità ex art. 2112, comma 4 c.c. Sul piano processuale, la medesima pronuncia (**Sez. L, n. 11420/2018, Patti, Rv. 648950-01**) ha chiarito che nel giudizio promosso dal lavoratore illegittimamente licenziato prima della vicenda traslativa sussiste la legittimazione passiva del cedente che ha intimato il recesso, la cui posizione, in tema di responsabilità, non è inscindibile da quella del cessionario, che, tuttavia, può essere chiamato in causa dal cedente, in quanto soggetto effettivamente e direttamente obbligato alla prestazione pretesa dal lavoratore, con effetto di estensione automatica della domanda nei suoi confronti. Di conseguenza, è stata confermata la sentenza di appello che, ricorrendo i presupposti della tutela obbligatoria, aveva ritenuto la legittimazione passiva della società cedente, con riferimento ai crediti riconosciuti di spettanza della lavoratrice.

Quanto, poi, all'individuazione del datore di lavoro, nel caso di collegamento economico-funzionale tra le imprese, **Sez. L, n. 07704/2018, Marotta, Rv. 647672-01**, ha affermato che ove

L'utilizzazione della prestazione lavorativa sia contemporanea e indistinta da parte delle diverse società si è in presenza di un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro, con la conseguenza che tutti i fruitori dell'attività devono essere considerati responsabili delle obbligazioni che scaturiscono da quel rapporto, in virtù della presunzione di solidarietà prevista dall'art. 1294 c.c., in caso di obbligazione con pluralità di debitori, qualora dalla legge o dal titolo non risulti diversamente. Nel caso di specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che, accertata l'esistenza di un unico centro di imputazione tra le società convenute nonché l'illegittimità del licenziamento, aveva disposto la sanzione della reintegra nei confronti della società formalmente datrice del rapporto di lavoro, condannandola anche al risarcimento del danno, con esclusione dell'obbligo solidale dell'altra società che aveva usufruito ugualmente della prestazione lavorativa.

Infine, con riferimento alla peculiare fattispecie dei gruppi parlamentari, **Sez. L, n. 92/2018, Amendola F., Rv. 646570-01**, ha affermato che a norma dei regolamenti parlamentari, il gruppo parlamentare è costituito all'inizio di ogni legislatura e non può, quindi, ritenersi continuazione o prosecuzione di un gruppo della precedente legislatura, con la cui fine si verifica la sua estinzione, sicché va escluso ogni fenomeno di successione nel debito in capo al diverso soggetto venuto ad esistenza successivamente.



## CAPITOLO XIX

### IL CONTRATTO DI AGENZIA

(DI ILEANA FEDELE)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Configurabilità del rapporto di agenzia. - 3. Obblighi e diritti dell'agente e del preponente. - 4. Recesso e preavviso. - 5. Indennità di fine rapporto.

#### 1. Premessa.

Nel corso dell'anno sono state rese diverse pronunce intese a meglio definire i tratti individuanti del rapporto di agenzia, gli obblighi ed i diritti dell'agente e del preponente nonché, soprattutto, le competenze di fine rapporto, nell'ambito di una disciplina non sempre di agevole interpretazione.

#### 2. Configurabilità del rapporto di agenzia.

Sul piano dell'inquadramento dell'attività svolta in termini di rapporto di agenzia, **Sez. L, n. 20453/2018, De Gregorio, Rv. 650089-01**, ha affermato che la prestazione dell'agente consiste in atti di contenuto vario e non predeterminato che tendono tutti alla promozione della conclusione di contratti in una zona determinata per conto del preponente, quali il compito di propaganda, la predisposizione dei contratti, la ricezione e la trasmissione delle proposte al preponente per l'accettazione; l'attività tipica dell'agente di commercio non richiede, quindi, necessariamente la ricerca del cliente ed è sempre riconducibile alla prestazione dedotta nel contratto di agenzia anche quando il cliente, da cui proviene la proposta di contratto trasmessa dall'agente, non sia stato direttamente ricercato da quest'ultimo ma risulti acquisito su indicazioni del preponente (o in qualsiasi altro modo), purché sussista nesso di causalità tra l'opera promozionale svolta dall'agente nei confronti del cliente e la conclusione dell'affare cui si riferisce la richiesta di provvigione. Nel caso di specie, è stata esclusa la sussistenza di un contratto di agenzia tra le parti, atteso che la ricorrente aveva l'incarico di creare una rete commerciale mediante il reclutamento e la formazione di agenti, nonché di svolgere attività di



propaganda e supporto nei loro confronti, senza tuttavia incidere in alcun modo sui singoli affari conclusi dagli agenti stessi con i clienti.

### 3. Obblighi e diritti dell'agente e del preponente.

In ordine il diritto dell'agente di ricevere dal preponente le informazioni previste dall'art. 1749 c.c., **Sez. L, n. 20707/2018, Bellé, Rv. 649926-02**, in continuità con Sez. L, n. 19319/2016, Ghinoy, Rv. 641387-01, ha affermato che esso può essere fatto valere in giudizio in via autonoma, a prescindere dall'azione giudiziale con cui si facciano valere i diritti patrimoniali cui esso è strumentale, restando viceversa assorbito dalle regole sull'istruzione probatoria quando tale azione sia già iniziata. In particolare, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, con cui era stata respinta la richiesta di un agente che, avendo agito per le provvigioni e l'indennità di fine rapporto, pretendeva ex art. 1749 c.c. informazioni sul rapporto sulla base di una generica deduzione dell'inadempimento del preponente.

Quanto, invece, alle competenze di ordine economico, **Sez. L, n. 25544/2018, Di Paolantonio, Rv. 650735-01**, ha precisato che l'inserimento della provvigione nel conto provvigionale, il cui diritto sorge allorché l'affare sia andato a buon fine o la mancata conclusione del contratto sia imputabile al preponente, non costituisce fonte autonoma di obbligazione ma mera ricognizione di debito, avente effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, che comporta l'inversione dell'onere della prova dell'esistenza di quest'ultimo ma non impedisce al preponente di sottrarsi al pagamento, dimostrando che al contratto non è stata data esecuzione per fatti a lui non imputabili.

Più in generale, è stata affermata (**Sez. L, n. 18266/2018, Lorito, Rv. 649965-01**) l'applicabilità della disciplina generale della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c. - ed il conseguente regime prescrizione decennale - al diritto del preponente alla restituzione degli anticipi provvigionali corrisposti all'agente, in caso di risoluzione anticipata del contratto d'agenzia.

Infine, è stato chiarito il rapporto intercorrente fra contratto di agenzia ed incarico accessorio di supervisione, ricostruito attraverso lo schema del collegamento negoziale, con vincolo di dipendenza unilaterale; in questo senso, sul rilievo che i contratti accessori, seguono la sorte dei contratti principali cui accedono, ma non ne mutuano la disciplina (onde ciascuno di essi rimane assoggettato alle proprie regole ed il vincolo di collegamento, vale a

dire l'interdipendenza esistente tra i due rapporti negoziali, rileva solo nel senso che le vicende del rapporto principale si ripercuotono sul rapporto accessorio, condizionandone la validità e l'efficacia), è stato affermato che la revoca dell'incarico accessorio, proprio in quanto riferito ad un rapporto contrattuale distinto da quello di agenzia, non può dispiegare alcun effetto su quest'ultimo, né sotto il profilo della pretesa inadempienza del preponente revocante agli obblighi discendenti dal contratto di agenzia, né dall'angolo visuale di una pretesa carenza di interesse del medesimo preponente alla prosecuzione del rapporto di agenzia (**Sez. L, n. 16940/2018, Ponterio, Rv. 649597-01**).

#### **4. Recesso e preavviso.**

In proposito, **Sez. L, n. 16940/2018, Ponterio, Rv. 649597-02**, ha affermato che non è configurabile nell'ordinamento una regola generale di sistema che, nei rapporti contrattuali a durata indeterminata, imponga la concessione di un periodo di preavviso (ovvero la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso stesso) in ogni caso di recesso di una delle parti, salvo che non si rinvenga una deroga convenzionale che preveda un siffatto obbligo per il recedente. Di conseguenza, nel caso esaminato dalla Corte, in mancanza di previsione negoziale contemplante un obbligo di preavviso, o di indennità sostitutiva, per l'ipotesi di cessazione automatica del rapporto accessorio in conseguenza della risoluzione del rapporto principale di agenzia, ha cassato la sentenza di merito che, includendo nel computo dell'indennità sostitutiva anche le provvigioni maturate dall'agente nel rapporto accessorio, aveva di fatto applicato a quest'ultimo la disciplina dettata per quello di agenzia.

Inoltre, secondo **Sez. L, n. 20821/2018, Curcio, Rv. 650132-01**, l'inadempimento dell'agente dimissionario, verificatosi nel periodo di preavviso lavorato, non comporta l'insorgenza del diritto alla restituzione della relativa indennità in favore del preponente non inadempiente, che può recedere per giusta causa dal rapporto ancora in atto in quel periodo, e formulare la domanda di risarcimento del danno, assolvendo al relativo onere di allegazione e prova.

Quanto, poi, al recesso per giusta causa, è stato precisato che nel rapporto di agenzia, la regola dettata dall'art. 2119 c.c. deve essere applicata tenendo conto della diversa natura del rapporto rispetto a quello di lavoro subordinato nonché della diversa capacità di resistenza che le parti possono avere nell'economia complessiva dello

stesso; in tale ambito, il giudizio circa la sussistenza, nel caso concreto, di una giusta causa di recesso deve essere compiuto dal giudice di merito, tenendo conto delle complessive dimensioni economiche del contratto e dell'incidenza dell'inadempimento sull'equilibrio contrattuale, assumendo rilievo, in proposito, solo la sussistenza di un inadempimento colpevole e di non scarsa importanza che leda in misura considerevole l'interesse dell'agente, tanto da non consentire la prosecuzione, "anche provvisoria", del rapporto (**Sez. L, n. 1376/2018, Garri, Rv. 646888-01**).

## **5. Indennità di fine rapporto.**

Sul tema, **Sez. L, n. 21377/2018, Cinque, Rv. 650212-01**, ha affermato che l'art. 1751 c.c., applicabile *ratione temporis*, ne individua i presupposti nel fatto che l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con quelli già esistenti e prevede, senza tipizzarla, che essa sia equa; la determinazione di tale requisito funzionale va effettuata valutando le sole "circostanze del caso", intendendosi per tali tutti gli elementi, ulteriori e diversi rispetto a quelli costitutivi, che siano idonei a pervenire ad una adeguata personalizzazione del *quantum* spettante all'agente (nella specie, era stata considerata sia la lunga durata del rapporto di agenzia sia la circostanza che l'agente fosse plurimandatario).

Quanto ai presupposti per il riconoscimento dell'indennità, **Sez. L, n. 25740/2018, Negri della Torre, Rv. 651144-01**, ha precisato che è necessario che l'agente abbia procurato al preponente nuovi clienti ovvero abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i contraenti già acquisiti, restando conseguentemente esclusa dall'ambito di applicabilità di tale norma l'attività di reclutamento e coordinamento degli agenti, in quanto quest'ultima, pur rilevante sul piano organizzativo, si pone come strumentale ed accessoria rispetto a quella, direttamente volta alla promozione della clientela, che l'indennità di cessazione del rapporto è specificamente finalizzata a premiare.

## CAPITOLO XX

### IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO

(DI LUIGI DI PAOLA)

SOMMARIO: 1. Potere disciplinare. - 2. Licenziamento individuale. - 2.1. Riconoscimento di un atto quale licenziamento o meno. - 2.2. La comunicazione del licenziamento. - 2.3. La rinnovazione e la reiterazione del licenziamento. - 2.4. La revoca del licenziamento. - 2.5. Non necessità di un nuovo licenziamento in caso di rimozione del titolo giudiziale di ricostituzione del rapporto. - 2.6. L'impugnazione del licenziamento e la decadenza. - 2.7. La tempestività del licenziamento. - 2.8. La motivazione *per relationem*. - 2.9. L'onere della prova concernente la sussistenza del licenziamento. - 2.10. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. - 2.11. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. - 2.12. Licenziamento discriminatorio, ritorsivo o in frode alla legge. - 2.13. Periodo di comporto e licenziamento. - 2.14. Divieti di licenziamento. - 2.15. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. - 2.16. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro. - 2.17. Il licenziamento del dirigente. - 2.18. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile. - 2.19. Il preavviso. - 2.20. Applicazioni della legge "Fornero". - 3. Licenziamenti collettivi.

#### 1. Potere disciplinare.

Significative le pronunce intervenute nell'anno, qui esaminate secondo la scansione cronologica del procedimento, a partire dalla fase di predeterminazione e pubblicità del codice disciplinare, fino a quella dell'irrogazione della sanzione conservativa (non di quella espulsiva, della quale si tratterà, per comodità di trattazione, al § 2.7).

In adesione ad un risalente indirizzo, **Sez. L, n. 6893/2018, Marchese, Rv. 647505-01**, ha ribadito che ai fini della validità del licenziamento intimato per ragioni disciplinari non è necessaria la previa affissione del codice disciplinare, in presenza della violazione di norme di legge e comunque di doveri fondamentali del lavoratore, riconoscibili come tali senza necessità di specifica previsione; pertanto ha giudicato irrilevante la mancata affissione del codice disciplinare nel caso di utilizzo di un congedo familiare per lo svolgimento di altra attività lavorativa, in violazione dell'art. 4 della l. n. 53 del 2000 oltre che dei fondamentali doveri di lealtà e fedeltà del lavoratore.

In analogia prospettiva, **Sez. L, n. 11412/2018, Marchese, Rv. 648872-01**, ha ritenuto che per il soggetto preposto ad una filiale di un istituto di credito, le regole dell'organizzazione aziendale equivalgono, quanto all'onere del lavoratore di conoscerle, alle norme della comune prudenza ed a quelle del codice penale sicché, ai fini

della legittimità del provvedimento espulsivo, non ne è necessaria l'indicazione nel codice disciplinare, così come è sufficiente la previa contestazione dei fatti che implicino la loro violazione, anche in difetto di una specificazione delle norme violate.

E' stata ribadita la legittimità delle "indagini preliminari"; **Sez. L, n. 30679/2018, Ponterio, Rv. 651697-01**, ha al riguardo affermato che in tema di licenziamenti (come di altre sanzioni) disciplinari, non sono illegittime le indagini preliminari del datore di lavoro - volte ad acquisire elementi di giudizio necessari per verificare la configurabilità, o meno, di un illecito disciplinare e per identificarne il responsabile - purché all'esito delle stesse il datore proceda, ai sensi dell'art. 7, commi 2 e 3, st.lav., alla rituale contestazione dell'addebito, con possibilità per il lavoratore di difendersi anche con l'assistenza dei rappresentanti sindacali.

Con riguardo alla specifica fase di avvio del procedimento, **Sez. L, n. 09590/2018, Garri, Rv. 648656-01**, ha evidenziato - in linea con un solido orientamento - che la previa contestazione dell'addebito, necessaria nei licenziamenti qualificabili come disciplinari, ha lo scopo di consentire al lavoratore l'immediata difesa e deve conseguentemente rivestire il carattere della specificità, che è integrato quando sono fornite le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro abbia ravvisato infrazioni disciplinari o comunque comportamenti in violazione dei doveri di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c..

Molto rilevante la precisazione, contenuta nella sentenza in questione, che per ritenere integrata la violazione del principio di specificità è necessario che si sia verificata una concreta lesione del diritto di difesa del lavoratore e la difesa esercitata in sede di giustificazioni è un elemento concretamente valutabile per ritenere provata la non genericità della contestazione.

Sulla base della predetta precisazione la S.C. ha giudicato specifica la contestazione con cui era stato addebitato al lavoratore di aver svolto "attività extralavorativa in pendenza di malattia" anche sul rilievo che le giustificazioni rese nell'immediatezza dallo stesso erano state puntuali e finalizzate a privare di rilevanza disciplinare la condotta.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 06889/2018, Garri, Rv. 647500-01**, ha ricordato che nell'apprezzare la sussistenza del requisito della specificità della contestazione il giudice di merito deve verificare, al di fuori di schemi rigidi e prestabiliti, se la contestazione offre le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua

materialità, il fatto o i fatti addebitati tenuto conto del loro contesto e verificare altresì se la mancata precisazione di alcuni elementi di fatto abbia determinato un'insuperabile incertezza nell'individuazione dei comportamenti imputati, tale da pregiudicare in concreto il diritto di difesa.

Peraltro, l'apprezzamento del requisito della specificità - da condurre secondo i canoni ermeneutici applicabili agli atti unilaterali - è riservato al giudice di merito, la cui valutazione è sindacabile in cassazione solo mediante precisa censura, senza limitarsi a prospettare una lettura alternativa a quella svolta nella decisione impugnata (così **Sez. L, n. 13667/2018, Tricomi, Rv. 648786-01**).

Sul profilo della rilevanza del nesso di correlazione tra contestazione e la motivazione del licenziamento, **Sez. L, n. 19023/2018, Lorito, Rv. 649966-01**, ha precisato che il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione disciplinare, il quale vieta di infliggere un licenziamento sulla base di fatti diversi da quelli contestati, non può ritenersi violato qualora, contestati atti idonei ad integrare un'astratta previsione legale, il datore di lavoro allegghi, nel corso del procedimento disciplinare, circostanze confermatrici o ulteriori prove, in relazione alle quali il lavoratore possa agevolmente controdedurre.

In applicazione di tale principio è stata confermata la sentenza con la quale era stata accertata la legittimità del licenziamento disciplinare per assenza prolungata del lavoratore dalla sede di lavoro, escludendosi che costituissero fatti estranei alla contestazione l'irreperibilità telefonica del dipendente e la mancata redazione, da parte dello stesso, dei rapporti sull'attività svolta, allegati dal datore nel corso del procedimento e valorizzate dal giudice di merito quali elementi di fatto idonei a definire il contenuto della condotta addebitata.

Quanto alla immediatezza (o tempestività) della contestazione, **Sez. L, n. 16841/2018, Boghetich, Rv. 649317-01**, ha affermato, sulla scorta di un tradizionale indirizzo, che essa va intesa in senso relativo, dovendosi dare conto delle ragioni che possono cagionare il ritardo (quali il tempo necessario per l'accertamento dei fatti o la complessità della struttura organizzativa dell'impresa), con valutazione riservata al giudice di merito ed insindacabile in sede di legittimità, se sorretta da motivazione adeguata e priva di vizi logici.

Nella specie, è stata ritenuta tardiva la contestazione intervenuta dopo cinque mesi dalla ricezione degli atti del procedimento penale, considerato che i medesimi dati, benché non

utilizzabili prima di tale ufficiale acquisizione, erano di fatto già da anni nella disponibilità della società.

**Sez. L, n. 29627/2018, Curcio, Rv. 651748-01**, ha rimarcato che lede il principio di immediatezza la condotta del datore di lavoro che, a fronte della sostanziale ammissione dei fatti da parte del lavoratore, senza che sussista la necessità di ulteriore istruttoria, glieli contesti a distanza di tre mesi dall'accertamento, poiché il datore di lavoro deve procedere alla contestazione non appena abbia acquisito una compiuta e meditata conoscenza dei fatti oggetto di addebito.

E, con riferimento alla ricorrente fattispecie dell'infrazione disciplinare avente al contempo rilevanza penale, **Sez. 6-L, n. 27069/2018, Fernandes, Rv. 651290-01**, ha precisato che il principio dell'immediatezza non è violato qualora il datore abbia scelto di attendere l'esito degli accertamenti svolti in sede penale per giungere a contestare l'addebito solo quando i fatti a carico del lavoratore gli appaiano ragionevolmente sussistenti.

Costituisce questione di diritto, sindacabile in sede di legittimità, determinare se l'arco temporale intercorso tra la scoperta dell'illecito disciplinare e la sua contestazione dia luogo, o meno, a violazione del diritto di difesa del lavoratore (**Sez. L, n. 23346/2018, Negri Della Torre, Rv. 650566-01**).

In relazione al tema dello svolgimento del procedimento disciplinare, **Sez. L, n. 07581/2018, Spena, Rv. 647659-01**, ha ribadito, in linea con un classico insegnamento, che il datore di lavoro, pur non essendovi obbligato dall'art. 7 st.lav., è tenuto a offrire in consultazione al lavoratore incolpato i documenti aziendali laddove l'esame degli stessi sia necessario al fine di consentirgli un'adeguata difesa, in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, indipendentemente dalla comprensibilità dell'addebito.

Analogamente, **Sez. L, n. 27093/2018, De Gregorio, Rv. 651252-01**, ha affermato che l'art. 7 della l. n. 300 del 1970 non prevede, nell'ambito del procedimento disciplinare, l'obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione del lavoratore, nei cui confronti sia stata elevata una contestazione di addebiti di natura disciplinare, la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati, restando salva la possibilità per il lavoratore medesimo di ottenere, nel corso del giudizio ordinario di impugnazione del licenziamento irrogato all'esito del procedimento suddetto, l'ordine di esibizione della documentazione stessa. Il datore di lavoro è tenuto, tuttavia, ad offrire in consultazione all'incolpato i documenti aziendali solo in quanto e nei limiti in cui l'esame degli stessi sia necessario al fine di

una contestazione dell'addebito idonea a permettere alla controparte un'adeguata difesa; ne consegue che, in tale ultima ipotesi, il lavoratore che lamenti la violazione di tale obbligo ha l'onere di specificare i documenti la cui messa a disposizione sarebbe stata necessaria al predetto fine.

Sempre sul profilo dell'esercizio del diritto di difesa da parte del lavoratore nell'ambito del procedimento disciplinare, Sez. L, n. 32607/2018, Lorito, in corso di massimazione, ha evidenziato, che viola l'art. 7 st. lav., e dunque il diritto del lavoratore alla difesa ed al contraddittorio, non solo il datore che lasci inevasa la richiesta del prestatore di essere personalmente ascoltato, ma anche quello che consideri erroneamente tardive le giustificazioni scritte da questi rese, in realtà tempestive.

In punto di prova della legittimità della sanzione disciplinare, Sez. L, n. 10086/2018, Garri, Rv. 648055-01, ha escluso che la produzione di documentazione medica insufficiente ad attestare la malattia sia elemento da solo idoneo a dimostrare la simulazione, essendo onere della parte che eccepisce la condotta simulata allegare e provare le circostanze di fatto a sostegno di tale assunto.

In merito alla questione dell'idoneità, o meno, di alcune condotte - incidenti sulla altrui riservatezza ed onore - ad integrare illecito disciplinare, si segnalano due significative sentenze.

Sez. L, n. 11322/2018, Marotta, Rv. 648816-01, ha affermato che l'utilizzo a fini difensivi di registrazioni di colloqui tra il dipendente e i colleghi sul luogo di lavoro non necessita del consenso dei presenti, in ragione dell'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra e pertanto di contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio; ne consegue che è legittima, ed idonea ad integrare un illecito disciplinare, la condotta del lavoratore che abbia effettuato tali registrazioni per tutelare la propria posizione all'interno dell'azienda e per precostituirsi un mezzo di prova, rispondendo la stessa, se pertinente alla tesi difensiva e non eccedente le sue finalità, alle necessità conseguenti al legittimo esercizio di un diritto.

Sez. L, n. 18176/2018, Balestrieri, Rv. 649797-01, ha evidenziato che l'esercizio da parte del rappresentante sindacale del diritto di critica, anche aspra, sebbene garantito dagli artt. 21 e 39 Cost., incontra i limiti della correttezza formale, imposti dall'esigenza, anch'essa costituzionalmente assicurata (art. 2 Cost.), di tutela della persona umana; ne consegue che, ove tali limiti siano superati con



l'attribuzione all'impresa datoriale o a suoi dirigenti di qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori non provati, il suo comportamento può essere legittimamente sanzionato in via disciplinare.

Sul diverso versante della recidiva, **Sez. L, n. 13265/2018, Patti, Rv. 649008-01**, ha affermato la previsione di essa, in relazione a precedenti mancanze, come ipotesi di recesso datoriale, di cui all'art. 225, comma 4, c.c.n.l. commercio-terziario del 18 luglio 2008, si interpreta nel senso che, per la rilevanza degli episodi pregressi, è necessaria l'irrogazione delle sanzioni, mentre non è sufficiente la mera contestazione, come si desume dall'esegesi letterale della disposizione contrattuale, oltre che dalla previsione dell'art. 7, ultimo comma, st.lav., risolvendosi la diversa opzione ermeneutica in una condizione peggiorativa riservata ai lavoratori dalla contrattazione collettiva.

Peraltro, la contestazione di precedenti provvedimenti sanzionatori del datore di lavoro non richiede - secondo **Sez. L, n. 17685/2018, Boghetich, Rv. 649744-01** - che gli stessi siano divenuti definitivi (ossia che siano stati confermati con sentenza passata in giudicato), atteso che la recidiva a fini disciplinari presenta caratteri autonomi rispetto all'omologo istituto regolato dal diritto penale, costituendo espressione di autonomia privata del datore di lavoro, in relazione alla quale l'impugnazione da parte del lavoratore sanzionato è solo eventuale e, in ogni caso, non è causa di sospensione della sua efficacia.

Con riferimento alla rilevante problematica dei rapporti tra sospensione cautelare dal servizio e successiva sanzione disciplinare, **Sez. L, n. 16027/2018, Arienzo, Rv. 649357-01**, ha precisato, con riguardo a fattispecie peculiare, che all'autoferrotranviere sospeso, ai sensi dell'art. 46, comma 6, all. A, del r.d. n. 148 del 1931, per procedimento disciplinare o per arresto dovuto a causa di servizio, in caso di assoluzione per non aver commesso il fatto, per inesistenza del reato o perché il fatto non costituisce reato, è corrisposto un indennizzo in misura pari alla differenza tra l'assegno alimentare erogato durante la sospensione e lo stipendio maturato nello stesso periodo, mentre non trova applicazione il regime di cui agli artt. 96 e 97 del d.P.R. n. 3 del 1957, avente un differente un ambito soggettivo ed oggettivo.

Sempre in tema, con riferimento al diritto alla *restitutio in integrum* previsto dal c.c.n.l. Poste del 26 novembre 1993, **Sez. L, n. 05060/2018, Garri, Rv. 647477-02**, ha affermato che l'art. 33, comma 4, del predetto c.c.n.l., va interpretato nel senso che il diritto

in questione - che si perfeziona, sia nella vigenza del d.P.R. n. 3 del 1957 sia a norma della sopravvenuta disciplina collettiva, nel momento in cui interviene l'assoluzione del lavoratore con sentenza passata in giudicato (così **Sez. L, n. 05060/2018, Garri, Rv. 647477-01**) - è pieno e non soffre condizionamenti quando l'assoluzione del lavoratore non lascia spazio alla valutazione del suo comportamento in sede disciplinare (il che si verifica ove si accerti che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o, ancora, che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima) mentre rimane comunque condizionato all'esercizio o meno dell'azione disciplinare in caso di sentenza di proscioglimento per intervenuta amnistia, che non rientra essa tecnicamente tra quelle di assoluzione e non avendo alcuna efficacia extrapenale.

In tema di consumazione del potere disciplinare, **Sez. L, n. 27657/2018, Ponterio, Rv. 650993-01**, ha affermato che l'avvenuta irrogazione al dipendente di una sanzione conservativa per condotte aventi rilevanza penale esclude che, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i medesimi fatti, possa essere intimato il licenziamento disciplinare; non è difatti consentito, per il principio di consunzione del potere disciplinare ed in linea con quanto affermato dalla Corte EDU, nella sentenza 4.3.2014, *Grande Stevens* ed altri c. Italia (che ha sancito la portata generale, estesa a tutti i rami del diritto "punitivo", del divieto di *ne bis in idem*), che una identica condotta sia sanzionata più volte a seguito di una diversa valutazione o configurazione giuridica.

Analogamente, **Sez. L, n. 26815/2018, Marchese, Rv. 651238-01**, ha affermato che qualora il datore di lavoro abbia esercitato validamente il potere disciplinare nei confronti del prestatore di lavoro in relazione a determinati fatti, complessivamente considerati, non può esercitare, una seconda volta, per quegli stessi fatti singolarmente considerati, il detto potere ormai consumato anche sotto il profilo di una sua diversa valutazione o configurazione giuridica, essendogli consentito soltanto di tener conto delle sanzioni eventualmente applicate, entro il biennio, ai fini della recidiva.

## 2. Licenziamento individuale.

Nel corrente anno è stato portato a compimento, da un lato, quel necessario processo di consolidamento di orientamenti in precedenza non sufficientemente delineati, le cui più significative

linee di fondo si colgono soprattutto in riferimento alle numerose questioni poste dalla disciplina introdotta dalla cd. “legge Fornero”; dall’altro, sono stati maggiormente definiti gli indirizzi volti al superamento, mediante la rivisitazione in chiave evolutiva di alcuni istituti, di insegnamenti da tempo cristallizzati ma ritenuti non più in sintonia con l’assetto complessivo del diritto del lavoro.

Molte sono state, pertanto, le pronunzie di interesse concernenti i vari profili della materia, mentre non si registrano ancora pronunce della Suprema Corte concernenti la 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”.

A tale ultimo riguardo va segnalata la rivelante modifica - apportata, di recente, all’art. 3, comma 1, del predetto d.lgs., ad opera dell’art. 3, comma 1, del cd. “Decreto dignità” (d.l. n. 87 del 2018, recante “Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese”, conv. in legge n. 96 del 2018) - concernente l’innalzamento della misura dell’indennità risarcitoria, correlata alla declaratoria di illegittimità del licenziamento nell’area della tutela “indennitaria forte”, da quattro a sei mensilità nel minimo e da ventiquattro a trentasei mensilità nel massimo.

Va inoltre fatta menzione della nota sentenza del Giudice delle leggi (**Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194**), che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il citato art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, n. 23 - sia nel testo originario sia nel testo modificato - limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», in tal modo eliminando dal sistema il criterio automatico, fondato sull’anzianità di servizio, di determinazione della predetta indennità, la cui liquidazione resta, pertanto, attualmente affidata al giudice sulla base di parametri concorrenti ricavabili dal sistema (impernati, oltre che sulla stessa anzianità di servizio, sulle dimensioni dell’azienda, sul numero dei lavoratori occupati e sul comportamento delle parti).

## **2.1. Riconoscimento di un atto quale licenziamento o meno.**

Con riguardo al settore del lavoro nautico, non è stata riconosciuta efficacia risolutiva alla comunicazione di sbarco in un caso in cui, successivamente alla comunicazione in questione, il datore di lavoro aveva preannunciato la cancellazione del lavoratore dal turno particolare. Infatti - secondo **Sez. L, n. 10279/2018**,

**Arienzo, Rv. 648761-01** - lo sbarco del marittimo per avvicendamento non costituisce necessariamente un atto di risoluzione del rapporto, in quanto il contratto di arruolamento a tempo indeterminato può essere caratterizzato da sbarchi e successivi nuovi imbarchi, con sospensione, negli intervalli, della prestazione lavorativa.

Neppure la comunicazione effettuata alla Direzione territoriale del lavoro, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 604 del 1966, come novellato dall'art. 1, comma 40, della l. n. 92 del 2012, inviata per conoscenza al lavoratore, costituisce atto di recesso, perché contiene solo la manifestazione dell'intenzione del datore di lavoro di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con l'indicazione dei motivi, essendo finalizzata all'espletamento della procedura conciliativa, in esito alla quale il recesso non è la soluzione obbligata (così **Sez. L, n. 21676/2018, Leone, Rv. 650251-01**).

## **2.2. La comunicazione del licenziamento.**

Con una significativa pronuncia, **Sez. L, n. 23589/2018, Curcio, Rv. 650543-01**, ha precisato che, ove il licenziamento sia intimato con lettera raccomandata a mezzo del servizio postale, non consegnata al lavoratore per l'assenza sua e delle persone abilitate a riceverla, la stessa si presume conosciuta alla data in cui, al suddetto indirizzo, è rilasciato l'avviso di giacenza del plico presso l'ufficio postale, restando irrilevante il periodo legale del compimento della giacenza e quello intercorso tra l'avviso di giacenza e l'eventuale ritiro da parte del destinatario.

## **2.3. La rinnovazione e la reiterazione del licenziamento.**

Sulla delicata questione della distinzione tra rinnovazione e convalida del licenziamento orale, **Sez. L, n. 22662/2018, Patti, Rv. 650385-01**, ha affermato che l'accertamento del giudice di merito, volto a stabilire se una lettera, inviata dal datore di lavoro al lavoratore già licenziato oralmente, configuri una (illegittima) convalida del precedente licenziamento o una nuova manifestazione di recesso, è sindacabile in sede di legittimità non sotto il profilo della ricostruzione della volontà delle parti, o dell'unica parte, in quanto accertamento di fatto non consentito, ma soltanto sul piano della individuazione dei criteri ermeneutici del processo logico del quale il

giudice di merito si sia avvalso per assolvere i compiti a lui riservati, al fine di riscontrare errori di diritto o vizi del ragionamento.

Sul tema della reiterazione, **Sez. L, n. 19089/2018, Arienzo, Rv. 649968-02**, ha ribadito, in conformità ad un orientamento attualmente consolidato, che in tema di licenziamento in regime di tutela reale, ove il datore di lavoro abbia intimato al lavoratore un licenziamento individuale, è ammissibile una successiva comunicazione di recesso dal rapporto da parte del datore medesimo, purché il nuovo licenziamento si fondi su una ragione o motivo diverso, sopravvenuto o, comunque, non conosciuto in precedenza dal datore, e la sua efficacia resti condizionata all'eventuale declaratoria di illegittimità del primo.

Aspetto saliente della sentenza è la ritenuta inefficacia del licenziamento disciplinare irrogato al lavoratore in forza di condotte già note al datore all'epoca di intimazione del primo recesso, sulla scorta del principio di "consumazione del potere".

Profilo altresì rilevante, emergente dal corpo della motivazione, è che, a fronte dell'inefficacia, è stata applicata la tutela reintegratoria attenuata ex art. 18, comma 4, st.lav.

#### **2.4. La revoca del licenziamento.**

**Sez. L., n. 12448/2018, Pagetta, Rv. 648969-01**, ha chiarito che la previsione della possibilità di revoca del licenziamento, nei termini e con gli effetti di cui all'art. 18, comma 10, st.lav., introdotto dalla l. n. 92 del 2012, è finalizzata a favorire il ripensamento del datore di lavoro, così da sottrarlo alle conseguenze sanzionatorie per il caso di recesso illegittimo, senza che il dato testuale della norma ovvero la sua *ratio* consentano di configurare un divieto generale di revoca del licenziamento oltre i limiti temporali ivi indicati.

#### **2.5. Non necessità di un nuovo licenziamento in caso di rimozione del titolo giudiziale di ricostituzione del rapporto.**

**Sez. L, n. 14103/2018, Manna, Rv. 649238-01**, ha precisato che l'atto di ricostituzione del rapporto lavorativo, avvenuto in esecuzione di sentenza (ad esempio di reintegra ex art. 18 st.lav.) successivamente riformata o cassata, viene travolto insieme con quest'ultima, in applicazione dell'effetto espansivo esterno di cui all'art. 336, comma 2, c.p.c., che priva di titolo il prosieguo del rapporto dopo che ne sia venuta meno, a monte, l'originaria

statuizione di ripristino, senza che sia necessario un atto di recesso da parte del datore di lavoro.

Ne consegue che va respinta l'impugnazione del licenziamento intimato in relazione al rapporto di lavoro ripristinato, che risulta oramai privo del suo titolo costitutivo (così **Sez. L, n. 28918/2018, Amendola F., Rv. 651703-01**).

## 2.6. L'impugnazione del licenziamento e la decadenza.

Con riguardo alle questioni concernenti la natura dell'impugnativa stragiudiziale di licenziamento, ex art. 6 della l. n. 604 del 1966, e l'individuazione dei soggetti legittimati alla relativa proposizione, **Sez. L, n. 23603/2018, Marotta, Rv. 650623-01**, ha affermato che l'impugnativa in questione costituisce un atto negoziale dispositivo e formale che può essere posto in essere unicamente dal lavoratore (oltre che dall'associazione sindacale, cui quest'ultimo aderisca, in forza del rapporto di rappresentanza *ex lege*), da un suo rappresentante munito di specifica procura scritta o da un terzo, ancorché avvocato o procuratore legale, sprovvisto di procura, il cui operato venga successivamente ratificato dal lavoratore medesimo, sempre che la ratifica rivesta la forma scritta e sia portata a conoscenza del datore di lavoro prima della scadenza del termine di sessanta giorni per impugnare; ne consegue l'inammissibilità della prova testimoniale in ordine all'esistenza dell'atto, ai sensi dell'art. 2725, comma 2, c.c., se non nel caso in cui il documento sia andato perduto senza colpa.

Sulla seconda questione, **Sez. L, n. 14212/2018, Marchese, Rv. 648994-01**, ha precisato che il termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento può essere interrotto con atto scritto anche di un'organizzazione sindacale, senza che sia necessario il conferimento di una procura *ex ante* - o la ratifica successiva - da parte del lavoratore. Nella stessa pronuncia è stato altresì puntualizzato che l'art. 6 cit. deve essere interpretato nel senso che l'impugnativa di licenziamento è soddisfatta con l'esercizio, nel termine di sessanta giorni, dell'azione ex art. 28 st.lav. avverso il licenziamento del dipendente. Peraltro, l'impugnazione stragiudiziale - per **Sez. L, n. 11416/2018, Pagetta, Rv. 648873-01** -, costituisce, ove contenente l'offerta di prestazioni lavorative, valido atto di costituzione in mora.

Resta fermo che l'impugnativa non è necessaria - v. **Sez. 6-L, n. 25561/2018, Esposito, Rv. 650996-01** - avverso il licenziamento verbale, e ciò 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.

Quanto al (secondo) termine di decadenza di cui all'art. 6, comma 2, della l. n. 604 del 1966, come sostituito dall'art. 32, comma 1, della l. n. 183 del 2010 e modificato dall'art. 1, comma 38, della l. n. 92 del 2012, **Sez. L, n. 20666/2018, Cinque, Rv. 650124-01**, ha affermato, conformemente ad un indirizzo che può oramai dirsi consolidato, che il termine stesso decorre dalla data di trasmissione dell'atto scritto d'impugnazione del licenziamento, di cui al comma 1 del citato art. 6, e non dal perfezionamento dell'impugnazione stessa per effetto della sua ricezione da parte del datore di lavoro.

E' stato ribadito - da **Sez. L, n. 29429/2018, Ponterio, Rv. 651711-01** - che l'art. 6, comma 2, della l. n. 604 del 1966, come modificato dall'art. 32, comma 1, della l. n. 183 del 2010, va interpretato nel senso che, ai fini della conservazione dell'efficacia dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, sono da considerare idonei il deposito del ricorso ai sensi dell'art. 414 c.p.c. (poi sostituito, per le domande di impugnativa dei licenziamenti, dal ricorso di cui all'art. 1, commi 48 e ss., della l. n. 92 del 2012) nella cancelleria del giudice del lavoro ovvero, alternativamente, la comunicazione alla controparte della richiesta di conciliazione o arbitrato; non è invece idoneo a tale scopo il ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., perché, da un lato, la proposizione di una domanda di provvedimento d'urgenza è incompatibile con il previo tentativo di conciliazione e, dall'altro lato, perché l'assenza, nel sistema della strumentalità attenuata di cui all'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c., di un termine entro il quale instaurare il giudizio di merito all'esito del procedimento cautelare vanificherebbe l'obiettivo della disciplina introdotta dalla l. n. 183 del 2010, di provocare in tempi ristretti una pronuncia di merito sulla legittimità del licenziamento.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 14108/2018, Balestrieri, Rv. 649239-01**, ha puntualizzato che solo qualora la conciliazione richiesta sia rifiutata o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento il ricorso al giudice deve essere depositato, a pena di decadenza, entro i sessanta giorni successivi; ove, invece, il tentativo di conciliazione sia stato regolarmente espletato, sia pure con esito negativo, si applica il termine di centottanta giorni per il deposito del ricorso giudiziale, decorrente dalla data dell'impugnazione stragiudiziale, ma il termine rimane sospeso per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione.

**Sez. L, n. 27948/2018, Amendola F., Rv. 651389-01**, ha, sul punto, precisato che ove alla richiesta, effettuata dal lavoratore, di tentativo di conciliazione o arbitrato consegua un esplicito rifiuto datoriale - che si perfeziona senza necessità di una sua comunicazione alla DTL -, il lavoratore medesimo è tenuto a depositare, ai sensi dell'ultima parte del comma 2 del citato art. 6, il ricorso al giudice entro il termine di decadenza, decorrente dal rifiuto in questione, di 60 giorni, il quale assume, per la specifica regola che lo prevede, un evidente connotato di specialità che lo rende insensibile alla disciplina generale della sospensione dei termini di decadenza di cui all'art. 410, comma 2, c.p.c.; ne consegue che al predetto termine di sessanta giorni non possono sommarsi i venti giorni previsti in tale ultima disposizione.

Peraltro, la questione di legittimità costituzionale della previsione del predetto (terzo) termine decadenziale è stata ritenuta - da **Sez. L, n. 29620/2018, Negri della Torre, Rv. 651723-01** - manifestamente infondata.

Con una pronunzia che non fa registrare precedenti, **Sez. L, n. 16591/2018, Cinque, Rv. 649242-01**, ha puntualizzato che, in presenza di impugnativa proveniente da un'organizzazione sindacale, ove anche il lavoratore - personalmente o a mezzo di difensore munito di procura speciale - abbia tempestivamente avanzato autonoma impugnativa, il successivo termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale decorre da quest'ultima impugnazione, rispetto alla quale vi è la certezza della cognizione dell'atto da parte dell'interessato, in una prospettiva di pienezza ed effettività della tutela giudiziaria.

Quanto al profilo della rinuncia all'impugnativa, **Sez. L, n. 26674/2018, Patti, Rv. 651200-01**, ha affermato che la presentazione di una domanda di impiego presso l'amministrazione dello Stato, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 98 del 1971, da parte del lavoratore NATO, licenziato a causa di provvedimenti di ristrutturazione, seguita dall'assunzione, costituisce rinuncia implicita alla impugnativa del licenziamento, perché requisito costitutivo della nuova assunzione è la cessazione del pregresso rapporto di lavoro.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 29922/2018, Leone, Rv. 651642-01**, ha precisato che ove il contratto collettivo preveda, per l'ipotesi di cessazione dell'appalto cui sono adibiti i dipendenti, un sistema di procedure idonee a consentire l'assunzione degli stessi, con passaggio diretto e immediato, alle dipendenze dell'impresa subentrante, a seguito della cessazione del rapporto instaurato con l'originario datore di lavoro e mediante la costituzione *ex novo* di un rapporto di



lavoro con un diverso soggetto, la scelta effettuata per la predetta costituzione non implica, di per sé, rinuncia all'impugnazione dell'atto di recesso, dovendosi escludere che si possa desumere la rinuncia del lavoratore ad impugnare il licenziamento o l'acquiescenza al medesimo dal reperimento di una nuova occupazione, temporanea o definitiva, non rivelandosi, in tale scelta, in maniera univoca, ancorché implicita, la sicura intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo.

## 2.7. La tempestività del licenziamento.

**Sez. L, n. 6937/2018, Arienzo, Rv. 647541-01**, ha affermato che, in tema di licenziamento disciplinare per fatti estranei al rapporto lavorativo aventi rilevanza penale, qualora la contrattazione collettiva tipizzi la condotta idonea a giustificare la sanzione espulsiva collegandola al passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, il differimento del licenziamento a una data successiva a tale evento non si configura come rinuncia all'esercizio del potere disciplinare e non lo rende intempestivo, anche in considerazione del fatto che una condotta estranea al rapporto di lavoro non può dirsi determinante ai fini del venir meno della fiducia del datore di lavoro nel corretto espletamento della prestazione lavorativa fino a che non sia accertata con sentenza penale passata in giudicato.

Quanto al diverso ma connesso profilo dell'interpretazione delle previsioni della contrattazione collettiva che fissano un termine, previa indicazione del momento di decorrenza di quest'ultimo, entro il quale il lavoratore può procedere al licenziamento, **Sez. L, n. 18823/2018, Cinque, Rv. 649917-01**, ha puntualizzato che la comunicazione del licenziamento è tempestiva, ai sensi dell'art. 55 del c.c.n.l. per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a., se inoltrata entro il trentesimo giorno dal termine di scadenza della presentazione delle giustificazioni, come risulta già dal tenore letterale della disposizione - ove si fa riferimento all'invio e non alla ricezione - oltre che dalla natura decadenziale del termine ivi previsto, sicché l'effetto impeditivo di essa va collegato al compimento, da parte del soggetto onerato, unicamente dell'attività necessaria ad avviare il procedimento di comunicazione, purché demandato ad un servizio idoneo a garantire un adeguato affidamento.

Sempre su tale ultimo profilo, **Sez. L, n. 09596/2018, Ponterio, Rv. 648184-01**, ha precisato che ai sensi dell'art. 8 del c.c.n.l. dell'industria metalmeccanica privata del 20 gennaio 2008, il termine di sei giorni per l'irrogazione del licenziamento decorre dalla

consumazione del diritto di difesa, coincidente con la data delle giustificazioni o con quella dell'audizione del lavoratore; ciò in applicazione del principio per cui il lavoratore è libero di discolarsi nelle forme da lui prescelte e, ove chieda espressamente di "essere sentito a difesa", il datore di lavoro ha l'obbligo della sua audizione.

Sul tema della sanzione applicabile in caso di licenziamento "tardivamente" emanato, v. il § 2.7.

## **2.8. La motivazione *per relationem*.**

**Sez. 6-L, n. 28471/2018, Ghinoy, Rv. 651735-01**, ha precisato che nel procedimento disciplinare a carico del lavoratore, l'essenziale elemento di garanzia in suo favore è dato dalla contestazione dell'addebito, mentre la successiva comunicazione del recesso ben può limitarsi a richiamare quanto in precedenza contestato, non essendo tenuto il datore di lavoro, neppure nel caso in cui la legge o il contratto collettivo prevedano espressamente l'indicazione dei motivi, a descrivere nuovamente i fatti in contestazione, per rendere puntualmente esplicitate le ragioni del provvedimento di irrogazione della sanzione e per manifestare come i rilievi a suo tempo mossi non possano ritenersi abbandonati o superati.

## **2.9. L'onere della prova concernente la sussistenza del licenziamento.**

Sulla nota problematica concernente l'onere della prova circa la riconducibilità - al datore o al prestatore - dell'iniziativa volta a porre fine al rapporto, **Sez. L, n. 12552/2018, Garri, Rv. 648982-01**, ha affermato che il datore che eccepisca le dimissioni del lavoratore è tenuto a provare le circostanze di fatto indicative dell'intento recessivo e non può limitarsi ad allegare l'allontanamento del lavoratore; ne consegue che, in assenza di atti formali di licenziamento o di dimissioni, a fronte di contrapposte tesi circa la causa di cessazione del rapporto, il giudice di merito è tenuto ad indagare, sulla base delle evidenze istruttorie, il comportamento tenuto dalle parti da cui sia desumibile l'intento consapevole di voler porre fine al rapporto.

Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la decisione che aveva ravvisato tale intento nel lavoratore, il quale, dopo essersi allontanato dal servizio senza dare notizie per diversi giorni, era stato contattato

dalla società ed aveva dichiarato di non voler proseguire l'attività, sottoscrivendo l'ultima busta paga senza nulla osservare.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 14202/2018, Arienzo, Rv. 648992-01**, ha ribadito, in conformità ad un non recente precedente, che la mancata prova del licenziamento, il cui onere incombe sul lavoratore, non comporta di per sé l'accoglibilità della tesi - eventualmente sostenuta dal datore di lavoro - della sussistenza delle dimissioni o di una risoluzione consensuale, e, ove manchi la prova adeguata anche di tali altri atti estintivi, deve darsi rilievo agli effetti della perdurante sussistenza del rapporto di lavoro, oltre che, in difetto di prestazioni lavorative, anche al principio della non maturazione del diritto alla retribuzione, salvi gli effetti della eventuale *mora credendi* del datore di lavoro rispetto alla stessa, sul rilievo che, quando è chiesta la tutela cd. reale di cui all'art. 18 st.lav. o all'art. 2 della l. n. 604 del 1966, l'impugnativa del licenziamento comprende la richiesta di accertamento di inesistenza di una valida estinzione del rapporto di lavoro, della vigenza del medesimo e di condanna del datore di lavoro alla sua esecuzione e al pagamento di quanto dovuto per il periodo di mancata attuazione.

**Sez. L, n. 25847/2018, Negri della Torre, Rv. 650989-01**, ha affermato che qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente e faccia valere in giudizio la inefficacia o invalidità di tale licenziamento, mentre il datore di lavoro deduca la sussistenza di dimissioni del lavoratore, il materiale probatorio deve essere raccolto, da parte del giudice di merito, tenendo conto che, nel quadro della normativa limitativa dei licenziamenti, la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepente ai sensi dell'art. 2697, comma 2, c.c.

Sulla base di tale premessa la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto che il lavoratore non avesse dimostrato la mancata accettazione della propria prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro, risultando unicamente una missiva inviata dal difensore del lavoratore oltre un mese dopo l'interruzione del rapporto, nella quale non vi era alcun riferimento a un pregresso licenziamento o a un recesso da parte del lavoratore stesso).

Quanto al profilo della comunicazione del recesso in ipotesi di impiego del servizio postale, **Sez. 6-L, n. 19232/2018, Esposito, Rv. 649874-01**, ha evidenziato che, ove sia stato contestato il pervenimento a destinazione dell'atto, è necessaria, attraverso

l'avviso di ricevimento o l'attestazione di compiuta giacenza, la dimostrazione del perfezionamento del procedimento notificatorio. E' così stata esclusa l'operatività della presunzione legale di conoscenza ex art. 1335 c.c. in assenza delle attestazioni circa le attività svolte dall'agente postale incaricato della consegna, con conseguente declaratoria di inefficacia del recesso datoriale.

Ed è stato aggiunto, in materia - da **Sez. L, n. 18823/2018, Cinque, Rv. 649917-02** - che la prova dell'arrivo a destinazione dell'atto deve essere particolarmente rigorosa e, se non viene data mediante l'avviso di ricevimento della raccomandata o con l'attestazione del periodo di giacenza di questa presso l'ufficio postale, deve essere fornita con mezzi idonei, anche mediante presunzioni, purché caratterizzate dai requisiti legali della gravità, della precisione e della concordanza.

## **2.10. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.**

Una particolare attenzione va riservata, in ragione del cospicuo numero di pronunce intervenute nell'anno, alla casistica sottoposta al vaglio della Corte come ipotesi di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento.

Sul profilo dell'idoneità della condotta del lavoratore a ledere l'elemento fiduciario, **Sez. L, n. 23605/2018, Amendola F., Rv. 650624-01**, ha affermato che è legittimo il licenziamento disciplinare dell'impiegato di banca che, nell'istruire la pratica di concessione di un fido, appone firme apocrife del cliente e modifica un elemento essenziale dell'accordo contrattuale, quale la scadenza, trattandosi di azioni che violano i doveri di diligenza e fedeltà incidendo irreversibilmente sull'elemento fiduciario del rapporto di lavoro.

**Sez. L, n. 01631/2018, Balestrieri, Rv. 646368-01**, ha evidenziato che il consapevole utilizzo da parte del lavoratore di un falso certificato, al fine di poter usufruire di un giorno di riposo altrimenti non spettante, può concretare il concetto di giusta causa previsto dall'art. 2119 c.c., derogabile in senso più favorevole al lavoratore solo ove una specifica norma contrattuale collettiva preveda espressamente simile caso come meritevole di una sanzione meno grave.

Costituisce, altresì - per **Sez. 6-L, n. 27082/2018, Esposito, Rv. 651291-01** - giusta causa di licenziamento, ai sensi dell'art. 54, comma 6, lett. c), del c.c.n.l. del 2011 per i dipendenti postali, la condotta della dipendente con mansioni di portalettere, che attesti

falsamente di avere consegnato l'atto giudiziario al suo destinatario, benché l'avesse effettivamente recapitato alla moglie di costui che ne aveva contraffatto la firma, trattandosi di comportamento connotato da gravità avuto riguardo al dolo della falsità in atto pubblico, alla responsabilità dell'agente postale (la cui affidabilità è garantita con attribuzione di efficacia di piena prova fino a querela di falso), al grave pregiudizio derivante dalla falsità in notificazione di atto giudiziario, alla pericolosità della condotta ed alla sua idoneità a ledere il vincolo fiduciario.

Anche la condotta del direttore di ufficio postale che attesti falsamente di avere verificato l'identità del contraente costituisce, secondo **Sez. L, n. 20083/2018, Marotta, Rv. 650117-01**, giusta causa di recesso, trattandosi di comportamento connotato da gravità per il ruolo apicale ricoperto dal lavoratore e per il grado di affidamento correlato alle mansioni dallo stesso svolte, a nulla rilevando l'assenza di concreto pregiudizio per la parte datoriale a fronte della potenzialità lesiva delle operazioni irregolarmente compiute, quale elemento costitutivo dell'ipotesi di cui all'art. 54, comma 6, lett. c), del c.c.n.l. del 2011.

Ove si accerti che il periodo di congedo viene utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia (in tal senso **Sez. L, n. 00509/2018, Amendola F., Rv. 647192-01**).

Con riguardo al diritto di critica da parte del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, **Sez. L, n. 14527/2018, Boghetich, Rv. 648996-01**, ha ritenuto che può essere considerato comportamento idoneo a ledere definitivamente la fiducia che è alla base del rapporto di lavoro l'esercizio del diritto in questione, ove esso avvenga con modalità tali che, superando i limiti della continenza formale, si traduca in una condotta gravemente lesiva della reputazione, con violazione dei doveri fondamentali alla base dell'ordinaria convivenza civile.

Nella specie, la S.C. ha annullato la sentenza che aveva ritenuto esercizio legittimo del diritto di critica la condotta di alcuni lavoratori che, di fronte all'ingresso del fabbricato aziendale, avevano inscenato una macabra rappresentazione del suicidio in effigie dell'amministratore delegato della società, attribuendogli la responsabilità della morte di alcuni dipendenti.

E' stata inoltre ritenuta idonea - da **Sez. L, n. 10280/2018, Arienzo, Rv. 648762-01** - a ledere il vincolo fiduciario nel rapporto lavorativo la diffusione su *facebook* di un commento offensivo nei confronti della società datrice di lavoro, integrando tale condotta gli estremi della diffamazione, per la attitudine del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del messaggio tra un gruppo indeterminato di persone.

In analoga direzione, **Sez. L, n. 19092/2018, Arienzo, Rv. 649921-01**, ha confermato la sentenza di appello che aveva ritenuto legittimo il licenziamento disciplinare intimato dall'impresa al proprio dipendente per avere proferito a voce alta, alla presenza del direttore generale e di un lavoratore, frasi ingiuriose all'indirizzo del primo, percepite anche da altri dipendenti e da due ospiti esterni.

Invece, secondo **Sez. L, n. 21965/2018, Ponterio, Rv. 650497-01**, non costituiscono giusta causa di recesso, in quanto inidonei a ledere il vincolo fiduciario nel rapporto lavorativo, i messaggi contenuti in una *chat* chiusa o privata contenenti commenti offensivi nei confronti della società datrice di lavoro, in quanto essi, diretti unicamente agli iscritti ad un determinato gruppo e non ad una moltitudine indistinta di persone, realizzano una corrispondenza privata, chiusa e inviolabile e, dunque, inidonea a realizzare una condotta diffamatoria.

Anche il contenuto di uno scritto difensivo che attribuisca al proprio datore di lavoro, in sede di giustificazioni per pregressa contestazione, atti o fatti, pur non rispondenti al vero ma concernenti in modo diretto ed immediato l'oggetto della controversia, ancorché contenga espressioni sconvenienti od offensive (soggette solo alla disciplina prevista dall'art. 89 c.p.c.), non costituisce - secondo **Sez. L, n. 16590/2018, Arienzo, Rv. 649314-01** - illecito disciplinare né fattispecie determinativa di danno ingiusto, trattandosi di condotta scriminata dall'art. 598, comma 1, c.p., con portata generale, espressiva del legittimo esercizio del diritto di difesa nell'ambito di procedimento disciplinare ex artt. 24 Cost. e 51 c.p.

Rimanendo in tema di scriminante, **Sez. L, n. 23600/2018, Ponterio, Rv. 650621-01**, ha affermato che l'esecuzione di un ordine illegittimo impartito dal superiore gerarchico non basta di per sé ad impedire la configurabilità di una giusta causa di recesso, non trovando applicazione nel rapporto di lavoro privato l'art. 51 c.p. in assenza di un potere di supremazia, inteso in senso pubblicistico, del superiore riconosciuto dalla legge.

Sulla rilevante tematica del rilievo da attribuirsi alle condotte poste in essere in ambito extra-lavorativo, è stato ritenuto - da **Sez.**

**6-L, n. 12994/2018, Di Paola, Rv. 649066-01** - che, in materia di licenziamento disciplinare, viola certamente il “minimo etico” la condotta di consumo di sostanze stupefacenti ad opera di un lavoratore adibito a mansioni di conducente di autobus, definite “a rischio”, a prescindere dal mancato riferimento, nell’ambito del r.d. n. 148 del 1931, alla descritta condotta; ed è stato aggiunto che il mancato riferimento in questione non è significativo, avuto riguardo all’epoca di emanazione del detto testo normativo, contemplante l’unico modo, allora in uso, di alterazione della psiche, integrato dallo stato di ubriachezza.

Lo svolgimento di attività extra-lavorativa durante lo stato di malattia configura, secondo **Sez. L, n. 26496/2018, Marchese, Rv. 650900-01**, la violazione degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, nonché dei doveri generali di correttezza e buona fede, oltre che nell’ipotesi in cui tale attività esterna sia, di per sé, sufficiente a far presumere l’inesistenza della malattia, 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 confermato la decisione di merito, la quale aveva ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore - addetto al lavaggio di automezzi - che, nel periodo di malattia conseguente a “dolenzia alla spalla destra determinata da un lipoma”, aveva svolto presso un cantiere attività di sbancamento di terreno con mezzi meccanici e manuali.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 01173/2018, Garri, Rv. 647202-01**, ha affermato che lo svolgimento in questione 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).

Il richiamo ai doveri di buona fede e correttezza é presente anche in **Sez. 6-L, n. 14138/2018, Spena, Rv. 649248-01**, ove è stato accertato il rispetto dei doveri in questione da parte del lavoratore che, in caso di trasferimento adottato in violazione dell’art. 2103 c.c., abbia opposto il rifiuto di assumere servizio presso la sede di destinazione, con conseguente declaratoria di illegittimità del

licenziamento intimato per assenza ingiustificata dal servizio, in ragione dell'offerta della prestazione presso l'ufficio originario e delle adottate esigenze familiari di assistenza dei genitori inabili conviventi, avuto riguardo alla distanza del luogo di nuova destinazione (cfr. anche il capitolo XXVIII, § 6.4, sul tema del rifiuto del dipendente di ottemperare alla disposizione datoriale di trasferimento).

Non è stata considerata - da Sez. **L, n. 01374/2018, Manna A., Rv. 647203-01** - idonea a giustificare la misura espulsiva la condotta del lavoratore che, dopo essere stato adibito a mansioni meno gravose in ragione di una patologia non professionale (nella specie, artropatia degenerativa vertebrale), abbia svolto un'attività ludico-sportiva (nella specie, tennis) al di fuori dell'orario lavorativo, senza aver mentito al proprio datore di lavoro, aggravato o esposto al rischio di aggravamento le proprie condizioni di salute, contravvenuto a prescrizioni mediche o omesso di comunicare una guarigione o uno stabile miglioramento della patologia, tale da farlo tornare idoneo alle precedenti più gravose mansioni.

Sul tema dell'accertamento della giusta causa di licenziamento sulla base dell'interpretazione delle clausole collettive contemplanti le infrazioni si registrano significative sentenze.

**Sez. L, n. 17513/2018, Marotta, Rv. 649606-01**, ha affermato che ai sensi dell'art. 54, comma 6, lett. c), del c.c.n.l. del 14 aprile 2011 per i dipendenti postali, la nozione di pregiudizio alla società o a terzi è costituita non soltanto dal danno patrimoniale ma anche dall'imminente pericolo per l'interesse dei soggetti coinvolti; pertanto comprende la mera compromissione del particolare affidamento riposto dai cittadini in ordine al servizio degli invii raccomandati, scandito da precisi e rilevanti adempimenti.

Nel caso, la S.C. ha ritenuto fortemente pregiudizievole per la società la condotta del dipendente che non aveva recapitato undici avvisi di ricevimento, relativi a raccomandate già consegnate giorni prima, e due di giacenza, di cui risultava, invece, l'avvenuto inserimento nelle cassette dei destinatari.

**Sez. L, n. 13265/2018, Patti, Rv. 649008-01** (già citata al § 1) ha puntualizzato che la previsione della recidiva, in relazione a precedenti mancanze, come ipotesi di recesso datoriale, di cui all'art. 225, comma 4, del c.c.n.l. commercio-terziario del 18 luglio 2008, si interpreta nel senso che, per la rilevanza degli episodi pregressi, è necessaria l'irrogazione delle sanzioni, mentre non è sufficiente la mera contestazione.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 20931/2018, Marchese, Rv. 650095-01**, ha affermato che l'art. 64 del c.c.n.l. Settore Mobilità Area



«Attività Ferroviarie» del 20 luglio 2012 prevede la sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso per una condotta di mero pericolo che, sul piano soggettivo dell'elemento psicologico, è integrata dal dolo generico, ovvero dalla consapevole scelta di violare la legge, i regolamenti o i doveri scaturenti dal rapporto di lavoro, non essendo, invece, richiesto che il comportamento sia dettato dallo scopo specifico di arrecare un forte pregiudizio all'azienda o a terzi (esprimendo tale principio, la S.C. ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per "abbandono della postazione di conduzione di un treno viaggiante", ritenendo sufficiente la consapevole inosservanza del divieto di allontanarsi dalla predetta postazione).

E, ancora, **Sez. 6-L, n. 16965/2018, Spena, Rv. 649634-01**, ha evidenziato che le condotte di uso del telefono cellulare e della sigaretta elettronica durante l'orario di lavoro non sono equiparabili, anche ai fini della recidiva, alla fattispecie di "sospensione dell'attività lavorativa senza giustificato motivo", prevista come infrazione passibile di licenziamento - se reiterata - dall'art. 192 del c.c.n.l. pubblici esercizi del 20 febbraio 2010, in relazione alle lett. a) e b) del precedente art. 138, comma 7, dello stesso c.c.n.l.; ciò perché la sospensione del lavoro postula una totale (e transitoria) assenza della prestazione da parte del lavoratore, laddove tanto l'uso del telefono cellulare, quanto quello della sigaretta, non sono in sé incompatibili con lo svolgimento, in tutto o in parte, dell'attività lavorativa, deponendo in tal senso, altresì, l'individuazione della contravvenzione al divieto di fumare quale illecito disciplinare suscettibile di sanzione conservativa nel citato art. 138, comma 7, lett. e), c.c.n.l. cit..

**Sez. L, n. 23602/2018, Cinque, Rv. 650622-01**, ha affermato che qualora il grave nocimento morale e materiale sia parte integrante della fattispecie prevista dalle parti sociali come giusta causa di recesso, occorre accertarne la relativa sussistenza, quale elemento costitutivo che osta alla prosecuzione del rapporto di lavoro, restando preclusa, in caso contrario, la sussunzione del caso concreto nell'astratta previsione della contrattazione collettiva.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che - nell'ipotesi di lavoratore cui erano stati contestati i reati di maltrattamenti in famiglia ed estorsione verso prossimi congiunti, facendo riferimento all'art. 32 del c.c.s.l. del 29 dicembre 2010 - si era limitata a richiamare l'"oggettiva gravità ed odiosità dell'episodio contestato ed il discredito cagionato all'azienda anche al

suo interno”, senza indicare elementi concreti idonei a dimostrare l’esistenza di un grave danno all’impresa.

Con riguardo alla delicata tematica dell’insubordinazione, **Sez. L, n. 12094/2018, Marotta, Rv. 648390-01**, ha evidenziato che il rifiuto opposto dal lavoratore alla richiesta, avanzata dal datore, di svolgimento di compiti aggiuntivi, incompatibili con l’adibizione costante del prestatore ad un impegno lavorativo gravoso nonché ostativi al recupero delle energie psicofisiche ed alla cura degli interessi familiari del medesimo, è legittimo, sicché va esclusa una condotta di insubordinazione, non essendo i provvedimenti datoriali assistiti da una presunzione di legittimità che ne imponga l’ottemperanza fino a contrario accertamento in giudizio.

Ciò posto, la S.C. ha ritenuto legittimo il rifiuto di una guardia giurata - con turni quotidiani di lavoro, mantenuti nel tempo pur in assenza di comprovate esigenze aziendali, con orario dalle 23,55 alle 6.00 e dalle 16.00 alle 22.00 - di eseguire, al di fuori dell’orario di lavoro ordinario, il compito aggiuntivo di riscossione delle fatture.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 22382/2018, Marotta, 650539-01**, ha precisato che l’insubordinazione può risultare da una somma di diverse condotte, e non necessariamente da un singolo episodio, tali da integrare una giusta causa di licenziamento, poiché il comportamento reiteratamente inadempiente posto in essere dal lavoratore - come l’uscita dal lavoro in anticipo e la mancata osservanza delle disposizioni datoriali e delle prerogative gerarchiche - è contraddistinto da un costante e generale atteggiamento di sfida e di disprezzo nei confronti dei vari superiori gerarchici e della disciplina aziendale tale da far venir meno il permanere dell’indispensabile elemento fiduciario.

Ciò posto, è stato ritenuto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore che aveva abbandonato in plurime occasioni il proprio posto di lavoro prima della fine del turno, invocando un diritto al “tempo tuta”, si era rifiutato di riprendere il lavoro nonostante l’espreso invito a farlo ed aveva rivolto minacce al capo reparto.

Sul tema dell’accertamento del requisito della proporzionalità della sanzione, **Sez. L, n. 12798/2018, Cinque, Rv. 648983-02**, ha ribadito, in conformità ad un indirizzo consolidato, che per stabilire se sussiste la giusta causa di licenziamento con specifico riferimento al predetto requisito, occorre accertare in concreto se - in relazione alla qualità del singolo rapporto intercorso tra le parti, alla posizione che in esso abbia avuto il prestatore d’opera e, quindi, alla qualità e al grado del particolare vincolo di fiducia che quel rapporto comportava - la specifica mancanza commessa dal dipendente, considerata e

valutata non solo nel suo contenuto obiettivo, ma anche nella sua portata soggettiva, risulti obiettivamente e soggettivamente idonea a ledere in modo irreparabile la fiducia del datore di lavoro.

Su tale premessa la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto sproporzionato il licenziamento intimato ad un lavoratore che si era appropriato di due paia di scarpe che l'azienda deteneva per avviarle alla distruzione in quanto corpo del reato, senza considerare il discredito derivatone all'azienda ed il disvalore giuridico e sociale del fatto, a prescindere dalla tenuità del valore del bene sottratto ed indipendentemente dall'esito del procedimento penale.

Invece, **Sez. L, n. 23878/2018, Pagetta, Rv. 650552-01**, ha chiarito che è corretta la valutazione del giudice di merito circa la non proporzionalità della sanzione espulsiva irrogata al dipendente che abbia attuato - sulla base di specifiche direttive e pressioni dei superiori - pratiche commerciali irregolari (finalizzate all'incremento di fatturato), assumendo rilevanza, quale elemento destinato ad escludere la stessa ipotizzabilità del grave inadempimento, la consapevolezza in capo ai massimi vertici della società datrice nonché la estrema diffusività, in ambito aziendale, delle pratiche in questione

Sul tema, di carattere generale, dei limiti del sindacato di legittimità sui profili attinenti al licenziamento disciplinare, si registrano molteplici, significative pronunzie.

**Sez. L, n. 26010/2018, Curcio, Rv. 650899-01**, ha specificato che l'accertamento dei fatti ed il successivo giudizio in ordine alla gravità ed alla proporzione della sanzione espulsiva adottata, oltre che alla riconducibilità di detti fatti alle pattuizioni del c.c.n.l. di diritto comune, sono demandati all'apprezzamento del giudice di merito, che deve valutare - anche quando si riscontri l'astratta corrispondenza dell'infrazione contestata alla fattispecie tipizzata contrattualmente -, attraverso un accertamento in concreto, la legittimità e congruità della sanzione inflitta, tenendo conto di ogni aspetto concreto della vicenda, con valutazione che, se sorretta da adeguata e logica motivazione, si sottrae a censure in sede di legittimità.

Sulla stessa linea è **Sez. L, n. 27238/2018, Ponterio, Rv. 651262-01**, secondo cui il risultato della valutazione cui è pervenuto il giudice di merito in ordine alla riconducibilità, in concreto, della condotta contestata nel paradigma di cui all'art. 2119 c.c., è sindacabile in sede di legittimità sotto il profilo della violazione del parametro integrativo della clausola generale costituito dalle previsioni del codice disciplinare. Al riguardo è stato censurato l'errore di sussunzione nella previsione di cui all'art. 54, comma 6,

lett. a) del c.c.n.l. del personale dipendente di Poste Italiane s.p.a., essendo la connivenza, richiesta da tale disposizione, logicamente incompatibile con l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, di non consapevolezza dell'altrui abuso.

**Sez. L, n. 07426/2018, Marotta, Rv. 647669-01**, ha ribadito che i concetti di giusta causa di licenziamento e di proporzionalità della sanzione disciplinare costituiscono clausole generali, vale a dire disposizioni di limitato contenuto, che richiedono di essere concretizzate dall'interprete tramite valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica e la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, a condizione però che la contestazione in tale sede contenga una specifica denuncia di incoerenza del giudizio rispetto agli *standards* esistenti nella realtà sociale e non si traduca in una richiesta di accertamento della concreta ricorrenza degli elementi fattuali che integrano il parametro normativo, accertamento che è riservato ai giudici di merito.

Nello stesso senso, **Sez. L, n. 31155/2018, Cinque, in corso di massimazione**, ha evidenziato che la sussunzione della fattispecie concreta nella clausola elastica della giusta causa deve essere effettuata secondo *standards*, conformi ai valori dell'ordinamento, che trovino conferma nella realtà sociale. Detta operazione di sussunzione costituisce specificazione del parametro normativo ed è sindacabile con giudizio nomofilattico quando difetti di coerenza e pertinenza e non rispetti i suddetti *standards* (nella specie, la S.C. ha ritenuto apodittica ed apparente la motivazione della Corte territoriale che escludeva la gravità della minaccia di morte profferita nei confronti di un superiore peraltro al di fuori di una conversazione animata).

**Sez. L, n. 07305/2018, Blasutto, Rv. 647544-01**, ha puntualizzato 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 allorquando detta applicazione rappresenti la risultante logica e motivata della specificità dei fatti accertati e valutati nel loro globale contesto, mentre rimane praticabile il sindacato di legittimità ex art. 360, n. 3, c.p.c. nei casi in cui gli *standards* valutativi, sulla cui base è stata definita la controversia, finiscano per collidere con i principi costituzionali, con quelli generali dell'ordinamento, con precise norme suscettibili di applicazione in via estensiva o analogica, o si pongano in contrasto

con regole che si configurano, per la costante e pacifica applicazione giurisprudenziale e per il carattere di generalità assunta, come diritto vivente.

Sempre in materia, **Sez. 6-L, n. 09396/2018, Ghinoy, Rv. 647874-01**, ha evidenziato che rientra nell'attività sussuntiva e valutativa del giudice di merito la verifica della sussistenza della giusta causa, con riferimento alla violazione dei parametri posti dal codice disciplinare del c.c.n.l., le cui previsioni, anche quando la condotta del lavoratore sia astrattamente corrispondente alla fattispecie tipizzata contrattualmente, non sono vincolanti per il giudice, dovendo la scala valoriale ivi recepita costituire uno dei parametri cui fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale di cui all'art. 2119 c.c., attraverso un accertamento in concreto della proporzionalità tra sanzione ed infrazione sotto i profili oggettivo e soggettivo; ne consegue che le parti ben potranno sottoporre il risultato della valutazione cui è pervenuto il giudice di merito all'esame della S.C., sotto il profilo della violazione del parametro integrativo della clausola generale costituito dalle previsioni del codice disciplinare.

**Sez. 6-L, n. 28492/2018, Ghinoy, Rv. 651737-01**, ha aggiunto che il giudizio di gravità e proporzionalità della condotta rientra nell'attività sussuntiva e valutativa del giudice, purché vengano valorizzati elementi concreti della fattispecie, di natura e soggettiva, coerenti con la scala valoriale del contratto collettivo, oltre che con i principi radicati nella coscienza sociale, idonei a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario.

Tanto premesso, la S.C. ha ritenuto legittima la sanzione espulsiva irrogata al lavoratore, resosi responsabile di aggressione fisica ai danni di un collega, pur non essendo tale condotta riconducibile al delitto di rissa, per il quale il c.c.n.l. di settore espressamente la contempla, stante il disvalore concreto di essa, accentuato dalle modalità realizzative, dalla entità delle lesioni unilateralmente cagionate, dal clamore suscitato dalla vicenda nell'ambiente di lavoro.

Resta fermo che è censurabile come violazione di legge la mancata sussunzione nel concetto di giusta causa, quale elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, di un comportamento - i.e.: acceso diverbio con il superiore gerarchico, seguito da vie di fatto e lesioni personali - contrario al cd. minimo etico (così **Sez. L, n. 19013/2018, Balestrieri, Rv. 649919-01**).

Del pari è principio acquisito 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. 27004/2018, Garri, Rv. 651246-01**).

Di una indubbia rilevanza anche le pronunzie concernenti l'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo.

**Sez. L, n. 07830/2018, Arienzo, Rv. 647821-01**, ha puntualizzato che l'art. 5 della l. n. 604 del 1966 pone il predetto onere, inderogabilmente, a carico del datore di lavoro, sicché il giudice non può avvalersi del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova, il cui uso è consentito solo quando sia necessario dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure quando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, sia l'altra a dover dimostrare, per prossimità alla suddetta fonte, fatti idonei ad inficiare la portata di quelli dimostrati dalla controparte (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello secondo cui, in un'ipotesi di licenziamento disciplinare fondato sulla produzione di certificati medici falsi, fosse onere del lavoratore dimostrare la veridicità di detti documenti).

**Sez. 6-L, n. 16597/2018, Ghinoy, Rv. 649500-01**, ha affermato che il datore di lavoro può limitarsi, nel caso in cui l'addebito sia costituito dall'assenza ingiustificata del lavoratore, a provare il fatto nella sua oggettività, mentre grava sul lavoratore l'onere di provare elementi che possano giustificarlo.

Sul tema specifico della prova indiziaria del licenziamento per giusta causa, **Sez. L, n. 18822/2018, Lorito, Rv. 649915-01**, ha affermato che è censurabile in sede di legittimità la decisione in cui il giudice si sia limitato a negare valore indiziaro agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quand'anche singolarmente sforniti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro convergenza globale, accertandone la pregnanza conclusiva.

## 2.11. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Nel corrente anno le principali questioni attengono al tema dell'obbligo di *repechage*.

Al riguardo, **Sez. L, n. 21715/2018, Pagetta, Rv. 650261-01**, ha affermato che l'ambito del sindacato giurisdizionale, con riferimento all'obbligo del *repechage*, non può estendersi alla valutazione delle scelte gestionali ed organizzative dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.; ne consegue che il detto obbligo non può ritenersi violato

quando l'ipotetica possibilità di ricollocazione del lavoratore nella compagine aziendale non è compatibile con il concreto assetto organizzativo stabilito dalla parte datoriale (in applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto giustificato il recesso datoriale per il fatto che la ricollocazione del dipendente, già inquadrato nell'organico a tempo indeterminato di un ente consortile, sarebbe potuta avvenire in sostituzione di lavoratori impegnati in attività aventi carattere meramente stagionale).

Sul versante degli oneri di allegazione e prova, **Sez. L, n. 12794/2018, Balestrieri, Rv. 649007-01**, ha affermato che sebbene non sussista un onere del lavoratore di indicare quali siano i posti disponibili in azienda ai fini del *repêchage*, gravando la prova della impossibilità di ricollocamento sul datore di lavoro, una volta accertata, anche attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, tale impossibilità, la mancanza di allegazioni del lavoratore circa l'esistenza di una posizione lavorativa disponibile vale a corroborare il descritto quadro probatorio.

Sulla base di tale principio, la S.C. ha confermato la legittimità del licenziamento intimato in un contesto occupazionale minimale, di soli sei o sette dipendenti, per soppressione dell'unico posto corrispondente alla qualifica del lavoratore estromesso, senza che quest'ultimo fosse stato in grado di indicare una collocazione alternativa.

Sempre in un'ottica di attenuazione dell'onere probatorio gravante sul datore, **Sez. L, n. 30259/2018, Balestrieri, 651677-01**, ha precisato che ove il lavoratore, in un contesto di accertata e grave crisi economica ed organizzativa dell'impresa, indichi le posizioni lavorative a suo avviso disponibili e queste risultino insussistenti, tale verifica ben può essere utilizzata dal giudice al fine di escludere la possibilità del *repêchage*.

Resta fermo che grava sul datore di lavoro l'obbligo di provare - in base a circostanze oggettivamente riscontrabili - che il lavoratore non abbia la capacità professionale richiesta per occupare la diversa posizione libera in azienda, altrimenti il rispetto dell'obbligo di *repechage* risulterebbe sostanzialmente affidato ad una mera valutazione discrezionale dell'imprenditore (in tal senso **Sez. L, n. 23340/2018, Amendola F., Rv. 650564-01**).

E' stato inoltre - da **Sez. L, n. 11166/2018, Amendola F., Rv. 648814-01** - precisato, con riguardo alle forme datoriali, per così dire, complesse, che solo la figura della "codatorialità" ovvero la sussistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro, impone che l'assolvimento dell'obbligo di *repechage* sia valutato in

relazione a tutte le società del gruppo; pertanto, ai fini di tale estensione, non è sufficiente la mera deduzione dell'esistenza di un gruppo di imprese.

Per il resto, le pronunce investono temi vari, quali quello dell'individuazione della platea dei lavoratori da licenziare, quello dell'impossibilità di svolgimento della prestazione nonché quello dell'infermità sopravvenuta del lavoratore.

Quanto al primo tema, **Sez. L, n. 22672/2018, Lorito, Rv. 650388-01**, ha affermato che qualora la ristrutturazione aziendale sia riferita ad una specifica unità produttiva, contestualmente soppressa, non è illegittima la decisione aziendale di limitare agli addetti della predetta unità la platea dei lavoratori colpiti da licenziamento, ove risulti l'effettiva impossibilità di utile collocazione nell'assetto organizzativo dell'impresa, non sussistendo alcun automatismo nell'applicazione dei criteri di scelta previsti dall'art. 5 della l. n. 223 del 1991 - e non essendo il datore tenuto a motivare al riguardo -, laddove manchi una effettiva scelta tra personale omogeneo e fungibile.

Sulla questione del licenziamento intimato per impossibilità di svolgimento della prestazione, **Sez. L, n. 13662/2018, Negri della Torre, Rv. 648823-01**, ha puntualizzato che il ritiro del tesserino di accesso all'area aeroportuale determina per l'operatore addetto l'impossibilità di svolgere la prestazione, giustificando la risoluzione del rapporto; la sussistenza dell'impedimento va verificata al momento del recesso, a nulla rilevando l'eventuale successivo superamento della causa di revoca del tesserino e senza che il giudice del lavoro possa sindacare i motivi posti a base del provvedimento amministrativo ovvero disapplicarlo.

In tema di licenziamento intimato per sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, **Sez. L, n. 20497/2018, Pagetta, Rv. 649924-01**, ha sottolineato due importanti principi: in primo luogo, che l'impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro, viene meno ove il lavoratore medesimo possa essere adibito ad una diversa attività, compatibile con il suo stato di salute, che sia riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, in base all'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore; in secondo, che la verifica dell'esistenza nell'organico aziendale di posizioni adeguate allo stato di salute del dipendente, al fine della corretta applicazione del *repechage*, deve essere



contestuale all'intimazione del licenziamento, cioè al momento nel quale il datore di lavoro decide di recedere dal rapporto in ragione della rilevata incompatibilità del dipendente con le mansioni di originaria adibizione.

In relazione alla analoga problematica dell'inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di *handicap*, **Sez. L, n. 6798/2018, Spena, Rv. 647606-02**, 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.

Facendo applicazione di tali principi, **Sez. L, n. 27243/2018, Boghetich, Rv. 651263-01**, ha confermato la decisione di merito, che, dopo aver vagliato analiticamente anche la serie di mansioni indicate dal lavoratore inabile, aveva ritenuto assolto l'obbligo datoriale in considerazione dell'accertata insussistenza di mansioni equivalenti o inferiori da affidare al lavoratore stesso, perché incompatibili con l'inabilità ovvero occupate da altri lavoratori con posizioni intangibili.

Con riferimento alla questione specifica del sindacato del giudice sul giudizio di inidoneità al servizio - nella specie degli autisti dipendenti da aziende concessionarie di servizi di linea automobilistica di pubblico trasporto -, **Sez. L, n. 21620/2018, Marotta, Rv. 650223-01**, ha puntualizzato che il parere della Commissione medica di cui all'art. 29 del r.d. n. 148 del 1931, all. A), non è vincolante per il giudice di merito adito per l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento disposto a seguito di giudizio di inidoneità, avendo egli, anche in riferimento ai principi costituzionali di tutela processuale, il potere-dovere di controllare l'attendibilità degli accertamenti sanitari effettuati dalla predetta Commissione.

Quanto, infine, alla nota problematica dello "scarso rendimento", **Sez. L, n. 31763/2018, Cinque**, in corso di massimazione, ha affermato che lo scarso rendimento in questione e l'eventuale disservizio aziendale determinato dalle assenze per malattia del lavoratore non possono legittimare, prima del superamento del periodo massimo di comporta, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sulla questione v. anche il § 2.13.

## 2.12. Licenziamento discriminatorio, ritorsivo o in frode alla legge.

La tematica del licenziamento nullo, in passato relegata in ambito dottrinario, ha fatto registrare, progressivamente, interventi alquanto significativi della S.C..

**Sez. L, n. 28926/2018, Patti, Rv. 651392-01**, ha affermato che, in tema di divieto di licenziamento per causa di matrimonio, la limitazione alle sole lavoratrici madri della nullità prevista dall'art. 35 del d.lgs. n. 198 del 2006 non ha natura discriminatoria, in quanto la diversità di trattamento non trova la sua giustificazione nel genere del soggetto che presta l'attività lavorativa, ma è coerente con la realtà sociale, che ha reso necessarie misure legislative volte a garantire alla donna la possibilità di coniugare il diritto al lavoro con la propria vita coniugale e familiare, ed è fondata su una pluralità di principi costituzionali posti a tutela dei diritti della donna lavoratrice.

Sul delicato tema della prova della discriminazione, **Sez. L, n. 23338/2018, Ponterio, Rv. 650563-01**, ha affermato che incombe sull'attore, in forza della attenuazione del regime probatorio ordinario introdotta dalle direttive n. 2000/78/CE, n. 2006/54/CE e n. 2000/43/CE, così come interpretate dalla Corte di Giustizia UE, l'onere di allegare e dimostrare circostanze di fatto dalle quali possa desumersi per inferenza che la discriminazione abbia avuto luogo mentre incombe sul datore di lavoro dimostrare l'insussistenza della stessa. Ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe, deducendo al contempo una correlazione significativa tra questi elementi mentre il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso.

Sulla base di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la configurabilità di una condotta discriminatoria nel licenziamento della ricorrente, in forza della dimostrata necessità di riduzione del personale di un'unità e del divieto di recesso nei confronti dell'unica altra dipendente ex art. 54, comma 9, del d.lgs. n. 151 del 2001.

La scissione societaria in frode alla legge determina la nullità dei licenziamenti intimati per giustificato motivo oggettivo se vi è collegamento negoziale tra l'operazione societaria ed i plurimi recessi datoriali, perché in tal modo viene elusa la normativa sui licenziamenti collettivi; ciò posto, **Sez. L, n. 19863/2018, Patti, Rv.**

**650087-01**, ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato la frode sul rilievo che, pur dopo la scissione societaria, tutti i dipendenti continuavano a lavorare per il medesimo soggetto indistinto, nei medesimi luoghi e per la medesima commessa.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 23042/2018, Marotta, Rv. 650448-01**, in riferimento a vicenda peculiare, ha affermato che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo disposto per gli stessi motivi già adottati a fondamento di un precedente licenziamento collettivo dichiarato illegittimo (nella specie, soppressione della posizione lavorativa) realizza uno schema fraudolento ex art. 1344 c.c., il cui accertamento deve essere condotto dal giudice di merito in base ad una valutazione unitaria e non atomistica di ulteriori indici sintomatici dell'intento elusivo, quali la mancata ottemperanza del datore all'ordine giudiziale di reintegra e la contiguità temporale del secondo recesso.

Quanto, poi, al delicato tema della prova del licenziamento ritorsivo, **Sez. L, n. 20742/2018, De Felice, Rv. 649930-01**, ha precisato che il lavoratore deve indicare e provare i profili specifici da cui desumere l'intento ritorsivo quale motivo unico e determinante del recesso, atteso che in tal caso la doglianza ha per oggetto il fatto impeditivo del diritto del datore di lavoro di avvalersi di una giusta causa, o di un giustificato motivo, pur formalmente apparenti (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto l'intento ritorsivo sulla base di generici riferimenti alle modalità temporali della contestazione e all'inconsistenza degli addebiti).

**Sez. L, Sentenza n. 26035/2018, Ponterio, Rv. 651192-01**, ha precisato che l'allegazione, da parte del lavoratore, del carattere ritorsivo del licenziamento intimatogli non esonera il datore di lavoro dall'onere di provare, ex art. 5 della l. n. 604 del 1966, l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo del recesso; solo ove tale prova sia stata almeno apparentemente fornita incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la sentenza che aveva dichiarato nullo un licenziamento collettivo effettuato nei confronti di alcuni dipendenti, desumendone il carattere ritorsivo da gravi e concordanti elementi presuntivi, quali la persistenza nella struttura aziendale dell'unità nella quale lavorava il personale licenziato, l'illegittimità della procedura di mobilità che lo aveva coinvolto e l'adozione di criteri di scelta atti a consentire una selezione assolutamente discrezionale dei lavoratori da licenziare.

**Sez. L, n. 30429/2018, Arienzo, Rv. 651751-01**, ha affermato che nel nuovo testo dell'art. 18 st.lav. il motivo illecito determinante, ai sensi dell'art. 1345 c.c., rende nullo il licenziamento e giustifica l'applicazione della tutela reintegratoria anche quando non sia unico; inoltre, affinché ne resti escluso il carattere determinante non è sufficiente che il datore di lavoro allegghi l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo, essendo necessario che ne provi l'esistenza e l'idoneità a sorreggere da solo il licenziamento, malgrado il concorrente motivo illecito.

Sul tema della diversa distribuzione dell'onere probatorio nelle ipotesi di licenziamento ritorsivo e discriminatorio, è stato affermato - da **Sez. L, n. 28453/2018, Leone, Rv. 651701-01** - che la differente natura del licenziamento ritorsivo e di quello discriminatorio comporta quale conseguenza che l'allegazione da parte del lavoratore del carattere ritorsivo del licenziamento intimatogli non esonera il datore di lavoro dall'onere di provare, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 604 del 1966, l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso; solo ove tale prova sia stata almeno apparentemente fornita, incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare l'intento ritorsivo e, dunque, l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso. Diversamente, nel caso in cui il lavoratore allegghi il carattere discriminatorio del licenziamento, non deve provarsi l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso potendo la natura discriminatoria del predetto accompagnarsi ad altro motivo legittimo e comunque rendere nullo il licenziamento.

### **2.13. Periodo di comportamento e licenziamento.**

Molte le sentenze di rilievo, in materia, nel corso del corrente anno.

Sul delicato tema dell'onere di specificazione dei giorni di assenza, **Sez. L, n. 21042/2018, Patti, Rv. 650160-01**, ha affermato che il datore di lavoro non deve individuare, nella motivazione del recesso, i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive; tuttavia, anche sulla base del novellato art. 2 della l. n. 604 del 1966 che impone la comunicazione contestuale dei motivi, la motivazione deve essere idonea ad evidenziare il superamento del comportamento in relazione alla disciplina contrattuale applicabile, dando atto del numero totale di assenze verificatesi in un determinato periodo - essendo invece priva di sufficiente specificazione la mera indicazione del termine finale di maturazione del comportamento -, fermo restando l'onere, nell'eventuale

sede giudiziaria, di allegare e provare, compiutamente, i fatti costitutivi del potere esercitato.

Sulla questione della tempestività del licenziamento, **Sez. L, n. 25535/2018, Marotta, Rv. 650733-01**, ha evidenziato che a differenza del licenziamento disciplinare, che postula l'immediatezza del recesso a garanzia della pienezza del diritto di difesa all'incolpato, nel licenziamento per superamento del periodo di comportamento per malattia, l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va contemperato con quella del datore di lavoro a disporre di un ragionevole *spatium deliberandi*, in cui valutare convenientemente la sequenza di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di sostenibilità delle sue assenze in rapporto agli interessi aziendali; ne consegue che, in tale caso, il giudizio sulla tempestività del recesso non può conseguire alla rigida applicazione di criteri cronologici prestabiliti, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice deve compiere caso per caso, apprezzando ogni circostanza al riguardo significativa.

Sulla base di tale premessa, la S.C. ha confermato la decisione della Corte di merito, che aveva evinto la volontà abdicativa del diritto di recesso da parte del datore, oltre che dal ritardo nella comunicazione del licenziamento, dall'accettazione del rientro in servizio e della prestazione lavorativa per un breve lasso di tempo, nonché dal riconoscimento di un ulteriore periodo di ferie e dalla fissazione della visita di sorveglianza sanitaria del dipendente.

Sul tema specifico del preavviso, **Sez. L, n. 18820/2018, Boghetich, Rv. 649916-01**, ha precisato che dal combinato disposto dei commi 9 e 10 dell'art. 58 c.c.n.l. del settore credito si desume, avuto riguardo ai canoni esegetici di cui all'art. 1363 c.c., che il preavviso in prossimità della scadenza del periodo di comportamento non è dovuto ai lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici, in quanto lo stesso è funzionale all'opzione per l'aspettativa non retribuita di cui i predetti lavoratori non possono fruire.

Sull'analogo tema dell'onere di comunicazione dell'imminente scadenza del comportamento, **Sez. L, n. 20761/2018, De Gregorio, Rv. 650127-01**, ha ribadito che la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva; non rileva, pertanto, la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite cd. esterno del comportamento e della durata complessiva delle malattie e, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede

nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comporto, in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione.

In relazione alla problematica del computo, **Sez. 6-L, n. 19927/2018, Spina, Rv. 650205-01**, ha puntualizzato che per la computabilità nel periodo di comporto delle assenze successive alla scadenza del periodo di aspettativa per malattia previsto dal contratto collettivo è necessario accertare, anche in via presuntiva, che il mancato rientro in servizio del lavoratore - o la sua successiva assenza - siano dovuti ad una condizione di malattia, non essendo invece rilevanti le assenze imputabili ad una scelta volontaria del lavoratore medesimo (nella specie, di non riprendere servizio per mancata accettazione della proposta di trasferimento), fattispecie suscettibile, ove del caso, di valutazione sul diverso piano disciplinare.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 23877/2018, Garri, Rv. 650551-01**, ha affermato che l'art. 32 del c.c.n.l. Mobilità Attività ferroviaria - il quale prevede che qualora l'ultimo evento morboso in atto al termine del periodo di comporto risulti di durata superiore a quaranta giorni il periodo ordinario di dodici mesi si prolunga fino a quindici mesi - utilizza quale parametro la "gravità" della malattia, la cui valutazione, avuto riguardo all'espressione "risulti" adottata dalle parti sociali, va effettuata *ex post*, non essendo invece necessario che già al momento dello scadere del comporto ordinario la malattia debba essere così grave da richiedere un'assenza di almeno quaranta giorni.

Quanto alla determinazione del comporto per sommatoria, **Sez. L, n. 23596/2018, Ponterio, Rv. 650618-02**, ha evidenziato che ove la contrattazione non preveda il comporto in questione e non vi siano usi utilmente richiamabili, esso va determinato dal giudice con impiego della cosiddetta equità integrativa. In tal caso le determinazioni del giudice circa i termini cosiddetti interni ed esterni del comporto - durata complessiva delle assenze tollerate e ampiezza del relativo periodo di riferimento - sono censurabili in sede di legittimità solo sotto il profilo della logicità e della congruità della motivazione.

Sugli oneri di allegazione e prova, **Sez. L, n. 23596/2018, Ponterio, Rv. 650618-01**, ha evidenziato che in difetto di specifica contestazione ovvero in assenza di una chiara e precisa presa di posizione del lavoratore sull'esistenza delle assenze per malattia

incluse nel computo del comporto, le stesse risulteranno non controverse e, come tali, non bisognevoli di prova.

Sulla questione dell'ammissibilità di un licenziamento durante la malattia del lavoratore prima della scadenza del comporto, **Sez. I, n. 31763/2018, Cinque, Rv. 651924-01**, ha chiarito che le regole dettate dall'art. 2110 c.c. per le ipotesi di assenze da malattia del lavoratore prevalgono, in quanto speciali, sulla disciplina dei licenziamenti individuali e si sostanziano nell'impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cosiddetto comporto) predeterminato dalla legge, dalle parti o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel considerare quel superamento unica condizione di legittimità del recesso, nell'ottica di un contemperamento tra gli interessi confliggenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce) e del lavoratore (a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi, senza perdere i mezzi di sostentamento); ne deriva che lo scarso rendimento e l'eventuale disservizio aziendale determinato dalle assenze per malattia del lavoratore non possono legittimare, prima del superamento del periodo massimo di comporto, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Quanto, infine, alle conseguenze del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto prima della scadenza di questo, **Sez. U, n. 12568/2018, Manna, Rv. 648651-01**, ha statuito, a composizione di un contrasto, che il licenziamento in questione è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, comma 2, c.c..

In precedenza, all'orientamento convalidato dalle Sezioni Unite, già comunque maggioritario, si opponeva l'indirizzo riconducibile a Sez. I, n. 9037/2001, Putaturo Donati M., Rv. 547888-01 (conforme ad un unico precedente, ovvero a Sez. I, n. 1657/1993, Ravagnani, Rv. 480827-01), secondo cui l'inosservanza del divieto di licenziamento del lavoratore in malattia, fino a quando non sia decorso il cosiddetto periodo di comporto (art. 2110, comma secondo, c.c.), non determina di per sé la nullità della dichiarazione di recesso del datore di lavoro, ma implica, in applicazione del principio della conservazione degli atti giuridici (art. 1367 c.c.), la temporanea inefficacia del recesso stesso fino alla scadenza della situazione ostativa.

Le Sezioni unite hanno ritenuto maggiormente persuasiva la soluzione incentrata sulla nullità, atteso il carattere imperativo dell'art. 2110, comma 2, c.c., che, in combinata lettura con l'art. 1418 stesso

codice, non consente soluzioni diverse, essendo il valore della tutela della salute “sicuramente prioritario all’interno dell’ordinamento - atteso che l’art. 32 Cost. lo definisce come «fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività»”. Ed hanno rilevato come la salute non possa essere adeguatamente protetta se non all’interno di tempi sicuri entro i quali il lavoratore, ammalatosi o infortunatosi, possa avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il proprio posto di lavoro.

#### **2.14. Divieti di licenziamento.**

**Sez. L, n. 9736/2018, Blasutto, Rv. 648728-01**, ha affermato che il licenziamento della lavoratrice nel periodo compreso tra la data della richiesta delle pubblicazioni e l’anno successivo alla celebrazione delle nozze non può presumersi disposto per causa di matrimonio, con conseguente nullità ai sensi dell’art. 1 della l. n. 7 del 1963, qualora il licenziamento giunga all’esito di un procedimento disciplinare avviato anteriormente alla richiesta delle pubblicazioni, non essendo ravvisabile alcun nesso tra la volontà datoriale di avviare il procedimento e la richiesta di pubblicazioni di matrimonio che intervenga nel corso dello stesso.

#### **2.15. Le conseguenze del licenziamento illegittimo.**

Con riguardo al tema della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, **Sez. L, n. 16136/2018, Garri, Rv. 649287-02**, ha affermato che la predetta reintegrazione può essere disposta anche nei confronti di una società posta in liquidazione (nella specie, in concordato preventivo liquidatorio), allorché l’attività sociale non sia definitivamente cessata e non vi sia stato l’azzeramento effettivo dell’organico del personale.

La reintegra è invece stata esclusa nell’ipotesi in cui al lavoratore in prova siano state assegnate mansioni diverse da quelle previste nel patto; al riguardo **Sez. L, n. 31159/2018, Amendola F.**, in corso di massimazione, ha puntualizzato che, nella predetta ipotesi, il patto non è affetto da alcuna nullità, onde non si determina una conversione - solo per effetto della quale il licenziamento illegittimo è assoggettato alla disciplina dei licenziamenti individuali - del rapporto in prova in rapporto ordinario, poiché si è in presenza di un vizio funzionale della pattuizione accessoria, che ridonda in un inadempimento datoriale; troverà quindi applicazione lo speciale regime del recesso in periodo di prova, sicché il lavoratore avrà diritto



o alla esecuzione del patto (e dunque alla prosecuzione della prova) o al risarcimento del danno.

Sulla questione delle organizzazioni di tendenza, non assoggettate al rimedio reintegratorio, **Sez. L, n. 16031/2018, Marchese, Rv. 649358-01**, ha affermato che è sottratta all'applicazione dell'art. 4 della l. n. 108 del 1990 l'associazione (nella specie, una onlus avente come scopo sociale l'assistenza socio-sanitaria) che, per statuto, non persegue un fine ideologicamente orientato di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto ed operi con criteri di economicità, ossia non semplicemente rivolti al perseguimento dei fini sociali dell'ente ma finalizzati al tendenziale pareggio tra costi e ricavi, restando, a tal fine, irrilevante la distribuzione di utili.

Sempre sul tema della possibilità di "reintegrazione", **Sez. L, n. 16136/2018, Garri, Rv. 649287-01**, ha affermato che il conseguimento della pensione di anzianità non integra una causa di impossibilità della reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato, atteso che la disciplina legale dell'incompatibilità (totale o parziale) tra trattamento pensionistico e percezione di un reddito da lavoro dipendente si colloca sul diverso piano del rapporto previdenziale, determinando la sospensione dell'erogazione della prestazione pensionistica, ma non comporta l'invalidità del rapporto di lavoro.

Quanto al credito risarcitorio conseguente alla declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato dal curatore, in caso di fallimento del datore di lavoro, **Sez. L, n. 00522/2018, Amendola F., Rv. 647371-01**, ha affermato che il lavoratore ha diritto all'ammissione al passivo fallimentare per il credito in questione, corrispondente alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella della reintegra.

In presenza di un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro, il credito risarcitorio grava in via solidale su tutti i fruitori dell'attività, i quali devono essere considerati responsabili delle obbligazioni che scaturiscono da quel rapporto, in virtù della presunzione di solidarietà prevista dall'art. 1294 c.c., in caso di obbligazione con pluralità di debitori, qualora dalla legge o dal titolo non risulti diversamente; tanto premesso, **Sez. L, n. 07704/2018, Marotta, Rv. 647672-01**, ha cassato la sentenza di appello che, accertata l'esistenza di un unico centro di imputazione tra le società convenute nonché l'illegittimità del licenziamento, aveva disposto la sanzione della reintegra nei confronti della società formalmente datrice del rapporto di lavoro, condannandola anche al risarcimento

del danno, con esclusione dell'obbligo solidale dell'altra società che aveva usufruito ugualmente della prestazione lavorativa (v. sul punto anche il capitolo sul lavoro flessibile, § 11.).

Sulla questione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, **Sez. L, n. 17683/2018, Arienzo, Rv. 649596-01**, ha affermato che il datore di lavoro che affermi la detraibilità dall'indennità risarcitoria prevista dal nuovo testo dell'art. 18, comma 4, st.lav., a titolo di *aliunde percipiendum*, di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi alla ricerca di una nuova occupazione, ha l'onere di allegare le circostanze specifiche riguardanti la situazione del mercato del lavoro in relazione alla professionalità del danneggiato, da cui desumere, anche con ragionamento presuntivo, l'utilizzabilità di tale professionalità per il conseguimento di nuovi guadagni e la riduzione del danno.

Il risarcimento del danno spettante ex art. 18, st.lav. non può essere diminuito degli importi che il lavoratore abbia ricevuto a titolo di pensione, in quanto può considerarsi compensativo del danno arrecatogli dal licenziamento (quale *aliunde perceptum*) non qualsiasi reddito percepito, bensì solo quello conseguito attraverso l'impiego della medesima capacità lavorativa (così **Sez. L, n. 16136/2018, Garri, Rv. 649287-01**, cit.).

E' stato peraltro precisato - da Sez. L, n. 32330/2018, Negri della Torre, in corso di massimazione - che la detrazione dell'*aliunde perceptum* non può prescindere dal periodo dell'estromissione dal rapporto di lavoro sicché, operando le dodici mensilità come mero limite quantitativo imposto dal legislatore nell'ambito di una operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi, il computo va effettuato, entro il limite legale, tenuto conto della decorrenza del risarcimento dalla data del recesso, dovendosi escludere che tale diritto possa essere ridotto o annullato in conseguenza della durata del giudizio.

Quanto al vecchio testo dell'art. 18 st.lav., **Sez. L, n. 06895/2018, Leone, Rv. 647506-01**, ha affermato che esso - prevedendo, in caso di invalidità del licenziamento, la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per effetto del licenziamento stesso, mediante corresponsione di una indennità commisurata alla retribuzione non percepita - stabilisce una presunzione *iuris tantum* di lucro cessante il cui presupposto è l'imputabilità al datore di lavoro dell'inadempimento, fatta eccezione per la misura minima del risarcimento, consistente in cinque mensilità di retribuzione, la quale è assimilabile ad una sorta di penale; né la misura del risarcimento può essere ridotta con riguardo alle

conseguenze dannose riferibili al tempo impiegato per la tutela giurisdizionale, stante l'esistenza di norme che consentono ad entrambe le parti del rapporto di promuovere il giudizio ed interferire nell'attività processuale.

Sempre con riferimento alla disciplina previgente, è stato affermato - **da Sez. L, n. 33379/2018, Lorito**, in corso di massimazione - che l'illegittimo licenziamento è fonte di responsabilità contrattuale e non extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto del lavoratore al risarcimento del danno resta assoggettato all'ordinaria prescrizione decennale, anziché a quella quinquennale.

Sul tema del diritto di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegra, **Sez. L, n. 02139/2018, Curcio, Rv. 646401-01**, ha specificato che il diritto in questione sorge con la sentenza dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento e permane fino alla scadenza del termine di decadenza, decorrente dall'invito del datore alla ripresa del servizio o dalla comunicazione del deposito della sentenza contenente l'ordine di reintegrazione, ex art. 18, comma 5, st.lav. *ratione temporis* vigente; fino a tale momento il diritto del lavoratore di ottenere l'indennità fa parte del patrimonio giuridico del medesimo e risulta insensibile alle cause sopravvenute impeditive del concreto ripristino del rapporto, quali ad esempio l'intimazione di un nuovo licenziamento.

Sempre in tema, **Sez. 6-L, n. 19480/2018, De Marinis, Rv. 64998-01**, ha precisato che ai fini del decorso del termine di decadenza per l'esercizio dell'opzione (nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012), assume rilevanza la conoscenza effettiva e completa da parte del lavoratore della sentenza dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento, a prescindere dalla comunicazione di avvenuto deposito della stessa da parte della cancelleria, situazione che ricorre nell'ipotesi di lettura integrale in udienza della sentenza con motivazione contestuale.

Inoltre, ai fini del predetto esercizio del diritto di opzione, l'ordinanza di reintegrazione pronunciata all'esito della fase sommaria del cd. rito Fornero è equipollente alla sentenza, testualmente prevista in detta norma, trattandosi di provvedimento immediatamente esecutivo e suscettibile di passaggio in giudicato in assenza di opposizione, avuto anche riguardo alla finalità dell'istituto del diritto di opzione, quale strumento di semplificazione dei rapporti in funzione transattiva della controversia (in tal senso **Sez. L, n. 16024/2018, Amendola F., Rv. 649355-01**).

Quanto alla prova delle dimensioni dell'azienda, **Sez. L, n. 19729/2018, De Gregorio, Rv. 649989-01**, ha affermato, pur con

riferimento alla questione del regime di prescrizione applicabile ai crediti retributivi, che il presupposto della stabilità del rapporto di lavoro può essere accertato dal giudice anche mediante ricorso al fatto notorio, costituito dalla comune conoscenza a livello nazionale o locale delle dimensioni di un'azienda e del conseguente numero di lavoratori occupati alle sue dipendenze, eccedente il limite stabilito dall'art. 18 st.lav..

Infine, in materia di computo dei prestatori di lavoro ai fini dell'applicabilità dell'art. 18 st.lav. (nel testo anteriore alle modifiche di cui alla l. n. 92 del 2012), **Sez. L, n. 31653/2018, Ponterio**, in corso di massimazione, ha precisato che non devono essere considerati i lavoratori con contratto di inserimento, atteso che l'art. 59, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 esclude specificamente detti lavoratori dal computo dei limiti numerici previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva per l'applicazione di particolari normative e istituti, con conseguente impossibilità di estensione analogica della disciplina dettata dal comma 2 dello stesso art. 18 cit. per i contratti di formazione e lavoro.

## **2.16. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro.**

Il tema più rilevante rimane quello dei limiti e delle condizioni per la ricostituzione del rapporto.

Al riguardo, **Sez. L, n. 21566/2018, Marchese, Rv. 650256-01**, ha affermato, sulla linea della nota pronuncia delle sezioni unite emanata lo scorso anno, che la delibera di esclusione del socio lavoratore dalla cooperativa costituisce presupposto costitutivo della tutela reintegratoria di cui all'art. 18 st.lav. sicché, ove il socio lavoratore impugni il licenziamento intimatogli dalla cooperativa, detta tutela resta preclusa qualora non sia impugnata anche la delibera di esclusione fondata sulle medesime ragioni del licenziamento.

Sul tema del momento di decorrenza del termine per proporre opposizione avverso la delibera di esclusione ai sensi dell'art. 2533 c.c., **Sez. L, n. 19090/2018, Ponterio, Rv. 649969-01**, ha evidenziato che non è necessaria la comunicazione di addebiti rigorosamente enunciati, dovendo l'esigenza di specificità della contestazione ritenersi soddisfatta allorquando le indicazioni fornite consentano di individuare le ragioni dell'esclusione, così da porre il socio in condizione di predisporre la difesa.

Inoltre, con una rilevante pronuncia, **Sez. L, n. 17989/2018, Ponterio, Rv. 649810-01**, ha precisato che il rapporto di lavoro del

socio lavoratore di cooperativa è assistito dalla garanzia di stabilità (onde il decorso della prescrizione in costanza di rapporto), poiché, in caso di licenziamento, la maggiore onerosità per il conseguimento della tutela restitutoria, legata, oltre che all'impugnativa del licenziamento stesso, anche alla tempestiva opposizione alla contestuale delibera di esclusione, non può, di per sé, definirsi equivalente ad una condizione di *metus* caratterizzante lo svolgimento del rapporto lavorativo, tale da indurre il socio lavoratore a non esercitare i propri diritti per timore di perdere il posto di lavoro.

### **2.17. Il licenziamento del dirigente.**

Il tema di spicco è sempre quello concernente l'individuazione del concetto di "giustificatezza".

**Sez. L, n. 23894/2018, Amendola F., Rv. 650549-01**, ha ribadito che ai fini dell'indennità supplementare prevista dalla contrattazione collettiva in caso di licenziamento del dirigente, la "giustificatezza" - la cui nozione contrattuale, al fine della legittimità del licenziamento, si discosta da quella di giustificato motivo di licenziamento contemplata dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966 - non deve necessariamente coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto di lavoro e con una situazione di grave crisi aziendale tale da rendere impossibile o particolarmente onerosa tale prosecuzione.

Analogamente **Sez. 6-L, n. 27199/2018, Ghinoy, Rv. 651292-01**, ha affermato che la nozione contrattuale di giustificatezza della risoluzione si discosta, sia sul piano soggettivo che oggettivo, da quella di giustificato motivo, trovando la sua ragion d'essere, da un lato, nel rapporto fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro in virtù delle mansioni affidate, e, dall'altro, nello stesso sviluppo delle strategie di impresa che rendano nel tempo non pienamente adeguata la concreta posizione assegnata al dirigente nella articolazione della struttura direttiva dell'azienda.

### **2.18. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile.**

Le sentenze meritevoli di segnalazione riguardano la nota questione relativa alle modalità di risoluzione del rapporto.

**Sez. L, n. 06157/2018, Garri, Rv. 647529-01**, ha affermato che, nell'ambito del rapporto di lavoro privato, il compimento dell'età pensionabile da parte del lavoratore non ha effetti risolutivi automatici, ma determina l'inizio del regime di recedibilità *ad nutum*,

attribuendo al datore di lavoro il potere di far cessare immediatamente il rapporto, purché il lavoratore, fuori dall'ipotesi di recesso per giusta causa, abbia avuto la possibilità di giovare del periodo di preavviso grazie a una tempestiva intimazione del licenziamento ai sensi dell'art. 2118 c.c., valida anche se intervenuta durante il periodo di recedibilità causale; è pertanto legittimo, e non dà diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, il licenziamento intimato prima del raggiungimento dell'età pensionabile, ma destinato a produrre effetto solo a decorrere da tale data.

Inoltre, è stato puntualizzato - da **Sez. L, n. 13181/2018, Amendola F., Rv. 648984-01** - che la possibilità del recesso *ad nutum*, con sottrazione del datore all'applicabilità del regime dell'art. 18 st.lav., è condizionata non alla mera maturazione dei requisiti anagrafici e contributivi idonei per la pensione di vecchiaia, ma al momento in cui la prestazione previdenziale è giuridicamente conseguibile dall'interessato, ai sensi dell'art. 12, comma 1, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. in l. n. 122 del 2010.

Ancora, **Sez. L, n. 13181/2018, Amendola F., Rv. 648984-02**, ha precisato che il compimento dell'età pensionabile, come il possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, non determinano l'automatica estinzione del rapporto di lavoro, ma solo la cessazione del relativo regime di stabilità; conseguentemente, nel caso in cui tali condizioni si perfezionino nel periodo intercorrente tra la data del licenziamento e quella della sentenza con cui venga accertata l'insussistenza di una sua idonea giustificazione, non è preclusa l'emanazione del provvedimento di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ex art. 18 l. n. 300 del 1970, mentre il rapporto di lavoro è suscettibile di essere estinto solo per effetto di valido (diverso) negozio di recesso.

Quanto alla cessazione del rapporto per raggiunti limiti di età dei lavoratori dello spettacolo appartenenti alle categorie dei tesserati e ballerini, **Sez. L, n. 12108/2018, Lorito, Rv. 649001-01**, ha affermato che l'art. 3, comma 7, del d.l. n. 64 del 2010, conv., con modif., in l. n. 100 del 2010, nel determinare in quarantacinque anni l'età pensionabile, ha previsto, per coloro che abbiano maturato tale condizione nel biennio successivo all'entrata in vigore della legge di conversione, la facoltà di esercitare opzione, rinnovabile annualmente, per restare in servizio nei previgenti limiti di età; dopo il rituale esercizio dell'opzione, il licenziamento motivato con il compimento dell'età e il possesso dei requisiti pensionistici è nullo per contrarietà a norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418 c.c., con

conseguente applicazione della tutela reintegratoria di cui all'art. 18, comma 1, st.lav..

Con la stessa pronuncia - **Sez. L, n. 12108/2018, Lorito, Rv. 649001-02** - è stato puntualizzato che la disciplina transitoria di cui alla sopra richiamata disposizione introduce una discriminazione fondata sul sesso laddove diversifica il limite massimo di età pensionabile previsto per le donne (quarantasette anni) e per gli uomini (cinquantadue); ne consegue la diretta disapplicabilità della norma in contrasto con l'art. 14, par. 1, lett. c) della direttiva 2006/54/CE, senza necessità di promuovere incidente di costituzionalità, sia per la natura non obbligatoria della sentenza del 14 dicembre 2018, n. 269 della Corte cost., sia perché nella specie la questione è già stata sottoposta alla Corte di Giustizia UE, che, con ordinanza del 7 febbraio 2018 (proc. riuniti C-142/17 e C-143/17) si è espressa nel senso della violazione della direttiva, in assenza di richiami alla Carta di Nizza.

## **2.19. Il preavviso.**

**Sez. 6-L, n. 27294/2018, Spena, Rv. 651295-01**, dopo aver riaffermato che, in tema di contratto di lavoro a tempo indeterminato, l'art. 2118 c.c. attribuisce al preavviso di licenziamento efficacia meramente obbligatoria e non reale, ha puntualizzato che il giudice di merito deve considerare l'eventuale diversa disciplina pattizia, come l'art. 35, comma 6, del c.c.n.l. dei Dirigenti Terziario Commercio, in base al quale il preavviso, anche se non lavorato, riveste efficacia reale, con la conseguenza che, durante tale periodo, si applicano le disposizioni relative ai trattamenti economici e previdenziali ed eventuali modifiche di legge o di contratto incidenti sui trattamenti retributivi posti a base dell'indennità sostitutiva (art. 2118, comma 2, c.c.) e continuano ad avere rilievo eventi sopravvenuti, quali la malattia.

## **2.20. Applicazioni della legge “Fornero”.**

Le questioni innescate, in materia, dalla riforma del 2012, hanno nel corrente anno trovato, in buona parte, definitiva soluzione.

Per comodità di trattazione verranno dapprima esaminate quelle concernenti il licenziamento disciplinare e, successivamente, le altre, relative al recesso per giustificato motivo oggettivo.

Con riferimento alla nozione di “insussistenza del fatto contestato”, di cui all'art. 18, comma 4, st.lav., **Sez. L, n. 25717/2018**,

**Marchese, Rv. 650946-02**, ha puntualizzato che essa include l'ipotesi della mancata prova della commissione del fatto controverso da parte del datore di lavoro ex art. 5 l. n. 604 del 1966.

Sul piano descrittivo la nozione stessa - per **Sez. L, n. 14192/2018, Pagetta, Rv. 648989-01** - si configura, ove la contestazione abbia avuto ad oggetto una pluralità di addebiti o un'unica articolata condotta, solo qualora sul piano fattuale possa escludersi la realizzazione di un nucleo minimo di condotta - fra i fatti oggetto di contestazione - di per sé solo astrattamente idoneo a giustificare la sanzione espulsiva.

**Sez. 6-L, n. 25949/2018, Spina, Rv. 651001-01**, ha puntualizzato che qualora il fatto accertato rientri fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, è corretta l'individuazione del regime sanzionatorio nel comma 4 dell'art. 18 st.lav. (nel caso specifico, è stata esclusa la prova della condotta di appropriazione indebita di merce e la contestata insubordinazione è stata derubricata in "esecuzione con negligenza del lavoro affidato", fattispecie sanzionata con la multa dall'art. 215 del c.c.n.l. terziario).

Ove il datore di lavoro contesti un fatto non sanzionabile, per essere già stato esercitato in relazione ad esso il potere punitivo mediante l'irrogazione di una sanzione conservativa, quel fatto deve ritenersi privo del carattere dell'antigiuridicità; sulla base di tale premessa **Sez. L, n. 27657/2018, Pontero, Rv. 650993-02**, ha ritenuto che, in tal caso, spetta al lavoratore la tutela reintegratoria ex art. 18, comma 4, st.lav., novellato.

L'ipotesi del difetto di proporzionalità non è riconducibile al comma 4 dell'art. 18 st.lav. (in tal senso **Sez. L, n. 12102/2018, Balestrieri, Rv. 648979-01**).

Nel senso che il difetto di proporzionalità non codificato dalla contrattazione collettiva rientri tra le "altre ipotesi" per le quali l'art. 18, comma 5, st.lav., riconosce la tutela indennitaria forte, si è espressa anche **Sez. L, n. 18823/2018, Cinque, Rv. 649917-03**, che ha cassato la sentenza di merito che, ritenuta l'insussistenza della giusta causa, perché il rifiuto della lavoratrice di prendere possesso presso la nuova sede, in pendenza di contenzioso sul trasferimento, non poteva essere considerato un inadempimento grave, aveva applicato la tutela reintegratoria in luogo di quella indennitaria cd. forte. (sul tema del rifiuto del dipendente di ottemperare alla disposizione datoriale di trasferimento cfr. anche il capitolo sugli obblighi e diritti del prestatore di lavoro, § 6.4).



Analogamente, **Sez. L, n. 25534/2018, Marchese, Rv. 650732-01**, ha evidenziato che qualora vi sia sproporzione tra sanzione e infrazione, va riconosciuta la tutela risarcitoria se la condotta in addebito non coincida con alcuna delle fattispecie per le quali i contratti collettivi ovvero i codici disciplinari applicabili prevedono una sanzione conservativa; in tal caso il difetto di proporzionalità ricade tra le “altre ipotesi” di cui all’art. 18, comma 5, st.lav., ed è accordata la tutela indennitaria cd. forte.

Sulla base di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva ordinato la reintegra, a fronte dell’accertato svolgimento da parte del lavoratore, in periodo di malattia certificata, di attività lavorativa a titolo oneroso presso altro datore di lavoro, trattandosi di condotta non rientrante tra quelle tipizzate e punite con sanzione conservativa dal c.c.n.l..

Sempre in tema è stato ritenuto - da **Sez. L, n. 26013/2018, Curcio, Rv. 651037-02** - che l’accesso alla tutela reale di cui all’art. 18, comma 4, st.lav., presuppone una valutazione di proporzionalità della sanzione conservativa al fatto in addebito, tipizzata dalla contrattazione collettiva, mentre nei casi in cui il c.c.n.l. operi una riserva per le infrazioni di maggiore gravità, rimettendo al giudice di valutare l’esistenza di un simile rapporto di proporzione in connessione al contesto, spetta la tutela indennitaria, ricadendosi nell’ambito applicativo di cui all’art. 18, comma 5, st.lav. (fattispecie in cui la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva disposto la reintegra a fronte della previsione, contenuta nel c.c.n.l., della sanzione conservativa per la condotta illecita consistente nel “rivolgere a colleghi o terzi frasi offensive”, senza considerare il carattere esemplificativo dell’indicazione né la clausola di salvezza per i casi di maggiore gravità).

Sulla stessa linea, **Sez. L, n. 32500/2018, Ponterio, Rv. 652034-01**, ha ribadito che la tutela reintegratoria attenuata è applicabile in presenza di una valutazione di non proporzionalità attraverso il parametro della riconducibilità della condotta accertata ad una ipotesi punita con sanzione conservativa dalla contrattazione collettiva.

La tutela indennitaria forte è altresì riconoscibile nell’ipotesi di violazione del principio di tempestività (od immediatezza) della contestazione che si traduca in un ritardo notevole ed ingiustificato.

Al riguardo **Sez. 6-L, n. 12231/2018, Di Paola, Rv. 648683-01**, ha ribadito, in conformità alla soluzione cui è pervenuta lo scorso anno la S.C. a sezioni unite (Sez. U, n. 30985/2017, Berrino, Rv. 646738-01), che la predetta violazione comporta l’applicazione della

tutela indennitaria “forte” nella misura prevista dal comma 5 dello stesso art. 18.

E a tale ultimo riguardo è stato precisato - da **Sez. 6-L, n. 12231/2018, Di Paola, Rv. 648683-02** - che il riconoscimento della violazione del principio di tempestività, avente natura sostanziale, presuppone l'avvenuto accertamento di un ritardo notevole ed ingiustificato nella formulazione della contestazione, con la conseguenza che tale ritardo, unitamente alla lesione del diritto di difesa che ne deriva, non è suscettibile di autonoma valutazione rispetto alla suddetta violazione, al preteso fine di escludere l'applicabilità della tutela indennitaria “forte” prevista dall'art. 18, comma 5, st.lav..

La tutela indennitaria “debole” di cui al comma 6 resta invece limitata all'ipotesi, integrante violazione di natura procedurale, di contestazione avvenuta oltre i termini previsti dalla legge o dal contratto collettivo (così **Sez. 6-L, n. 12231/2018, Di Paola, Rv. 648683-01**, cit., in conformità a Sez. U, n. 30985/2017, Berrino, Rv. 646738-02).

L'applicabilità della tutela indennitaria forte è stata ravvisata - da **Sez. L, n. 19632/2018, Garri, Rv. 649985-01** - in un caso in cui la contestazione era stata formulata in modo specifico soltanto per una parte dell'addebito, sulla cui base la sanzione del licenziamento era stata poi ritenuta sproporzionata; il passo rilevante della pronuncia è quello in cui si afferma che ove la contestazione sia stata formulata in maniera generica per una parte dell'addebito, è corretto l'operato del giudice di merito che abbia valutato, ai fini della verifica circa la legittimità, o meno, della sanzione, solo i fatti specificamente contestati, senza tener conto dei fatti genericamente indicati.

Il che ha come naturale implicazione che la contestazione totalmente generica equivale ad assenza di contestazione.

La violazione del termine di cui all'art. 21, n. 2, comma 3, del c.c.n.l. gas e acqua del 2011, secondo cui, se il provvedimento disciplinare non viene emanato nei dieci giorni lavorativi successivi al quinto giorno dal ricevimento della contestazione, le giustificazioni si riterranno accolte, non integra una mera violazione di natura procedimentale ma comporta la totale mancanza della giusta causa per effetto dell'ammissione del datore di lavoro dell'insussistenza della condotta illecita sanzionata; ne deriva - secondo **Sez. L, n. 21569/2018, Marotta, Rv. 650246-01** - che, in tale ipotesi, la tutela applicabile è quella di cui all'art. 18, comma 4, della l. n. 300 del 1970 e non quella di cui al comma 6 della predetta norma.

In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono intervenute sentenze significative sulla portata dell'espressione "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" di cui all'art. 18, comma 7, st.lav..

**Sez. L, n. 10435/2018, Boghetich, Rv. 648343-01**, ha affermato che la verifica del requisito della "manifesta insussistenza del fatto", concerne entrambi i presupposti di legittimità del recesso e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore (cd. *repêchage*); fermo l'onere della prova che grava sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 della l. n. 604 del 1966, la "manifesta insussistenza" va riferita ad una evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei suddetti presupposti, che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso.

Su tale ultimo aspetto, in senso analogo, **Sez. L, n. 16702/2018, Balestrieri, Rv. 649488-01**, ha chiarito che il predetto requisito è da intendersi come chiara, evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti di legittimità del recesso, cui non può essere equiparata una prova meramente insufficiente.

Nell'alveo della manifesta insussistenza del fatto è sussumibile - per Sez. L, n. 31496/2018, Cinque, in corso di massimazione - l'assenza di nesso causale fra recesso datoriale e motivo addotto a suo fondamento, stante la connotazione di particolare evidenza che assume, in tal caso, la mancanza di un elemento oggettivo della fattispecie.

Peraltro, è stato puntualizzato - da **Sez. L, n. 10435/2018, Boghetich, Rv. 648343-02** - che ove il giudice accerti il requisito della "manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento", può scegliere di applicare la tutela reintegratoria di cui al comma 4 del medesimo art. 18, salvo che, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, tale regime sanzionatorio non risulti incompatibile con la struttura organizzativa dell'impresa e dunque eccessivamente oneroso per il datore di lavoro; in tal caso, nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei requisiti costitutivi del licenziamento, potrà optare per l'applicabilità della tutela indennitaria di cui al comma 5.

La violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta tra lavoratori adibiti allo svolgimento di mansioni omogenee dà luogo alla tutela indennitaria, dovendosi escludere che ricorra, in tal caso, la manifesta insussistenza delle ragioni economiche poste a fondamento

del recesso (in tal senso **Sez. L, n. 19732/2018, Amendola F., Rv. 649990-01**).

Quanto alle conseguenze derivanti dal licenziamento intimato per inidoneità fisica o psichica in difetto di verifica circa la mancanza di posti di lavoro con mansioni idonee, **Sez. L, n. 26675/2018, Lorito, Rv. 651201-01**, ha affermato che, in applicazione dell'art. 18, comma 7, st.lav., la tutela del lavoratore è quella reintegratoria attenuata.

## 12. 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 delimitazione del criterio di scelta dei lavoratori da porre in mobilità.

Quanto alla prima questione, **Sez. L, n. 30550/2018, Patti, Rv. 651696-01**, ha riaffermato, in conformità ad un indirizzo consolidato, che la l. n. 223 del 1991, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinatarie di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimenti di azienda. I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale, ma la correttezza procedurale dell'operazione (ivi compresa la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso), con la conseguenza che non possono trovare ingresso, in sede giudiziaria, tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva.

Quanto alla seconda, **Sez. L, n. 07837/2018, Marchese, Rv. 648191-01**, ha affermato che la sufficienza e l'adeguatezza della comunicazione di avvio della procedura vanno valutate in relazione alla finalità della corretta informazione delle organizzazioni sindacali, che può ritenersi in concreto raggiunta nel caso venga successivamente stipulato l'accordo di cui all'art. 4, comma 5, della l. n. 223 del 1991; quest'ultimo, tuttavia, non costituisce una sanatoria dei vizi della procedura, restando per il giudice l'obbligo della verifica in sede di merito circa l'effettiva completezza della comunicazione.

**Sez. L, n. 22178/2018, Garri, Rv. 650535-01**, ha specificato che qualora il progetto di ristrutturazione si riferisca in modo esclusivo ad un'unità produttiva, le esigenze di cui all'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, riferite al complesso aziendale, possono costituire criterio esclusivo nella determinazione della platea dei lavoratori da licenziare, purché il datore indichi nella comunicazione ex art. 4, comma 3, della legge n. 223 citata, sia le ragioni che limitino i licenziamenti ai dipendenti dell'unità o settore in questione, sia le ragioni per cui non ritenga di ovviarvi con il trasferimento ad unità produttive vicine, ciò al fine di consentire alle organizzazioni sindacali di verificare l'effettiva necessità dei programmati licenziamenti. Ne consegue che, qualora, nella comunicazione, si faccia generico riferimento alla situazione generale del complesso aziendale, senza alcuna specificazione delle unità produttive da sopprimere, i licenziamenti intimati sono illegittimi per violazione dell'obbligo di specifica indicazione delle oggettive esigenze aziendali.

**Sez. L, n. 21906/2018, Ponterio, Rv. 650305-01**, ha precisato che qualora il datore di lavoro abbia proceduto a recessi differiti, il termine di sette giorni per la comunicazione alle organizzazioni sindacali e agli organi amministrativi, di cui all'art. 4, comma 9, della l. n. 223 del 1991, come modificato dall'art. 1, comma 44, della l. n. 92 del 2012, è unico e decorre dall'invio della comunicazione del primo recesso, poiché solo in tal modo è possibile garantire, rispetto a tutti i licenziamenti via via intimati, quella contestualità tra la comunicazione del recesso al lavoratore e la comunicazione ex art. 4, comma 9, che consente il controllo sulla correttezza nell'applicazione da parte del datore di lavoro dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

Analogamente, **Sez. L, n. 23034/2018, Ponterio, Rv. 650392-01**, ha affermato che la predetta comunicazione, per assolvere alla funzione cui è normativamente preordinata, non può essere parcellizzata in tante comunicazioni - ciascuna limitata ai lavoratori fino a quel momento licenziati ed effettuata entro sette giorni dai

singoli licenziamenti - ma deve essere unica, cioè tale da esprimere l'assetto definitivo sull'elenco dei lavoratori da licenziare e sulle modalità di applicazione dei criteri di scelta; ed è stato rimarcato - da **Sez. L, n. 23034/2018, Ponterio, Rv. 650392-02** - che il termine di sette giorni per la comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, della l. n. 223 del 1991, decorre dalla comunicazione del primo licenziamento, come risulta dal tenore letterale della disposizione, che fa espresso riferimento alla "comunicazione" dei recessi e non già alla data di ricezione degli stessi.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 28461/2018, Leone, Rv. 651391-01**, ha evidenziato che il mancato rispetto del predetto termine di sette giorni (che, per **Sez. L, n. 29183/2018, Leone, Rv. 651746-01**, deve intendersi come perentorio) determina l'invalidità dei recessi intimati, restando irrilevante che il licenziamento dipenda dalla totale cessazione dell'attività aziendale e che il criterio di scelta sia unico per tutti i lavoratori, dal momento che la gradualità delle operazioni di chiusura e la permanenza, sia pur temporanea, di taluni lavoratori, finalizzata al completamento delle operazioni ultimative, richiede l'applicazione di criteri di scelta predeterminati, controllabili da tutti i soggetti interessati e finalizzati all'individuazione dei tempi di operatività del licenziamento.

Quanto alle ipotesi in relazione alle quali non sono applicabili le procedure per i licenziamenti collettivi per riduzione di personale, **Sez. L, n. 12439/2018, Leone, Rv. 648968-01**, ha affermato che l'esclusione dell'obbligo di osservare dette procedure, prevista dall'art. 24, comma 4, della l. n. 223 del 1991, per "fine lavoro nelle costruzioni edili", opera anche nel caso di esaurimento di una singola fase di lavoro, che abbia richiesto specifiche professionalità, non utilizzabili successivamente, fattispecie che integra un giustificato motivo di licenziamento individuale, anche se plurimo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604 del 1996.

Al datore di lavoro - secondo **Sez. L, n. 23022/2018, Pagetta, Rv. 650391-01** -, nella vigenza del contratto di solidarietà cd. difensivo, previsto dall'art. 1 del d.l. n. 726 del 1984, conv. con modif. in l. n. 863 del 1984, è precluso il licenziamento collettivo - che presuppone necessariamente la riduzione stabile dell'attività economica - proprio in ragione delle specifiche finalità cui è preordinata la stipula del contratto di solidarietà, in connessione al sacrificio richiesto ai lavoratori con la riduzione dell'orario lavorativo e quindi della retribuzione, mentre è ammissibile il ricorso al recesso individuale, ancorché plurimo, per giustificato motivo oggettivo, che risponde all'esigenza di adottare misure organizzative che

consentono una più intensa e funzionale organizzazione della forza lavoro, con accorpamento di funzioni e soppressione di posti di lavoro.

Con riferimento all'ipotesi di licenziamento per cessazione dell'appalto, **Sez. L, n. 20772/2018, Arienzo, Rv. 650130-01**, ha chiarito che l'esclusione dell'applicazione della procedura di cui all'art. 24 della l. n. 223 del 1991, espressamente prevista dall'art. 7, comma 4 bis, del d.l. n. 348 del 2007, introdotto dalla legge di conversione n. 31 del 2008, presuppone la necessaria riassunzione del lavoratore nell'azienda subentrante, a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, o a seguito di accordi collettivi con le predette organizzazioni.

Sulla terza questione, **Sez. L, n. 7710/2018, Manna, Rv. 647674-01**, ha specificato che è legittima l'adozione concordata dalle parti sociali del criterio di scelta fondato sul possesso dei requisiti per il trattamento pensionistico a.g.o., essendo quest'ultimo astrattamente oggettivo e in concreto verificabile.

Nella specie, è stato ritenuto legittimo il licenziamento collettivo avviato dalle parti sociali solo all'esito di un programma di esodo volontario, sulla base dell'unico criterio del possesso dei requisiti pensionistici, ritenendo che non ne inficiasse la determinatezza ed oggettività la norma pattizia che attribuiva al datore di posticipare la data di risoluzione del rapporto degli aderenti per esigenze organizzative aziendali.

E' stato inoltre evidenziato - da Sez. L, n. 31872/2018, Balestrieri, in corso di massimazione, che i criteri di scelta previsti dall'accordo sindacale raggiunto all'esito della procedura di cui all'art. 4, commi 5-7 della l. n. 223 del 1991, prevalgono, nella individuazione dei licenziandi, su quelli fissati dalla legge (carichi di famiglia, anzianità ecc.), tanto più quando, per la peculiarità dell'attività aziendale, detti criteri consentano di salvaguardare la prosecuzione dell'attività produttiva e l'occupazione dell'intero complesso industriale.

Sulla base di tale premessa la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva giudicato generico, con riferimento a un'azienda operante nel settore della bonifica bellica e ambientale, il criterio della maggiore competenza e dell'alta specializzazione fissato in sede di accordo sindacale per individuare i lavoratori da mantenere in servizio.

**Sez. L, n. 02694/2018, Balestrieri, Rv. 647399-01**, ha affermato che la determinazione negoziale dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare (che si traduce in accordo sindacale che ben può essere concluso dalla maggioranza dei lavoratori direttamente o attraverso le associazioni sindacali che li rappresentano, senza che occorra l'unanimità) adempie - come evidenziato dalla sentenza 22 giugno 1994, n. 268 della Corte Cost. - ad una funzione regolamentare delegata dalla legge e, pertanto, deve rispettare non solo il principio di non discriminazione, ex art. 15 della l. n. 300 del 1970, ma anche il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità ed essere coerenti con il fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori: il rispetto di tali criteri obiettivi - la prova della cui inosservanza grava sul lavoratore - esclude che possa discutersi di discriminazione.

Ai fini dell'applicazione del criterio di scelta dei carichi familiari, per consentire una graduatoria rigida e controllabile in sede applicativa, va utilizzata come riferimento temporale la data di sottoscrizione del verbale sindacale di individuazione negoziale dei criteri (in tal senso **Sez. L, n. 07990/2018, Patti, Rv. 648263-02**).

Sempre con riferimento al criterio dei carichi di famiglia, **Sez. L, n. 20464/2018, Cinque, Rv. 650091-01**, ha evidenziato che il datore di lavoro deve tenere conto del predetto criterio, cui fa riferimento l'art. 5 della l. n. 223 del 1991, anche quando, in assenza di comunicazioni da parte del lavoratore, sia comunque a conoscenza della sua condizione familiare e della presenza di persone a suo carico sulla base di circostanze ufficiali, atteso che la norma ha lo scopo di individuare i lavoratori da licenziare tra quelli meno deboli socialmente, avuto riguardo alla situazione economica effettiva.

Si determina violazione dei criteri di scelta - secondo **Sez. L, n. 20502/2018, Cinque, Rv. 650114-01** -, anche ove vi sia errata applicazione delle modalità con cui sono attribuiti i punteggi assegnati. Al riguardo, la S.C. ha ritenuto illegittimo il licenziamento collettivo intimato per chiusura del punto di ristorazione - reputato inidoneo ad integrare una "singola unità produttiva" - allocato in un'area di servizio autostradale, poiché non erano stati esplicitati i criteri di scelta con riferimento al complesso aziendale o quanto meno alle altre unità produttive facenti parte del medesimo territorio.

Con una significativa sentenza - **Sez. L, n. 23041/2018, Arienzo, Rv. 650560-01** - è stato evidenziato che il criterio delle esigenze tecnico produttive può essere utilizzato per la creazione di graduatorie anche trasversali tra i vari settori, in considerazione delle professionalità fungibili, ma il medesimo parametro non può essere



poi invocato nuovamente, in relazione alle singole graduatorie, nello specifico attraverso l'utilizzo di sottocriteri variabili fra una graduatoria e l'altra - come il titolo di studio e la coerenza del profilo professionale con la riorganizzazione *post* ristrutturazione - perché la selezione dei lavoratori da licenziare verrebbe effettuata senza il rispetto dei criteri di oggettività e trasparenza.

E' stato peraltro puntualizzato - da **Sez. L, n. 21705/2018, Garri, Rv. 650258-01** - che in caso di intervento straordinario della cassa integrazione guadagni, la connessione della procedura con quella di mobilità non esime dal rispetto dei criteri di scelta di cui alla l. n. 223 del 1991, né esonera dagli oneri di comunicazione indicati nell'art. 1 comma 7, della stessa legge, essendo diverse le finalità cui assolvono i criteri per individuare i lavoratori da sospendere in CIGS (nella prospettiva del superamento della crisi aziendale, all'esito di un programma mirato di ristrutturazione, riorganizzazione e conversione), ovvero da licenziare, qualora l'attuazione del programma suddetto non ne consenta un integrale reimpiego nell'assenza di misure alternative.

Con riferimento al licenziamento dei dirigenti, **Sez. L, n. 05513/2018, Pagetta, Rv. 647663-01**, ha affermato che la lettura consolidata degli artt. 4, commi 1 e 9, e 24, comma 1, della l. n. 223 del 1991, nel testo antecedente alla l. n. 161 del 2014 (che, a seguito della sentenza della CGUE del 13 febbraio 2014, in causa C-596/12, ha esteso, con disposizione dichiaratamente integrativa e non di interpretazione autentica, l'applicabilità della procedura di mobilità anche ai dirigenti, in adempimento degli obblighi comunitari derivanti dalla direttiva n. 98/59/CE), comporta l'esclusione dei dirigenti dall'ambito di applicazione della disciplina in esame, in virtù del dato testuale costituito dal richiamo operato dall'art. 24, comma 1, alla complessiva procedura di mobilità di cui ai commi da 2 a 12 dell'art. 4 e, quindi, anche al comma 9, il quale stabilisce che l'impresa ha facoltà di collocare in mobilità "gli impiegati, gli operai ed i quadri eccedenti", senza che tale specifico riferimento possa essere inteso come limitato alle sole categorie di lavoratori destinatari, ai sensi del comma 1 dell'art. 4, dell'intervento di integrazione salariale, tra i quali non rientrano i dirigenti.

Con la stessa sentenza (**Sez. L, n. 05513/2018, Pagetta, Rv. 647663-02**) è stato affermato che l'impianto normativo di cui alla l. n. 223 del 1991 - nel testo vigente prima delle modifiche recate dall'art. 16 della l. n. 161 del 2014 - che esclude i dirigenti dalle relative procedure, non è disapplicabile, per contrasto con la Direttiva n. 98/59/CE, atteso che, in accordo con la giurisprudenza della CGUE

che esclude l'efficacia diretta delle direttive prima della loro attuazione nei rapporti cd. orizzontali (sentenza 26 febbraio 1986, in causa C-152/84, *Marshall*), la disciplina dei licenziamenti collettivi è destinata a regolare interessi che attengono esclusivamente a situazioni soggettive private (del datore di lavoro e del lavoratore), né tale caratteristica viene meno in considerazione dell'impatto economico e sociale normalmente connesso all'adozione di dette procedure, per le quali è previsto il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, anch'esse soggetti privati, ovvero del mero obbligo di comunicazione all'autorità pubblica del progetto di licenziamento, insuscettibile di evidenziare l'esistenza di uno specifico e diretto interesse collettivo distinto da quello degli altri soggetti privati coinvolti.

Quanto al regime di decadenza previsto dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010, **Sez. L, n. 31992/2018, Balestrieri**, in corso di massimazione, ha evidenziato che il predetto regime si applica - fin dalla data di entrata in vigore di detta norma - anche ai licenziamenti collettivi, avendo l'art. 1, comma 46, della l. n. 92 del 2012, portata ricognitiva e non innovativa. Tale ricostruzione è imposta sia dalla lettura storico-sistemica dell'art. 5, comma 3, della l. 223 del 1991 che riproduce, pur non citandolo, l'art. 6 della l. n. 604 del 1966, sia dalla lettera dell'art. 32, che prevede l'applicazione del regime di decadenza a tutti i licenziamenti, senza distinguere tra gli individuali ed i collettivi.

In ordine, infine, ai regimi di tutela, **Sez. L, n. 02587/2018, Amendola F., Rv. 647407-01**, ha precisato che la non corrispondenza al modello legale della comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, della l. n. 223 del 1991, costituisce "violazione delle procedure" e dà luogo alla tutela indennitaria (ex art. 18, comma 7, terzo periodo, della l. n. 300 del 1970), quantificabile tra dodici e ventiquattro mensilità, previa dichiarazione di risoluzione del rapporto alla data del licenziamento; viceversa, la violazione dei criteri di scelta, illegittimi per violazione di legge ovvero illegittimamente applicati in difformità dalle previsioni legali o collettive, dà luogo all'annullamento del licenziamento, con condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria in misura non superiore alle dodici mensilità (ex art. 18, comma 4, della legge citata).

Ed è stato precisato - da **Sez. L, n. 19010/2018, Marotta, Rv. 649918-01** - che quando la comunicazione ex art. 4, comma 9, l. n. 223 del 1991, carente sotto il profilo formale delle indicazioni relative alle modalità di applicazione dei criteri di scelta, si sia risolta

nell'accertata illegittima applicazione di tali criteri vi è annullamento del licenziamento, con condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria in misura non superiore alle dodici mensilità ai sensi dell'art. 18, comma 4, st.lav.

Peraltro, **Sez. L, n. 2587/2018, Amendola F., Rv. 647407-02**, ha chiarito che alla reintegra dei lavoratori illegittimamente licenziati per violazione dei criteri di scelta può seguire la decisione dell'impresa di procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro di un numero di dipendenti pari a quello dei lavoratori reintegrati, senza dovere esperire una nuova procedura, ai sensi dell'art. 17 della l. n. 223 del 1991; in tale ipotesi, tuttavia, il lavoratore reintegrato non può essere incluso nel novero dei lavoratori licenziati, mentre in caso di violazione dell'obbligo procedurale lo stesso potrà, comunque, essere destinatario di un licenziamento che lo selezioni sulla base di criteri di scelta in concreto correttamente applicati.

## SEZIONE SECONDA

### IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO

#### CONTRATTUALIZZATO

#### CAPITOLO XXI

### IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO

#### CONTRATTUALIZZATO

(DI STEFANIA BILLI)

SOMMARIO: 1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Brevi premesse. Giurisdizione e lavoro a tempo determinato: rinvio - 2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni e reclutamenti. - 3. Vicende del rapporto di lavoro. - 3.1. Classificazione del personale, categorie, qualifiche e mansioni. - 3.2. Retribuzione e altri trattamenti economici. - 3.3. Infermità, equo indennizzo ed applicazioni della l. n. 104 del 1992. - 4. Passaggio del personale tra amministrazioni. - 5. Diritti sindacali. - 6. Patologie del rapporto di lavoro: responsabilità del lavoratore e procedimento disciplinare. - 7. La cessazione del rapporto di lavoro. - 8. La dirigenza. - 9. Il personale docente.

#### **1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Brevi premesse. Giurisdizione e lavoro a tempo determinato: rinvio.**

In materia di impiego pubblico privatizzato il lavoro della S.C. è stato molto intenso, soprattutto, con riferimento alle vicende del rapporto lavorativo, alla disciplina del procedimento disciplinare ed alle ipotesi di passaggio di personale tra le amministrazioni. Numerose, inoltre, le pronunce in tema di dirigenza e nel settore del personale docente.

Per la disamina delle pronunce riguardanti le questioni di giurisdizione si rinvia al capitolo sul processo del lavoro, § 1.1. e 1.2., mentre si rinvia al capitolo sul lavoro flessibile, § 4.11., per le decisioni in tema di lavoro a termine.

#### **2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni e altri tipi di contratti.**

Con riguardo alla genesi del rapporto di lavoro la S.C. è intervenuta su alcuni profili delle procedure concorsuali soggette alla

cognizione del giudice ordinario, ma anche sulla disciplina del rapporto del personale delle società a partecipazione pubblica.

In particolare, **Sez. L, n. 04436/2018, Tria, Rv. 647455-01**, ha precisato che la domanda proposta dai lavoratori pubblici, al fine di ottenere il completamento di una procedura selettiva, dalla quale sono stati illegittimamente esclusi dopo esservi stati regolarmente ammessi, è di competenza del giudice ordinario, in quanto investe atti negoziali, consistenti nel dare la possibilità ai dipendenti di completare la selezione alle cui prime fasi avevano legittimamente partecipato. In tal caso il giudice ha anche il potere di adottare nei confronti della P.A. qualsiasi tipo di sentenza, ivi compresa quella di condanna ad un *facere*. Sussiste, infatti, in capo ai lavoratori interessati il diritto soggettivo al rispetto da parte della P.A. medesima, non solo del generale obbligo di correttezza e buona fede, ma anche dei criteri predeterminati nel bando per l'ammissione alla selezione, allo svolgimento delle prove, alla selezione dei *promovendi*.

Le procedure concorsuali previste dall'art. 28 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, *ratione temporis* applicabile, secondo **Sez. L, n. 00742/2018, Di Paolantonio, Rv. 646730-01**, costituiscono forme di reclutamento eccezionali e temporanee e sono escluse, quindi, dall'applicazione delle norme generali successive che, a decorrere dal 2002, hanno prorogato i termini di validità ed efficacia delle graduatorie finali.

Un importante limite al divieto di conversione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato previsto dall'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 è stato fissato da **Sez. L, n. 25728/2018, Tria, Rv. 651143-01**; in particolare, esso non opera nel caso in cui l'assunzione a termine sia avvenuta mediante procedure concorsuali pubbliche, intendendosi per tali quelle caratterizzate da un bando iniziale, dalla fissazione dei criteri valutativi, dalla presenza di una commissione incaricata della valutazione dei candidati e dalla formazione di una graduatoria finale (v. anche il capitolo sul lavoro flessibile, § 4.11).

Le assunzioni nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, anche se precedute da un contratto di lavoro a termine per il quale sia stata superata la prova, ad avviso di **Sez. L, n. 21376/2018, Torrice, Rv. 650211-01**, restano assoggettate all'esito positivo di un periodo di prova, in forza di quanto previsto dall'art. 70, comma 13, del d.lgs. n. 165 del 2001 e dall'art. 28 del d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487. L'autonomia contrattuale è abilitata, infatti, esclusivamente alla determinazione della durata del periodo di prova, nei limiti di quanto

previsto dalla contrattazione collettiva *ex art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001.*

Con riferimento alla fase successiva al superamento della procedura concorsuale, **Sez. L, n. 11324/2018, Bellè, Rv. 648199-01**, ha chiarito che, qualora il vincitore di concorso sia stato convocato e non si presenti il giorno stabilito per la stipula del contratto di assunzione e ricorra un giustificato motivo, non è necessaria, in difetto di specifica previsione del bando, una formale istanza dell'interessato finalizzata alla successiva sottoscrizione. Ne consegue che sarà solo necessario procedere o a riconvocazione in forme regolari o all'immediata sottoscrizione del contratto nel primo momento utile possibile, deponendo in tal senso anche l'art. 9 del d.P.R. del 10 gennaio 1957, n. 3.

Con riferimento ai profili risarcitori derivanti dal danno subito dal lavoratore nell'ipotesi di contratto di lavoro nullo per violazione delle disposizioni che regolano le assunzioni alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, di cui sia chiesto il risarcimento ai sensi dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, **Sez. L, n. 06046/2018, Torrice, Rv. 647516-01**, pone a carico del lavoratore un onere di allegazione e prova, specificando che il ristoro non può coincidere con le retribuzioni ed i correlati oneri contributivi e previdenziali, dal momento che tali voci sono comunque dovute, in virtù del principio di corrispettività di cui all'art. 2126 c.c., per le prestazioni eseguite durante lo svolgimento in via di fatto del rapporto di lavoro.

In conformità a quanto sostenuto da Sez. U, n. 05072/2016, Amoroso, Rv. 639066-01, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, è stata ulteriormente chiarita da **Sez. 5, n. 25471/2018, Crucitti, Rv. 650718-01**, la natura risarcitoria degli importi conseguiti dal lavoratore del pubblico impiego privatizzato, ai sensi dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, a causa della mancata conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato illegittimi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Si tratta, infatti, di danno emergente, rispetto alla perdita della *chance* di un'occupazione alternativa migliore, con la conseguenza che non sono assoggettabili a tassazione ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.P.R. del 22 dicembre 1986, n. 917. La pronuncia delle Sezioni Unite è stata, poi, ulteriormente confermata da **Sez. 6 - L, n. 31174/2018, Spena, Rv. 651917-01**, nella parte in cui si ritiene, ai fini della determinazione del danno da precarizzazione, che costituisca idoneo parametro da utilizzarsi quello previsto dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010, in quanto è conforme ai principi di effettività ed equivalenza di

cui alla direttiva n.1999/70/CE, così come interpretati dalla CGUE nella decisione 7 marzo 2018 in causa C-494/2016.

Per le società a partecipazione pubblica, cd. *in house*, secondo **Sez. L, n. 21378/2018, Torrice, Rv. 650213-01**, il reclutamento del personale avviene secondo i criteri stabiliti dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, che impongono l'esperimento di procedure concorsuali o selettive, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. con modif. in l. 6 agosto 2008, n. 133, nel testo risultante dalle modifiche apportate dalla l. 3 agosto 2009, n. 102 di conversione del d.l. 1° luglio 2009, n. 78. Ne consegue che la violazione di tali disposizioni, aventi carattere imperativo, impedisce la conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato.

Con specifico riguardo al reclutamento del personale da parte di società a partecipazione pubblica avente ad oggetto la gestione del servizio pubblico locale, **Sez. L, n. 03621/2018, Di Paolantonio, Rv. 647442-01**, ha chiarito che l'omissione delle procedure concorsuali e selettive delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. in l. n. 133 del 2008, nel testo applicabile *ratione temporis* determina la nullità del contratto di lavoro, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.; tale nullità è ora espressamente prevista dall'art. 19, comma 4, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, di cui va, tuttavia, esclusa la portata innovativa, avendo la citata disposizione reso esplicita una conseguenza già desumibile dai principi in tema di nullità virtuali.

Per le predette società a partecipazione pubblica, **Sez. L, n. 13480/2018, De Felice, Rv. 648740-01**, ha precisato che il reclutamento di personale effettuato nel periodo antecedente all'entrata in vigore dell'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con mod. in l. n. 133 del 2008 è regolato dal regime giuridico proprio dello strumento privatistico adoperato.

Con riguardo, invece alla regolamentazione del rapporto di lavoro, **Sez. L, n. 07222/2018, Cinque, Rv. 647609-01**, ha chiarito che le vicende dei rapporti di lavoro del personale delle società cd. *in house providing* sono disciplinate dalla normativa del lavoro privato e a tale regolamentazione deve aversi riguardo per valutare, sia gli aspetti funzionali ed estintivi, sia quelli genetici degli stessi. La sussistenza di un contratto di appalto cd. *in house* non comporta, infatti, di per sé l'unicità di titolarità dell'organizzazione produttiva comune alla società-organismo di diritto pubblico e società da essa partecipata al cento per cento, in quanto il rapporto tra i due enti resta di assoluta autonomia.

Restando in materia di assunzioni, **Sez. L, n. 07054/2018, Di Paolantonio, Rv. 647607-01**, ha chiarito che l'utilizzo dello scorrimento della graduatoria, nel rispetto dei principi fissati dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, presuppone l'esistenza di posti vacanti disponibili in riferimento alla specifica posizione lavorativa alla quale si riferisce la procedura concorsuale già espletata, nonché ai requisiti attitudinali e professionali che la stessa richiede.

Sotto il profilo processuale, secondo **Sez. L, n. 18807/2018, De Felice, Rv. 649876-01**, ove si contesti la legittimità del procedimento di selezione concorsuale, sussiste litisconsorzio necessario, solo se il soggetto pretermesso domandi l'accertamento giudiziale del suo diritto ad essere inserito nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità, quali promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede. Non è, invece, necessaria l'integrazione del contraddittorio quando l'attore si limiti a domandare il risarcimento del danno, o comunque faccia valere pretese compatibili con i risultati della selezione, dei quali non deve attuarsi la rimozione. Nello stesso senso **Sez. L, n. 28766/2018, Di Paolantonio, Rv. 651690-01**.

Con riguardo ai processi di stabilizzazione **Sez. L, n. 23019/2018, De Felice, Rv. 650390-01**, ha affermato che sono effettuati, in presenza dei requisiti soggettivi previsti, nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto delle disposizioni in tema di dotazioni organiche e di programmazione triennale del fabbisogno; di conseguenza, in assenza dei presupposti, non è configurabile un diritto soggettivo alla stabilizzazione. Va esclusa, pertanto, l'esistenza di qualsivoglia diritto di natura risarcitoria in capo ai potenziali destinatari e non è configurabile neanche un diritto alla proroga dei contratti a termine in scadenza, ammissibile solo nell'ipotesi di concreta possibilità di definire utilmente la procedura finalizzata alla trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

La disposizione di cui all'art. 8 della l. della Regione Sicilia 14 aprile 2006, n. 16, ove prevede che il personale precario in servizio presso le aziende del turismo rientri nei processi di stabilizzazione attivati dalla Regione, non consente che i lavoratori ammessi a tali processi possano vantare diritti al mantenimento della qualifica conseguita durante il precedente rapporto di lavoro a tempo determinato intercorso con le aziende in questione, in quanto il legislatore regionale non ha previsto la successione della Regione nel predetto rapporto, ma solo la conclusione di un nuovo contratto a tempo determinato tra la Regione stessa e il dipendente. (**Sez. L, n. 8134/2018, Miglio, Rv. 647677-01**).



In tema di lavori socialmente utili, per **Sez. L, n. 09599/2018, Torrice, Rv. 648726-01** in caso di attivazione delle procedure per la stabilizzazione va escluso il diritto all'assunzione, in quanto la previsione di una quota di riserva di posti di cui all'art. 12 del d.lgs. 1 dicembre 1997, n. 468, determina solo il diritto dei lavoratori utilizzati ad essere avviati alla selezione e ad essere richiesti dalle amministrazioni pubbliche con chiamata nominativa, nel rispetto dei criteri fissati dall'art. 16 della l. 28 febbraio 1987, n. 56, per la verifica del possesso dei requisiti per l'accesso al pubblico impiego.

Passando alla disamina di altre tipologie di rapporti instaurati con la P.A., **Sez. L, n. 09591/2018, Tricomi, Rv. 648657-01**, ha fissato il principio per cui, la stipulazione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa con una P.A., al di fuori dei presupposti di legge, non può mai determinare la conversione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Il lavoratore, tuttavia, può conseguire una tutela nei limiti dell'art. 2126 c.c., se il contratto di collaborazione abbia la sostanza di rapporto di lavoro subordinato, con conseguente diritto anche alla ricostruzione della posizione contributiva previdenziale.

Nella medesima direzione **Sez. L, n. 10951/2018, Di Paolantonio, Rv. 648195-01**, ha affermato che, ove la P.A. faccia ricorso a successivi contratti formalmente qualificati di collaborazione coordinata e continuativa e il lavoratore ne alleggi l'illegittimità anche sotto il profilo del carattere abusivo della reiterazione del termine, il giudice è tenuto ad accertare se di fatto si sia instaurato un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato e a riconoscere al lavoratore, in assenza dei presupposti richiesti dalla legge per la reiterazione, il risarcimento del danno, alle condizioni e nei limiti necessari a conformare l'ordinamento interno al diritto dell'Unione europea.

**Sez. L, n. 31502/2018, Blasutto**, in corso di massimazione, ha chiarito la natura privatistica del rapporto del medico che svolge attività in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale precisando che riveste i connotati della collaborazione coordinata e continuativa, tipici della parasubordinazione, esulando dall'ambito del pubblico impiego. Ne consegue che al medico sospeso dalla carica in pendenza di un procedimento penale e successivamente assolto, con conseguente revoca della misura cautelare, non è applicabile l'art. 97 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, laddove prevede la corresponsione del trattamento economico non percepito nel periodo di sospensione, stante il carattere eccezionale della disposizione non suscettibile di applicazione estensiva o analogica.

Per altro verso è stato affermato da **Sez. L, n. 04227/2018, De Felice, Rv. 647450-01**, che l'incarico di esperto tributario per le specifiche attività antievasione dell'amministrazione finanziaria, previsto dall'art. 9 della l. 24 aprile 1980, n. 146, istitutiva del servizio consultivo e ispettivo tributario, si configura come un servizio di studio e di consulenza, indipendente dall'eventuale rapporto di impiego a tempo indeterminato; con conseguente inapplicabilità della regola secondo la quale il periodo di durata dell'incarico è computato ai fini della anzianità di servizio.

Sul versante delle sanzioni conseguenti all'impiego di lavoratori non regolarmente denunciati **Sez. L, n. 24107/2018, Leone, Rv. 650553-01**, ha chiarito che l'art. 3, comma 3, della l. 23 aprile 2002, n. 73 del 2002, letto in combinato disposto con l'art. 9 bis del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510 (conv. con modif. in l. 28 novembre 1996, n. 608 del 1996), impone che l'iscrizione del lavoratore nel libro paga e matricola avvenga contestualmente all'atto di assunzione. L'omissione determina automaticamente il presupposto per l'irrogazione della sanzione, senza che possa avere valenza alternativa la risultanza del nominativo del lavoratore nel contratto di lavoro, redatto in forma di scrittura privata, in quanto atto regolativo degli interessi *inter partes*, privo di valenza pubblica.

### **3. Vicende del rapporto di lavoro.**

In tema di ferie, **Sez. L, n. 20091/2018, De Felice, Rv. 650118-01**, ha confermato, in linea con Sez. L, n. 04855/2014, Manna A., Rv. 630379-01, che il mero fatto del mancato godimento delle stesse non dà titolo ad un corrispondente ristoro economico, in quanto occorre la prova da parte dell'interessato che esso è stato cagionato da eccezionali e motivate esigenze di servizio o da cause di forza maggiore.

Sul contenuto e i limiti del dovere di obbedienza **Sez. L, n. 31086/2018, Tria, Rv. 651682-02**, ha chiarito che la facoltà del dipendente di non eseguire un ordine, previa rimostranza a chi lo ha impartito, prevista dall'art. 17 del d.P.R. n. 3 del 1957 e dalla contrattazione collettiva di vari comparti, presuppone che la *palese* illegittimità sia oggettiva. Essa non necessariamente deve consistere in un atto vietato dalla legge penale o costituente illecito amministrativo, potendo anche derivare dalla violazione dei generali principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. L'illegittimità dell'ordine ricevuto può essere, inoltre,

percepita anche soltanto dal destinatario dell'ordine medesimo, ma non per finalità, ragioni e percezioni meramente personali, quanto, invece, esclusivamente nel suo ruolo di collaboratore volto ad assicurare la legalità dell'Amministrazione, che gli deriva dall'art. 54, comma 2, Cost..

La S.C. ha avuto più di un'occasione, poi, di pronunciarsi sul regime delle incompatibilità. In materia, **Sez. L, n. 20880/2018, Di Paolantonio, Rv. 650094- 01**, per i medici dipendenti della Croce Rossa Italiana che operano anche presso gli istituti di prevenzione e pena, ai sensi della l. 9 ottobre 1970, n. 740, ha accertato l'obbligo al rispetto dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, che richiama il regime delle incompatibilità ed il divieto di cumulo di impieghi di cui al d.P.R. n. 3 del 1957.

Quanto, poi, al rapporto di lavoro del personale delle Agenzie fiscali, **Sez. L, n. 11160/2018, Torrice, Rv. 648813-02**, ha ritenuto applicabile la disciplina prevista dal d.P.R. 16 gennaio 2002, n. 18, che ne individua gli specifici compiti, al precipuo scopo di garantirne l'indipendenza e terzietà, prevedendo un regime di incompatibilità più rigoroso rispetto a quello generale degli altri dipendenti pubblici, e costituisce disciplina speciale rispetto al Regolamento di cui al d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, che contiene i codici di comportamento di tutti i dipendenti pubblici.

Nello stesso senso, **Sez. L, n. 03622/2018, Tria, Rv. 646891-01**, secondo cui la disciplina prevista dall'art. 4 del d.P.R. n. 18 del 2002 è di carattere speciale, diretta a tutelare interessi di rango costituzionale, la cui applicazione nei confronti dei suddetti lavoratori è particolarmente severa in quanto dette Agenzie rappresentano lo Stato nell'esercizio di una delle sue funzioni più autoritative, il prelievo fiscale.

### **3.1. Classificazione del personale, categorie, qualifiche e mansioni.**

In generale in tema di classificazione del personale, **Sez. L, n. 02829/2018, Blasutto, Rv. 647401-01** e **Sez. L, n. 28247/2018, Torrice, Rv. 651732-01** hanno affermato che l'omessa istituzione, ad opera della contrattazione collettiva nazionale di comparto, della categoria della vicedirigenza non determina la violazione di un interesse dei dipendenti tutelabile in forma risarcitoria, in quanto l'art. 17 bis del d.lgs. n. 165 del 2001, oggi abrogato, si è limitato ad individuare il livello della contrattazione collettiva facoltizzata ad introdurre tale figura professionale, senza configurare alcuna

posizione tutelata, a livello di interesse legittimo, dei dipendenti predetti.

Sotto il profilo dell'inquadramento **Sez. L, n. 23757/2018, De Gregorio, Rv. 650569-01**, resta sulla traccia segnata da Sez. U, n. 21744/2009, Picone, Rv. 609710-01, laddove ribadisce il principio per cui l'atto di inquadramento in deroga, anche *in melius*, alle disposizioni del contratto collettivo è affetto da nullità per violazione di norma imperativa, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Essendo, infatti, il rapporto regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato, il datore di lavoro pubblico ha solo la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie.

In proposito, **Sez. L, n. 00214/2018, Torrice, Rv. 646158-01**, ha chiarito che la disciplina delle procedure selettive interne finalizzate alla mera progressione economica o professionale all'interno della medesima area o fascia, in quanto rientrante nella materia degli inquadramenti, è affidata alla contrattazione collettiva che può derogare alle disposizioni contenute nel d.P.R. 20 settembre 1994, n. 487 nel rispetto del principio di selettività. Diversamente, la contrattazione integrativa è solo abilitata a disciplinare le materie delegate dai contratti nazionali nei limiti da questi stabiliti.

Per l'accesso a posti superiori vacanti, anche ai fini della selezione interna, **Sez. L, n. 03332/2018, De Felice, Rv. 647410-01**, ha affermato che, analogamente a quanto accade per le procedure concorsuali preordinate all'assunzione di dipendenti, la scelta dell'amministrazione di utilizzare le graduatorie degli idonei per scorrimento non costituisce un diritto soggettivo degli stessi, ma postula sempre l'esercizio prioritario di una discrezionalità della P.A. nel coprire il posto o la posizione disponibile. E' sempre fatta salva, tuttavia, la previsione di un obbligo in tal senso da parte della contrattazione collettiva o del bando.

Con riguardo al blocco delle assunzioni, introdotto già con l'art. 19, comma 1, della l. 28 dicembre 2001, n. 448 ed applicabile anche alle procedure selettive per passaggi di area, **Sez. L, n. 12435/2018, De Felice, Rv. 648954-01**, esclude la configurabilità di una responsabilità extracontrattuale a carico dell'ente per il ritardo nell'espletamento del concorso.

In generale in materia di classificazione professionale dei lavoratori **Sez. L, n. 12334/2018, Blasutto, Rv. 648967-01**, ha finalmente chiaramente affermato che il principio di non

discriminazione di cui all'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001 opera come limite per la P.A., che deve garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale nell'ambito delle previsioni dei contratti collettivi. Tale norma, infatti, non costituisce parametro per giudicare le differenziazioni operate in quella sede dalle parti sociali nella loro autonomia, né per sindacare le scelte operate dalla contrattazione collettiva, restando irrilevante l'eventuale assimilabilità contenutistica delle mansioni svolte.

In tema si segnala anche **Sez. L, n. 31087/2018, Tria, Rv. 651683-01**, secondo cui il vincolo di *invarianza della spesa*, che comporta una ponderazione globale ed aggregata degli effetti positivi e negativi in termini di spesa delle nuove disposizioni che lo prevedano non può mai determinare, nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato, un potenziale *vulnus* al principio di parità di trattamento tra dipendenti che svolgono le stesse funzioni.

Per il personale avventizio dei servizi pubblici di trasporto, **Sez. L, n. 04636/2018, Torrice, Rv. 647474-01**, confermando un principio consolidato, espresso da Sez. L, n. 24735/2008, Balletti, Rv. 604970-01, ha affermato che la delegificazione dei rapporti di lavoro disposta dalla l. 12 luglio 1988, n. 270 si applica anche a detti dipendenti; ne consegue che la disciplina delle relative qualifiche è rimessa alla sola contrattazione collettiva nazionale e non anche a quella aziendale.

Con specifico riferimento al personale della ex VIII qualifica funzionale, comparto Ministeri, **Sez. L, n. 03615/2018, Torrice, Rv. 647440-01**, ha escluso che possa essere riconosciuto il diritto all'inquadramento nella categoria superiore C3 per effetto dell'art. 1, comma 1, del d.l. 29 dicembre 2003, n. 356, conv. con modif. nella l. 27 febbraio 2004, n. 48, in quanto la norma rimanda la definizione della posizione del personale interessato a successivi accordi, da definirsi tra l'ARAN e le OO.SS. maggiormente rappresentative, senza prevedere precise scadenze temporali.

Nel predetto comparto **Sez. L, n. 30685/2018, Blasutto, Rv. 651729-01**, l'attività di assistenza ai collegi giudicanti nelle udienze delle commissioni tributarie e quella collaterale del rilascio di copie delle decisioni, estratti e certificati relativi allo svolgimento delle attività decisionali di dette commissioni, è riconducibile alla declaratoria che connota i lavoratori inquadrati nell'Area II dell'all. A del c.c.n.l. comparto Ministeri del 2007.

In tema di mansioni **Sez. L, n. 18817/2018, De Felice, Rv. 649878-01**, ha chiarito che l'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, assegna rilievo solo al criterio dell'equivalenza formale delle mansioni, con

riferimento alla classificazione prevista in astratto dai contratti collettivi, indipendentemente dalla professionalità in concreto acquisita, senza che il giudice possa sindacare la natura equivalente della mansione, non potendosi avere riguardo alla norma generale di cui all'art. 2103 c.c..

Il citato art. 52 trova, altresì, applicazione nelle ipotesi in cui il lavoratore, assunto con contratto di formazione e lavoro, venga assegnato a mansioni diverse e superiori rispetto a quelle indicate nel contratto. In proposito **Sez. L, n. 00157/2018, Di Paolantonio, Rv. 646514-01**, ha chiarito che, ferma la nullità dell'assegnazione, il lavoratore avrà diritto a percepire il trattamento retributivo fondamentale previsto dal contratto collettivo per la qualifica corrispondente alla prestazione resa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 (nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 3, comma 79, della l. 24 dicembre 2007, n. 244), e 3, comma 5, del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. con modif., in l. 19 dicembre 1984, n. 863.

Sotto il profilo della distribuzione dell'onere probatorio **Sez. L, n. 06039/2018, Tria, Rv. 647504-01**, ha chiarito che, in caso di accertato esercizio di mansioni superiori da parte dei dipendenti del Ministero degli Affari Esteri nello svolgimento di servizi effettuati all'estero, l'indennità di servizio all'estero, di cui all'art. 171 del d.P.R. 5 gennaio 1967, n. 18, in ragione della sua natura non retributiva, può essere corrisposta all'interessato, con riferimento al posto corrispondente alle mansioni di fatto esercitate, solo previa allegazione e prova da parte del dipendente della sussistenza in concreto delle situazioni indicate dai commi 3 e 5 dell'art. 171 citato, avuto riguardo alla sede e al posto-funzione che vengono specificamente in considerazione. La pronuncia ha chiarito che tale indennità è costituita da un compenso di base, oggi indicato nella tabella A allegata al d.lgs. del 27 febbraio 1998, n. 62, e da una parte variabile più cospicua, determinata in ragione delle caratteristiche proprie delle diverse sedi e dei singoli posti-funzione occupati.

Restando sul personale non diplomatico del Ministero degli affari esteri in servizio all'estero, **Sez. L, n. 22081/2018, Di Paolantonio, Rv. 650533-01**, ha chiarito che l'art. 93, comma 4, del d.P.R. n. 18 del 1967, applicabile *ratione temporis*, consente che tali dipendenti, pur promossi ad una qualifica superiore, possano essere temporaneamente mantenuti, in presenza di necessità di servizio, nella sede già occupata e nelle mansioni pregresse. Ne consegue che, a fronte di accertate esigenze di servizio, la P.A. può conservare nel posto originario il dipendente, favorevolmente scrutinato per una

qualifica superiore, ove lo stesso, pur interpellato, non abbia espresso la volontà di essere assegnato ad altra sede per la qualifica conseguita, rispondendo a criteri di corretta amministrazione graduare le nuove assegnazioni tenendo conto delle preferenze dei singoli aspiranti.

Una disciplina particolare, invece, è stata affermata da **Sez. L, n. 08690/2018, De Felice, Rv. 648622-01**, in caso di svolgimento di fatto di mansioni superiori nell'ambito di professioni sanitarie, in carenza del titolo abilitativo specifico e della relativa iscrizione all'albo. In particolare, in tale ipotesi, non sorge il diritto alla corrispondente maggiore retribuzione, ai sensi dell'art. 2126 c.c., poiché l'assenza di titolo non integra, a differenza che per altre professioni a rilevanza pubblicistica, una forma di illegalità derivante dalla carenza di un requisito estrinseco, ma produce la totale illiceità dell'oggetto e della causa dell'obbligazione. L'attività del personale infermieristico risulta, infatti, regolata da specifiche norme di legge attinenti a profili di ordine pubblico, attesa l'incidenza dell'attività sanitaria sulla salute e sicurezza pubblica, nonché sulla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Nel diverso caso di riconoscimento di un livello superiore di professionalità, successivamente revocato, per **Sez. L, n. 21523/2018, Di Paolantonio, Rv. 650218-01**, sono irripetibili le differenze retributive erogate in favore del lavoratore durante il periodo di effettivo servizio prestato nella predetta qualifica, trovando applicazione l'art. 2126 c.c., da reputarsi compatibile con il regime del lavoro pubblico.

Lo svolgimento di fatto mansioni proprie di una posizione organizzativa ha fornito a **Sez. L, n. 08141/2018, Di Paolantonio, Rv. 647618-01**, l'occasione per chiarire che la posizione organizzativa si distingue dal profilo professionale e individua nell'ambito dell'organizzazione dell'ente funzioni strategiche e di alta responsabilità che giustificano il riconoscimento di un'indennità aggiuntiva. In particolare, la sentenza precisa che, qualora il dipendente venga assegnato a svolgere le mansioni proprie di una posizione organizzativa, previamente istituita dall'ente e ne assuma tutte le connesse responsabilità, sussiste il diritto a percepire l'intero trattamento economico corrispondente alle mansioni di fatto espletate, ivi compreso quello di carattere accessorio, che è diretto a commisurare l'entità della retribuzione alla qualità della prestazione resa. Tali importi sono comunque dovuti, a prescindere dalla mancanza o dall'illegittimità del provvedimento di formale di attribuzione.

### 3.2. Retribuzione e altri trattamenti economici.

Come principio generale **Sez. L, n. 15902/2018, Di Paolantonio, Rv. 649391-01**, ha affermato che, l'adozione da parte della P.A. di un atto negoziale di diritto privato di gestione del rapporto, con il quale venga attribuito al lavoratore un determinato trattamento economico, non è sufficiente, di per sé, a costituire una posizione giuridica soggettiva in capo al lavoratore medesimo. In materia di pubblico impiego privatizzato, infatti, la misura economica deve trovare necessario fondamento nella contrattazione collettiva, con la conseguenza che il diritto si stabilizza in capo al dipendente solo qualora l'atto sia conforme alla volontà delle parti collettive.

Nella medesima direzione, ad avviso di **Sez. L, n. 13479/2018, Di Paolantonio, Rv. 648739-01**, il riconoscimento al lavoratore di un trattamento economico maggiore di quello previsto dalla contrattazione collettiva risulta essere affetto da nullità, con la conseguenza che la P.A., anche nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 97 Cost., è tenuta al ripristino della legalità violata mediante la ripetizione delle somme corrisposte senza titolo.

Nella diversa prospettiva delle risorse per i trattamenti economici **Sez. L, n. 28452/2018, Arienzo, Rv. 651700-01**, ha precisato che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 40, comma 3, 40 bis, comma 3, e 48 del d.lgs. n. 165 del 2001, nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 150 del 2009, sono nulle le clausole dei contratti collettivi integrativi riconosciute incompatibili con i vincoli di bilancio in base al controllo annualmente demandato al collegio dei revisori dei conti ovvero, laddove tale organo non sia previsto, dai nuclei di valutazione o dai servizi di controllo interno ai sensi del d.lgs. n.286 del 1999.

Ai fini della progressione economica verticale, secondo **Sez. L, n. 10953/2018, De Felice, Rv. 648197-01**, per effetto dell'art. 4 della l. 26 febbraio 1999, n. 42, norma di portata generale, alla laurea breve vanno equiparati i titoli conseguiti in virtù del precedente ordinamento, quando detti titoli abbiano consentito l'iscrizione agli albi professionali o lo svolgimento dell'attività professionale.

**Sez. L, n. 13482/2018, Di Paolantonio, Rv. 648986-01**, ha effettuato un'importante precisazione distinguendo l'ipotesi del cd. avvalimento dal comando. Il primo caso si verifica quando l'amministrazione, anziché dotarsi di una struttura propria per lo svolgimento della funzione ad essa assegnata, si avvale degli uffici di altro ente, a cui non viene delegata la funzione stessa; in tale ipotesi non si determina alcuna modifica del rapporto di impiego, perché il



personale dell'ente che fornisce la struttura necessaria allo svolgimento del compito resta incardinato in quest'ultimo a tutti gli effetti e non si verifica scissione fra rapporto di impiego e rapporto di servizio. Nel comando, invece, si verifica una dissociazione fra titolarità del rapporto d'ufficio, che resta immutata, ed esercizio dei poteri di gestione. Il cd. rapporto di servizio si modifica, in quanto il dipendente è inserito, sia sotto il profilo organizzativo-funzionale, sia sotto quello gerarchico e disciplinare, nell'amministrazione di destinazione, a favore della quale egli presta esclusivamente la sua opera.

Facendo applicazione dei principi ora esposti **Sez. L, n. 16584/2018, De Felice, Rv. 649480-01**, con riferimento al comando di personale dell'Ente Poste Italiane all'Avvocatura dello Stato, ha ritenuto che la concreta disciplina del rapporto di lavoro compete alla P.A. di destinazione. A norma del d.P.C.M. del 2 ottobre 2001, infatti, essa deve procedere all'inquadramento in base alla qualifica ricoperta dal lavoratore presso l'ente di provenienza.

In riferimento a determinate categorie di dipendenti si segnala per il personale degli enti locali **Sez. L, n. 16946/2018, Torrice, Rv. 649601-01**. La pronuncia chiarisce la portata applicativa dell'art. 51, comma 3 *ter*, della l. 8 giugno 1990, n. 142 per la possibile assegnazione di una indennità di funzione in favore di dipendenti cui è attribuita la responsabilità di uffici e servizi nei comuni privi di personale con qualifica dirigenziale.

Nell'ipotesi di equiparazione stipendiale, riconosciuta per effetto di sentenza passata in giudicato, del personale della ex IX qualifica funzionale (ora C 3) al personale direttivo del soppresso ruolo ad esaurimento, secondo **Sez. L, n. 27676/2018, Blasutto, Rv. 651340-01**, l'equiparazione in questione non può comprendere le componenti del trattamento retributivo che presuppongono il possesso di una pregressa anzianità nella qualifica del ruolo ad esaurimento.

Per i segretari comunali e provinciali, **Sez. L, n. 05284/2018, Miglio, Rv. 647478-01**, ha fornito i criteri per la regola del cd. riallineamento della retribuzione di posizione del segretario a quella stabilita per la funzione dirigenziale più elevata dell'ente, ai sensi dell'art. 41, comma 5, del c.c.n.l. del 16 maggio 2001.

Ulteriori chiarimenti in materia sono stati apportati da **Sez. L, n. 15090/2018, Tria, Rv. 648959-01**.

Per i dipendenti delle unità sanitarie locali **Sez. L, n. 28150/2018, Di Paolantonio, Rv. 651517-01** ha chiarito che i componenti delle commissioni invalidi civili, non hanno diritto a

compensi aggiuntivi, dal momento che l'attività svolta non esula dal rapporto di impiego, la cui disciplina esclude che il datore possa riconoscere emolumenti ulteriori non previsti dalla disciplina contrattuale. Ne consegue che, in virtù della disapplicazione espressamente prevista prima dall'art. 72 del d.lgs. n. 29 del 1993 e poi dall'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, l'efficacia dell'art. 1 della l. della Regione Calabria n. 8 del 1994 è cessata già con la stipula del c.c.n.l. del 7 aprile 1999, dovendosi attribuire alla legge regionale n. 1 del 2009 un valore meramente ricognitivo dell'avvenuta abrogazione.

In tema di personale del servizio consultivo ed ispettivo tributario (SE.CI.T.), **Sez. L, n. 18814/2018, Di Paolantonio, Rv. 649819-01**, ha, invece, chiarito che la speciale indennità di funzione, ex art. 22 del d.P.R. del 26 marzo 2001, n. 107 è commisurata “*al trattamento economico fondamentale previsto dal contratto collettivo nazionale per i dirigenti di prima fascia*”.

Con riferimento all'indennità prevista dall'art. 7 della l. 14 ottobre 1999, n. 362 per i dipendenti del Ministero della Sanità, secondo **Sez. L, n. 12804/2018, Torrice, Rv. 648735-01**, la sua disapplicazione, disposta dall'art. 67, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., in l. n. 133 del 2008, è legittima e rispettosa dei parametri costituzionali ex artt. 3 e 36 Cost., nonché dei principi di non discriminazione di cui agli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza e della direttiva n. 2000/78/CE, in quanto funzionale alla stabilizzazione della finanza pubblica.

Nei giudizi promossi per il pagamento delle differenze retributive maturate dai dipendenti delle aziende confiscate alla criminalità organizzata ai sensi della l. n. 575 del 1965, nel periodo antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 173 del 2003, (29 luglio 2003), sussiste la legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Ad avviso di **Sez. L, n. 15085/2018, Blasutto, Rv. 649353-01**, con il citato d.lgs. è stato disposto il trasferimento delle competenze relative alla gestione ed utilizzazione dei beni mobili, immobili e delle aziende confiscati che restano devoluti allo Stato a seguito della definitività dei provvedimenti ablatori; detto trasferimento è stato operato in favore dell'Agenzia del Demanio ed ha dato luogo ad un fenomeno di successione a titolo particolare in posizioni attive e passive specificamente determinate, regolato dall'art. 111 c.p.c..

Sulla corresponsione dell'indennità chilometrica spettante in caso di missioni effettuate dal personale regionale con mezzo proprio, **Sez. L, n. 31881/2018, De Felice**, in corso di massimazione, ha

chiarito che il limite di spesa previsto dall'art. 6, comma 12, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modif. dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, consentendo alle Regioni di modulare in modo discrezionale le percentuali di riduzione delle singole voci di spesa, non impedisce che tale riduzione possa essere mantenuta, nel rispetto dei criteri generali di correttezza e buona fede, se la sua soppressione si rilevi contraria ai principi di buon andamento di cui all'art. 97 Cost..

**Sez. L, n. 15022/2018, Di Paolantonio, Rv. 648958-01**, ha, poi, fornito il criterio interpretativo sull'applicazione temporale dell'indennità di cui all'art. 37 del d.P.R. del 12 febbraio 1991, n. 171, prevista in favore del personale delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione di cui all'art. 9 della legge 9 maggio 1989, n. 168.

In tema di personale della Regione Friuli Venezia Giulia, **Sez. L, n. 11836/2018, Di Paolantonio, Rv. 648951-01**, ha escluso, infine, la nullità dell'art. 6 del contratto collettivo regionale lavoro per il personale non dirigente del 25 maggio 2006 per contrasto con l'art. 17 della l. regionale Friuli Venezia Giulia n. 20 del 2002.

### **3.3. Infermità, equo indennizzo ed applicazioni della l. n. 104 del 1992.**

**Sez. L, n. 14208/2018, Tricomi, Rv. 648993-01**, ha tracciato i criteri distintivi tra l'accertamento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio, se effettuata ai fini del riconoscimento della pensione privilegiata oppure dell'equo indennizzo. Nella prima ipotesi occorre accertare il nesso eziologico tra evento e infermità ed il relativo grado di quest'ultima; viceversa, per il riconoscimento dell'equo indennizzo la verifica ha ad oggetto il rapporto tra infermità stessa e menomazione. Posto che i due istituti sono regolamentati da norme differenti, fondamenti, oggetto e disciplina difformi, la pronuncia ha concluso che alla sentenza definitiva della Corte dei conti che accerta la causa di servizio ai fini della pensione privilegiata non può attribuirsi valore di giudicato esterno vincolante ai fini del riconoscimento dell'equo indennizzo. Ne deriva che, in caso di liquidazione di quest'ultima prestazione, può essere adottato un provvedimento di segno contrario e contrastante con quello adottato in relazione alla pensione, non essendovi tra i predetti provvedimenti alcuna correlazione diretta, immediata ed automatica.

Con riguardo all'equo indennizzo, **Sez. L, n. 00675/2018, Di Paolantonio, Rv. 646728-01**, ha individuato il momento in cui sorge il diritto alla prestazione che si verifica alla stabilizzazione della malattia lamentata. In particolare, ciò si realizza quando risultano

realizzati gli elementi costitutivi della fattispecie: nesso causale fra attività lavorativa e infermità e fra quest'ultima e la lesione permanente dell'integrità psico-fisica. Ne consegue che la normativa applicabile al procedimento di liquidazione è quella vigente in tale data e non in quella successiva in cui il diritto stesso venga accertato in sede amministrativa.

Con riferimento alla l. 5 febbraio 1992, n. 104, **Sez. L, n. 07981/2018, Torrice, Rv. 648192-02**, ha affermato che l'art. 33, comma 5, non obbliga il lavoratore che assiste una persona con handicap in situazioni di gravità a scegliere la sede che appaia più conveniente per l'assolvimento dei compiti di assistenza, ma gli attribuisce solo il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

**Sez. L, n. 07693/2018, De Felice, Rv. 647666-01**, ha effettuato ulteriori precisazioni sull'applicazione del citato art. 33, comma 5. La pronuncia, in particolare, ne ha ammesso il ricorso anche nell'ipotesi di conferimento di incarico dirigenziale a un soggetto già dipendente dell'amministrazione che, pur non costituendo un trasferimento in senso tecnico, comporti lo spostamento del luogo di lavoro. Occorre, tuttavia, che la scelta della sede preferenziale sia manifestata al momento dell'accettazione dell'incarico e non come reazione alla conoscenza della destinazione, restando irrilevante che il dipendente già godesse dei benefici della legge in questione e che, pertanto, la P.A. fosse a conoscenza della sua condizione personale.

#### **4. Passaggio del personale tra amministrazioni.**

**Sez. L, n. 23618/2018, Arienzo, Rv. 650567-01**, ha chiarito che la disciplina dell'art. 2112 c.c. si applica anche in caso di passaggio di personale da ente pubblico a società di diritto privato, alla quale è stato attribuito l'esercizio di funzioni o servizi in precedenza esercitati direttamente dall'ente, a prescindere dalla preesistenza di un'azienda in senso tecnico, ex art. 2555 c.c., e dalle modalità con le quali il trasferimento d'azienda è stato attuato, essendo influente che il trasferimento sia avvenuto per atto negoziale o a seguito di provvedimento autoritativo.

In materia **Sez. L, n. 16941/2018, De Felice, Rv. 649598-01**, ha ritenuto che l'art. 202, comma 6, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, prevedendo, in caso di passaggio di personale al nuovo gestore del servizio integrato dei rifiuti urbani, l'applicabilità, ai sensi dell'art. 31

del d.lgs. n. 165 del 2001, della disciplina del trasferimento del ramo di azienda di cui all'art. 2112 c.c., configura una fattispecie legale tipica di passaggio di attività, da ente pubblico a gestore privato, per il quale è sancito *ope legis* un travaso diretto e immediato del personale, a prescindere da ogni accertamento sull'assimilabilità della vicenda traslativa ad una cessione di azienda in senso proprio.

Nello stesso senso **Sez. L, n. 00341/2018, Tria, Rv. 646725-01**, ha chiarito anche che il citato art. 202, comma 6, costituisce una norma speciale finalizzata alla riorganizzazione complessiva del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, volta ad assicurare la continuità dei dipendenti in servizio, con conseguente applicabilità della disciplina del trasferimento del ramo d'azienda *ex art.* 2112 c.c..

Occorre precisare che secondo **Sez. L, n. 19437/2018, Blasutto, Rv. 649883-01**, in tema di mobilità va escluso il diritto alla percezione dell'assegno *ad personam* di cui agli artt. 202 del d.P.R. n. 3 del 1957, e 3, comma 57, della l. 24 dicembre 1993, n. 537, trattandosi di previsione riferita esclusivamente ai passaggi presso la stessa o altra amministrazione da parte dei dipendenti statali, ivi compresi i casi di accesso per concorso, non estensibile alle altre categorie di dipendenti pubblici.

Con riguardo, invece a specifiche amministrazioni **Sez. L, n. 17686/2018, Torrice, Rv. 649745-01**, ha chiarito in quali limiti deve essere inteso il mantenimento del trattamento economico in godimento presso l'ente di provenienza nelle ipotesi di passaggio di dipendenti dall'Ente Nazionale Tabacchi, già Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, al Ministero delle finanze.

**Sez. L, n. 20873/2018, Miglio, Rv. 650134-01**, per i casi di passaggio dei segretari comunali e provinciali ad altra amministrazione pubblica, ha affermato che non trova applicazione l'art. 1, comma 49, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, che disciplina la possibilità del reinquadramento e dell'accesso alla dirigenza a seguito del processo di mobilità.

Per il personale dipendente dell'Ipsema transitato all'Inail, **Sez. L, n. 10528/2018, De Felice, Rv. 648345-01**, ha ritenuto legittima una selezione indetta presso quest'ultimo Istituto, riservata a dipendenti in servizio ad una certa data con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con conseguente esclusione del personale transitato. E' rilevante il principio affermato, secondo cui la prosecuzione giuridica del rapporto di lavoro non fa venir meno la diversità fra le due fasi di svolgimento del rapporto medesimo, sempre che il trattamento differenziato non implichi la mortificazione di un diritto già acquisito dal lavoratore.

Con riferimento al trasferimento di personale del settore viabilità, **Sez. L, n. 15017/2018, Blasutto, Rv. 649244-01**, ha affermato la legittimità delle norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Friuli Venezia Giulia, di cui al d.lgs. 1 aprile 2004, n. 111, in quanto la Regione è stata solo delegata a strutturare in concreto il passaggio del personale ANAS da un ente ad un altro, attraverso l'individuazione di un nuovo datore di lavoro e secondo le procedure selettive, predefinite dallo stesso delegante, di cui al d.p.c.m. n. 22 dicembre 2000 n. 448.

Si segnala, poi, **Sez. L, n. 09956/2018, Bellè, Rv. 648949-01**, secondo cui il servizio pre-ruolo prestato dai lavoratori assunti ai sensi dell'art. 26 della l. 1° giugno 1977, n. 285, presso il Ministero del Lavoro, e transitati nei ruoli della Regione Sicilia ai sensi dell'art. 5, comma 7, della l. regionale 23 dicembre 1985, n. 53, è computabile, al ricorrere di determinate condizioni, ai fini del riconoscimento dell'indennità di buonuscita, senza oneri di riscatto a carico del dipendente.

**Sez. L, n. 26476/2018, Tria, Rv. 651235-01** ha affermato per il personale dell'Agensud transitato ad altra amministrazione, che l'art. 14 bis del d.lgs. 3 aprile 1996, n. 96, introdotto dall'art. 9 del d.l. 8 febbraio 1995, n., conv. in l. 7 aprile 1995, n. 104, attribuisce un assegno personale pensionabile, riassorbibile con qualsiasi successivo miglioramento, mentre eventuali indennità spettanti presso l'amministrazione di destinazione sono corrisposte solo nella misura eccedente l'importo del predetto assegno, ad eccezione della indennità integrativa speciale, che, di conseguenza, non può essere inclusa in misura piena nella base retributiva in aggiunta al medesimo assegno.

**Sez. L, n. 31148/2018, De Felice, Rv. 651698-01**, ha da ultimo chiarito che l'indennità mensile di ente, prevista dai c.c.n.l. del comparto enti di ricerca e sperimentazione, in quanto emolumento legato al raggiungimento di specifici risultati o obiettivi, va esclusa dalla base di computo dell'assegno personale non riassorbibile, che va quantificato tenuto conto delle sole voci retributive corrisposte in misura fissa e continuativa presso l'ente di provenienza.

## **5. Diritti sindacali.**

In tema di repressione della condotta antisindacale, ai fini del riconoscimento del carattere *nazionale* dell'associazione sindacale legittimata all'azione ex art. 28 st.lav., per **Sez. L, n. 14402/2018, Blasutto, Rv. 650158-01**, assume rilievo decisivo la capacità di

stipulare con il datore di lavoro contratti collettivi che trovino applicazione su tutto il territorio nazionale in riferimento al settore produttivo di riferimento. Ne consegue che tale legittimazione sussiste anche per quelle organizzazioni sindacali cui l'ARAN abbia riconosciuto la rappresentatività a livello nazionale ai sensi dell'art. 43, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Ai sensi dell'art. 43, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo **Sez. L, n. 13982/2018, Torrice, Rv. 649000-01**, ove manchi uno dei dati, associativo o elettorale, la misurazione della rappresentatività nel comparto o nell'area delle organizzazioni sindacali deve essere effettuata ricorrendo al solo dato esistente, associativo o elettorale, il quale dovrà attestare da solo che la rappresentatività non sia inferiore al cinque per cento nell'ambito del comparto o dell'area. La compiutezza e la specialità della disciplina contenuta nell'art. 43 cit. non consente, ove manchi uno dei dati indicati in tale disposizione, l'applicazione in via di analogia dell'art. 19 st.lav..

**Sez. L, n. 03095/2018, Di Paolantonio, Rv. 647395-02**, ha fornito criteri interpretativi dell'art. 2, comma 2, del contratto collettivo nazionale quadro sulle modalità di utilizzo di distacchi, aspettative e permessi, ed altre prerogative sindacali, per il personale dei comparti delle P.A., stipulato il 7 agosto 1998, in relazione a quanto stabilito dall'art. 10 dello stesso contratto e dagli artt. 5 e 8 dell'accordo collettivo quadro per la costituzione delle rappresentanze sindacali unitarie per il personale dei comparti delle P.A. e per la definizione del relativo regolamento elettorale stipulato in pari data.

In generale, **Sez. L, n. 03095/2018, Di Paolantonio Rv. 647395-01**, ha chiarito che le disposizioni degli artt. 42 e 43 del d.lgs. n. 165 del 2001, sull'esercizio dei diritti e delle prerogative sindacali nei luoghi di lavoro, si pongono in rapporto di specialità rispetto alle corrispondenti norme dettate dalla legge e dai contratti collettivi per il settore privato. La disciplina prevista per il pubblico impiego, infatti, non solo, valorizza un concetto di rappresentatività che tiene conto del dato associativo e della forza elettorale delle singole associazioni, ma anche prevede che alla competizione per l'elezione dell'organismo di rappresentanza unitaria del personale (r.s.u.), basata sul criterio proporzionale puro, siano ammesse anche le organizzazioni sindacali che non abbiano i requisiti per partecipare alla contrattazione collettiva, purché siano dotate di un proprio statuto e abbiano aderito agli accordi e ai contratti collettivi che disciplinano l'elezione e il funzionamento dell'organismo. Da tali

principi consegue l'inapplicabilità a tali rapporti dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993.

## **6. Patologie del rapporto di lavoro: responsabilità del lavoratore e procedimento disciplinare.**

In tema di responsabilità ex art. 2087 c.c. **Sez. L, n. 07097/2018, Tricomi, Rv. 647608-01**, ha chiarito che, ove un dipendente ponga in essere sul luogo di lavoro una condotta lesiva nei confronti di un altro dipendente, il datore di lavoro, rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo e chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2087 c.c. nei confronti del lavoratore oggetto della lesione, ha diritto a rivalersi a titolo contrattuale nei confronti del dipendente, per la percentuale attribuibile alla responsabilità del medesimo. L'affermazione si fonda sul presupposto che il dipendente, nel porre in essere la suddetta condotta lesiva, è venuto meno ai doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, quali sono gli obblighi di diligenza e di fedeltà e ai principi generali di correttezza e di buona fede, letti anche in riferimento al principio di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost., che devono conformare, non solo, lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma anche i rapporti tra i dipendenti pubblici sul luogo di lavoro.

Nel rapporto di pubblico impiego privatizzato, cui si applicano, in ragione del rinvio operato dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, i principi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, **Sez. L, n. 09736/2018, Blasutto, Rv. 648728-02**, ha contribuito a delineare la nozione di insubordinazione; in particolare, essa non è limitata al rifiuto di adempiere alle disposizioni dei superiori, ma comprende qualsiasi altro comportamento atto a pregiudicare l'esecuzione e il corretto svolgimento di dette disposizioni nel quadro dell'organizzazione datoriale. Il lavoratore non può, dunque, fuori dei casi di inadempimento totale del datore di lavoro e in mancanza di un eventuale avallo giudiziario, conseguibile anche in via d'urgenza, rifiutarsi di eseguire la prestazione richiesta.

La trasgressione, da parte del pubblico dipendente, del divieto di svolgere un'attività retribuita alle dipendenze dei privati può comportare sanzioni disciplinari, secondo **Sez. L, n. 06600/2018, Roverso, Rv. 647537-01**, ma non implica l'invalidità del contratto di lavoro privato stipulato in violazione del divieto e non esclude quindi



che tale contratto produca i suoi normali effetti anche sul piano previdenziale e assistenziale.

In materia di procedimento disciplinare, **Sez. L, n. 27387/2018, Blasutto, Rv. 650987-01**, partendo dal principio che l'esercizio dell'azione disciplinare è obbligatorio a tutela del buon andamento della P.A., chiarisce, tuttavia, che il suo mancato esercizio non vale a rendere legittimo il rifiuto di svolgere la prestazione lavorativa opposto da un dipendente. In tale ipotesi, occorrerà valutare la sussistenza di una responsabilità omissiva del dirigente preposto alla attivazione del procedimento disciplinare.

Sulle annose questioni di diritto intertemporale è intervenuta **Sez. L, n. 21193/2018, Blasutto, Rv. 650142-01**, chiarendo che, quando la notizia dell'infrazione sia stata acquisita prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, e l'amministrazione abbia optato per il differimento dell'iniziativa disciplinare all'esito del giudizio penale, la fattispecie resta regolata dalla disciplina previgente, in forza del generale principio per cui i procedimenti sono regolati dalla normativa del tempo in cui gli atti sono stati posti in essere. Ne consegue che non vi è alcun onere di riattivazione del procedimento in conseguenza della definitiva soppressione della regola della pregiudizialità penale ad opera della novella.

Ai fini della decorrenza del termine perentorio previsto per la conclusione del procedimento disciplinare dall'acquisizione della notizia dell'infrazione, ai sensi dell'art. 55 *bis*, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, **Sez. L, n. 21193/2018, Blasutto, Rv. 650142-02**, ha affermato che, in conformità con il principio del giusto procedimento, assume rilievo esclusivamente il momento in cui tale acquisizione sia tale da consentire all'ufficio competente di dare, in modo corretto, l'avvio al procedimento disciplinare, nelle sue tre fasi fondamentali della contestazione dell'addebito, dell'istruttoria e dell'adozione della sanzione. Tale principio va applicato anche nell'ipotesi in cui il procedimento predetto abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti sui quali è in corso un procedimento penale, posta l'autonomia dei due procedimenti.

Sulla stessa linea, ad avviso di **Sez. L, n. 16706/2018, Torrice, Rv. 649360-01**, la contestazione può essere ritenuta tardiva solo quando la P.A. rimanga ingiustificatamente inerte, pur essendo in possesso degli elementi necessari per procedere. Il termine non può, viceversa, decorrere a fronte di una notizia che, per la sua genericità, non consenta la formulazione dell'incolpazione e richieda accertamenti di carattere preliminare volti ad acquisire i dati necessari per circostanziare l'addebito.

E' legittima secondo **Sez. L, n. 16706/2018, Torrice, Rv. 649360-02**, la delega dei poteri disciplinari del direttore generale regionale dell'Agenzia delle entrate in favore del direttore aggiunto prevista in via preventiva dal relativo atto istitutivo dell'Ufficio per i procedimenti disciplinari, trattandosi di scelta organizzativa finalizzata ad evitare intralci o rallentamenti in caso di assenza temporanea del direttore generale. L'art. 55 *bis*, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, nel prevedere che ciascuna P.A. debba individuare l'ufficio competente per le sanzioni più gravi, persegue, infatti, l'obiettivo di garantire che tutte le fasi del procedimento vengano condotte da un soggetto terzo rispetto al lavoratore ed al capo struttura.

Restando in tema di delega, per **Sez. L, n. 14200/2018, Di Paolantonio, Rv. 648991-01**, il titolare dell'ufficio dei procedimenti disciplinari può delegare a dipendenti esterni allo stesso il compimento di atti istruttori, facendone propri i risultati, purché detti atti non abbiano contenuto valutativo o decisorio ed il soggetto delegato offra garanzia di terzietà ed imparzialità.

Il titolare dell'ufficio dei procedimenti disciplinari può delegare, secondo **Sez. L, n. 11160/2018, Torrice, Rv. 648813-01**, il compimento di singoli atti ai dipendenti assegnati all'ufficio stesso, purché ne faccia propri i risultati provvedendo all'esame della istruttoria, alla contestazione dell'addebito ed alla irrogazione della sanzione.

Al fine di verificare la specificità della contestazione, per **Sez. L, n. 23771/2018, Di Paolantonio, Rv. 650571-01**, occorre verificare se la stessa offra le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare i fatti addebitati, valorizzando l'idoneità dell'atto a soddisfare il diritto di difesa dell'incolpato. In quest'ottica, il rinvio *per relationem* a fonti esterne è consentito solo qualora riguardi atti dei quali il dipendente incolpato abbia già conoscenza, restando irrilevante, per superare la genericità della contestazione, che il dipendente stesso abbia esercitato il diritto di accesso agli atti istruttori del procedimento, che gli è garantito dall'art. 5 *bis*, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001.

L'apprezzamento circa la specificità della contestazione ad avviso di **Sez. L, n. 13667/2018, Tricomi, Rv. 648786-01**, deve essere condotto secondo i canoni ermeneutici applicabili agli atti unilaterali ed è riservato al giudice di merito, la cui valutazione è sindacabile in cassazione solo mediante precisa censura, non essendo sufficiente la prospettazione di una lettura alternativa a quella svolta nella decisione impugnata.

**Sez. L, n. 06994/2018, Tricomi, Rv. 647668-01**, ha chiarito che, secondo la disciplina antecedente alle modifiche introdotte dalla l. n. 150 del 2009, ove il lavoratore, in sede di audizione, intenda farsi assistere da un avvocato è necessario il consenso del datore di lavoro, restando irrilevante la pendenza per gli stessi fatti di un processo penale.

Con riferimento al comma 4 dell'art. 55 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, nel testo previgente alle modifiche apportate dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, **Sez. L, n. 22075/2018, Di Paolantonio, Rv. 650556-01**, ha fornito precise indicazioni sui termini procedurali ed ha affermato la loro prevalenza, in quanto di fonte normativa inderogabile, sulla disciplina contrattuale.

**Sez. L, n. 29188/2018, Blasutto, Rv. 651747-01** ha chiarito che il prolungato ed ingiustificato rifiuto, da parte del dipendente pubblico, di effettuare gli accertamenti medici richiesti, seppure tenuto nel corso anziché nella fase di avvio della procedura di verifica dell'idoneità al servizio, ma idoneo a renderne impossibile lo svolgimento, legittima la P.A. a procedere ai sensi dell'art. 55 bis del d.lgs. n. 165 del 2001 alla contestazione disciplinare, che innesta un procedimento autonomo rispetto a quello di verifica della idoneità al servizio, non più possibile a causa della mancata collaborazione del dipendente pubblico.

**Sez. L, n. 04429/2018, Negri della Torre, Rv. 647454-01**, tuttavia, ha affermato che, il procedimento disciplinare iniziato o proseguito dopo che nei confronti del dipendente sia stata pronunciata sentenza penale irrevocabile di condanna, deve concludersi, ai sensi dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. 27 marzo 2001 n. 97, nel termine di centottanta giorni dalla data di inizio o prosecuzione, fatti salvi i termini diversi previsti dalla contrattazione collettiva, da considerarsi perentori per i procedimenti nei quali la notizia dell'infrazione risulti acquisita dagli organi dell'azione disciplinare prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009.

Sulle caratteristiche dell'ufficio per i procedimenti disciplinari è intervenuta **Sez. L, n. 09314/2018, De Felice, Rv. 648655-01**, secondo cui, benché l'art. 55 *bis*, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 abbia rimesso all'autonomia degli ordinamenti di ciascuna amministrazione l'individuazione dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, questo deve avere carattere pluripersonale. Di qui la necessità di valutare caso per caso se sia stato attribuito a detto organo la natura di collegio perfetto per la validità delle deliberazioni.

La regola generale dell'autonomia del procedimento disciplinare da quello penale, introdotta dall'art. 55 *ter* del d.lgs. n. 165

del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, ad avviso di **Sez. L, n. 08410/2018, Blasutto, Rv. 647660-01**, comporta che la sospensione del procedimento disciplinare costituisca un'ipotesi eccezionale, facoltativa. Ciò può avvenire nei casi di illeciti di maggiore gravità, qualora ricorra il requisito della particolare complessità nell'accertamento.

Un importante chiarimento proviene da **Sez. L, n. 29376/2018, Tricomi, Rv. 651706-01** secondo cui, l'art. 55 ter, commi 1, 2, e 4 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel regolare i possibili conflitti tra esito del procedimento penale concluso con sentenza irrevocabile di assoluzione e quello del procedimento disciplinare concluso con l'irrogazione di una sanzione, prevede un procedimento unitario, articolato in due fasi, in cui il previsto rinnovo della contestazione dell'addebito deve essere effettuato pur sempre in ragione dei medesimi fatti storici già oggetto della prima contestazione disciplinare, in relazione ai quali, in tutto o in parte, è intervenuta sentenza irrevocabile di assoluzione. La determinazione di conferma o modifica della sanzione già irrogata ha effetto *ex tunc* come anche l'accertamento in sede giurisdizionale dell'illegittimità non può che operare *ex tunc*.

Per **Sez. L, n. 20708/2018, Di Paolantonio, Rv. 649927-02**, la sospensione facoltativa del dipendente sottoposto a procedimento penale, in quanto misura cautelare e interinale, è correlata alla definizione del procedimento disciplinare e diviene priva di titolo, con conseguente diritto alla *restitutio in integrum*, ove all'esito del procedimento penale, anche se conclusosi con la condanna dell'imputato, il procedimento disciplinare non venga attivato, restando irrilevanti le dimissioni del dipendente nel frattempo eventualmente rassegnate. Nello stesso senso **Sez. L, n. 10137/2018, Di Paolantonio, Rv. 648057-01**, con riferimento all'ipotesi in cui il procedimento penale sfoci nella irrogazione di una sanzione meno afflittiva rispetto alla sospensione patita dal dipendente. La pronuncia precisa che, tuttavia, la *restitutio in integrum* non compete in caso di sospensione obbligatoria conseguente a provvedimento restrittivo della libertà personale.

Restando in tema di sospensione cautelare dal servizio del dipendente, il recupero della differenza tra retribuzione e assegno alimentare è escluso secondo **Sez. L, n. 06598/2018, Lorito, Rv. 647536-01**, quando l'addebito sia stato comunque ritualmente e tempestivamente accertato all'esito del procedimento disciplinare, seppure poi in concreto la relativa sanzione non sia stata eseguita o sia stata revocata.

**Sez. L, n. 20708/2018, Di Paolantonio, Rv. 649927-01**, si è pronunciata sull'art. 30, comma 2, del c.c.n.l. 5 dicembre 1996 per l'area della dirigenza medica e veterinaria, chiarendo che la norma, nel disciplinare gli effetti del procedimento penale sul rapporto di lavoro, consente la sospensione facoltativa del dirigente non sottoposto a misura restrittiva della libertà personale nell'ipotesi di rinvio a giudizio per reati di gravità tale da essere incompatibili con la presenza in servizio. Ne consegue che la sospensione disposta in epoca antecedente al rinvio a giudizio è invalida e non solo temporaneamente inefficace fino al verificarsi di tale circostanza.

Con riferimento alla specifica ipotesi dell'autoferrotranviere sospeso, ai sensi dell'art. 46, comma 6, all. A, del r.d. 8 gennaio 1931, n. 148, per procedimento disciplinare o per arresto dovuto a causa di servizio, in caso di assoluzione per non aver commesso il fatto, per inesistenza del reato o perché il fatto non costituisce reato, per **Sez. L, n. 16027/2018, Arienzo, Rv. 649357-01**, è corrisposto un indennizzo in misura pari alla differenza tra l'assegno alimentare erogato durante la sospensione e lo stipendio maturato nello stesso periodo, mentre non trova applicazione il regime di cui agli artt. 96 e 97 del d.P.R. n. 3 del 1957, avente un differente un ambito soggettivo ed oggettivo.

Sotto il profilo delle sanzioni, ad avviso di **Sez. L, n. 09314/2018, De Felice, Rv. 648655-02**, l'art. 55 *quater*, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 165 del 2001, legittima il recesso dell'amministrazione per falsità *commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro* per sanzionare un comportamento ritenuto *ex ante* di particolare disvalore, senza restringere il campo di applicazione della norma a fattispecie di reato che precludono l'accesso al pubblico impiego. Nella pronuncia è chiarito che, in ogni caso, la giusta causa di licenziamento tipizzata dalla legge non costituisce un'ipotesi di destituzione di diritto, rimanendo affidata al giudice di merito la verifica in concreto dei presupposti per il legittimo esercizio del potere di recesso, con esclusione di ogni automatismo, censurabile di incostituzionalità.

Con riguardo all'art. 67 del c.c.n.l. del comparto agenzie fiscali del 28 maggio 2004, secondo **Sez. L, n. 28445/2018, Torrice, Rv. 651719-01** è ravvisabile la giusta causa di recesso, nell'ipotesi di detenzione di ingente quantità di materiale pedopornografico, in quanto condotta gravemente contraria al dovere del pubblico dipendente di osservare le leggi e le regole morali, anche nella sfera della vita privata, dovendosi considerare, quanto all'elemento soggettivo, che l'elevato numero delle riproduzioni detenute

denotava un atteggiamento antidoveroso della volontà particolarmente pervicace.

**Sez. L, n. 21260/2018, Torrice, Rv. 650207-01**, ha fornito un'interpretazione dell'art. 67, comma 6, lett. d), del c.c.n.l. comparto Ministeri nel senso che è legittima l'irrogazione del licenziamento senza preavviso per la commissione di atti o fatti, dolosi o meno, anche nei confronti di terzi, che siano connotati da una gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro, pur non costituendo, tali atti o fatti, illeciti di rilevanza penale.

Sotto il profilo del contributo da parte della P.A. alle spese per la difesa del proprio dipendente, imputato in un procedimento penale, il requisito richiesto da **Sez. L, n. 20561/2018, Blasutto, Rv. 650116-01**, è l'esistenza di uno specifico interesse, ravvisabile ove l'attività sia imputabile alla P.A. e, dunque, si ponga in diretta connessione con il fine pubblico, nonché la sussistenza di un nesso di strumentalità tra l'adempimento del dovere ed il compimento dell'atto. Il diritto al rimborso costituisce, infatti, la manifestazione di un principio generale di difesa volto, non solo, a tutelare l'interesse personale del dipendente coinvolto nel giudizio, e l'immagine della P.A. per cui lo stesso abbia agito, ma anche, a riferire al titolare dell'interesse sostanziale le conseguenze dell'operato di chi agisce per suo conto. Sostanzialmente nello stesso senso **Sez. L, n. 18256/2018, Miglio, Rv. 649818-01**, ma con riguardo all'art. 28 del c.c.n.l. enti locali del 14 settembre 2000. In altri termini, ma nella medesima direzione **Sez. L, n. 17874/2018, De Felice, Rv. 649747-01**, secondo cui il diritto al rimborso delle stesse, a norma dell'art. 67, comma 1, del d.P.R. 13 maggio 1987, n. 268, presuppone che non vi sia un conflitto d'interessi, e quindi che la condotta addebitata non sia stata il frutto di iniziative autonome, contrarie ai doveri funzionali o in contrasto con la volontà del datore di lavoro, secondo una valutazione *ex ante* che prescinde dall'esito del giudizio penale e dalla formula di eventuale assoluzione.

In generale, secondo **Sez. L, n. 28597/2018, De Felice, Rv. 651742-01**, l'amministrazione è tenuta al rimborso delle spese legali sostenute dal dipendente assolto in esito ad un processo penale solo quando i fatti oggetto dell'imputazione siano connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento degli obblighi istituzionali, non quando il rapporto di lavoro abbia costituito una mera occasione per la commissione dei fatti a lui imputati.

Con particolare riguardo alla previsione di rimborso delle spese legali ai dipendenti regionali sottoposti al giudizio di

responsabilità per atti e comportamenti connessi all'espletamento del servizio e dei compiti di uffici che successivamente siano stati dichiarati esenti da responsabilità, affermata nell'art. 39 della l. regionale Sicilia 29 dicembre 1980, n. 145, **Sez. 6 - 3, n. 20729/2018, Vincenti, Rv. 650486-01**, ha ritenuto che, in forza dell'art. 24 della l. regionale Sicilia 23 dicembre 2000, n. 30, tale previsione è stata estesa a tutti i soggetti, ivi compresi gli amministratori pubblici e cioè, sia ai dipendenti degli enti locali, sia ai pubblici amministratori, tra i quali deve includersi il commissario straordinario di *ex* USL, in quanto titolare di tutti i poteri di organizzazione e gestione dell'ente normalmente attribuiti all'organo ordinario.

In argomento **Sez. L, n. 10952/2018, Di Paolantonio, Rv. 648196-01**, ha chiarito la portata applicativa dell'art. 25 del c.c.n.l. area dirigenza sanitaria e veterinaria dell'8 giugno 2000, ritenuta norma di miglior favore sia rispetto alle previsioni di cui all'art. 41 del d.P.R. n. 270 del 1987 che alla previgente disciplina pattizia.

Sul tema si è pronunciata anche **Sez. L, n. 31324/2018, De Felice**, in corso di massimazione, con riferimento all'art. 28 del c.c.n.l. enti locali 14 settembre 2000, confermando **Sez. L, n. 25976/2017, Di Paolantonio, Rv. 646118-01**. In particolare, si è affermato che il diritto al rimborso, da parte dell'amministrazione pubblica, delle spese sostenute per la difesa postula la nomina di un difensore di comune gradimento, e tale presupposto non può ritenersi integrato quando il dipendente, dopo avere unilateralmente provveduto alla scelta ed alla nomina del legale di fiducia, si sia limitato a comunicare all'ente la nomina già effettuata.

## **7. La cessazione del rapporto di lavoro.**

In tema di recesso durante il periodo in prova **Sez. L, n. 26679/2018, Amendola, Rv. 651202-01**, ha ritenuto che analogamente a quanto previsto nella disciplina privatistica, il lavoratore, dipendente di una pubblica amministrazione, ha l'onere di allegare e provare o che le modalità dell'esperimento non risultassero adeguate ad accertare la sua capacità lavorativa oppure il positivo esperimento della prova o, ancora, la sussistenza di un motivo illecito o estraneo all'esperimento stesso. E', tuttavia, da escludere che l'obbligo di motivazione possa far gravare l'onere della prova sul datore di lavoro e che il potere di valutazione discrezionale dell'amministrazione possa essere oggetto di un sindacato che omologhi la giustificazione del recesso per mancato superamento della prova alla giustificazione del licenziamento per giusta causa o

giustificato motivo. Sostanzialmente nello stesso senso **Sez. L, n. 22396/2018, Di Paolantonio, Rv. 650541-01.**

Sul punto, ma con riferimento all'art. 14 del c.c.n.l. Dirigenza medica e veterinaria dell'8 giugno 2000 **Sez. L, n. 15638/2018, Blasutto, Rv. 649324-01**, ha chiarito che l'obbligo di motivazione è volto ad evitare che il recesso possa essere disposto per ragioni illecite o comunque estranee al rapporto e consentire al giudice l'adeguato controllo. In particolare, la motivazione deve essere contestuale all'atto di recesso e la possibilità di integrazione *per relationem* vale solo con riferimento ad atti e documenti già comunicati al lavoratore destinatario.

Per quanto riguarda il licenziamento, nel regime anteriore alle modifiche apportate all'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 dal d.lgs. n. 75 del 2017, secondo **Sez. L, n. 19520/2018, Di Paolantonio, Rv. 650086-02**, il risarcimento del danno spettante al dipendente illegittimamente licenziato va commisurato alle retribuzioni maturate nel periodo compreso fra la data del licenziamento e quella di estinzione automatica del rapporto, che si verifica al compimento dell'età massima prevista per il collocamento a riposo d'ufficio, salvo che prima di detta data il dipendente abbia rinunciato alla reintegrazione e manifestato la volontà di non riprendere servizio.

**Sez. L, n. 19520/2018, Di Paolantonio, Rv. 650086-01**, ha ritenuto che l'illegittimità del licenziamento di un dirigente comporta l'applicazione della disciplina di cui all'art. 18 st.lav., con conseguenze reintegratorie, a norma dell'art. 51, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. Il risarcimento va commisurato, dunque, non al solo trattamento economico fondamentale, ma anche alla retribuzione di posizione prevista per l'incarico ricoperto al momento dell'illegittimo recesso dal rapporto.

Dal punto di vista sostanziale, ad avviso di **Sez. L, n. 22683/2018, Torrice, Rv. 650558-01**, legittima la sanzione espulsiva del licenziamento la condotta del dipendente, responsabile del procedimento amministrativo, il quale ometta di astenersi dalle attività di ufficio in caso di conflitto di interessi, ovvero ometta di segnalare situazioni di conflitto, anche solo potenziale, venendo in rilievo obblighi finalizzati a garantire la trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa e, ad un tempo, a prevenire fenomeni corruttivi.

Costituisce violazione certamente del minimo etico, secondo **Sez. 6 - L, n. 12994/2018, Di Paola, Rv. 649066-01**, la condotta extralavorativa di consumo di sostanze stupefacenti ad opera di un lavoratore adibito a mansioni di conducente di autobus, definite a



rischio, a prescindere dal mancato riferimento, nell'ambito del r.d. n. 148 del 1931, alla descritta condotta.

Restando nei servizi di trasporto pubblico, **Sez. L, n. 21620/2018, Marotta, Rv. 650223-01**, ha chiarito che, per l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento disposto a seguito di giudizio di inidoneità, non è vincolante per il giudice di merito adito il parere della Commissione medica di cui all'art. 29 del r.d. n. 148 del 1931, all. A), avendo egli il potere-dovere di controllare l'attendibilità degli accertamenti sanitari effettuati dalla predetta Commissione.

Sotto un altro profilo **Sez. L, n. 07586/2018, Torrice, Rv. 647664-01**, ha affermato che, nel caso di impugnativa di licenziamento secondo il rito di cui all'art. 1, comma 48, della l. 28 giugno 2012, n. 92 del 2012, ove sia accertata la nullità del rapporto di impiego pubblico perché costituito, in violazione dell'art. 97 Cost., al di fuori della procedura del pubblico concorso e sia perciò rigettata la domanda diretta a ottenere i provvedimenti restitutori, reali ed economici, previsti dall'art. 18 st. lav., è comunque ammissibile la domanda volta al pagamento della retribuzione dovuta ai sensi dell'art. 2126 c.c. nell'arco temporale compreso tra il provvedimento espulsivo e la sua esecuzione, in quanto fondata sugli identici fatti costitutivi dedotti nel processo e dunque compatibile con le esigenze del rito speciale introdotto dalla l. n. 92 del 2012.

Nella specifica ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro del direttore tecnico scientifico dell'Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente (A.R.P.A), **Sez. L, n. 25089/2018, Tricomi, Rv. 650790-01**, ha ritenuto illegittima l'applicazione della causa di decadenza automatica entro i tre mesi successivi alla nomina di un nuovo direttore generale, contemplata dall'art. 9, comma 6, della l. Regione Friuli Venezia Giulia n. 6 del 1998, in caso di sopravvenuta nomina del Commissario straordinario di cui alla l.r. n. 9 del 2008.

Sul diverso versante dell'esercizio del diritto di opzione per la prosecuzione del servizio di cui all'art. 16 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, **Sez. L, n. 21449/2018, De Felice, Rv. 650217-01**, ha individuato come unica conseguenza la posticipazione del termine dell'età pensionabile. Qualora, dunque, il lavoratore intenda recedere nel corso della prosecuzione volontaria del rapporto di lavoro, ha l'obbligo di darne preavviso *ex* art. 2118 c.c..

Un'importante precisazione proviene da **Sez. L, n. 20555/2018, Tria, Rv. 650115-01**, secondo cui l'istituto della decadenza dal rapporto di impiego, come disciplinato dagli artt. 60 e ss. del d.P.R. n. 3 del 1957, si applica ai dipendenti di cui all'art. 2,

commi 2 e 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, in forza dell'espressa previsione contenuta nell'art. 53, comma 1, dello stesso decreto. Detta norma disciplina, infatti, la materia delle incompatibilità ed è dunque estranea all'ambito delle sanzioni e della responsabilità disciplinare di cui all'art. 55 dello stesso testo normativo.

Con specifico riguardo agli avvocati dipendenti degli enti pubblici, iscritti all'albo speciale annesso a quello professionale **Sez. 1, n. 27308/2018, Sambito, Rv. 651468-01** ha affermato che la cessazione del rapporto di impiego determina il totale venir meno dello *ius postulandi* e l'automatica interruzione del processo, ancorché il giudice e le parti non ne abbiano avuto conoscenza, con la conseguente nullità di tutti gli atti successivamente compiuti e della sentenza eventualmente pronunciata, che può essere dedotta mediante l'impugnazione, in funzione di richiesta di prosecuzione del giudizio, solo dalla parte colpita dall'evento interruttivo, stante l'inapplicabilità dell'art. 85 c.p.c..

## 8. La dirigenza.

Con riferimento ad una controversia relativa al conferimento di un incarico dirigenziale, **Sez. U, n. 33212/2018, Tria**, in corso di massimazione, ha ribadito il principio consolidato (tra le altre Sez. U, n. 04881/2017, Manna A., Rv. 643113-01), secondo cui è precluso al giudice ordinario disapplicare un atto autoritativo presupposto di macro organizzazione, laddove sulla base della prospettazione della domanda il privato non vanta una posizione di diritto soggettivo, ma di semplice interesse legittimo.

**Sez. L, n. 21973/2018, Di Paolantonio, Rv. 650531-01**, ha chiarito che al dipendente vincitore del concorso per dirigente spetta, sino al conferimento del primo incarico, la differenza fra il trattamento economico fisso riconosciuto al dirigente dal contratto collettivo, stipendio tabellare, RIA, maturato economico annuo, assegno *ad personam* o elemento fisso, ove acquisiti, e il trattamento economico effettivamente ricevuto, con esclusione di quello accessorio, retribuzione di posizione, che è, invece, correlato all'effettiva attribuzione delle funzioni dirigenziali e all'assunzione delle connesse responsabilità.

In via generale **Sez. L, n. 04351/2018, De Felice, Rv. 647452-01**, avuto riguardo al personale con qualifica dirigenziale, ha precisato che, ai fini della decorrenza della prescrizione dei crediti rileva il regime di stabilità proprio del rapporto fondamentale

d'impiego e non la disciplina del contratto a tempo determinato applicabile all'incarico dirigenziale.

**Sez. L, n. 32877/2018, Di Paolantonio**, in corso di massimazione, ha chiarito che nel corso del periodo di prova *ex c.c.n.l.* dell'8 giugno 2000 per la dirigenza non medica del servizio sanitario nazionale non è necessaria l'assegnazione di un incarico con la conseguente fissazione degli obiettivi, i quali seguiranno all'esito dell'esperimento, finalizzato a verificare l'idoneità dell'assunto ad assumere funzioni dirigenziali.

Con specifico riguardo al lavoro negli enti locali **Sez. L, n. 31091/2018, Torrice, Rv. 651684-01** ha affermato che l'atto di risoluzione del rapporto per mancato superamento del periodo di prova adottato dalla Giunta municipale nei confronti del dirigente è affetto da inefficacia, poiché detto organo, in quanto titolare di poteri di indirizzo e controllo politico amministrativo, è estraneo all'apparato burocratico del Comune e, pertanto, è del tutto privo dei poteri di gestione dei rapporti di lavoro. Tale inefficacia, in applicazione dei principi generali in tema di pubblico impiego, non comporta la conversione del rapporto in prova in uno a tempo indeterminato.

Ai fini del computo della durata di un incarico dirigenziale, rileva la data di effettivo inizio del rapporto di lavoro. Ne consegue, secondo, **Sez. L, n. 17369/2018, Boghetich, Rv. 649741-01**, che è da quest'ultima che decorre il termine minimo di tre mesi, di cui all'art. 35 del d.P.R. 4 ottobre n. 902, per l'adozione della delibera di mancato rinnovo del contratto.

Sotto il profilo dell'esecuzione del contratto è intervenuta **Sez. L, n. 02603/2018, Tria, Rv. 647373-01**, precisando che se, illegittimamente, una P.A. dà esecuzione al contratto individuale di lavoro di un dirigente prima della registrazione del decreto di conferimento dell'incarico stesso da parte della Corte dei conti, si assume ogni responsabilità inerente e conseguente alla eventuale mancata registrazione e, qualora decida di procedere alla brusca revoca dell'incarico, anziché controdedurre ai rilievi formulati dalla Corte dei conti, in sede di controllo preventivo, deve farlo mettendo l'interessato in condizione di intervenire nel relativo procedimento decisionale e di conoscere adeguatamente le ragioni poste a base della scelta operata.

Con riguardo all'espletamento di fatto di mansioni dirigenziali **Sez. L, n. 00752/2018, Di Paolantonio, Rv. 646269-01**, ha precisato che, in assenza di un atto formale di preposizione all'ufficio momentaneamente sprovvisto di titolare, affinché si possa

configurare il diritto al corrispondente trattamento economico, è necessario che le mansioni siano state svolte con le caratteristiche richieste dalla legge, ovvero con l'attribuzione in modo prevalente sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di tali mansioni.

Necessario presupposto, ai fini del riconoscimento del corrispondente trattamento economico, è, secondo **Sez. L, n. 350/2018, Tricomi, Rv. 646564-01**, l'esistenza del corrispondente posto nella pianta organica dell'ufficio. Nello stesso senso **Sez. L, n. 28451/2018, Blasutto, Rv. 651699-01**.

In tema **Sez., n. 16698/2018, Tria, Rv. 649487-01**, in conformità a quanto deciso da Sez. L, n. 9878/2017, Torrice, Rv. 643761-01, ha confermato che la reggenza di un ufficio dirigenziale è contraddistinta dalla straordinarietà e temporaneità; pertanto, ove tale situazione si protragga senza che, nei limiti temporali ordinari, sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante, al dipendente che svolge mansioni dirigenziali va riconosciuta la corresponsione dell'intero trattamento economico previsto, nel quale sono da includere la retribuzione di posizione e quella di risultato.

In linea con tale orientamento, ma con specifico riguardo alle aziende sanitarie **Sez. L, n. 30811/2018, Di Paolantonio, Rv. 651752-01**, ha affermato che l'assegnazione di fatto del funzionario non dirigente ad una posizione dirigenziale, prevista dall'atto aziendale e dal provvedimento di graduazione delle funzioni, costituisce espletamento di mansioni superiori, rilevante ai fini e per gli effetti previsti dall'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, la cui applicazione non è impedita dal mancato espletamento della procedura concorsuale, dall'assenza di un atto formale e dalla mancanza della previa fissazione degli obiettivi, che assume rilievo, eventualmente, per escludere il diritto a percepire anche la retribuzione di risultato.

Nello stesso senso **Sez. L, n. 04622/2018, Tricomi, Rv. 647472-01**, che, tuttavia, precisa che la retribuzione di risultato nella sua parte fissa può essere in concreto erogata solo all'esito della positiva verifica dei risultati di gestione, come imposto dagli artt. 44, comma 3, del c.c.n.l. 5 aprile 2001 e 57, comma 3, del c.c.n.l. 21 aprile 2006.

Un importante chiarimento proviene da **Sez. L, n. 3094/2018, Tricomi, Rv. 647408-01**, secondo cui il dirigente ministeriale, cui sia stato conferito un incarico aggiuntivo di reggenza presso un altro ufficio pubblico, non ha diritto ad una maggiore remunerazione.

L'affermazione si fonda sul principio di onnicomprensività della retribuzione dirigenziale, in ragione del quale il trattamento economico dei dirigenti remunera tutte le funzioni e i compiti loro attribuiti secondo il contratto individuale o collettivo, nonché qualsiasi incarico conferito dall'amministrazione di appartenenza o su designazione della stessa. Ne consegue che in caso di conferimento illegittimo di tale incarico, infatti, non può trovare applicazione l'art. 2126 c.c., riferibile alle ipotesi in cui la prestazione lavorativa sia eseguita in assenza di titolo per la nullità del rapporto di lavoro.

Più in particolare, **Sez. L, n. 29408/2018, Blasutto, Rv. 651721-01** ha precisato che il servizio prestato da un dipendente di un ente locale a seguito di nomina a direttore generale dell'Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale del Molise, il cui trattamento economico e normativo è equiparato a quello dei direttori generali delle aziende sanitarie della regione, ai sensi dell'art. 9 della l. regionale del Molise n. 38 del 1999, è utile ai fini del trattamento di quiescenza e previdenza, ai sensi dell'art. 3 bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come aggiunto dall'art. 3 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, e per esso le amministrazioni di appartenenza effettuano il versamento dei contributi previdenziali commisurati al trattamento economico corrisposto per l'incarico conferito. La pronuncia ha individuato i riflessi di tale principio sull'indennità premio di fine servizio, provvedendo a fornire criteri sulla sua quantificazione.

**Sez. L, n. 25844/2018, De Felice, Rv. 650988-01**, ha escluso, poi, che possa essere corrisposto trattamento economico differenziale per lo svolgimento di mansioni superiori di cui all'art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 al funzionario inquadrato nella posizione economica C 3 *super*, che abbia esercitato le funzioni di dirigente amministrativo di un ufficio giudiziario.

In tema, ma con specifico riguardo alle case circondariali di livello dirigenziale non generale, per **Sez. L, n. 27388/2018, Blasutto, Rv. 650991-01**, lo svolgimento in fatto di funzioni direttive deriva dalla preposizione alla direzione di un istituto penitenziario che sia stato riconosciuto come tale da un apposito d.m. di classificazione che riveste carattere costitutivo. Dalla data di adozione di tale decreto, dunque, deve decorrere il diritto al superiore trattamento retributivo.

Sulla dirigenza penitenziaria **Sez. L, n. 31166/2018, De Felice**, in corso di massimazione, si è pronunciata sulla norma transitoria di cui all'art. 4, comma 1, della l. 31 luglio 2005, n. 154, precisando che il requisito formale in esso previsto dell'accesso per concorso pubblico all'area C, profilo professionale C3, previsto per

la nomina a dirigente non può essere equiparato l'aver acquisito la detta qualifica di inquadramento mediante procedura selettiva interna di riqualificazione, cd. corso-concorso. In proposito la pronuncia ribadisce che il modello concorsuale, basato sul metodo comparativo costituisce un vincolo per le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 97 Cost., a meno che la legge non ne preveda espressamente la deroga.

Sul diverso versante delle mansioni, **Sez. L, n. 04986/2018, Di Paolantonio, Rv. 647498-01**, ha chiarito che i dirigenti medici non hanno il diritto soggettivo a svolgere interventi equivalenti per qualità e quantità a quelli affidati ad altri dirigenti della medesima struttura, né a quelli svolti nel passato. In ogni caso, nella distribuzione del lavoro e nell'assegnazione degli incarichi, il datore di lavoro è tenuto a non mortificare la personalità del dirigente con l'attribuzione di funzioni che esolino del tutto dal bagaglio di conoscenze specialistiche posseduto, fermo il rispetto delle esigenze superiori di tutela della salute dei cittadini.

Secondo **Sez. L, n. 08674/2018, Tricomi, Rv. 648631-01**, la cessazione di un incarico di funzione, e la successiva attribuzione di un incarico di studio ai sensi dell'art. 19, comma 10, del d.lgs. n. 165 del 2001, non determina un demansionamento, in quanto la qualifica dirigenziale esprime esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente, senza che sia configurabile un diritto soggettivo a mantenere o a conservare un determinato incarico.

Più nello specifico, la sostituzione nell'incarico di dirigente medico del S.S.N., ai sensi dell'art. 18 del c.c.n.l. dirigenza medica e veterinaria dell'8 giugno 2000, ad avviso di **Sez. L, n. 21565/2018, Di Paolantonio, Rv. 650221-01**, non si configura come svolgimento di mansioni superiori poiché avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria. Non trova applicazione, dunque, l'art. 2103 c.c. e al sostituto non spetta il trattamento accessorio del sostituito, ma solo la prevista indennità cd. sostitutiva. Irrilevante, poi, in tal senso è la prosecuzione dell'incarico oltre il termine di sei mesi, o di dodici, se prorogato, per l'espletamento della procedura per la copertura del posto vacante, dovendosi considerare adeguatamente remunerativa l'indennità sostitutiva.

Nel settore dei lavori pubblici **Sez. L, n. 18274/2018, Blasutto, Rv. 649984-01**, ha chiarito che il conferimento della funzione di responsabile unico del procedimento richiede, ai sensi dell'art. 7 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, un formale atto di nomina, in assenza del quale il compenso previsto dall'art. 18 della stessa legge non spetta al dirigente dell'ufficio tecnico di un ente pubblico locale

per il solo fatto che l'art. 5 della l. n. 241 del 1990 consideri responsabile del procedimento il funzionario preposto a ciascuna unità organizzativa.

Sotto il profilo del trattamento economico con particolare riferimento ai dirigenti della Regione Calabria, per **Sez. 6 - L, n. 10307/2018, Esposito, Rv. 648206-01**, nella retribuzione mensile lorda utile ai fini del calcolo dell'indennità incentivante all'esodo *ex* art. 7, comma 6, della l. regionale Calabria n. 8 del 2005, va inclusa anche la tredicesima mensilità, indipendentemente dalla relativa previsione nel contratto intercorso tra le parti, in ragione della sua natura retributiva ed in quanto dotata dei requisiti di fissità, continua attività, costanza e generalità.

Per quanto riguarda la determinazione dell'ammontare del fondo finalizzato a finanziare la retribuzione di posizione e di risultato, di cui all'art. 58 del c.c.n.l. del personale dirigente del comparto Ministeri del 21 aprile 2006, deve tenersi conto delle sole posizioni dirigenziali effettivamente coperte e non di tutte quelle contemplate nell'organico dell'ente, come affermato da **Sez. L, n. 20618/2018, Di Paolantonio, Rv. 650159-01**.

Sotto il profilo processuale, **Sez. L, n. 15521/2018, Di Paolantonio, Rv. 64932-01**, ha chiarito che l'azione volta alla rideterminazione del fondo per la retribuzione di risultato di cui all'art. 61 del c.c.n.l. del 1996 per i dirigenti non medici del comparto Sanità deve essere proposta nei confronti di tutti i dirigenti professionali, tecnici, amministrativi e, dunque, ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario, in quanto la variazione in aumento chiesta da alcuni determina di necessità la riduzione del *quantum* spettante ad altri, posto che l'ammontare complessivo del fondo rappresenta il limite massimo non superabile dall'azienda sanitaria.

**Sez. L, n. 19639/2018, Blasutto, Rv. 649987-01**, ha chiarito in quali termini va interpretato l'art. 13, comma 4, del c.c.n.l. dirigenti Area 1, nella parte in cui fa riferimento ad un incarico equivalente. La norma va intesa nel senso che deve essere assicurata, non già l'equivalenza di mansioni, bensì solo quella economica, costituendo la percentuale massima di riduzione della retribuzione di posizione il limite di salvaguardia del trattamento economico equivalente.

Spetta ai componenti della Commissione tecnico-scientifica per la valutazione dei progetti di protezione e risanamento ambientale, di cui all'art. 14 della l. 28 febbraio 1986, n. 41, secondo **Sez. L, n. 22189/2018, Blasutto, Rv. 650536-01**, la speciale indennità di funzione, prevista dall'art. 12 della l. 24 aprile 1980, n.

146, in aggiunta al trattamento economico commisurato a quello del dirigente di prima fascia.

Sono stati meglio precisati, infine, da **Sez. L, n. 29168/2018, Di Paolantonio, Rv. 651743-01**, i limiti di applicazione della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 161, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, conv. con modif. in l. 24 novembre 2006, n. 286, applicativo del sistema del cd. *spoil system*. In particolare, il diritto del dirigente dichiarato decaduto alla reintegrazione nell'incarico per il tempo residuo, trova il limite della *situazione esaurita* al momento della pronuncia della Corte cost., per tale intendendo eventuali sentenze passate in giudicato ovvero altri fatti ed atti, parimenti rilevanti sul piano sostanziale o processuale, che producono il medesimo effetto giuridico. A tal fine, tuttavia, non è sufficiente lo spirare del termine originariamente apposto al contratto nei casi in cui il dirigente dichiarato decaduto, prima della scadenza di detto termine e della dichiarazione di incostituzionalità, abbia tempestivamente reagito alla rimozione ed abbia agito in giudizio per contestare la legittimità dell'atto adottato.

## 9. Il personale docente.

In tema di reclutamento del personale scolastico, secondo **Sez. L, n. 10948/2018, Tria, Rv. 648628-01**, la determinazione dei contingenti da destinare alle nomine in ruolo dei docenti e la definizione delle quote riservate ai docenti disabili, per ogni anno scolastico e per ciascun ambito territoriale, è di competenza esclusiva dell'amministrazione centrale, mentre le articolazioni territoriali devono limitarsi a procedere tempestivamente alle assunzioni, nel rigoroso rispetto dei contingenti e delle quote. L'amministrazione periferica, provinciale o regionale, pertanto, non ha competenza per modificare o annullare la procedura di reclutamento, sia pure con esclusivo riferimento all'ambito territoriale di rispettiva competenza.

Per il docente, dichiarato inidoneo alla propria funzione per motivi di salute e collocato d'ufficio in malattia, **Sez. L, n. 01648/2018, Di Paolantonio, Rv. 647206-01**, ha escluso che possa essere sottoposto agli accertamenti previsti dall'art. 35 della l. 27 dicembre 2002, n. 289, che presuppongono la dichiarazione della commissione medica presso l'ASL di inidoneità, per motivi di salute, all'insegnamento e di idoneità ad altri compiti e la richiesta del lavoratore di essere collocato fuori ruolo o di essere utilizzato in compiti diversi dall'insegnamento.



E' intervenuta, poi, **Sez. L, n. 26016/2018, De Felice, Rv. 651046-01**, sul tema della compatibilità tra la professione di avvocato e l'impiego pubblico chiarendo che, per effetto della mancata disapplicazione del comma 58 bis dell'art. 1 del d.lgs. 23 dicembre 1996, n. 662, introdotto dal d.l. 28 marzo 1997, n. 79, conv. con modif. in l. 28 maggio 1997, n.140 del 1997, da parte dell'art. 1, comma 1, della l. 25 novembre 2003, n. 339, all'amministrazione scolastica compete la valutazione in concreto della legittimità dell'assunzione del patrocinio legale da parte dell'insegnante che ivi presta servizio, nonché l'individuazione delle attività che, in ragione dell'interferenza con i compiti istituzionali, non sono consentite ai dipendenti, con particolare riferimento all'assunzione della difesa in controversie di cui è parte la stessa amministrazione scolastica.

Sotto il profilo del trattamento economico **Sez. L, n. 20015/2018, Di Paolantonio, Rv. 650043-01**, ha fornito l'interpretazione dell'art. 7, comma 1, del c.c.n.l. per il personale del comparto scuola del 15 marzo 2001, che attribuisce la retribuzione professionale docenti a tutto il personale docente ed educativo, per la quale nella previsione vanno ricompresi anche tutti gli assunti a tempo determinato, a prescindere dalle diverse tipologie di incarico previste dalla l. 3 maggio 1999, n. 124 del 1999. In particolare, il successivo richiamo contenuto nel comma 3 alle modalità stabilite dall'art. 25 del c.c.n.i. del 31 agosto 1999 deve intendersi limitato ai soli criteri di quantificazione e di corresponsione del trattamento accessorio e non si estende all'individuazione delle categorie di personale richiamate dal predetto contratto collettivo integrativo.

**Sez. L, n. 29637/2018, Blasutto, Rv. 651728-01** ha chiarito, poi, sulla base del principio dell'inderogabilità di quanto oggetto di contrattazione collettiva, che i docenti degli istituti di alta formazione, di specializzazione e di ricerca nel settore artistico e musicale (AFAM) hanno diritto al trattamento economico previsto dal c.c.n.l. del comparto di appartenenza, non potendosi applicare il c.c.n.l. del comparto scuola, né operare confronti tra le due regolamentazioni, in quanto non è consentito al datore di lavoro pubblico attribuire trattamenti diversi da quelli contrattualmente stabiliti.

In tema, ai fini della determinazione della cd. indennità di presidenza, prevista dall'art. 69 del c.c.n.l. del 4 agosto 1995 in favore dei docenti incaricati dell'ufficio di presidenza o di direzione, **Sez. L, n. 17687/2018, Blasutto, Rv. 649746-01**, ha indicato i criteri per la base di computo del differenziale.

**Sez. L, n. 10145/2018, Di Paolantonio, Rv. 648733-01**, ha chiarito, poi, i criteri per la determinazione dell'assegno *ad personam*

nel caso di passaggio diretto dal Ministero dell'Istruzione al Ministero degli Affari Esteri, avvenuto nella vigenza della predetta formulazione del citato art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, nella sua formulazione originaria, modificata dall'art. 16 della l. 28 novembre 2005, n. 246.

Per il periodo antecedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, **Sez. L, n. 31086/2018, Tria, Rv. 651682-01**, con riguardo ai procedimenti disciplinari dei docenti della scuola pubblica ha chiarito che si applicano gli artt. da 100 a 123 del d.P.R. n. 3 del 1957, come confermato dall'assenza di disposizioni direttamente rinvenibili sia nel d.lgs. n. 165 del 2001, quale fonte generale, sia nella contrattazione collettiva di settore del periodo 1994-1997. La conseguenza è che non sussiste il diritto dell'incolpato ad essere sentito oralmente a propria difesa in caso di irrogazione di sanzioni più gravi del rimprovero orale.

In tema di sanzioni disciplinari nei confronti del personale docente, **Sez. L, n. 00095/2018, Di Paolantonio, Rv. 646571-01**, ha chiarito l'ambito di applicazione dell'art. 503, comma 5 *bis*, del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, nel testo vigente *ratione temporis*, per l'individuazione del termine per la conclusione del procedimento disciplinare.



## SEZIONE TERZA

### IL DIRITTO DELLA PREVIDENZA SOCIALE

#### CAPITOLO XXII

#### LA PREVIDENZA SOCIALE

(DI ANNACHIARA MASSAFRA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'obbligazione contributiva. - 2.1. Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati. - 2.2. La retribuzione imponibile. - 2.2.1. Inclusioni ed esclusioni. - 2.3. Il minimale contributivo. - 3. I benefici contributivi: l'esposizione all'amianto - 4. Gli sgravi contributivi. - 4.1. Gli aventi diritto - 4.2. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione. - 4.3. L'onere della prova - 4.4. La disciplina di dettaglio - 5. Le esenzioni dal pagamento dei contributi. - 6. Le agevolazioni contributive. - 7. Accertamento e riscossione. - 7.1. Le condotte sanzionabili. - 7.2. Le sanzioni civili. - 8. La prescrizione dei crediti contributivi.

#### 1. Premessa.

Il 2018 è stato caratterizzato da una copiosa produzione giurisprudenziale in tema di previdenza sociale: in breve tempo si sono susseguite numerose decisioni che hanno affrontato i diversi aspetti della materia, talvolta confermando i precedenti orientamenti, talvolta ponendo in luce nuovi profili.

#### 2. L'obbligazione contributiva.

In linea generale **Sez. L, n. 24109/2018, Rivero, Rv. 650554-01**, ha ribadito che l'obbligazione contributiva a carico del datore di lavoro ha il suo presupposto nella sussistenza dell'obbligo retributivo. Ne consegue che la contribuzione, non solo deve essere commisurata alla retribuzione che al lavoratore spetta sulla base della contrattazione collettiva vigente (cd. "minimale contributivo"), a prescindere dall'importo, eventualmente inferiore, di fatto corrisposto, ma è dovuta anche nei casi di mancata esecuzione della prestazione lavorativa, quando dipesa da illegittima interruzione od unilaterale sospensione del rapporto da parte del datore, in tal caso quale effetto risarcitorio dell'inadempimento di costui; ciò comporta che in forza della natura sinallagmatica del rapporto di lavoro, che postula la corrispettività delle prestazioni, non è dovuta

contribuzione nei casi di assenza del lavoratore o di sospensione concordata della prestazione stessa.

Tale principio è stato applicato dalla S.C., in fattispecie nella quale è stato respinto il ricorso proposto avverso l'accertamento ispettivo di omissioni contributive operato dall'INPS, non essendo provato che la sospensione della prestazione lavorativa, motivata dalla contrazione delle commesse, avvenisse nella misura dedotta dal datore di lavoro e con l'accettazione delle lavoratrici.

Nell'ambito della determinazione degli elementi che costituiscono il rapporto previdenziale, **Sez. L, n. 18159/2018, Mancino, Rv. 649814-01** ha affermato che dalla natura unitaria del rapporto previdenziale discende l'utilizzo di un criterio unico per l'accertamento della natura dell'attività espletata dall'impresa, da individuarsi in quello generale di cui all'art. 2195 c.c..

Pertanto, una volta accertata la natura di industria erogante servizi di un'impresa, in una controversia in tema di sgravi, all'unitarietà del criterio consegue che l'accertamento effettuato, fa stato in quella successiva di fiscalizzazione degli oneri sociali, avendo i due giudizi ad oggetto lo stesso rapporto giuridico e quale punto di diritto fondamentale comune la natura dell'attività esercitata dall'azienda. Il principio testé citato è stato affermato relativamente ad un giudizio sulla fiscalizzazione degli oneri sociali, nel quale il giudice di merito aveva qualificato l'attività esercitata dall'azienda come manifatturiera, anziché di servizi, disattendendo gli esiti della causa preesistente avente ad oggetto gli sgravi.

**Sez. L, n. 02130/2018, Cavallaro, Rv. 646399-01**, ha poi precisato che l'accertamento concernente una qualità soggettiva della parte obbligata, pur costituendo elemento costitutivo dell'obbligazione a carattere tendenzialmente permanente e comune a vari periodi del rapporto obbligatorio, non può assumere valore di giudicato rispetto ai periodi contributivi cronologicamente anteriori a quello oggetto di accertamento, ma esclusivamente rispetto a quelli successivi, in riferimento ai quali può ritenersi, salva prova contraria, la persistenza della medesima qualità.

## **2.1 Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati.**

In tema di classificazione dei datori di lavoro a fini previdenziali, **Sez. L, n. 03460/2018, Calafiore, Rv. 647411-01**, ha 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, con esclusione dei 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. In applicazione del principio, la S.C. ha rigettato il ricorso di una società che, inizialmente inquadrata nel settore industriale, aveva poi ottenuto la variazione e la collocazione nel settore agricoltura e pretendeva la restituzione delle somme versate in eccedenza fino a tale data, sul presupposto della retroattività del provvedimento di variazione.

Il principio di cui innanzi era stato peraltro già applicato da Sez. L, n. 4521/2006, Di Cerbo, Rv. 588044-01, mentre Sez. L, Tria, n. 8558/2014, Rv. 630248-01, aveva diversamente affermato che la previsione di cui all'art. 3, comma 8, della l. n. 335 del 1995, 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 omesso 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, conv. dalla l. 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.

Merita di essere segnalata anche **Sez. L, n. 06601/2018, Calafiore, Rv. 647538-01**, che ha affermato come in caso di impresa estera, sussista l'obbligo di contribuzione assicurativa per i lavoratori stranieri temporaneamente operanti in Italia, ai sensi dell'art. 27, comma 1, lett. i), del d.lgs. 27 luglio 1998 n. 286, in quanto detta norma ha l'esclusiva finalità di disciplinare l'ingresso di particolari tipi di lavoratori in territorio italiano senza incidere, neanche indirettamente, sul principio di territorialità dell'obbligo contributivo.

Sullo stesso tema Sez. L, n. 16244/2012, Berrino, Rv. 624121-01, aveva già affermato che, fatta salva l'ipotesi in cui un accordo tra uno Stato membro della Comunità europea ed uno Stato extracomunitario preveda espressamente una deroga al principio della territorialità dell'obbligo contributivo per effetto di una condizione di reciprocità, la società distaccataria è tenuta ai correlativi obblighi contributivi previdenziali e assistenziali ove risulti accertata la sua posizione di effettiva datrice di lavoro, ricevendone le

prestazioni con carattere di stabilità e di esclusività, a prescindere dal fatto che gli stessi lavoratori siano sprovvisti della cittadinanza italiana, stante il principio della territorialità delle assicurazioni sociali.

In fattispecie relativa all'iscrizione d'ufficio alla gestione commercianti, **Sez. L, n. 27009/2018, Calafiore, Rv. 651248-01**, ha affermato, che l'accertamento sulla qualità soggettiva della parte obbligata contenuto in una sentenza passata in giudicato estende i propri effetti ai periodi contributivi cronologicamente successivi, in riferimento ai quali può ritenersi, salva prova contraria, la persistenza della medesima condizione.

Sullo stesso tema **Sez. 6-L, n. 12981/2018, Spena, Rv. 648912-01**, in continuità con Sez. 6-L, n. 27376/2016, Fernandes, Rv. 642301-01, ha escluso che ricorra il presupposto dello svolgimento di attività commerciale nel caso di una società di persone che eserciti un'attività limitata alla locazione di immobili di sua proprietà ed alla riscossione dei relativi canoni, non finalizzata alla prestazione di servizi in favore di terzi né ad atti di compravendita o di costruzione.

Poiché la dichiarazione dei redditi non ha carattere negoziale o dispositivo, **Sez. 6-L, n. 21511/2018, Fernandez, Rv. 650300-01**, ha invece chiarito che nel caso di redazione errata, non sussiste alcuna inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, dovendo sempre l'INPS provare la sussistenza dei presupposti per l'iscrizione. La S.C. in applicazione del principio di cui innanzi ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto provata la partecipazione del socio accomandatario all'attività della società in forza della dichiarazione dei redditi presentata da quest'ultima, sebbene il socio avesse allegato la sussistenza di errori nella compilazione.

**Sez. L, n. 19273/2018, Ponterio, Rv. 649935-01**, sulla scia di Sez. L., n. 04440/2017, Cavallaro, Rv. 643265-01, ha ribadito che i requisiti congiunti di abitualità e prevalenza dell'attività di cui all'art. 1, comma 203, della l. n. 662 del 1996, necessari ai fini dell'iscrizione alla gestione commercianti, sono da riferire all'attività lavorativa espletata dal soggetto in seno all'impresa, al netto dell'attività eventualmente esercitata in quanto amministratore, indipendentemente dal fatto che il suo apporto sia prevalente rispetto agli altri fattori produttivi (naturali, materiali e personali), valorizzandosi, in tal modo, l'elemento del lavoro personale, in coerenza con la ratio della disposizione normativa. La S.C. ha pertanto ritenuto esente da critiche la sentenza impugnata che aveva ancorato l'obbligo contributivo alla verifica in fatto dello svolgimento da parte del socio di una s.r.l. di compiti esecutivi ed operativi,

esulanti da quelli propri dell'amministratore, con impegno protratto per l'intera giornata lavorativa, in assenza di dipendenti.

Relativamente alla figura del socio amministratore di una società a responsabilità limitata, **Sez. L, n. 10426/2018, Rivero, Rv. 648044-01**, ha precisato che ove egli partecipi al lavoro aziendale con carattere di abitudine e prevalenza, ha l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, mentre, qualora si limiti ad esercitare l'attività di amministratore, deve essere iscritto alla sola gestione separata. Ciò perché le due attività operano su piani giuridici differenti, in quanto la prima è diretta alla concreta realizzazione dello scopo sociale, attraverso il concorso dell'opera prestata dai soci e dagli altri lavoratori, e la seconda alla esecuzione del contratto di società sulla base di una relazione di immedesimazione organica volta, a seconda della concreta delega, alla partecipazione alle attività di gestione, di impulso e di rappresentanza.

In merito al contributo dovuto alla Cassa unica per gli assegni familiari, di cui all'art. 20, n. 1, del d.l. 2 marzo 1974, n. 30, conv. con modif. dalla l. 16 aprile 1974, n. 114, dai datori di lavoro esercenti attività commerciali iscritti negli "elenchi nominativi per l'assicurazione di malattia", **Sez. Lav., n. 22665/2018, Rivero, Rv. 650387-01**, ha affermato che l'aliquota ridotta ivi prevista va applicata, oltre che agli intermediari di beni, anche agli intermediari di servizi, atteso che, ai fini dell'iscrizione nei predetti elenchi nominativi, deve farsi riferimento non già alla definizione di commerciante contenuta nell'art. 1 della l. 11 giugno 1971, n. 426 - secondo cui è tale chi professionalmente acquista merci a nome e per conto proprio e le rivende - bensì alla disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie per gli esercenti attività commerciali, introdotta dalla l. 27 novembre 1960, n. 1397 la quale si riferisce alla più ampia ed indistinta categoria dei datori di lavoro ausiliari del commercio; né rileva, in contrario, la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 2 del d.l. n. 338 del 1989, conv. con modif. dalla l. n. 389 del 1989, di stretta applicazione e riferita esclusivamente agli agenti di assicurazione.

In tema di inquadramento previdenziale dei produttori assicurativi diretti, viene in considerazione **Sez. L, n. 01768/2018, Calafiore, Rv. 646890-01**, che ha escluso che l'obbligo di iscrizione di cui all'art. 44, comma 2, del d.lgs. n. 269 del 2003, conv. con modif. dalla l. n. 326 del 2003, includa la posizione dei produttori di assicurazione, i quali svolgono la loro attività direttamente per conto delle imprese assicurative, includendo solo quella dei produttori collegati ad agenti o subagenti, in quanto il richiamo della norma al



contratto collettivo corporativo intercorrente tra produttori ed agenzie e sub agenzie e la qualità dei soggetti collettivi contraenti è, per la precisione del rinvio, un elemento significativo utilizzato dal legislatore per strutturare la disposizione che porta ad escludere la correttezza di interpretazioni analogiche.

In continuità **Sez. L, n. 30554/2018, Mancino, Rv. 651713-01**, dopo aver ricostruito il contenuto dell'attività svolta quale intermediazione direttamente in favore dell'impresa di assicurazione senza vincoli di stabilità né obblighi promozionali (che connotano, invece, i rapporti di agenzia e subagenzia) ha affermato che 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 euro.

Interessanti pronunce hanno poi esaminato fattispecie particolari: **Sez. L, n. 13485/2018, Calafiore, Rv. 648640-01**, relativamente alla peculiare attività di consulenza aziendale ha chiarito che l'attività personale, di natura intellettuale, di consulenza aziendale, priva di rilievo imprenditoriale in quanto sfornita di qualsiasi organizzazione, non è assoggettata all'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, poiché il presupposto imprescindibile per tale iscrizione è che vi sia, ai sensi dell'art. 1, comma 203 della l. n. 662 del 1996, un esercizio commerciale, la gestione dello stesso come titolare o come familiare coadiuvante o, anche, come socio di s.r.l.

Relativamente alla professione di investigatore privato, volta alla produzione di un servizio di acquisizione di dati e di elaborazione degli stessi, **Sez. L, n. 00669/2018, Calafiore, Rv. 646623-01**, ne ha affermato l'inquadramento ai fini previdenziali ed assistenziali nel settore del commercio, con la conseguenza che chi esercita tale attività deve iscriversi non alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, non essendo le professioni intellettuali oggetto di detta normativa assimilabili all'attività professionale svolta dall'investigatore privato - ma nella gestione assicurativa degli esercenti le attività commerciali, in applicazione del

disposto della lett. d) dell'art. 49 della l. n. 88 del 1989, che, nel classificare ai fini previdenziali ed assistenziali (in forza di una norma generale ed esaustiva della materia, come tale modificabile solo attraverso successive norme speciali) le diverse attività lavorative e nell'includere nel settore terziario quelle commerciali, comprende in esse anche le attività che si concretizzano in una prestazione di servizi.

## 2.2. La retribuzione imponibile.

Secondo **Sez. L, n. 09601/2018, Calafiore, Rv. 648727-01**, le nozioni di reddito rilevante ai fini fiscali e di base imponibile ai fini contributivi sono distinte, in quanto il sistema di determinazione della contribuzione previdenziale delimita un'area di più ridotte dimensioni rispetto a quanto forma oggetto di imponibile fiscale; l'imponibile previdenziale si determina, infatti, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 48, oggi art. 51, del d.P.R. 22 dicembre 1987 n. 916 e 12 della l. 8 agosto 1969, n. 513, con conseguente esclusione delle somme erogate materialmente dal datore di lavoro ma per conto terzi, che trovino nel rapporto di lavoro l'occasione e non la causa.

Questo principio è stato applicato in fattispecie nella quale la sentenza di appello aveva respinto la domanda di accertamento proposta da alcuni dipendenti dal Banco di Napoli volta ad includere nella base di calcolo della contribuzione anche le somme percepite a titolo di indennità per l'espletamento delle mansioni svolte all'interno della Camera dei Deputati e da quest'ultima erogate.

Assume rilievo inoltre **Sez. L, n. 10516/2018, Calafiore, Rv. 648344-01**, in cui si chiarisce che i lavoratori collocati in cassa integrazione guadagni, a seguito di illegittima sospensione del rapporto da parte del datore di lavoro, hanno diritto ad ottenere la retribuzione piena, e non già il minore importo delle integrazioni salariali. Ne consegue che la relativa somma liquidata a titolo di risarcimento del danno costituisce retribuzione imponibile ai fini contributivi (stante l'ampia nozione della stessa ai sensi dell'art. 12 della l. n. 153 del 1969) e tributari (in base all'art. 6, comma 2, del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, secondo cui le indennità a titolo di risarcimento costituiscono redditi della stessa categoria di quelli perduti).

Infine **Sez. L, n. 07695/2018, Berrino, Rv. 647649-01**, ai fini dell'individuazione della retribuzione costituente la base di calcolo dei contributi previdenziali per il Fondo di solidarietà per il personale del credito, istituito presso l'INPS, ribadisce quanto già sancito da Sez.

L., n. 06535/2017, Doronzo, Rv. 643445-01, secondo cui l'art. 10, comma 7, del d.m. 28 aprile 2000, n. 158 rinvia alle disposizioni contrattuali in vigore e, quindi, ad un concetto di retribuzione non comprensivo di emolumenti strettamente dipendenti dall'effettività delle prestazioni lavorative (nella specie, un trecentosessantesimo della retribuzione annua per ogni giornata al momento della cessazione del rapporto), sicché il compenso per lavoro straordinario non concorre alla determinazione di detta base contributiva, come confermato dal disposto dell'art. 79 del c.c.n.l. del 11 luglio 1999 ("ratione temporis" applicabile), che non lo include tra le voci che compongono il trattamento economico).

### **2.2.1. Inclusioni ed esclusioni.**

Per **Sez. L, n. 05948/2018, Berrino, Rv. 647512-01**, il cd. premio tre mensilità deve essere incluso nella retribuzione imponibile a fini contributivi, ai sensi dell'art. 12 della l. n. 153 del 1969, quale emolumento in denaro corrisposto ai dipendenti con la finalità di stimolarne la permanenza in azienda e, pertanto, erogato in dipendenza del rapporto di lavoro, risultando irrilevante che l'indennità in questione venga versata al momento di cessazione del rapporto.

**Sez. L, n. 13473/2018, Berrino, Rv. 648985-01**, ha confermato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui l'indennità sostitutiva di ferie non godute è assoggettabile a contribuzione previdenziale a norma dell'art. 12 della l. n. 153 del 1969, sia perché, essendo in rapporto di corrispettività con le prestazioni lavorative effettuate nel periodo di tempo che avrebbe dovuto essere dedicato al riposo, ha carattere retributivo e gode della garanzia prestata dall'art. 2126 c.c. a favore delle prestazioni effettuate con violazione di norme poste a tutela del lavoratore, sia perché un eventuale suo concorrente profilo risarcitorio - oggi pur escluso dal sopravvenuto art. 10 del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, come modificato dal d.lgs. 19 luglio 2004, n. 213 in attuazione della direttiva n. 93/104/CE - non escluderebbe la riconducibilità all'ampia nozione di retribuzione imponibile delineata dal citato art. 12, costituendo essa comunque un'attribuzione patrimoniale riconosciuta a favore del lavoratore in dipendenza del rapporto di lavoro e non essendo ricompresa nella elencazione tassativa delle erogazioni escluse dalla contribuzione.

**Sez. L, n. 16579/2018, Marchese, Rv. 649395-01**, in materia di trattamento contributivo dell'indennità di trasferta, ha chiarito 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. 22 ottobre 2016, n. 193 (conv. con modif. dalla l. 1 dicembre 2016, n. 225) non si applica ai lavoratori che non svolgono fuori sede “in via continuativa” la loro prestazione ovvero che non ricevono “in misura fissa” un'indennità o maggiorazione di retribuzione in ragione delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa in luoghi sempre variabili e diversi, a prescindere dall'effettività della trasferta ed indipendentemente dal luogo ove essa si è svolta.

In tema di polizze assicurative stipulate dal datore di lavoro in favore dei dipendenti, **Sez. L, n. 20709/2018, Ponterio, Rv. 649928-01**, ha affermato che rientrano nella base imponibile per il calcolo dei contributi previdenziali soltanto i premi versati per polizze riferibili alla copertura dei rischi extraprofessionali; ove pertanto l'ente previdenziale abbia azionato il credito in riferimento ai premi complessivamente versati dalla società per polizze cumulative, riferite cioè a rischi professionali e non, grava su di esso l'onere di provare il “quantum” della pretesa riferibile ai premi soggetti a contribuzione, alla luce del principio desumibile dall'art. 12 della l. n. 153 del 1969 secondo cui l'ente previdenziale deve provare che il lavoratore ha ricevuto dal datore di lavoro somme a qualunque titolo, purché in dipendenza del rapporto di lavoro, mentre il datore di lavoro deve provare che ricorre una delle cause di esclusione.

**Sez. L, n. 10134/2018, Marchese, Rv. 648056-01**, in tema di contribuzione dovuta dai datori di lavoro esercenti attività edile, ribadisce che l'art. 29 del d. l. n. 244 del 1995, conv. nella l. n. 341 del 1995, nel determinare la misura dell'obbligo contributivo previdenziale ed assistenziale in riferimento ad una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario normale di lavoro stabilito dalla contrattazione collettiva, prevede l'esclusione dall'obbligo contributivo di una varietà di assenze, tra di loro accomunate dal fatto che vengono in considerazione situazioni in cui è la legge ad imporre al datore di lavoro di sospendere il rapporto. Ne consegue che, ove la sospensione del rapporto derivi da una libera scelta del datore di lavoro e costituisca il risultato di un accordo tra le parti, continua a permanere intatto l'obbligo retributivo, dovendosi escludere, attesa l'assenza di una identità di ratio tra le situazioni considerate, la possibilità di una interpretazione estensiva o, comunque, analogica, e ciò tanto più che la disposizione ha natura eccezionale e regola espressamente la possibilità e le modalità di un ampliamento dei casi d'esonero da contribuzione, che

può essere effettuato esclusivamente mediante decreti interministeriali.

### 2.3. Il minimale contributivo.

In tema di minimale contributivo, **Sez. L, n. 11847/2018, Leone, Rv. 648875-01**, ha affermato che l'applicazione della diversa disciplina prevista dall'art. 3 del d.lgs. 14 giugno 1996, n. 318, conv. con modif. dalla l. 29 luglio 1996 n. 402, che consente di assumere come base per il calcolo dei contributi i trattamenti pattuiti nei contratti collettivi, seppur stipulati anteriormente all'entrata in vigore di detta norma, è subordinata alle condizioni di pubblicità ed opponibilità ivi previste, conseguentemente, il mancato deposito dei suddetti contratti sia presso l'Ufficio Provinciale del Lavoro che le sedi degli Enti previdenziali ne esclude l'utilizzabilità ai fini indicati.

Premesso che ai fini dell'individuazione della base imponibile per il calcolo dei contributi previdenziali ex art. 1 del d.lgs. 9 agosto 1989 n. 338, conv. dalla l. 7 dicembre 1989 n. 389, occorre fare riferimento alla contrattazione collettiva nazionale, che è maggiormente di garanzia per una parità di trattamento tra lavoratori di un medesimo settore, **Sez. L, n. 11650/2018, Leone, Rv. 648388-01** ha chiarito che, ove per uno specifico settore non risulti stipulato un contratto collettivo, legittimamente l'Istituto previdenziale può ragguagliare la contribuzione dovuta alla retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva di un settore affine, restando a carico del datore di lavoro l'onere di dedurre l'esistenza di altro contratto affine che preveda retribuzioni tabellari inferiori rispetto a quello applicato dall'Istituto.

La citata decisione si è allineata all'orientamento sancito da Sez. L, n. 9967/2007, Di Nubilia, Rv. 596591-01, applicato in fattispecie nella quale un'impresa esercente attività di elaborazione dati, sprovvista di contratto collettivo per il periodo in controversia, aveva applicato la contrattazione per i dipendenti del settore commercio, e non quella relativa agli studi professionali, mancando l'iscrizione ad un albo e sul presupposto che l'attività di elaborazione dati rientrasse nello schema dei servizi al mercato, costituendo attività commerciale, prima che divenisse oggetto di separata contrattazione collettiva.

Sempre in tema, ma con specifico riferimento al settore edile, **Sez. L, n. 11337/2018, Mancino, Rv. 648817-01**, ha chiarito che è necessario scindere le due ipotesi previste dall'art. 29 del d.lgs. 23 giugno 1995, n. 244, conv. dalla l. 8 agosto 1995, n. 341, quella della

sospensione dell'attività, per la quale sussiste il presupposto dell'obbligo della retribuzione corrispettivo, ad eccezione delle ipotesi di sospensione debitamente comunicate all'INPS in via preventiva ed oggettivamente accertabile, e quella della riduzione dell'attività, nella quale, sussistendo una retribuzione, seppure parziale, esprime tutto il suo vigore la regola del minimale e della tassatività delle ipotesi di esclusione; la predetta tassatività postula che il datore di lavoro, che pretenda la deroga, sia tenuto ad indicare la disposizione contrattuale che la prevede nel caso specifico.

Con ampia ricostruzione del complesso quadro normativo, **Sez. L, n. 17257/2018, Rivero, Rv. 649605-01**, ha poi affermato che il diritto alla ricostruzione della posizione assicurativa relativa ai periodi di lavoro, sia dipendente che autonomo, prestato in Albania dal 1° gennaio 1995 fino al 31 dicembre 1997, da cittadini italiani successivamente rimpatriati, ha natura previdenziale e non assistenziale, come emerge dalla lettera dell'art. 1, comma 1164, della l. 27 dicembre 2006, n. 296 e dell'art. 2 del d.m. 31 luglio 2007 che fanno riferimento all'effettivo lavoro e ai diversi settori lavorativi, sicché la disciplina applicabile per individuare il minimale contributivo, cui va parametrata la ricostruzione, è quella di volta in volta vigente nel tempo in Italia, nei diversi settori e per i periodi corrispondenti, senza che possa applicarsi un unico criterio normativo di riferimento.

### **3. I benefici contributivi: l'esposizione all'amianto.**

In tema di benefici contributivi ex art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, **Sez. 6-L, n. 16445/2018, Cavallaro, Rv. 649497-01**, ha dato risposta al quesito relativo alle modalità di quantificazione presuntiva nell'ipotesi di lavoratori esposti all'amianto in maniera non continuativa, ed ha affermato che in tal caso può farsi ricorso alla cd. formula "Verdel-Ripanucci" indicando al denominatore i giorni effettivi di esposizione e, qualora l'esposizione risulti inferiore all'orario lavorativo giornaliero, applicando al numeratore un coefficiente di riduzione proporzionale.

Quanto ai limiti soggettivi al riconoscimento della maggiorazione contributiva **Sez. L, n. 21668/2018, Calafiore, Rv. 650249-01**, ha affermato che l'art. 7 ter, commi 14 e 14 bis del d.l. 10 febbraio 1999, n. 5, conv. dalla l. 9 aprile 2009 n. 33, in quanto disposizione "in deroga", eccezionale ed insuscettibile di interpretazione estensiva ed analogica, e stante il testuale riferimento "ai trattamenti pensionistici erogati", è una norma di salvaguardia

dagli effetti caducatori derivanti dall'attività di verifica dell'Inail sulle maggiorazioni applicabile solo nei confronti dei soggetti già percettori di pensione, e non anche a coloro che ne abbiano solo fatto domanda, senza che tale interpretazione ponga problemi di disparità di trattamento per la diversità delle situazioni.

Sul punto assume particolare rilevanza **Sez. L, n. 32882/2018, Calafiore, in corso di massimazione**. Tale decisione, relativa all'ambito di applicabilità della disciplina più favorevole di cui all'art. 3 della l. n. 350 del 2003, attraverso un articolato percorso motivazionale ha ricostruito il contrasto esistente in seno alla Corte in merito alla natura giuridica da attribuirsi al beneficio della rivalutazione contributiva di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1997, così come evidenziate dalla ordinanza interlocutoria n. 17119/2008, Calafiore, non massimata (sul punto tra le varie indicate Sez. L. n. 28090/2017, Mancino, non massimata, che esclude la natura autonoma del beneficio e Sez. L. n. 07935/2014, Mancino, Rv. 630093-01 che, nell'applicare alla pretesa relativa alla rivalutazione l'istituto della decadenza riconosce la natura autonoma).

La Corte ha quindi affermato che il citato beneficio rappresenta una prestazione previdenziale non autonoma, rispetto al diritto alla pensione, esclusivamente con riferimento al beneficio contributivo originariamente previsto dal citato art. 13 ma non per la misura introdotta dall'art. 3 della stessa legge. La decisione ha quindi specificato quale sia la portata dell'espressione maturazione alla data del 2 ottobre 2003 del "diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui alla legge 27 marzo 1997, n. 257, art. 13 comma 8" contenuta nell'art. 3 sopra citato affermando che "deve essere intesa come perfezionamento del diritto al trattamento pensionistico anche sulla base del beneficio di cui alla l. n. 257 del 1997 art. 13, comma 8; onde, per questa parte, la locuzione utilizzata dalla l. n. 350 del 2003, art. 3, comma 132, costituisce soltanto conferma di quanto già si era voluto significare con quella maturazione del diritto al trattamento pensionistico contenuta nel d.l. n. 269 del 2003, art. 47 comma 6 bis".

Sotto il profilo processuale va invece richiamata **Sez. L, n. 27384/2018, Bellè, Rv. 650990-01**, che ha chiarito come la domanda di rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto all'ente competente proposta solo nel corso del giudizio di primo grado non è idonea ad evitare l'inammissibilità di quella giudiziale, perché la domanda amministrativa, in quanto elemento costitutivo del diritto, deve precedere ed è condizione di ammissibilità di quella giudiziaria. **Sez. L, n. 30438/2018, Rivero, Rv. 651679-01** ha inoltre affermato

che ai sensi dell'art. 13, comma 7, della l. n. 257 del 1992, l'azione diretta all'accertamento della malattia professionale utile al conseguimento dei benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto, a seguito del rifiuto dell'INAIL di riconoscere la malattia e i periodi di esposizione, deve essere proposta nei confronti dell'INPS, che è il soggetto tenuto per legge ad accreditare la maggiorazione contributiva ed è dunque esclusivo titolare della legittimazione passiva.

In tema di presunzioni legali si è evidenziato che, qualora il giudice di merito sussuma erroneamente sotto i tre caratteri individuativi della presunzione stessa (gravità, precisione, concordanza) fatti concreti che, invece, non rispondano a quei requisiti, il relativo ragionamento è censurabile in base all'art. 360, n. 3, c.p.c. (e non già alla stregua del n. 5 dello stesso art. 360), dovendo la Corte di cassazione, nell'esercizio della funzione di nomofilachia, verificare se la norma dell'art. 2729 c.c., oltre ad essere esattamente interpretata in linea teorica, lo sia anche sotto il profilo dell'applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili a quell'ambito previsionale. In applicazione del detto principio, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto di ravvisare il presupposto soggettivo di decorrenza della prescrizione del diritto alla rivalutazione contributiva ex art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992, rappresentato dalla conoscenza o conoscibilità della propria pregressa esposizione ad amianto, in relazione a una nota inviata alla Contarp, ufficio tecnico dell'INAIL, dalla r.s.u. dell'azienda in cui il ricorrente aveva lavorato, nonostante tale nota fosse posteriore di circa sette anni rispetto al pensionamento del ricorrente medesimo (**Sez. L, n. 29635/2018, Bellè, Rv. 652717-01**).

#### **4. Gli sgravi contributivi.**

##### **4.1. Gli aventi diritto.**

In tema **di** sgravi contributivi a favore delle imprese industriali operanti nel mezzogiorno, **Sez. L, n. 00042/2018, Calafiore, Rv. 646569-01**, ha ribadito la possibilità per un istituto scolastico gestito da una congregazione religiosa di assumere la natura di impresa industriale e di usufruirne qualora svolga il servizio scolastico non per fini di religione e di culto ma per fini di lucro - alla cui integrazione può essere sufficiente l'idoneità almeno tendenziale dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio - e con organizzazione degli



elementi personali e materiali necessari per il funzionamento del servizio stesso.

**Sez. L, n. 05065/2018, Berrino, Rv. 647459-01**, in tema di riconoscimento del beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali a favore di una “impresa artigiana” ha affermato che ai fini del rispetto del limite dimensionale fissato dall'art. 4 della l. 8 agosto 1985, n. 443, i lavoratori a domicilio di cui alla l. 18 dicembre 1973, n. 877 non sono computati, sempre che non superino il limite massimo di un terzo, calcolato non con riferimento ai soli lavoratori a domicilio estrapolati dal composito contesto aziendale, bensì con riguardo al numero complessivo dei dipendenti non apprendisti occupati presso l'impresa. **Sez L, n. 01167/2018, Boghetich, Rv. 646887-01**, ha poi confermato che i consorzi di imprese artigiane possono iscriversi nella separata sezione dell'albo delle imprese artigiane previsto dall'art. 5 della l. n. 443 del 1985 e possono godere delle agevolazioni contributive previste dall'art. 49, lett. b), della l. n. 88 del 1989, a differenza dei consorzi misti, composti da imprese artigiane e industriali, i quali possono usufruire delle sole agevolazioni eventualmente previste dalle Regioni, e a condizione che le imprese industriali presenti al loro interno non siano in numero superiore a un terzo.

Quanto alle imprese del settore della costituzione navale, **Sez. L, n. 05296/2018, Perinu, Rv. 647481-01**, ha escluso l'applicabilità dei benefici previsti dall'art. 44 della l. n. 448 del 2001 alle imprese esercenti attività cantieristica per imbarcazioni da diporto, da equiparare, a tal fine, alle aziende operanti nel settore delle “costruzioni navali”, in quanto categoria espressamente esclusa dalla Commissione europea con decisione C/4845 del 6 dicembre 2002, avuto anche riguardo alla natura eccezionale - come tale insuscettibile di interpretazione analogica - delle norme che, in presenza di determinate condizioni, esonerano specifici soggetti dal generale obbligo contributivo.

#### **4.2. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione.**

Ulteriore e peculiare questione oggetto di approfondimento è quella relativa alle modalità attraverso le quali deve essere verificata la sussistenza di un incremento occupazionale rilevante ai fini del riconoscimento degli sgravi contributivi.

**Sez. L, n. 08680/2018, Berrino, Rv. 648621-01**, ha affermato che ai fini della concessione degli sgravi contributivi previsti dall'art. 3, comma 5, della l. n. 448 del 1998, nell'ipotesi di società facenti capo

ad un unico titolare, l'incremento occupazionale di cui al comma 6, lett. d), dello stesso articolo, deve essere calcolato al netto delle diminuzioni occupazionali in società controllate ex art. 2359 c.c. o facenti capo, anche per interposta persona, allo stesso soggetto. L'onere di provare che il predetto incremento è avvenuto al netto delle diminuzioni occupazionali in questione è, anche in questo caso, a carico dell'impresa interessata. Questa decisione peraltro chiarisce ulteriormente quanto già affermato da, Sez. L., n. 25474/2017, **Berrino**, Rv. 646111-01, che in tema di individuazione dei presupposti per la concessione degli sgravi contributivi di cui all'art. 3, comma 6, della l. n. 448 del 1998, afferma la necessità che il livello di occupazione raggiunto a seguito delle nuove assunzioni non subisca riduzioni nel periodo agevolato, attesa la finalità della legge di favorirne l'incremento, sicché il venir meno di tale condizione determina la perdita integrale del diritto al beneficio, restando irrilevante la qualifica soggettiva della causa di contrazione del personale, in considerazione della natura eccezionale del beneficio disciplinato dalla norma, che, ove diversamente interpretata, si porrebbe in contrasto con i vincoli in materia di aiuti di Stato imposti dalla Commissione Europea. Tale principio è stato applicato dalla S.C. cassando la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto della impresa appellante al mantenimento del beneficio perché la contrazione oggettiva dell'organico era stata determinata dalle dimissioni di alcuni lavoratori.

**Sez. L, n. 20504/2018, D'Antonio, Rv. 649925-01**, in un'ottica di continuità, ha quindi affermato che la concessione degli sgravi contributivi previsti dall'art. 3, comma 5, della l. n. 448 del 1998, va esclusa, ai sensi del comma 6, lett. d), del predetto articolo, nell'ipotesi di rapporti tra imprese concretizzanti forme di controllo e/o collegamento anche non contemplate dall'art. 2359 c.c., ove l'incremento della base occupazionale non sia stato valutato globalmente tenendo conto di tutti i dipendenti occupati presso le aziende collegate o controllate. In applicazione di tale principio, la S.C. ha quindi cassato la sentenza di merito che, a fronte della deduzione, ad opera dell'Inps, di elementi attestanti il collegamento tra aziende - quali l'identità di sede e di attività, nonché il comune riferimento soggettivo degli assetti proprietari -, non aveva considerato che era onere del richiedente lo sgravio fornire la prova dell'inesistenza di una posizione dominante o di collegamenti o controlli societari.

In questo contesto si colloca anche **Sez. L., 26836/2018, Boghetich, Rv. 651243-01**, che ha riconosciuto la fruibilità dei be-

nefici contributivi previsti dall'art. 8, comma 4, della l. n. 223 del 1991 in favore dell'impresa cessionaria dei beni aziendali della cedente che ha proceduto ai licenziamenti 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., 29 aprile 1949, n. 264. Tuttavia è stato chiarito che l'ammissione ai benefici deve comunque essere esclusa qualora, anche in base ad elementi indiziari (quali, nella specie, l'identità dell'attività produttiva, l'utilizzo della medesima forza lavoro nei medesimi locali nonché il mantenimento della stessa clientela) la cessionaria non configuri una realtà produttiva nuova ed autentica, emergendo piuttosto il carattere fittizio dell'operazione, preordinata esclusivamente a fruire indebitamente delle agevolazioni.

**Sez. L, n. 08775/2018, Berrino, Rv. 648053-01**, sempre in tema di sgravi ex art. 3, comma 5, della l. n. 448 del 1998, ha infine chiarito che essi sono applicabili a condizione che l'impresa, anche di nuova costituzione, eserciti attività che non assorbono neppure in parte attività di imprese giuridicamente preesistenti. Devono tuttavia escludersi le ipotesi previste dal comma 6, lett. b), ultima parte dello stesso articolo, e le attività sottoposte a limite numerico o di superficie, il cui esercizio, per le particolari condizioni di rilevanza pubblica, è sottoposto ad un elevato controllo degli organi amministrativi ed il cui avvio è subordinato ad un provvedimento amministrativo di tipo concessorio, dovendo intendersi limiti di superficie quelli di natura urbanistica e non semplicemente i limiti dei piani commerciali di carattere generale.

Si segnala anche **Sez. L, n. 20867/2018, Leone, Rv. 650133-02**, per aver ribadito che presupposto per l'applicabilità dello sgravio contributivo di cui all'art. 3, commi 5 e 6, della l. n. 488 del 1998 è che l'impresa abbia realizzato un incremento occupazionale mediante nuove assunzioni di personale che già risulti iscritto nelle liste di collocamento o di mobilità o fruitore della cassa integrazione guadagni, in coerenza con la finalità delle disposizioni in esame volte ad incentivare l'assunzione di soggetti che non abbiano o abbiano perduto l'occupazione in determinate zone d'Italia e a favorire, al contempo, la ripresa economica nelle stesse zone; ne consegue che il beneficio non compete nel caso di trasformazione di un contratto di lavoro a tempo parziale in contratto di lavoro a tempo pieno, trattandosi di una mera modificazione della quantità temporale della prestazione lavorativa già in essere e non di nuova assunzione avente le finalità ed i caratteri indicati dalla disposizione.

Con riferimento agli incentivi alle assunzioni, per **Sez. L, n. 12554/2018, Mancino, Rv. 648659-01** lo sgravio contributivo previsto dall'art. 25, comma 9, della l. n. 223 del 1991 in favore delle imprese che procedono all'assunzione a tempo indeterminato di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità non spetta al datore di lavoro che, in relazione agli stessi lavoratori, abbia in passato già beneficiato degli sgravi previsti per l'assunzione a tempo determinato ai sensi dell'art. 8, comma 2, della stessa l. n. 223 del 1991. Ciò in quanto le norme derogatorie delle obbligazioni contributive hanno carattere eccezionale e il cumulo dei due benefici si porrebbe in contrasto con l'ultimo periodo dello stesso comma 2, che prevede, per la fruizione del doppio sgravio contributivo, un requisito temporale imprescindibile, vale a dire la trasformazione del contratto nel corso di svolgimento del rapporto a termine.

**Sez. L, n. 12092/2018, Perinu, Rv. 648876-01**, ha specificato che gli sgravi contributivi, ai sensi degli artt. 10, comma 1, della l. 28 febbraio 1987, n. 56 (applicabile “ratione temporis”) e 8, comma 9, della l. 29 dicembre 1990, n. 407 in quanto previsti da norme di stretta interpretazione - possono essere concessi per occupati a tempo parziale con orario non superiore a venti ore settimanali per i quali si instauri un nuovo rapporto di lavoro, non per il caso di trasformazione del rapporto da part time in full time (nella specie, presso la stessa azienda e con lo stesso inquadramento contrattuale).

Ai fini della fruizione del beneficio della riduzione dei contributi di cui all'art 8, comma 9, della l. n. 407 del 1990, **Sez. L, n. 02019/2018, Calafiore, Rv. 647265-01**, ha ribadito la necessità che il datore di lavoro abbia assunto i lavoratori nel rispetto della norma su richiamata, difettando, in contrario, lo stato di disoccupazione, che deve essere non solo reale, ma anche certificato dalla iscrizione nella lista speciale regionale disciplinata dall'art. 2 del decreto ministeriale 22 marzo 1991 n. 1557, che conferisce certezza in ordine alla permanenza di tale stato per il tempo richiesto dalla norma; ne consegue che tale beneficio deve escludersi nel caso in cui il lavoratore assunto abbia prestato attività lavorativa, anche se irregolare, nei ventiquattro mesi precedenti.

**Sez. L, n. 03219/2018, Berrino, Rv. 647439-01**, ha inoltre affermato che le agevolazioni previste dall'art. 1, commi da 1202 a 1210, della l. n. 296 del 2006, presuppongono la conversione in rapporti di lavoro subordinato di rapporti lavorativi in essere, in quanto la “ratio legis” è quella di favorire la stabilizzazione di rapporti precari pendenti e non la costituzione “ex novo” di rapporti lavorativi stabili.

Tale decisione si colloca nel solco della precedente Sez. L, n. 24459/2017, Doronzo, Rv. 646140-01, che con riferimento all'ambito soggettivo della materia, ha affermato che l'accordo sindacale, da allegare all'istanza di regolarizzazione, deve riguardare i lavoratori ancora in servizio alla data della presentazione della relativa istanza e non quelli il cui rapporto sia cessato prima di tale data, atteso che la procedura è finalizzata all'emersione del lavoro cd. nero e all'incremento dell'occupazione. La concessione delle agevolazioni di cui all'art. 1, comma 1196, della l. n. 296 del 2006 è condizionata, infatti, al mantenimento in servizio del lavoratore per un periodo non inferiore a 24 mesi dalla regolarizzazione e le ipotesi di risoluzione, per dimissioni o licenziamento per giusta causa, successive alla regolarizzazione, configurano una deroga alla necessità di stabilizzazione del rapporto in essere e non autorizzano la sanatoria di rapporti cessati anteriormente all'istanza di regolarizzazione.

#### **4.3. L'onere della prova.**

Diverse le decisioni che nel 2018 hanno riguardato il riparto dell'onere della prova in tema di sgravi contributivi .

Tra queste assume particolare rilevanza, in forza della valenza generale del principio in essa contenuto, **Sez. L, n. 01157/2018, Berrino, Rv. 646802-01**, la quale, confermando la precedente Sez. L, n. 21898/2010, Marotta, Rv. 615078-01, ha affermato che grava sull'impresa che vanti il diritto al beneficio l'onere di provare la sussistenza dei necessari requisiti, in relazione alla fattispecie normativa di volta in volta invocata. Tale principio è stato affermato confermando la sentenza di merito che aveva negato il diritto della società ricorrente a beneficiare della detrazione del 40 per cento sugli importi dovuti per contributi, in relazione ai cd. contratti in replica, risultando indimostrato che i contratti avessero dette caratteristiche.

Un'applicazione particolare del principio di cui innanzi è stata effettuata in tema di sgravi contributivi in caso di trasferta dei dipendenti o di rimborso per spese di viaggio da **Sez. L, n. 18160/2018, Mancino, Rv. 649815-01**, la quale ha affermato, confermando la precedente Sez. L., n. 16639/2014, Lorito, Rv. 631898-01 ed allineandosi a quanto sancito da Sez. U, n. 06489/2012, Mammone, Rv. 622217-01, che spetta al datore di lavoro dimostrare il possesso dei requisiti legittimanti l'esonero.

In continuità **Sez. L, n. 09140/2018, Boghetich, Rv. 648635-01**, in tema di contributo collegato alla messa in mobilità del personale, ha affermato che incombe sul datore di lavoro che invochi

la riduzione dell'onere economico su di sé gravante, in applicazione dell'art. 5, comma 5, della l. n. 223 del 1991, l'onere di provare la ricorrenza di tutte le condizioni richieste per averne diritto, inclusa l'assenza di collegamenti tra l'impresa che colloca in mobilità i dipendenti e quella che li assume, la quale, vantando un autonomo diritto a fruire di benefici contributivi, non è litisconsorte necessario nel giudizio promosso nei confronti dell'INPS.

Deve essere inoltre segnalata **Sez L, n. 06324/2018, Calafiore, Rv. 647647-01**, per aver chiarito che l'art. 5 del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, conv. con modif. dalla l. 26 novembre 1996, n. 608, concernente i contratti di riallineamento retributivo, è diretto ai soli soggetti che svolgono attività imprenditoriale. In conseguenza di ciò, ove i relativi benefici vengano invocati da un libero professionista, questi ha l'onere di allegare e dimostrare di aver esercitato una attività di coordinamento e controllo di fattori della produzione ulteriore rispetto alla tipica attività professionale, solo da ciò potendo discendere la natura imprenditoriale della relativa attività e, quindi, il diritto alla fruizione delle predette agevolazioni.

#### **4.4. La disciplina di dettaglio.**

Passando alle pronunce che hanno riguardato aspetti peculiari inerenti la materia degli sgravi, è di particolare interesse, **Sez. L, n. 09418/2018, Rivero, Rv. 647774-01**, che, con riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 18 della l. n. 1089 del 1968, che prevede il diritto allo sgravio contributivo nella misura del dieci per cento delle retribuzioni, al netto di compensi per il lavoro "considerato straordinario dai contratti collettivi e, in mancanza, dalla legge", ha statuito che permane la rilevanza della nozione di lavoro straordinario legale ove risulti che le parti collettive, nel fissare solo l'orario normale di lavoro, senza definire quello straordinario, abbiano voluto soltanto riconoscere, a fini contrattuali, un'uguale maggiorazione retributiva al lavoro supplementare, ossia quello prestato oltre l'orario normale e fino al limite legislativo; ne consegue che sono assoggettabili allo sgravio in questione i compensi corrisposti per il lavoro svolto entro i suddetti limiti temporali. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di appello, ritenendo applicabile lo sgravio con riferimento alle somme erogate per le ore di lavoro tra la quarantesima e la quarantottesima, imputabili a lavoro "supplementare" ed escludendolo per le ore eccedenti la definizione del lavoro straordinario. La decisione di cui innanzi, inoltre si collega alla

precedente Sez. L., n. 06628/2001, Celentano, Rv. 546625-01, che chiarisce come - nel caso in cui la contrattazione collettiva fissi per la giornata e la settimana lavorativa dei limiti più favorevoli di quelli di otto ore giornaliere e quarantotto settimanali – la qualificazione va effettuata sulla base dell'interpretazione delle disposizioni collettive, avendo la nozione legale una funzione meramente sussidiaria.

**Sez. L, n. 10517/2018, Perinu, Rv. 648772-01**, ha affermato che la disciplina degli sgravi contributivi di cui alla l. n. 407 del 1990 si applica anche ai lavoratori autonomi, per i quali il diritto è condizionato, oltre all'iscrizione nella prima classe delle liste di collocamento per un periodo non inferiore a ventiquattro mesi, analogamente a quanto previsto per i lavoratori subordinati, anche al mancato superamento del limite reddituale di £ 7.200.000 lorde, di cui all'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 468 del 1997.

Assume poi rilievo, non constando precedenti in merito, **Sez. L., 27107/2018, Bellé, Rv. 651258-01**, che ha affermato che in tema di benefici contributivi per la cui fruizione è richiesto, ai sensi dell'art. 1, comma 1175, della l. n. 296 del 2006, il possesso del documento unico di regolarità contributiva (c.d. Durc), la mancata segnalazione dell'irregolarità ostativa al rilascio del Durc, da parte dell'Inps, non determina l'inesigibilità delle differenze contributive rispetto agli sgravi. Essa ha inoltre specificato che, in assenza dello specifico procedimento di cui all'art. 7 del d.m. 24 ottobre 2007, di natura eccezionale, non può consentirsi una regolarizzazione ex post ed in qualsiasi tempo, in contrasto con la ratio della norma, intesa ad assicurare la necessaria e costante regolarità contributiva, quale presupposto dell'applicazione degli sgravi.

Sotto altro profilo, **Sez. L, n. 06428/2018, Calafiore, Rv. 647531-01**, in tema di apprendistato, ha chiarito che l'art. 10 della l. 14 febbraio 2003, n. 30 laddove, sostituendo l'articolo 3 del d.lgs. 22 marzo 1993, n. 71 (conv. con modif. dalla l. 20 maggio 1993, n. 151) ha subordinato il riconoscimento di “benefici normativi e contributivi” previsti per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, si riferisce ai benefici derivanti da sgravi e da fiscalizzazione degli oneri sociali e non all'ipotesi di aliquota contributiva ridotta.

## **5. Le esenzioni dal pagamento dei contributi.**

La disciplina delle società a capitale misto è stata oggetto di approfondimento da parte di **Sez. 6-L, n. 11209/2018, Doronzo**,

**Rv. 648682-01**, che ha ribadito che le società partecipate a capitale misto, poiché erogatrici di servizi al pubblico in regime di concorrenza, non beneficiano del regime di esenzione dagli obblighi contributivi per cassa integrazione ordinaria, straordinaria e mobilità, già previsto per le imprese industriali degli enti pubblici dall'art. 3 del d.lgs. C.P.S., 12 agosto 1947, n. 869; essa ha inoltre evidenziato che in tal caso non può essere invocato in senso contrario il disposto di cui all'art. 10 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148, recante disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali, laddove prescrive che i correlati obblighi contributivi riguardano anche “le imprese industriali degli enti pubblici, salvo il caso in cui il capitale sia interamente di proprietà pubblica”, atteso che detta norma non ha introdotto disposizioni innovative rispetto al passato, ma ha valenza meramente ricognitiva dell'esistente e di sistemazione della materia.

La successiva **Sez. 6-L, n. 25354/2018, Esposito, Rv. 650995-01**, ha riaffermato che la gestione di servizi pubblici mediante società partecipate, anche in quota maggioritaria, dagli enti pubblici locali non può beneficiare dell'esonero del versamento dei contributi per cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria, disoccupazione e mobilità. Tale esclusione, nel dettaglio, è determinata dalla finalità perseguita dal legislatore nazionale e comunitario, nella promozione di strumenti non autoritativi per la gestione dei servizi pubblici locali, di non ledere le dinamiche della concorrenza, assumendo rilevanza determinante, in ordine all'obbligo contributivo, il passaggio del personale addetto alla gestione del servizio dal regime pubblicistico a quello privatistico. Ne consegue che la finalizzazione della società per azioni, partecipata da ente pubblico locale, alla gestione di un servizio pubblico mediante affidamento cd. in house (ossia ad un soggetto che, giuridicamente distinto dall'ente pubblico conferente, sia legato allo stesso da una relazione organica) rileva ai fini della tutela del mercato e della concorrenza ma non ha alcun effetto ai fini dell'esonero del versamento dei contributi previdenziali per il finanziamento della cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria, la disoccupazione e la mobilità.

**Sez. 6-L, n. 16658/2018, Esposito, Rv. 649631-01**, ribadendo quanto statuito da Sez. L., n. 15394/2017, Calafiore, Rv. 644787-01, ha poi affermato che le società derivanti dal processo di trasformazione dell'ENEL sono obbligate al pagamento della contribuzione per maternità anche per il periodo anteriore all'1.1.2009, nonostante il versamento diretto del trattamento dovuto



alle lavoratrici madri ex art. 1 del d.P.R. n. 145 del 1965, non essendo estensibile a tali contributi l'esonero previsto dall'art. 20 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, con riferimento ai contributi per malattia, in favore dei datori di lavoro che abbiano corrisposto direttamente ai lavoratori la relativa indennità.

## **6. Le agevolazioni contributive.**

In tema di agevolazioni contributive di cui all'art. 4, comma 90, della l. n. 350 del 2003, che ha esteso in favore dei soggetti colpiti dagli eventi alluvionali del Piemonte del novembre 1994 i benefici di cui all'art. 9, comma 17, della l. n. 289 del 2002, **Sez. L, n. 20740/2018, Mancino, Rv. 649929-01**, ha affermato che il termine del 31 luglio 2007 per la presentazione delle domande costituisce un termine decadenziale di ordine pubblico, come tale perentorio e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, compreso quello di legittimità, senza che su tale disciplina incidano le disposizioni di cui all'art. 1, commi da 771 a 774, della l. 27 dicembre 2017 n. 205. Esse, nel dettaglio, infatti non introducono modifiche alla precedente normativa, né hanno la finalità di interpretarla autenticamente, ma si riferiscono alle sole imprese che non abbiano potuto ottenere tempestivamente la restituzione dei contributi o premi da esse versati in misura superiore al dovuto e per le quali però sussistano i requisiti definitivamente individuati dalla decisione UE n. 2016/195 della Commissione; **Sez. L, n. 07834/2018, Boghetich, Rv. 648041-01**, ha inoltre ribadito che le stesse agevolazioni, pur realizzando, secondo la decisione della Commissione Europea del 14 agosto 2015, aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, del T.F.U.E., possono essere ugualmente concesse qualora l'aiuto individuale rientri nei limiti del regolamento UE de minimis applicabile, oppure possa beneficiare della deroga prevista dall'art. 107, paragrafo 2, del citato Trattato; in tal senso depone anche la successiva previsione di cui all'art. 1, commi 771-774, della l. n. 205 del 2017.

**Sez. L, n. 10899/2018, Mancino, Rv. 648812-01**, ha invece affermato che le agevolazioni previste dall'art. 9, comma 17, della l. n. 289 del 2002, che consentono alle imprese operanti nell'area colpita dal sisma che il 13 dicembre 1990 ha interessato la Sicilia, di cui all'ordinanza del Ministro per il coordinamento della protezione civile del 21 dicembre 1990, di assolvere il proprio obbligo contributivo mediante il versamento di una somma pari al dieci per cento del capitale dovuto, non spettano in riferimento ai lavoratori addetti a

unità produttive non operanti in tale area, restando irrilevante che l'impresa abbia la sua sede legale in zona tutelata.

In tema di sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi contributivi a seguito degli eventi sismici del 31 ottobre 2002, **Sez. L, n. 00202/2018, Mancino, Rv. 646563-01** ha chiarito che il pagamento integrale nel termine non realizza un indebito ripetibile, ma determina l'estinzione dell'obbligazione contributiva, nonostante l'effetto automatico delle misure sospensive adottate, precludendo la possibilità di avvalersi in epoca successiva del suddetto beneficio.

Mentre **Sez. L, n. 0037/2018, Boghetich, Rv. 646621-01**, in relazione ai benefici in favore dei soggetti colpiti dal sisma nella Regione Molise, ha affermato che l'art. 6, comma 4 bis, del d.lgs. 29 novembre 2008, n. 185, conv. con modif. dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, che prevede la possibilità di definizione della propria posizione previdenziale e tributaria con il pagamento del quaranta per cento del dovuto, ha una ratio diversa rispetto a quella che informa in generale i provvedimenti di sanatoria, in quanto diretta ad indennizzare i soggetti coinvolti in eventi calamitosi, sicché, in deroga al principio per cui la sanatoria non determina la possibilità di ottenere rimborsi dallo Stato, si deve ritenere, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, che chi ha interamente onorato il carico tributario o previdenziale possa ottenere l'eguale riduzione prevista per chi nulla ha pagato.

## 7. Accertamento e riscossione.

Con una decisione di carattere trasversale, e dunque applicabile a tutte le fattispecie, **Sez. L, n. 16691/2018, Mancino, Rv. 649486-01** afferma che gli accertamenti ispettivi in materia previdenziale e assicurativa, anche in caso di attestata regolarità, devono risultare da apposti verbali da notificare alla parte, atteso che l'art. 3, comma 20, della l. n. 335 del 1995, integrato dal d.l. n. 318 del 1996, conv. con modif. dalla l. n. 402 del 1996, preclude, a tutela dell'affidamento del privato all'esito positivo del vaglio ispettivo, una diversa valutazione, di altro ispettore, per lo stesso periodo contributivo.

Si segnala inoltre **Sez. L, n. 00678/2018, Rivero, Rv. 646729-01** che, in tema di riscossione coattiva, chiarisce l'ambito di applicazione dell'art. 13, comma 6, della l. n. 448 del 1998 affermando che tale articolo nell'individuare le eccezioni all'obbligo di riscossione dei crediti mediante ruolo da parte dell'INPS, fa riferimento a quelli già oggetto di procedimenti civili di cognizione e di esecuzione nel

cui ambito rientrano anche quelli contenuti in un titolo esecutivo giudiziale definitivo, atteso che, in detta ipotesi, da un lato, non vi sarebbe ragione di ritardare l'inizio dell'azione esecutiva diretta dell'Istituto e, da un altro, l'iscrizione a ruolo di tali crediti determinerebbe la creazione di più titoli esecutivi per lo stesso credito.

Sempre in tema di riscossione **Sez. 6-L, n. 28312/2018, Cavallaro, Rv. 651734-01**, afferma che il datore di lavoro non ha titolo, né interesse a lamentare la mancata identificazione nominativa nella cartella esattoriale dei beneficiari dei contributi (nella specie lavoratori agricoli stagionali), in quanto nel rapporto contributivo con l'INPS tale omessa indicazione è irrilevante in quanto l'importo dovuto dal datore di lavoro si ricava dal numero dei lavoratori impiegati e dalla base imponibile dell'obbligazione contributiva per i periodi di utilizzazione.

In ordine al procedimento di riscossione a mezzo ruolo dei contributi previdenziali, come regolato dagli artt. 24 e ss. del d.lgs. n. 46 del 1999, **Sez. L, n. 04225/2018, Calafiore, Rv. 647449-01**, ha affermato che in difetto di espresse previsioni normative che condizionino la validità della riscossione ad atti prodromici, a differenza di quanto avviene in materia di applicazione di sanzioni amministrative, in forza di quanto previsto, segnatamente, dall'art. 14 della l. n. 689 del 1981, la notifica al debitore di un avviso di accertamento non costituisce atto presupposto necessario del procedimento, la cui omissione invalidi il successivo atto di riscossione, ben potendo l'iscrizione a ruolo avvenire pur in assenza di un atto di accertamento da parte dell'istituto.

**Sez. L, n. 05963/2018, Calafiore, Rv. 647526-01**, poi, in tema di decadenza dal potere di iscrizione a ruolo dei crediti contributivi ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 46 del 1999, ha affermato che 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 - 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. La S.C. ha quindi cassato con rinvio la sentenza di appello che aveva ritenuto l'INPS

decaduto dal potere di iscrizione a ruolo di crediti contributivi relativi all'anno 2003, accertati con verbale ispettivo del maggio 2004.

Per **Sez. L, n. 12001/2018, Calafiore, Rv. 648952-01**, l'iscrizione di un lavoratore nell'elenco dei lavoratori agricoli assolve una funzione di agevolazione probatoria che viene meno qualora l'INPS, a seguito di un controllo, disconosca l'esistenza di un rapporto di lavoro esercitando una propria facoltà, che trova fondamento nell'art. 9 del d.lgs. n. 375 del 1993, con la conseguenza che, in tal caso, il lavoratore ha l'onere di provare l'esistenza, la durata e la natura onerosa del rapporto dedotto a fondamento del diritto di iscrizione e di ogni altro diritto consequenziale di carattere previdenziale fatto valere in giudizio.

**Sez. L, n. 22388/2018, Bellè, Rv. 650538-01**, ha ribadito che l'audizione del trasgressore, prevista dall'art. 18 della l. n. 689 del 1981, e la relativa convocazione, sono idonei a costituire in mora il debitore, ai sensi dell'art. 2943 c.c., atteso che ogni atto del procedimento previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per l'irrogazione della sanzione, ha la funzione di far valere il diritto dell'Amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria, e costituisce esercizio della pretesa sanzionatoria.

Merita di essere segnalata altresì **Sez. L, n. 21706/2018, Mancino, Rv. 650259-01**, la quale ha chiarito, confermando la precedente Sez. 5. n. 17526/2009, Giacalone, Rv. 609101-01, che alla mancata previsione nella l. n. 689 del 1981 del termine per l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione non si può ovviare applicando quello, peraltro non perentorio, previsto per la conclusione del procedimento amministrativo dall'art. 2 della l. n. 241 del 1990, in quanto la l. n. 689 del 1981 costituisce un sistema di norme organico e compiuto e delinea un procedimento di carattere contenzioso in sede amministrativa, scandito in fasi i cui tempi sono regolati in modo da non consentire, anche nell'interesse dell'incolpato, il rispetto di un termine così breve. È, quindi, applicabile il termine quinquennale di cui all'art. 28 della stessa legge, ancorché detta norma faccia letteralmente riferimento al termine per riscuotere le somme dovute per le violazioni.

## 7.1 Le condotte sanzionabili.

**Sez. L, n. 10427/2018, Mancino, Rv. 648811-01**, afferma che l'omessa o infedele denuncia mensile all'Inps, attraverso i Mod. DM 10, circa i rapporti di lavoro o le retribuzioni erogate, ancorché registrati nei libri di cui è obbligatoria la tenuta, concretizza l'evasione

contributiva di cui all'art. 116, comma 8, lett. b) della l. n. 388 del 2000, e non la meno grave fattispecie dell'omissione contributiva di cui alla lett. a) della stessa legge, dovendosi presumere una finalità di occultamento dei dati allo specifico fine di non versare i contributi o i premi dovuti, sicché grava sul datore di lavoro inadempiente l'onere di provare l'assenza dell'intento fraudolento e, quindi, la sua buona fede; tale onere non può ritenersi assolto con la mera allegazione di un preteso fatto doloso del terzo (nella specie, indebita appropriazione, da parte del consulente, delle somme da versare all'Inps), in assenza di una tempestiva denuncia dello stesso all'autorità giudiziaria penale, atteso che la condotta silente del datore di lavoro è idonea a corroborare l'elemento intenzionale.

In tema di ritenute fiscali sui redditi e contributi previdenziali, **Sez. L, n. 18259/2018, Mancino, Rv. 649848-01**, ha invece affermato che ai sensi dell'art. 35, comma 28, del d.l. n. 233 del 2006, conv. con modif. dalla l. n. 248 del 2006, applicabile “ratione temporis”, sussiste la responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore che va estesa alle sanzioni civili, benché la lettera della legge non lo preveda espressamente, attesa la natura accessoria, automatica e predeterminata delle stesse. La Corte ha inoltre chiarito che nella vigenza di tale regime non può trovare applicazione l'art. 21, comma 1, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. con modif. dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, che, per l'omissione contributiva negli appalti ha previsto la responsabilità del solo inadempiente, poiché detta norma, avendo natura innovativa e non interpretativa, non è retroattiva.

## 7.2. Le sanzioni civili.

**Sez. L, n. 04211/2018, Berrino, Rv. 647448-01**, ha chiarito che in tema di sanzioni civili per omissione contributiva, ove la sentenza dichiarativa di illegittimità del licenziamento del dirigente contenga la condanna del datore di lavoro al pagamento, in favore del dirigente medesimo, dell'indennità sostitutiva del preavviso, il debito contributivo, rapportato alla predetta indennità, sorge nel momento in cui il giudice adito emette sentenza di condanna provvisoriamente esecutiva ex art. 431 c.p.c. e la parte datoriale è messa in condizione di poter adempiere esattamente, senza che prima sia configurabile un ritardo nel versamento.

Rilevante, stante la generale applicabilità del principio, quanto affermato da **Sez. L, n. 03208/2018, Perinu, Rv. 647438-01**, secondo cui in materia di sanzioni civili per la mancata iscrizione di lavoratori nel libro matricola, l'art. 36 bis, comma 7, del d.l. n. 223 del

2006, conv., con modif., dalla l. n. 248 del 2006, è inapplicabile, essendo stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte cost. con sentenza 13 novembre 2014, n. 254, nella parte in cui prevede che l'importo delle sanzioni civili connesse all'omesso versamento dei contributi e premi riferiti a ciascun lavoratore non può essere inferiore a euro 3.000,00, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata. In materia rileva altresì **Sez. L, n. 26489/2018, Berrino, Rv. 650986-02**, che, richiamando la sopra citata sentenza della Consulta, ha precisato che le sanzioni previste per l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, riguardano esclusivamente le sanzioni civili applicabili indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata e non invece le sanzioni amministrative, la cui disciplina non è stata interessata dall'intervento del giudice delle leggi.

**Sez. L, n. 12450/2018, Mancino, Rv. 648970-01**, in tema di sgravi contributivi costituenti aiuti di Stato vietati dalla Commissione europea, ha affermato che sulle somme richieste dall'ente previdenziale, con l'azione di recupero, sono applicabili non solo gli interessi ma anche le sanzioni di cui all'art. 116, comma 8, lett. a), della l. n. 388 del 2000, al fine di rimarcare l'effettività del recupero dell'aiuto illegittimo. **Sez. L, n. 25545/2018, Calafiore, Rv. 650736-01**, ha invece specificato che l'obbligazione relativa alle somme aggiuntive che il datore di lavoro è tenuto a versare, in caso di decadenza dal diritto al versamento della contribuzione agevolata ex art. 53 del d.lgs. n. 276 del 2003, avendo natura di sanzione civile e carattere sussidiario, attesa la sussistenza di un vincolo di dipendenza funzionale tra la sanzione e l'omissione contributiva cui inerisce, consegue automaticamente al mancato o ritardato pagamento dei contributi dovuti. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva dichiarato dovuta l'intera contribuzione ma non applicabili le sanzioni relativamente ad un apprendista che non aveva partecipato alla formazione esterna).

**Sez. L, n. 03751/2018, Mancino, Rv. 647443-01**, ha poi chiarito che l'art. 1, comma 8 bis, del d.l. 2 dicembre 1985, n. 688, conv. con modif. dalla l. 31 gennaio 1986 n. 11, si interpreta nel senso che, nei confronti dei soggetti che alla data del 31 dicembre 1985 erano parte in procedimenti amministrativi o giudiziari in materia previdenziale o assistenziale, il termine per adempiere al versamento dei contributi dovuti fino al 31 dicembre 1985 deve essere fissato dall'istituto previdenziale successivamente alla definizione della vertenza; trascorso tale termine, trova applicazione la disposizione di cui al comma 4 del medesimo articolo, che subordina il beneficio

dell'esonero dalla somma aggiuntiva non solo alla presentazione della tempestiva domanda di rateazione ma anche al rispetto delle ulteriori condizioni ivi previste.

## **8. La prescrizione dei crediti contributivi.**

Le decisioni che hanno affrontato le questioni inerenti la prescrizione nel corso del 2018 hanno confermato orientamenti consolidati.

In questo contesto si colloca **Sez. L, n. 02965/2018, Mancino, Rv. 647394-01**, che in materia di prescrizione del diritto ai contributi di previdenza e di assistenza obbligatoria, si è allineata a quanto sancito da Sez. U, n. 06173/2008, Miani Canevari, Rv. 602255-01, affermando che la disciplina posta dall'art. 3, commi 9 e 10, della l. n. 355 del 1995 comporta che, per i contributi relativi a periodi precedenti alla data di entrata in vigore di detta legge - salvi i casi in cui il precedente termine decennale di prescrizione venga conservato per effetto di denuncia del lavoratore, o dei suoi superstiti, di atti interruttivi già compiuti o di procedure di recupero iniziate dall'Istituto previdenziale nel rispetto della normativa preesistente - il termine di prescrizione è quinquennale a decorrere dal 1° gennaio 1996, potendo, però, detto termine, in applicazione della regola generale di cui all'art. 252 disp. att. c.c., essere inferiore se tale è il residuo del più lungo termine determinato secondo il regime precedente.

**Sez. 6-L, n. 12200/2018, Curzio, Rv. 648208-01**, ribadisce l'orientamento sancito da Sez. U, n. 23397/2016, Tria, Rv. 641632-01 secondo il quale la scadenza del termine - pacificamente 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. 355 del 1995) in quello ordinario (decennale), ai sensi dell'art. 2953 c.c.. Tale ultima disposizione, infatti, si applica soltanto nelle ipotesi in cui intervenga un titolo giudiziale divenuto definitivo, mentre la suddetta cartella, avendo natura di atto amministrativo, è priva dell'attitudine ad acquistare efficacia di giudicato. Lo stesso vale per l'avviso di addebito dell'INPS, che, dall'1 gennaio 2011, ha sostituito la cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di detto Istituto.

**Sez. L, n. 01774/2018, Cavallaro, Rv. 647239-01** nel ribadire il consolidato orientamento della S.C. in tema di conversione del termine di prescrizione breve in quello decennale per effetto del giudicato, ex art. 2953 c.c., ha anche affermato che la predetta conversione non si verifica a seguito di decreto ingiuntivo non opposto ma privo della dichiarazione ex art. 647 c.p.c., bensì nel momento in cui il giudice, dopo aver controllato la notificazione del decreto, lo dichiara esecutivo, poiché il procedimento di cui all'art. 647 c.p.c. non ha una mera funzione di attestazione, analoga a quella della cancelleria circa l'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza, bensì quella, assai più penetrante, di una verifica giurisdizionale della regolarità del contraddittorio, che si pone all'interno del procedimento monitorio e che conclude l'attività in esso riservata al giudice in caso di mancata opposizione. L'effetto di cui all'art. 2953 c.c. sul termine di prescrizione si collega, infatti, ad un provvedimento giurisdizionale passato in giudicato, e tale qualità non può che essere attribuita al decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c., dal momento che solo per esso l'art. 656 c.p.c. prevede l'esperibilità dei mezzi straordinari d'impugnazione per la sentenza passata in giudicato.

Con riferimento alle singole fattispecie, **Sez. L, n. 16139/2018, Amendola F., Rv. 649288-01**, in tema di indennità spettanti al lavoratore al momento della cessazione del rapporto di lavoro ne ha ribadito la sottoposizione alla prescrizione quinquennale ex art. 2948, n. 5, c.c.. E' stato quindi affermato che l'applicazione della predetta disciplina deve effettuarsi a prescindere dalla natura dell'indennità, sia essa retributiva o previdenziale, in ragione dell'esigenza di evitare le difficoltà probatorie derivanti dall'eccessiva sopravvivenza dei diritti sorti in occasione della chiusura del rapporto. Sicché anche per il versamento della contribuzione sull'indennità sostitutiva del preavviso di licenziamento si applica la prescrizione breve, con decorrenza dalla cessazione del rapporto, restando irrilevante l'epoca in cui tale diritto sia stato eventualmente accertato in giudizio.

Secondo **Sez. L, n. 01166/2018, Calafiore, Rv. 646803-02**, qualora il datore di lavoro abbia operato un conguaglio tra i crediti derivanti dalle anticipazioni di trattamento integrativo in favore di lavoratori indebitamente collocati in CIGS e i debiti contributivi relativi ai medesimi lavoratori, la pretesa dell'Inps, che consegua all'accertamento della illegittimità del conguaglio, non costituisce una ordinaria richiesta di ripetizione di somme, ma conserva natura contributiva ed è pertanto assoggettata al termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 3 della l. n. 335 del 1995.



Inoltre **Sez. L, n. 28605/2018, Mancino, Rv. 651689-01**, ha ritenuto che il credito vantato dall'INPS nei confronti del datore di lavoro, relativo al rimborso delle somme erogate al lavoratore a titolo di indennità e di contribuzione figurativa afferenti al regime della c.d. mobilità lunga, va ascritto all'ampia categoria dei contributi previdenziali, e soggiace quindi al termine di prescrizione quinquennale, previsto dall'art. 3, comma 9, lett. b, della l. n. 335 del 1995.

**Sez. L, n. 15893/2018, Bellé, Rv. 649389-01**, in fattispecie nella quale la sentenza di merito aveva attribuito efficacia interruttiva della prescrizione ad un verbale di assemblea di un'associazione con cui si riconosceva l'omesso pagamento di contributi previdenziali, ha confermato il costante orientamento secondo cui il riconoscimento del diritto, al fine della interruzione della prescrizione, ex art. 2944 c.c., è configurabile in presenza non solo dei requisiti della volontarietà, della consapevolezza, della inequivocità e della recettività, ma anche di quello dell'esternazione, indispensabile al fine di manifestare anche alla controparte del rapporto quella portata ricognitiva che, con l'affidamento rispetto alla persistente esistenza del credito che ne deriva, sta a base dell'effetto interruttivo della prescrizione.

**Sez. L, n. 01166/2018, Calafiore, Rv. 646803-01**, si allinea alla precedente Sez. L, n. 24054/2015, Balestrieri, Rv. 637954-01, affermando che l'atto di interruzione della prescrizione, ai sensi dell'art. 2943, comma 4, c.c., non deve necessariamente consistere in una richiesta o intimazione, essendo sufficiente una dichiarazione che, esplicitamente o per implicito, manifesti l'intenzione di esercitare il diritto spettante al dichiarante; nel dettaglio la S.C. ha riconosciuto efficacia interruttiva alla lettera dell'Inps al contribuente, contenente la quantificazione del credito e l'avvertenza che in difetto di pagamento si sarebbe proceduto all'iscrizione a ruolo, ritenendo irrilevante che, nello stesso atto, si manifestasse disponibilità a rivedere la richiesta di pagamento in caso di contestazione.

Già in precedenza peraltro Sez. L, n. 24054/2015, Balestrieri, Rv. 637954-01, relativamente ad una fattispecie nella quale era stato richiesto all'INPS sulla base della ritenuta estensione di alcuni sgravi, il rimborso "di tutto quanto indebitamente corrisposto e indebitamente riscosso dall'Istituto in uno con interessi e danni", aveva affermato ai fini interruttivi la sufficienza della mera comunicazione del fatto costitutivo della pretesa posto che si tratta di atto non soggetto a formule sacramentali, avendo l'esclusivo scopo

di portare a conoscenza del debitore la volontà del creditore, chiaramente manifestata, di far valere il proprio diritto.

Si segnala ancora **Sez. L, n. 09589/2018, D'Antonio, Rv. 648639-01**, che con specifico riferimento alla domanda di accertamento negativo ex art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, ha affermato che non è idonea a determinare la sospensione della prescrizione del diritto al conseguimento dei contributi, che non è prevista da alcuna disposizione specifica né trova fondamento nella normativa codicistica, essendo inammissibile l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica delle disposizioni previste dagli artt. 2941 e 2942 c.c.; tale domanda non comporta inoltre l'interruzione della prescrizione, che l'art. 2943 c.c. fa discendere soltanto da atti tipici e specificamente enumerati contenenti l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto obbligato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora.

**Sez. L, n. 31352/2018, Ghinoy, Rv. 651918-01**, che ha poi chiarito come il subentro dell'Agenzia delle Entrate quale nuovo concessionario, pur comportando la novazione dell'obbligazione originaria non muti la natura del credito, che resta assoggettato per legge ad una disciplina specifica, né l'avvenuta novazione comporta una modifica del regime prescrizione, in quanto incompatibile con il principio di ordine pubblico della irrinunciabilità della prescrizione; sicché, in assenza di un titolo giudiziale definitivo che accerti con valore di giudicato l'esistenza del credito, trova applicazione la speciale disciplina di cui all'art. 3 della l. n. 335 del 1995 e non quella di cui all'art. 2946 c.c..

Assume rilievo altresì **Sez. L, n. 20867/2018, Leone, Rv. 650133-01**, la quale ha affermato che la notifica della cartella di pagamento ha efficacia interruttiva della prescrizione ove intervenga entro il termine di cinque anni dalla data in cui è sorto il credito contributivo dell'INPS, che coincide con il ventunesimo giorno di ogni mese avuto riguardo alle somme maturate per il mese precedente in quanto, ai sensi dell'art. 1 del d.m. 24 febbraio 1984, emanato ai sensi dell'art. 1 del d.l. 12 settembre 1983 n. 463, conv. con modif. dalla l. 11 novembre 1983, n. 638, il datore di lavoro è tenuto al versamento dei contributi relativi al rapporto di lavoro entro il giorno venti del mese successivo a quello di riferimento.

**Sez. L, n. 21371/2018, Calafiore, Rv. 650209-01**, ha invece affermato che la sentenza che ordina la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, stante la sua immediata esecutività, attiva

l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere i contributi maturati dalla data del licenziamento fino alla reintegra. Pertanto la prescrizione dei predetti inizia a decorrere dal termine di scadenza successivo alla riattivazione dell'obbligo, senza che diano luogo a sospensione della prescrizione l'impugnazione del licenziamento e lo svolgimento del relativo processo, rilevando rispetto alla possibilità per l'ente di far valere il credito contributivo, ai sensi dell'art. 2935 c.c., i soli impedimenti giuridici e non quelli fattuali. Nella specie, si è ritenuto influente, ai fini del decorso del termine di prescrizione, il momento di effettiva conoscenza da parte dell'INPS dell'avvenuta impugnazione del licenziamento e della conseguente decisione.

**Sez. L, n. 18465/2018, Berrino, Rv. 649871-01**, in linea di continuità con Sez. 1, n. 23269/2016, Di Marzio, Rv. 642411-01, ha evidenziato che l'estinzione di una società di persone, conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, determina un fenomeno di tipo successorio in virtù del quale sono trasferite ai soci le obbligazioni contributive rimaste inadempite; ne consegue che hanno effetto interruttivo della prescrizione le iniziative di recupero promosse nei confronti dei soci subentranti, e così pure rileva al medesimo fine l'accertamento dei crediti promosso in sede giudiziale nei confronti degli stessi, dalla definitività del quale, ai sensi dell'art. 2495, comma 2, c.c., comincia a decorrere ex novo il termine prescrizionale. In applicazione del principio la S.C. ha ritenuto che il termine di prescrizione del credito contributivo fosse stato interrotto dal passaggio in giudicato della decisione sul merito nonché dalla successiva notifica ai soci delle cartelle esattoriali per la sua riscossione.

**Sez. L, n. 27660/2018, Ponterio, Rv. 651058-01**, ha poi ribadito che il presupposto dell'azione risarcitoria attribuita al lavoratore dall'art. 2116 c.c. è costituito dall'intervenuta prescrizione del credito contributivo, poiché, una volta che si siano realizzati i requisiti per l'accesso alla prestazione previdenziale, tale situazione determina l'attualizzarsi per il lavoratore del danno patrimoniale risarcibile, consistente nella perdita totale del trattamento pensionistico ovvero nella percezione di un trattamento inferiore a quello altrimenti spettante.

## CAPITOLO XXIII

### LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

(DI ANNACHIARA MASSAFRA E STEFANIA RICCIO) \*

SOMMARIO: 1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS. - 1.1. La decadenza dall'azione giudiziale - 1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa. - 1.3. Le prestazioni pensionistiche. - 1.4. Riscatti e neutralizzazioni. - 1.5. C.I.G. e indennità di mobilità - 1.6. Indennità di disoccupazione ed L.S.U. - 1.7. Indennità di maternità. - 2. Le prestazioni assistenziali - 2.1. Danni da trattamenti sanitari. - 2.1.1. Danni post-trasfusionali. - 2.1.2. Danni irreversibili da vaccinazioni - 2.1.3. Danni da somministrazione di talidomide - 2.2. Le prestazioni di invalidità civile. - 2.2.1. L'indennità di accompagnamento. - 2.2.2. Profili processuali. - 2.3. Le prestazioni in favore delle vittime del dovere e degli ex combattenti - 2.4. Le misure in favore dei portatori di disabilità. - 2.5. Le prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica. 3. La compensatio lucri cum damno: aspetti rilevanti nella materia previdenziale ed assistenziale. - 3.1. Infortunio in itinere. - 3.2. Indennità di accompagnamento. - 3.3. Pensione di reversibilità

#### 1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS.

Le prestazioni previdenziali a carico dell'Inps presentano vaste problematiche di carattere sostanziale e processuali che verranno esaminate analiticamente.

##### 1.1. La decadenza dall'azione giudiziaria.

**Sez. L, n. 21039/2018, Calafiore, Rv. 650139-01**, in tema di decadenza dall'azione giudiziaria ex art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970 n. 639, ha riaffermato che la riproposizione, successivamente alla maturazione della decadenza, di una nuova domanda diretta ad ottenere il medesimo beneficio previdenziale non fa venir meno gli effetti decadenziali già prodotti posto che l'istituto, di natura sostanziale e di ordine pubblico, tutela la certezza dei capitoli di spesa gravanti sul bilancio dello Stato, che verrebbe altrimenti vanificata; la S.C. ha quindi cassato senza rinvio la decisione di merito che aveva rigettato l'eccezione di decadenza in materia di rivalutazione

---

\* *Annachiara Massafra ha redatto il par 1; Stefania Riccio i par. 2 e 3.*

contributiva per esposizione all'amianto, sul rilievo che era stata presentata una nuova istanza amministrativa.

**Sez. 6-L, n. 28639/2018, Esposito, Rv. 651739-01**, ha invece confermato l'orientamento consolidato secondo cui l'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 (nel testo modificato dall'art. 4 del d.l. 19 settembre 1992 n. 384, conv., con modif., dalla l. 14 novembre 1992, n. 438) disciplina una decadenza sostanziale "di ordine pubblico" in quanto annoverabile tra quelle dettate a protezione dell'interesse alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti l'erogazione di spese gravanti su conti pubblici. Ciò comporta che essa sia rilevabile in ogni stato e grado del giudizio con il solo limite del giudicato, dovendosi escludere la possibilità, per l'ente previdenziale di rinunciare alla decadenza stessa ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto ad essa soggetto.

## **1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa.**

In merito all'anzianità contributiva dei lavoratori a tempo parziale, **Sez. L, n. 26824/2018, Bellè, Rv. 651242-01**, ha affermato che l'art 7, comma 1, del d.l. n. 463 del 1983 (conv. con modif. dalla l. n. 638 del 1983) in conformità al principio di non discriminazione di cui all'art. 4 della direttiva n. 97/81/CE, come applicato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza del 10 giugno 2010 C-395/08 e C-396/08, va interpretato nel senso che, ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione, i lavoratori con orario part-time verticale ciclico hanno diritto all'inclusione anche dei periodi non lavorati.

In tema di trattamento pensionistico, nel caso di opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre i limiti originari di età pensionabile, ai sensi dell'art. 4 della l. 30 dicembre 1977, n. 903, **Sez. L, n. 16955/2018, Calafiore, Rv. 649603-01** ha ritenuto che le maggiorazioni della percentuale annua di commisurazione della pensione per ogni anno di anzianità contributiva acquisita per effetto dell'opzione stessa, come previste dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. 2 agosto 1990, n. 503, si applicano alle sole pensioni liquidate dall'Assicurazione Generale Obbligatoria dei lavoratori dipendenti (e dalle gestioni sostitutive, esonerative od esclusive della medesima), e non invece alle pensioni liquidate da altre gestioni, le quali esulano dall'ambito previsionale di detta norma, non rilevando, ai fini di un'eventuale interpretazione estensiva, la possibilità di cumulo dei contributi assicurativi versati in gestioni diverse e la ritenuta unitarietà del trattamento pensionistico a contribuzione mista. (Nella specie, la Corte ha escluso il diritto della pensionata ad ottenere il ricalcolo della

pensione di vecchiaia che le era stata liquidata dalla gestione dei lavoratori autonomi INPS, in conseguenza dell'opzione esercitata per la permanenza in servizio oltre l'età pensionabile).

Per **Sez. L, n. 03309/2018, Berrino, Rv. 647409-01**, l'esercizio dell'opzione di cui all'art. 1, comma 12, della legge 23 agosto 2004, n. 243, che consente di ottenere in busta paga la somma corrispondente alla complessiva contribuzione per l'assicurazione generale obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti, previa rinuncia all'ordinario accredito dei contributi stessi, determina la cristallizzazione della posizione previdenziale e, conseguentemente, esclude che il periodo intercorrente tra il momento in cui l'interessato in possesso dei requisiti per la pensione di anzianità esercita l'opzione e quello della maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia possa essere computato ai fini del trattamento pensionistico integrativo.

**Sez. L. 20458/2018, Lorito, Rv. 650090-01**, chiarendo la portata della disposizione dell'art. 24, comma 4, del d.l. n. 201 del 2011, conv. con modif. dalla l. n. 214 del 2011, ha affermato che essa non attribuisce al lavoratore il diritto potestativo di proseguire nel rapporto di lavoro fino al raggiungimento del settantesimo anno di età. Difatti la norma non crea alcun automatismo, ma si limita a prefigurare condizioni previdenziali di incentivo, sulla cui base le parti possano consensualmente stabilire la prosecuzione dello stesso rapporto; tuttavia, è stato ulteriormente affermato, che ove ricorrano dette condizioni e il lavoratore abbia chiesto la prosecuzione, l'assenso del datore di lavoro a tale proposta non deve necessariamente esprimersi in forma scritta, ma può trarsi anche dal comportamento concludente tenuto nella fase successiva al raggiungimento dell'età pensionabile, interpretato alla luce dei criteri di buona fede oggettiva e correttezza contrattuale.

Si segnalano inoltre **Sez. L, n. 21899/2018, Riverson, Rv. 650262-01**, secondo cui il pagamento dei contributi presuppone l'esistenza di un valido rapporto assicurativo pertanto, nell'ipotesi di versamento volontario dei contributi assicurativi e successivo annullamento del rapporto di lavoro sulla cui base era stato autorizzato detto versamento (nella specie, a seguito della cancellazione dagli elenchi dei lavoratori agricoli), il lavoratore ha diritto alla ripetizione di quanto pagato, non potendo essere acquisiti contributi relativi a rapporti di lavoro dichiarati inesistenti, nonché **Sez. L, n. 02498/2018, Calafiore, Rv. 647372-01**, che consolidando l'orientamento sancito dalla precedente Sez. L, n. 01660/2012, Ianniello, Rv. 621088-01, ribadisce che la responsabilità contrattuale dell'ente previdenziale per erronee informazioni fornite all'assicurato

può configurarsi soltanto ove queste siano rese od omesse su specifica domanda dell'interessato, lo inducano in un errore scusabile e si riferiscano a dati di fatto concernenti la posizione assicurativa dell'interessato. secondo la quale la responsabilità contrattuale dell'ente previdenziale per erronee informazioni fornite all'assicurato.

In relazione ai contributi figurativi relativi ai periodi di godimento dell'indennità di mobilità, **Sez. L, n. 06161/2018, Riverso, Rv. 647530-01**, chiarisce che gli stessi, ai sensi dell'art. 7, comma 9, della l. n. 223 del 1991, si calcolano sulla base della retribuzione cui è riferito il trattamento straordinario di integrazione salariale, che coincide con quella dovuta nel periodo immediatamente precedente alla risoluzione del rapporto di lavoro per l'orario contrattuale ordinario, maggiorata degli eventuali elementi di carattere continuativo; sicché deve ritenersi irrilevante il richiamo alla retribuzione effettivamente percepita contenuto nell'art. 8, comma 1, della l. 23 aprile 1981, n. 155.

Del resto già Sez. L., n. 24203/2017, Riverso, Rv. 646137-01, aveva specificato sotto altro profilo le modalità attraverso le quali dovesse essere calcolata l'indennità di mobilità, da determinarsi cioè in base alla retribuzione dovuta per l'orario contrattuale ordinario, calcolando nel relativo importo complessivo non solo la paga base, l'indennità di contingenza e i ratei di mensilità aggiuntive, ma tutti gli elementi, come eventuali maggiorazioni che devono essere considerati quali componenti della normale retribuzione oraria stabilita come parametro di riferimento, in relazione a quanto spettante a tale titolo per il periodo immediatamente precedente alla risoluzione del rapporto di lavoro.

Secondo **Sez. L, n. 21678/2018, Mancino, Rv. 650252-01**, i contributi figurativi da mobilità acquisiti nell'ultimo quinquennio, che concorrano ad integrare il requisito contributivo minimo per l'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia, non possono essere neutralizzati solo perché compromissivi del livello di prestazione pensionistica già virtualmente maturata, non essendo consentito far valere detta contribuzione agli effetti dell'anticipata maturazione del diritto alla pensione e nello stesso tempo non tenerne conto ai fini del calcolo della retribuzione pensionabile.

In tema di lavoratori socialmente utili titolari di indennità a carico dell'Inps, **Sez. L, n. 29942/2018, D'Antonio, Rv. 651674-01**, ha chiarito che la contribuzione figurativa loro accreditata é valorizzabile, a far tempo dal 1° agosto 1995, ai soli fini dell'accesso al trattamento pensionistico e non anche ai fini della misura dello

stesso, in virtù di quanto previsto dall'art. 1, comma 9, del d.l. n. 510 del 1996, conv. dalla l. n. 608 del 1996.

In tema di benefici previdenziali a favore dei perseguitati per motivi razziali, **Sez. L, n. 24745/2018, Bellè, Rv. 650726-01** ha specificato che gli accessori del credito derivante dalla riliquidazione della pensione, per effetto del riconoscimento della contribuzione figurativa ex art. 5 della l. 10 marzo 1955, n. 96, decorrono dallo spirare del centotunesimo giorno dalla data di presentazione al Ministero competente della domanda amministrativa volta al predetto riconoscimento, e non dal momento in cui quest'ultimo è stato comunicato all'I.N.P.S.

Per **Sez. L, n. 28934/2018, Mancino, Rv. 651704-01**, la contribuzione figurativa di cui all'art. 80, comma 3, della l. n. 388 del 2000 è prevista per l'attribuzione dei trattamenti pensionistici di anzianità e vecchiaia come testualmente chiarito dalla norma, e solo all'atto della presentazione della domanda di pensione. Da ciò ne discende l'esclusione in caso di richiesta di riliquidazione dell'assegno ordinario di invalidità, beneficio non pensionistico la cui erogazione è correlata ai contributi effettivamente erogati.

Con specifico riferimento alla determinazione del trattamento della pensione di vecchiaia liquidata a carico della gestione esercenti attività commerciali, **Sez. L, n. 26818/2018, D'Antonio, Rv. 651240-01**, ha invece escluso che i contributi figurativi per disoccupazione e maternità possano essere cumulabili in presenza di integrale copertura contributiva obbligatoria quale coltivatore diretto, colono o mezzadro, ribadendo il principio generale per cui non si fa luogo a contribuzione figurativa. quando il periodo sia comunque coperto da contribuzione.

### **1.3. Le prestazioni pensionistiche.**

In generale **Sez. L, n. 10432/2018, Calafiore, Rv. 648763-01**, afferma che il diritto alla pensione sorge nel momento in cui si perfezionano tutti gli elementi previsti dalla singola fattispecie pensionistica, pur restando il legislatore libero di disciplinare i requisiti amministrativi ed anagrafici di accesso diversamente nel corso del tempo e di tutelare le aspettative formatesi nel vigore dell'assetto normativo precedente in modo discrezionale. Deve pertanto escludersi che l'opzione per il regime di liquidazione interamente contributivo ai sensi dell'art. 1, comma 23, della l. n. 335 del 1995 dia anche diritto di accedere alla pensione di anzianità sulla base di quanto previsto dalla normativa previgente, poiché i requisiti



amministrativi ed anagrafici sono stati successivamente modificati in senso restrittivo, da ultimo con l'art. 1, comma 3, della l. n. 243 del 2004, che ha disposto, a salvaguardia delle posizioni assicurative esistenti, che potesse accedere a tale forma di pensione il lavoratore che avesse maturato entro il 31 dicembre 2007 i requisiti previsti dalle norme anteriori all'entrata in vigore della legge. Nel caso di specie, la S.C. ha escluso che avesse diritto alla pensione di anzianità il lavoratore privo del requisito anagrafico dei cinquantasette anni – cui la disciplina previgente condizionava l'accesso al trattamento pensionistico - pur avendo optato per il regime interamente contributivo già nel 2002, alla data del 31 dicembre 2007.

**Sez. 6-L, n. 19337/2018, Spena, Rv. 650153-01**, ha ribadito che l'articolo 22, comma 8, della l. n. 153 del 1969, (introdotto dall'art. 23 quinquies del d.l. 30 giugno 1972 n. 267, conv. con modif. dalla l. 11 agosto 1972 n. 485), che stabilisce la non applicabilità del divieto di cumulo tra pensione di anzianità e retribuzione lorda ai lavoratori agricoli salariati fissi giornalieri, non deroga a quanto previsto dall'art. 1, lett. c), della medesima legge, che prescrive il requisito dell'esistenza, all'atto della domanda di pensione, dello stato di disoccupazione. Ciò in quanto le due norme regolano due campi diversi quali il diritto a cumulare la pensione già conseguita con la retribuzione ed il diritto a conseguire la pensione. Ne deriva che il lavoro agricolo dipendente in atto alla data di presentazione della domanda di pensione di anzianità osta alla maturazione del diritto alla pensione.

**Sez. L, n. 01170/2018, Mancino, Rv. 647201-01**, nell'ipotesi di violazione del divieto di cumulo della pensione di anzianità con il reddito da lavoro autonomo, di cui all'art. 10, comma 6, del d.lgs. n. 503 del 1992, conferma invece che le maggiori somme erogate a titolo di pensione di anzianità, poi risultanti non dovute, sono recuperabili sotto forma di trattenuta sulla stessa pensione, poiché erogazione e trattenuta costituiscono eventi necessari della previsione normativa, che regola modalità e tempi per il completamento della fattispecie a struttura bifasica, senza che sia riscontrabile alcun errore dell'ente previdenziale e l'art. 10 cit. costituisce norma speciale volta a regolare un'ipotesi peculiare di indebito derivante dall'applicazione del detto divieto. Non trova, pertanto, applicazione la disciplina generale dell'indebito previdenziale di cui all'art. 52, comma 2, della l. n. 88 del 1989, che postula la diversa ipotesi dell'erogazione di un trattamento pensionistico in misura superiore a quella dovuta per errore, di qualsiasi natura, imputabile all'ente previdenziale.

In materia di cumulo della pensione con i redditi da lavoro, **Sez. L, n. 05961/2018, Rivero, Rv. 647515-01**, ha affermato che l'art. 44, comma 1, della l. n. 289 del 2002 – concernente il computo del requisito dell'anzianità contributiva pari a 37 anni che, unitamente all'età di 58 anni, consente la cumulabilità integrale della pensione di anzianità con i redditi da lavoro autonomo o dipendente – deve essere inteso nel senso che i contributi utili allo scopo siano costituiti dalla sola contribuzione effettiva in quanto, quando il suddetto articolo, ai fini della deroga al divieto di cumulo della pensione di anzianità con i redditi da lavoro, richiama un'anzianità contributiva di 37 anni non può che riferirsi ai contributi utili ai fini del conseguimento della stessa pensione di anzianità oggetto della norma, con esclusione pertanto della contribuzione figurativa utile soltanto per la misura della pensione, salvo le eccezioni previste dalla legge.

In tema di requisiti contributivi per la pensione di vecchiaia, **Sez. L, n. 10272/2018, D'Antonio, Rv. 648042-01**, ha affermato che la deroga stabilita dall'art. 2, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 503 del 1992, a favore dei lavoratori subordinati che, in possesso di un'anzianità assicurativa di almeno venticinque anni, siano stati occupati, per almeno dieci anni, per periodi di durata inferiore a cinquantadue settimane nell'anno solare, non può essere estesa ai lavoratori occupati per l'intero anno. In tal caso l'intento del legislatore è quello di proteggere, con il più favorevole regime previgente, i lavoratori non occupati per l'intero anno solare e non già i lavoratori che, sebbene occupati nell'intero anno solare, non possano far valere una contribuzione sufficiente.

La pensione di vecchiaia in regime internazionale è stata oggetto di esame da **Sez. L, n. 21618/2018, Berrino, Rv. 650248-01**, (nella specie convenzione con la Repubblica del Venezuela, ratificata con la l. n. 260 del 1991), che ha ribadito che l'integrazione al trattamento minimo va computata nel calcolo della pensione virtuale - e cioè dell'importo che sarebbe conseguito con l'applicazione della sola legge nazionale - se detta integrazione spetti al lavoratore ai sensi della legge italiana, atteso che la suddetta convenzione (art.8) dispone chiaramente che si deve tener conto di tutte le regole della legislazione propria dello Stato che provvede alla totalizzazione, restando irrilevante la mancata previsione espressa dell'applicazione della integrazione al minimo.

**Sez. L, n. 29191/2018, Calafiore, Rv. 651692-01**, sulla rilevante questione della pensione di vecchiaia anticipata ex art. 1, comma 8 della l. n. 503 del 1992 ha chiarito che il regime delle cd.

"finestre" previsto dall'art. 12 del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2010, trova applicazione, in forza del chiaro tenore testuale della norma ed in base all'ampio ambito soggettivo di riferimento, non solo a coloro i quali a decorrere dal 2011 maturino il diritto di accesso alla pensione in 65 anni per l'uomo e 60 per la donna, ma anche nei confronti dei soggetti che "negli altri casi" maturino tale diritto alle età previste dagli specifici ordinamenti.

La successiva **Sez. L, n. 32591/2018, Bellé, Rv. 652039**, ha poi ulteriormente chiarito che la pensione di vecchiaia anticipata di cui innanzi è inclusa nel meccanismo delle cd. "finestre" ma esclusa dalla disciplina prevista dall'art. 24, comma 5, della legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cd. Riforma Fornero). Tale intervento normativo, infatti, ha riguardato esclusivamente i soggetti i cui requisiti di pensionamento sono ridefiniti attraverso una dilazione dell'età pensionabile contestualmente disposta dai successivi commi della medesima disposizione che non menzionano i pensionati di vecchiaia per invalidità anticipata.

Sempre relativamente alla pensione anticipata **Sez. L, n. 20466/2018, Blasutto**, (in corso di rimassimazione per problemi tecnici sul sito), ha affermato che il divieto di cumulo tra pensione anticipata di anzianità ed incarichi di consulenza per l'amministrazione di provenienza, previsto dall'art. 25, comma 1, della l. n. 724 del 1994, non riguarda i contratti di lavoro subordinato, anche se a tempo determinato, ma esclusivamente le prestazioni di lavoro autonomo, riportabili al concetto di collaborazione continuativa e coordinata, prevalentemente personale.

In tema di pensione supplementare **Sez. L, n. 21189/2018, Mancino, Rv. 650140- 01**, ha invece chiarito i requisiti anagrafici e contributivi devono sussistere già al momento di presentazione della domanda, ne consegue che, in caso di compimento dell'età anagrafica in una data successiva, la relativa istanza va rigettata ed occorrendone una nuova solo da questa inizierà a decorrere la prestazione.

Quanto al trattamento pensionistico dei lavoratori autonomi privi di anzianità contributiva al 31 dicembre 1995, **Sez. L, n. 12810/2018, Mancino, Rv. 648736-01** ha avuto il pregio di evidenziare che il parametro al quale agganciare la contribuzione a percentuale è quello fissato, anno per anno, dall'art. 2, comma 18, della l. n. 335 del 1995, il cui massimale opera sia per la base contributiva che per quella pensionabile.

**Sez. L, n. 30267/2018, D'Antonio, Rv. 651644-01**, ha affermato che il diritto alla pensione di reversibilità ex art. 13 del r.d. 14 aprile 1939 n. 636 (come modificato dall'art. 22, comma 3, della l.

21 luglio 1965 n. 903) non spetta al figlio superstite e a carico il quale sia iscritto ad un corso di studi presso un istituto italiano convenzionato con una Università inglese, ove quest'ultima abbia rilasciato un titolo che non sia stato riconosciuto in Italia secondo quanto stabilito dagli artt. 3 e VI 5 della Convenzione di Lisbona, ratificata con l. n. 148 del 2002.

**Sez. 6-L, n. 22738/2018, Cavallaro, Rv. 650917-01**, ribadisce che qualora la pensione (nella specie di reversibilità) sia stata conseguita con la totalizzazione dei periodi lavorativi pre-stati presso diversi Stati membri della Comunità Europea, le quote aggiuntive previste dall'art. 10, comma 3, della legge 3 giugno 1975, n. 160, spettano solo se il pro rata italiano sia superiore al trattamento minimo, non rilevando a tal fine il diverso regime previsto per la perequazione automatica di cui al comma 1 della medesima norma, il cui riconoscimento alle pensioni inferiori al trattamento minimo è stato esteso dal successivo art. 14 del d.l. n. 663 del 1979, conv. con modif. dalla l. n. 33 del 1980.

**Sez. L, n. 13980/2018, Rivero, Rv. 648988-01**, in materia di trattamento pensionistico dei dirigenti già assicurati presso l'INPDAI e trasferiti, a seguito della soppressione di tale ente, nella gestione previdenziale dell'INPS, chiarisce che il principio del pro rata, contenuto nell'art. 42, comma 3, della l. n. 289 del 2002, impone di determinare l'ammontare delle quote relative a ciascun periodo di assicurazione secondo tutte le disposizioni vigenti nel corrispondente regime normativo; ne consegue che, per la quota corrispondente alle anzianità contributive acquisite presso l'INPDAI fino alla sua soppressione, il calcolo va operato tenendo conto anche della cd. clausola di salvaguardia di cui all'art. 3, comma 4, del d.lgs. 24 aprile 2007 n. 181, che, già prima della soppressione dell'INPDAI, escludeva che il trattamento pensionistico complessivo degli iscritti a tale ente potesse risultare inferiore a quello previsto dall'assicurazione generale obbligatoria; sullo stesso tema **Sez. L, n. 12944/2018, Mancino, Rv. 649061-01**, ha evidenziato che le due quote che compongono la pensione unitaria riflettono i due distinti e peculiari regimi assicurativi, ai quali il lavoratore è stato assicurato, e la quota proporzionale al periodo di assicurazione presso l'INPDAI deve essere calcolata nel rispetto del massimale contributivo e pensionabile che caratterizza detta assicurazione, in base agli artt. 6 della l. 27 dicembre 1953 n. 967 e 2 del d.P.R. 17 agosto 1955 n. 914 computando tutte le retribuzioni che concorrono alla determinazioni della predetta quota, ancorché percepite successivamente al 31 dicembre 2002.

Quanto alla pensione di inabilità, per **Sez. L, n. 01921/2018, Boghetich, Rv. 647243-01**, la maggiorazione di cui all'art. 2, comma 3, della l. n. 222 del 1984 va calcolata in riferimento alla base pensionabile che sarebbe spettata al singolo iscritto avuto riguardo alle specifiche modalità lavorative del rapporto in essere alla data della domanda amministrativa di pensione; con la conseguenza che, nell'ipotesi di lavoro part-time, trova applicazione il sistema di riproporzionamento previsto dall'art. 9, comma 4, del d.lgs. n. 61 del 2000, con corrispondente incidenza della ridotta contribuzione sulla misura del trattamento previdenziale; **Sez. L, n. 16141/2018, Ponterio, Rv. 649289-01**, ha invece ribadito che ai fini del riconoscimento dell'assegno ordinario di invalidità, la sussistenza del requisito posto dall'art. 1 della l. n. 222 del 1984, concernente la riduzione a meno di un terzo della capacità di lavoro dell'assicurato in occupazioni confacenti alle sue attitudini, deve essere verificata operando una valutazione complessiva del quadro morboso dell'assicurato, con riferimento alla sua incidenza non solo sull'attività svolta in precedenza, ma su ogni altra che egli possa svolgere, in relazione alla sua età, capacità ed esperienza, senza esporre a ulteriore danno la propria salute. Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva valutato l'incidenza della malattia sulla sola precedente attività di tornitore svolta dall'assicurato senza considerare altre possibili occupazioni a lui confacenti.

Si segnala altresì **Sez. L, n. 00844/2018, Mancino, Rv. 646960-01**, che in tema di trasformazione della pensione d'invalidità in pensione di vecchiaia, al compimento dell'età pensionabile, afferma che la questione relativa alla sussistenza dei requisiti anagrafici e contributivi non costituisce un'eccezione in senso stretto ma una mera difesa, deducibile in ogni stato e grado, anche nel giudizio di cassazione, salvo l'onere di specifica contestazione dei fatti affermati dalla controparte e la formazione del giudicato.

I contenuti della sentenza di accoglimento della domanda di assegno di invalidità e le implicazioni in tema di giudicato sono oggetto di **Sez. 6-L, n. 19249/2018, Doronzo, Rv. 650201-01**, in cui la Corte ha specificato che l'accertamento contenuto nella sentenza di accoglimento della domanda di assegno di invalidità pensionabile si estende a tutti gli elementi che concorrono ad integrare, per legge, la fattispecie costitutiva del diritto all'assegno e, quindi, non solo al requisito sanitario, ma anche al requisito contributivo-assicurativo per l'accesso alla prestazione. Ne consegue che l'impugnazione, ove investa la sussistenza di uno solo dei due requisiti, non preclude la

formazione del giudicato, quantomeno implicito, in relazione all'altro.

#### 1.4. Riscatto e neutralizzazioni.

In tema di riscatto dei periodi corrispondenti all'astensione facoltativa per maternità fuori dal rapporto di lavoro, **Sez. L, n. 13969/2018, Mancino, Rv. 648987-01**, ha affermato che l'integrazione della pensione, ancorché avente decorrenza anteriore, spetta dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 151 del 2001 ove i contributi riscattati siano stati essenziali per la maturazione del diritto a pensione, senza che possa trovare applicazione la clausola di salvezza contenuta nell'art. 2, comma 504, della l. n. 244 del 2007, dettata con esclusivo riferimento a coloro che, alla predetta data, fossero già iscritti a una gestione assicurativa.

Secondo **Sez. L, n. 20924/2018, Berrino, Rv. 650136-01** la domanda amministrativa di riscatto del corso di laurea rientra tra le prestazioni previdenziali previste a favore di determinati lavoratori subordinati, sicché è ad essa applicabile il termine di decadenza di cui all'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970, la cui maturazione non esclude peraltro che il riscatto possa essere chiesto successivamente, con riferimento tuttavia ai parametri retributivi in atto alla data della nuova domanda, mentre per **Sez. L, n. 23773/2018, Mancino, Rv. 650572-01**, in seguito alla progressiva privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti del Banco di Napoli, il rinvio alla normativa sulle pensioni per i dipendenti statali, operato dall'art. 11 dell'all. T all'art. 39 della l. n. 8 agosto 1895, n. 486, non riguarda le modalità procedurali per l'ottenimento del diritto alla pensione, ma opera solo come limite negativo, nel senso che il trattamento pensionistico di tali dipendenti non può essere inferiore a quello previsto dalla disciplina applicabile agli statali. Pertanto, ai fini del riconoscimento delle anzianità particolari indicate dall'art. 105 del regolamento del personale del Banco di Napoli, tra cui quella derivante dal riscatto degli anni di laurea, la denuncia dei titoli utili a tale riconoscimento deve avvenire nel termine di decadenza di novanta giorni dalla nomina in ruolo o dal conseguimento dei titoli, se successivo, previsto dall'art. 106 dello stesso regolamento, senza che tale disciplina convenzionale renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, nel senso voluto dall'art. 2965 c.c..

**Sez. L, n. 28025/2018, Rivero, Rv. 651493-01** ha affrontato la questione relativa all'applicabilità della c.d. neutralizzazione dei periodi a contribuzione ridotta relativamente ai trattamenti

pensionistici liquidati dopo il 1° gennaio 1993. Nel dettaglio, ricostruendo la normativa ed essi applicabile, ha chiarito come essi sono determinati, avuto riguardo alla disciplina di cui alla l. 23 ottobre 1992 n. 421 e al d.lgs. n. 503 del 1992, sulla base di una progressiva estensione del periodo di calcolo della retribuzione pensionabile, tesa a rendere l'importo della pensione il più possibile aderente all'effettiva consistenza di quanto percepito dal lavoratore nel corso della sua vita lavorativa. Da ciò consegue che, rispetto ad essi, non opera, anche con riferimento ai lavoratori che, alla predetta data, abbiano maturato un'anzianità superiore a 15 anni, il rimedio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, della cd. “neutralizzazione” dei periodi a retribuzione ridotta, il quale ha la finalità di evitare un decremento della prestazione previdenziale nell'assetto legislativo delineato dall'art. 3 della l. n. 287 del 1982, incentrato sulla valorizzazione del maggior livello retributivo tendenzialmente raggiunto negli ultimi anni di lavoro.

In tema di pensione cd. indiretta, **Sez. L, n. 25858/2018, Berrino, Rv. 650860-01**, ha affermato che lo stato di disoccupazione del de cuius nel quinquennio antecedente al suo decesso non rientra fra le ipotesi tassative di neutralizzazione dei periodi di sospensione del rapporto assicurativo ex art. 37 del d.P.R. n. 818 del 1957, disposizione finalizzata alla protezione del lavoratore assicurato interessato da uno degli eventi ivi indicati; è stato inoltre evidenziato come sia ininfluenza la posizione dei terzi, quali i superstiti, il cui diritto al trattamento di reversibilità matura “iure proprio” e non “iure successionis”.

Sempre in materia rileva **Sez. L, n. 26667/2018, Riversono, Rv. 651198-01**, per la quale la neutralizzazione dei periodi di sospensione del rapporto assicurativo previdenziale obbligatorio, che derivino da alcune obiettive situazioni impeditive (quali l'astensione facoltativa dal lavoro per maternità, la prestazione di lavoro all'estero, la malattia di una certa durata ed altre) - prevista dall'art. 37 del d.P.R. 26 aprile 1957 n. 818, ai fini dell'esclusione dei periodi medesimi in sede di verifica dei requisiti contributivi e, in particolare, del requisito del prescritto numero minimo di contributi nell'ultimo quinquennio ai fini del diritto alla pensione di invalidità - è espressione di un principio generale del sistema previdenziale, diretto ad impedire che il lavoratore perda il diritto alla prestazione previdenziale allorché il versamento contributivo sia carente per ragioni a lui non imputabili. Ne consegue che non è necessario che la causa impeditiva operi nel corso di un rapporto di lavoro, in atto sospeso; e che, in caso di mancata maturazione del requisito contributivo specifico, consistente

nella contribuzione nell'ultimo quinquennio precedente la domanda per il pensionamento di invalidità imputabile ad infermità dell'assicurato, deve ritenersi sufficiente il requisito contributivo c.d. generico.

### 1.5. CIG ed indennità di mobilità.

In assenza di precedenti, **Sez. L, n. 10139/2018, Mancino, Rv. 648730-01**, ha chiarito che una cooperativa portuale inquadrata nel settore industria è tenuta al pagamento dell'integrazione salariale straordinaria anche per i lavoratori non temporanei, in applicazione dell'art. 5 della l. 13 agosto 1984, n. 469, che ha esteso l'ambito di applicazione della CIGS, individuato dalla l. 5 novembre 1968 n. 1115, anche in favore delle compagnie e dei gruppi portuali, e dell'art. 9 della legge 29 dicembre 1999 n. 407 che ne ha imposto definitivamente il relativo obbligo contributivo, trovando detta estensione il suo fondamento nella natura industriale della cooperativa, nella necessità di evitare una disparità di trattamento con i lavoratori temporanei, ed infine nella considerazione che le cooperative portuali altro non sono che una evoluzione delle concessionarie di servizi portuali, a nulla rilevando la venuta ad esistenza delle stesse in data successiva rispetto alla normativa innanzi richiamata.

**Sez. L, n. 26028/2018, Riverso, Rv. 651190-01** ha invece chiarito che il requisito dimensionale previsto dall'art. 24, comma 1, della l. n. 223 del 1991, deve essere verificato non già in riferimento al momento della cessazione dell'attività e dei licenziamenti, ma con riguardo all'occupazione media dell'ultimo semestre, in analogia con quanto previsto dall'art. 1, comma 1, della medesima legge; sicché, il semestre va calcolato a ritroso dalla data di intimazione dei licenziamenti per cessazione dell'attività, comprendendovi, pertanto, anche il mese nel quale è intervenuto il recesso datoriale.

Per **Sez. L, n. 05383/2018, Berrino, Rv. 647483-01** la normativa sulla mobilità, introdotta dalla l. n. 223 del 1991, con l'esplicito richiamo operato all'istituto della cassa integrazione guadagni straordinaria, prevista dall'art. 2 della l. n. 1115 del 1968, ha inteso riconoscere il diritto all'indennità di mobilità ai soli lavoratori di imprese industriali che occupino più di quindici dipendenti, restando invece esclusi da tale indennità i lavoratori di imprese svolgenti attività a carattere misto, nei confronti delle quali non è possibile un ampliamento o una modifica della sfera di operatività della cassa integrazione. Nella specie, la S.C. ha riformato la decisione



di merito che aveva riconosciuto l'indennità di mobilità ad una dipendente addetta ad una attività produttiva computando, ai fini del requisito dimensionale, i dipendenti di altra unità operativa della stessa società addetti, tuttavia, ad una attività commerciale.

Si segnala inoltre **Sez. L, n. 02497/2018, Calafiore, Rv. 647308-01** che, allineandosi all'orientamento sancito da Sez L, n. 20826/2014, De Renzis, Rv. 632572-01, afferma che la corresponsione anticipata dell'indennità di mobilità prevista dall'art. 7, comma 5, della l. n. 223 del 1991 ha la finalità di incentivare il disoccupato in mobilità verso attività autonome, riducendo la pressione sul mercato del lavoro subordinato, e in quanto contributo finanziario destinato a sopperire alle spese iniziali di un'attività che il lavoratore in mobilità svolgerà in proprio, perde la sua connotazione tipica di prestazione di sicurezza sociale. Mentre lo svolgimento di attività lavorativa autonoma, o anche di collaborazione coordinata e continuativa nelle forme del contratto a progetto fa cessare lo stato di bisogno connesso alla disoccupazione involontaria e determina il venire meno, sia del diritto all'indennità di disoccupazione, sia di quello all'indennità di mobilità.

In tema di concessione del beneficio di cui all'art. 7, comma 7, della l. n. 223/1991, vigente "ratione temporis", **Sez. L, n. 02697/2018, D'Antonio, Rv. 647391-01** ha ribadito che l'erogazione dell'indennità di cd. "mobilità lunga" spetta fino alla data di maturazione del diritto al pensionamento di anzianità e non fino alla data di effettiva decorrenza o percezione del trattamento pensionistico, che è condizionata alla presentazione della relativa domanda da parte dell'interessato, poiché altrimenti l'erogazione degli emolumenti verrebbe ad essere indebitamente prolungata oltre il periodo previsto dalla legge. Nella specie, la S.C., riformando la pronuncia di appello, ha negato la predetta indennità ad un lavoratore, che al momento dell'attribuzione non era ancora in possesso dei requisiti per la pensione di anzianità, ritenendo irrilevante che avesse maturato il diritto a pensione in forza del tardivo riconoscimento del beneficio derivante dall'esposizione all'amianto.

## **1.6. Indennità di disoccupazione ed L.S.U.**

**Sez. L, n. 26027/2018, Berrino, Rv. 651189-01**, ha affermato che lo stato di disoccupazione normativamente rilevante non equivale alla totale mancanza di ogni attività lavorativa, ma piuttosto alla percezione di redditi di importo inferiore alla soglia legale del

minimo imponibile. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato il riconoscimento dell'indennità in favore di una lavoratrice che, per effetto della cessazione di uno dei due rapporti dalla stessa stipulati per il tramite dell'agenzia somministratrice, era venuta a trovarsi incolpevolmente in una situazione economica inidonea a garantirle il raggiungimento della soglia minima reddituale.

In materia di indennità di disoccupazione ordinaria con requisiti ridotti, assume particolare rilievo **Sez. L, n. 26218/2018, Riviero, Rv. 651194-01**, che chiarisce come ai fini del raggiungimento del requisito contributivo dei 78 giorni, di cui all'art. 7, comma 3, del d.l. n. 86 del 1988, conv. con modif. dalla l. n. 160 del 1988, applicabile “ratione temporis”, vanno computate non soltanto le giornate di effettiva prestazione del lavoro, ma anche quelle non lavorate, qualora interne ad un periodo complessivamente considerato lavorativo e per le quali sussista l'obbligo di contribuzione, quali l'assenza per festività e per ferie, i periodi di maternità e di malattia nonché i riposi ordinari, tra i quali rientrano le domeniche in forza di quanto previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 66 del 2003, mentre non rileva quanto previsto dagli artt. 3 e 4 del d.P.R. n. 818 del 1957, che attengono all'individuazione del quantum della retribuzione giornaliera assoggettabile a contribuzione.

In tema di indennità di disoccupazione agricola, **Sez. L, n. 10143/2018, Mancino, Rv. 648731-01**, ha inoltre affermato che per le modalità di calcolo della prestazione - nella specie, percepita nel 2006 - si deve utilizzare, “ratione temporis”, la misura del salario medio convenzionale, fissato con decreto ministeriale, che continua ad operare per gli operai agricoli per i quali l'esclusione dall'ambito applicativo del d.l. n. 463 del 1983, conv. con modif. dalla l. n. 683 del 1983, è risultata confermata dalle successive disposizioni, introdotte con il d. l. n. 338 del 1989, conv. con modif. dalla l. n. 389 del 1989. È stato quindi chiarito che l'individuazione di regole diverse per la contribuzione dovuta dal datore di lavoro e per la contribuzione da valorizzare per la misura delle prestazioni spettanti ai lavoratori, specie quanto alle prestazioni temporanee, trova fondamento nelle basi fondanti del sistema previdenziale, di tutela del singolo lavoratore e di solidarietà di ciascun lavoratore nei confronti degli altri, con la conseguenza che il contemperamento della detta duplice esigenza è affidato alla discrezionalità del legislatore senza necessità alcuna che tutti i contributi versati dal datore di lavoro per ciascuna assicurazione sociale in favore del singolo lavoratore si tramutino, automaticamente, nell'importo della prestazione a questi dovuta.

**Sez. 6-L, n. 28481/2018, De Marinis, Rv. 651736-01**, nel precisare le modalità attraverso le quali deve essere determinato il trattamento economico spettante ai lavoratori socialmente utili, ha affermato che essendo estranea ex lege la disciplina dell'impiego subordinato, la determinazione dell'importo integrativo deve essere effettuata secondo quanto previsto dal solo art. 8, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 468 del 1997, e dunque sulla base di una retribuzione oraria determinata in forza dello specifico criterio ivi indicato per il quale il divisore previsto ai fini dell'individuazione del valore della retribuzione oraria per i lavoratori impiegati presso il soggetto utilizzatore nelle medesime attività va applicato alla retribuzione base (minimo contrattuale e indennità integrativa speciale).

### **1.7. L'indennità di maternità.**

**Sez. L, n. 11414/2018, Marchese, Rv. 648906-01**, ha affrontato un delicato aspetto relativo alle modalità di determinazione del trattamento economico spettante alla lavoratrice, distinguendo i presupposti relativi applicazione degli artt. 23 e 22 del d.lgs. n. 151 del 2001.

Nel dettaglio ha affermato che tale trattamento va determinato nel quantum con esclusivo riferimento alla “retribuzione-parametro” di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 151 del 2001, mentre il rinvio dell'art. 22 dello stesso decreto ai criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie deve essere limitato ai soli istituti che disciplinano tale indennità, quali ad esempio quelli in tema di domanda amministrativa o regime prescrizione.

Si segnala **Sez. L, n. 10283/2018, Calafiore, Rv. 648734-01**, che in tema di indennità di maternità in caso di parto prematuro, ha chiarito che l'individuazione della data da cui decorre il periodo di astensione obbligatoria non goduto, in tutto o in parte, può ancorarsi, ai sensi dell'art. 16, lett. c), del d.lgs. n. 151 del 2001, come interpretato dalla Corte cost. con la sentenza additiva n. 116 del 7 aprile 2011, alla data di ingresso del neonato nella casa familiare, essendo la ratio della disposizione normativa ravvisabile nel temperamento della tutela del diritto alla salute della madre con il fine di proteggere il rapporto tra madre e figlio nel periodo successivo alla nascita; qualora, tuttavia, il parto prematuro sia connesso alla necessità di ricovero oltremodo prolungato del neonato presso strutture sanitarie, tale ultimo fine rimane eluso se la madre, per ragioni di salute, non possa riprendere l'attività lavorativa e quindi

debba avvalersi immediatamente di detto congedo, dovendosi escludere che in tal caso sussista il diritto al cumulo di un periodo ulteriore all'atto dell'uscita del bambino dall'ospedale.

In ampliamento delle tutele alla genitorialità **Sez. L, n. 22177/2018, Rivero, Rv. 650534-01** ha affermato che l'utilizzo da parte del padre lavoratore dipendente dei riposi giornalieri previsti dall'art. 40 del d.lgs. n. 151 del 2001 non è alternativo alla fruizione dell'indennità di maternità della madre lavoratrice autonoma. Quest'ultima infatti, a differenza della lavoratrice dipendente, può rientrare al lavoro in qualsiasi momento dopo il parto, e dunque anche mentre sta godendo della suddetta indennità; pertanto potendo entrambi i genitori lavorare subito dopo l'evento della maternità, risulta maggiormente funzionale affidare agli stessi la facoltà di decidere le modalità di fruizione dei permessi al fine di garantire l'assistenza e protezione della prole, salvi i limiti temporali previsti dalla legge, senza che rilevi la sovrapposizione, in tutto o in parte, dei due benefici in capo ai distinti beneficiari.

In tema di indennità genitoriale **Sez. L, n. 10282/2018, Calafiore, Rv. 648342-01**, ha chiarito che la sentenza del 14 ottobre 2005 n. 385 della Corte cost., dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 del d.lgs. n. 151 del 2001, laddove non prevedono il principio che al padre adottivo libero professionista spetti, in alternativa alla madre, l'indennità genitoriale, pur avendo natura di pronuncia "additiva di principio", è auto applicativa e non meramente dichiarativa, per cui consente di per sé, con l'efficacia stabilita dall'art. 136 Cost., l'immediato riconoscimento di tale indennità, in ragione del diritto alla parità di trattamento che ha determinato la decisione.

## **2. Le prestazioni assistenziali.**

### **2.1. Danni da trattamenti sanitari.**

Numerose le pronunce in cui viene il rilievo il tema della tutela assistenziale contro i danni irreversibili alla sfera della integrità psico-

fisica derivati da vaccinazioni, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

### 2.1.1. Danni post-trasfusionali

Dando continuità ad un precedente orientamento, la Corte ha ribadito la natura dell'indennizzo aggiuntivo contemplato dall'art. 7 della l. 25 febbraio 1992, n. 210, per le ipotesi di insorgenza di più malattie professionali eziologicamente correlate al medesimo fatto generatore. In una vicenda relativa alla contrazione, da parte di soggetto emotrasfuso, delle epatopatie HBC e HCV, si è precisato come l'indennizzo in questione configuri una prestazione solidaristica accessoria rispetto a quella prevista dall'art. 1 della stessa legge per la prima malattia (che ne costituisce il necessario presupposto), ma al tempo stesso connotata da autonomia, necessitando di un ulteriore elemento costitutivo, che è dato dal distinto esito invalidante della patologia sopravvenuta - pur nella apparente comunanza del quadro nosologico - ed è condizionata alla proposizione di apposita domanda amministrativa. Dalla ritenuta autonomia dei benefici, pur se aventi la stessa genesi, nonché dal carattere eccezionale delle norme in tema di decadenza - insuscettibili di applicazione oltre i casi in esse considerati - discende l'ulteriore implicazione che non può interpretarsi in senso estensivo o analogico il termine di decadenza triennale di cui all'art. 3, comma 1, della l. n. 210 del 1992, previsto per la proposizione della domanda amministrativa per la patologia primaria da vaccinazioni o per effetti post-trasfusionali, con riferimento alla domanda di indennizzo aggiuntivo di cui al comma 7 (**Sez. 6-L, n. 19704/2018, Ghinoy, Rv. 650204-01**).

Sul versante della tutela processuale, la Corte si è allineata all'orientamento espresso da Sez. U. n. 15687/2015, Di Cerbo, Rv. 636078-01, in forza del quale il termine annuale per l'esercizio dell'azione giudiziale per danni irreversibili post-trasfusionali, previsto dall'art. 5 della l. n. 210 del 1992, ha natura perentoria, tanto evincendosi sia dalla formulazione della norma, nella parte in cui prevede che, dopo il decorso di esso termine, la tutela giurisdizionale non sia più esperibile, sia dalla "*ratio legis*", che è quella di cadenzare rigidamente i tempi processuali, per l'esigenza della collettività alla sollecita definizione di controversie che scontano una complessa fase di valutazione, sia in sede amministrativa che in sede giudiziale. Corollario del carattere pubblicistico della decadenza è, inoltre, l'irrilevanza del comportamento delle parti rispetto al decorso del

termine. In applicazione di tali enunciati, la Corte ha ritenuto l'inammissibilità dell'originaria domanda nella vicenda processuale al vaglio, inconferente essendo che, nelle more del giudizio di primo grado, il Ministero della salute avesse riconosciuto l'indennizzo, senza tuttavia corrispondere l'indennità integrativa e gli interessi legali, per il pagamento dei quali il dante causa del ricorrente insisteva sulla base dell'iniziale domanda giudiziale, tardivamente proposta. (**Sez. L, n. 08959/2018, Torrice, Rv. 648624-01**).

### **2.1.2. Danni irreversibili da vaccinazioni.**

Sviluppando una linea evolutiva tesa ad ampliare la platea dei soggetti legittimati a fruire delle misure assistenziali ex l. n. 210 del 1992, con riferimento ai danni irreversibili da somministrazione di vaccini, **Sez. L, n. 11339/2018, Mancino, Rv. 648188-01**, ha riconosciuto il diritto all'indennizzo in favore dei soggetti danneggiati da vaccinazione antipoliomielite, ancorché somministrata in epoca antecedente all'entrata in vigore della l. 30 luglio 1959, n. 695, quando, pur non imposta come obbligatoria, essa era tuttavia incentivata dai coevi programmi di politica sanitaria (anche indirettamente, attraverso la previsione normativa che il trattamento costituisse condizione imprescindibile per l'accesso alle comunità di minori). Al fondo del ragionamento, la Corte pone la lettura, costituzionalmente orientata, dell'art. 1, comma 1, della legge cit., secondo cui il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. impone l'erogazione di una misura di protezione specifica compensativa del sacrificio individuale che sia scaturito da trattamenti sanitari non solo imposti, ma anche semplicemente suggeriti in nome della salute collettiva, poi rivelatisi pregiudizievoli per il singolo. Dalle indicate premesse deriva l'operatività del termine triennale di cui all'art. 3, comma 1 della l. n. 210 del 1992, la cui decorrenza ha inizio nel momento in cui, sulla base della documentazione prescritta nella norma, l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno, a tal fine richiedendosi la consapevolezza dell'esistenza di una patologia causalmente ascrivibile alla vaccinazione, dalla quale sia derivato un danno irreversibile che possa essere inquadrato - pur alla stregua di un mero canone di equivalenza e non invece secondo un criterio di rigida corrispondenza tabellare - in una delle infermità classificate nelle otto categorie di cui alla tabella 13, annessa al T.U. approvato con d.P.R.

23 dicembre 1978, n. 915, come sostituita dalla tabella A allegata al d.P.R. 30 dicembre 1981, n. 834.

Da segnalare che in questa scia si iscrive il recente d.l. 7 giugno 2017 n. 73, conv. con modif. dalla l. 31 luglio 2017 n. 119, il quale, al dichiarato fine di assicurare la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica per i minori (anche se stranieri non accompagnati), in termini di profilassi e di copertura vaccinale, ha introdotto la disposizione di chiusura che estende la tutela prevista dalla legge n. 210 alle varie tipologie di vaccinazioni, tra le quali è inclusa la vaccinazione antipoliomielite.

Sempre in tema di indennizzi per i danni da vaccinazioni obbligatorie, quando siano esitati nel decesso del vaccinato, si è ritenuto che, pur a seguito della modifica apportata all'art. 2, comma 3, della l. n. 210 del 1992 ad opera dell' art. 1, comma 3, della l. 25 luglio 1997 n. 238, il riconoscimento dell'assegno *una tantum* ai superstiti presupponga la sussistenza del requisito della "vivenza a carico" della vittima, quale elemento costitutivo del diritto a fruire della prestazione, pur se non riportato nella disposizione modificatrice, giacché tale diritto poggia su una concezione di famiglia intesa quale comunità di reciproco sostentamento, i cui appartenenti, nell'ordine stabilito dalla legge, risultano essere aventi diritto non tanto per il vincolo successorio con il *de cuius*, quanto piuttosto per una condivisione determinata proprio dallo speciale vincolo coabitativo, che rappresenta il cardine della legislazione e senza il quale la giustificazione stessa della misura assistenziale verrebbe a mancare (**Sez. L, n. 11407/2018, De Felice, Rv. 648818-01**).

Ancora con riferimento alla tematica del decesso del danneggiato da vaccinazioni obbligatorie, ovvero da trasfusione di sangue e somministrazione di emoderivati, la Corte distingue il caso in cui l'evento infausto sia causalmente connesso con il trattamento sanitario vaccinale ovvero con le infezioni indicate dalla l. n. 210 del 1992, in cui spettano ai familiari del *de cuius* ivi enumerati, *iure proprio*, le previste misure assistenziali (rendita mensile reversibile o, in alternativa, assegno *una tantum*), da quello in cui un tale nesso eziologico non vi sia; ipotesi, questa, in cui i predetti soggetti hanno diritto esclusivamente alla percezione dei ratei dell'assegno già istituito a favore del danneggiato, scaduti prima del suo decesso ma non riscossi, i quali si trasmettono *iure hereditario*, per essere stati acquisiti alla sfera giuridica del danneggiato prima dell'evento morte (**Sez. 6-L, n. 19502/2018, Ghinoy, Rv. 650156-01**).

Nelle controversie promosse per conseguire l'indennizzo per danni irreversibili da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati, ferma restando la legittimazione passiva del Ministero della salute - che fonda sulla previsione di cui all'art. 123 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112 - la Corte ha tuttavia precisato che sussiste la legittimazione passiva della Regione, che abbia provveduto in via amministrativa al pagamento dell'indennizzo in linea capitale, nella causa promossa dal danneggiato per il pagamento degli accessori, nella specie costituiti dagli interessi maturati per la tardiva corresponsione di esso, alla stregua degli ordinari principi regolativi dell'inadempimento delle obbligazioni civili (**Sez. L, n. 08957/2018, Torrice, Rv. 648623-01**).

### **2.1.3. Danni da somministrazione di talidomide.**

In tema di danni da somministrazione del farmaco talidomide, la Corte si è pronunciata in ordine alle modalità di calcolo del previsto indennizzo, quale misura assistenziale fondata sulla solidarietà collettiva, con riferimento all'entità delle sue diverse componenti.

Sulla premessa che l'art. 2, comma 363, della l. 24 dicembre 2007 n. 244, prevede l'erogazione, in favore dei soggetti che abbiano contratto la relativa sindrome, di un indennizzo equiparato a quello di cui all'art. 1 della l. 29 ottobre 2005 n. 229 (il cui importo è pari a sei volte l'indennizzo spettante in relazione ai danni da trasfusione e somministrazione di emoderivati ai sensi dell'art. 2 della l. n. 210 del 1992), occorre assumere a base di calcolo entrambe le componenti in cui tale provvidenza si articola, costituite: a) dall'assegno di cui alla tabella B), allegata alla l. 29 aprile 1976, n. 177, soggetto a rivalutazione per previsione di legge; b) dalla indennità integrativa speciale di cui alla legge 27 maggio 1959, n. 324. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato tale ultima voce, che è ontologicamente preordinata a contenere gli effetti erosivi della svalutazione, ed alla quale è stata estesa la rivalutazione monetaria secondo il tasso di inflazione programmato (per effetto della pronuncia della Corte cost. 7 novembre 2011, n. 293), si riverbera, dunque, anche sull'indennizzo per i danni da talidomide, per le ragioni unificanti che sottendono la tecnica legislativa prescelta, la quale mira a fondare su basi omogenee il ristoro per i soggetti affetti da patologie originate da trattamenti sanitari pregiudizievoli (**Sez. L, n. 28460/2018, Calafiore, Rv. 651390-01**).



## 2.2. Le prestazioni di invalidità civile

Tra i presupposti dell'assegno mensile di invalidità civile rientra la "incollocazione al lavoro", nozione che è stata ricostruita da **Sez. L, n. 05294/2018, Calafiore, Rv. 647480-01**. Secondo la Corte, nel regime anteriore alla sostituzione dell'art. 13 della l. 30 marzo 1971, n. 118, operata dall'art. 1, comma 35, della l. 24 dicembre 2007, n. 247, il requisito deve identificarsi nella condizione dell'invalide che, uomo o donna, essendo in età lavorativa per non avere ancora compiuto il sessantacinquesimo anno di età ed essendo iscritto (o avendo presentato domanda di iscrizione) nell'elenco dei disabili di cui all'art. 8 della l. 12 marzo 1999, n. 68, non abbia conseguito un'occupazione in mansioni compatibili.

Il *focus* di **Sez. 6-L, n. 06054/2018, Cavallaro, Rv. 647377-01**, cade sul diverso profilo del rapporto tra rendita vitalizia e assegno mensile di assistenza per invalidità parziale. La Corte osserva che l'art. 3, comma 1, della l. 29 dicembre 1990, n. 407, non consente, al di là delle eccezioni espressamente previste, il cumulo tra prestazioni a carattere diretto, concesse a seguito di invalidità contratte per causa di lavoro o servizio, e prestazioni assistenziali. A tal riguardo è irrilevante la diversità degli eventi invalidanti, non potendosi applicare in modo estensivo o analogico l'art. 1, comma 43, della l. n. 335 del 1995, laddove consente la contemporanea erogazione della rendita vitalizia liquidata ai sensi del d.p.r. n. 1124 del 1965 e della pensione di inabilità, quando siano originate da eventi differenti, giacché detta previsione attiene alle sole prestazioni previdenziali a carico dell'assicurazione generale obbligatoria e non anche alle prestazioni assistenziali.

Tra i soggetti aventi diritto alla pensione di inabilità civile rientra lo straniero, legalmente soggiornante nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile e in modo non episodico, a prescindere dal superamento del limite temporale quinquennale che condiziona il rilascio della carta di soggiorno, ove lo stesso sia in possesso degli ulteriori requisiti di legge, rientrando tale prestazione tra le provvidenze destinate al sostentamento della persona, nonché alla salvaguardia di condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui il disabile è inserito, che, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha espunto l'ulteriore condizione della necessità della carta di soggiorno, devono essere erogate senza alcuna distinzione tra cittadini e stranieri che hanno titolo alla permanenza nel territorio dello Stato, pena la violazione del principio di non

discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (**Sez. L, n. 23763/2018, Rivero, Rv. 650547-01**).

**Sez. L, n. 21901/2018, Rivero, Rv. 650263-01**, ha dato invece risposta negativa alla questione della esportabilità in ambito comunitario della pensione di inabilità civile, in virtù del principio, contemplato dall'art. 10 *bis*, comma 1, del Regolamento CEE 30 aprile 1992, n. 1247, secondo cui le prestazioni speciali in denaro, siano esse di natura assistenziale o previdenziale, quando non abbiano carattere contributivo, sono erogate esclusivamente nello Stato membro in cui i soggetti interessati risiedono ed ai sensi della sua legislazione, mentre non sono dovute all'assicurato residente fuori dal territorio nazionale.

**Sez. L, n. 12323/2018, Mancino, Rv. 649005-01**, ha puntualizzato che la compensazione impropria - che si verifica quando i coesistenti e contrapposti crediti e debiti delle parti abbiano origine da un unico rapporto - non è applicabile al trattamento pensionistico di invalidità civile, ai fini del recupero di somme indebitamente erogate a titolo di assegno sociale ex art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, costituendo, questa, una provvidenza avulsa dallo stato di invalidità, che non investe la tutela di condizioni minime di salute o gravi situazioni di urgenza.

Con riguardo alle misure assistenziali a favore dei minori mutilati o invalidi, o ipoacusici con rilevante perdita uditiva, la frequentazione effettiva dei corsi scolastici, di centri terapeutici o riabilitativi, ovvero di formazione o di addestramento professionale, rappresenta un elemento costitutivo dell'insorgenza del diritto all'indennità di frequenza ex art. 1 della l. 11 ottobre 1990, n. 289; sicché è necessario che il suddetto requisito sussista per tutto il tempo del giudizio e fino alla data di emissione della sentenza conclusiva (**Sez. L, n. 05057/2018, Berrino, Rv. 647502-01**).

Ai fini del riconoscimento del diritto all'incremento della maggiorazione sociale prevista dall'art. 38, comma 1, della l. n. 448 del 2001, **Sez. L, n. 02714/2018, D'Antonio, Rv. 647392-01**, ha chiarito come i limiti reddituali, fissati al comma 5 del medesimo articolo, si applichino anche agli aventi diritto di cui al comma 2 (nella specie, i titolari di trattamenti ex art. 19 della l. n. 118 del 1971), in quanto una diversa interpretazione darebbe luogo ad un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti ammessi al beneficio. Già in precedenza, Sez. L., n. 04585/2012, Meliadò, Rv. 622117-01, aveva affrontato il tema del riconoscimento della citata maggiorazione, ma sotto il diverso profilo del limite massimo del reddito individuale del pensionato necessario ai fini del detto riconoscimento, individuando

il presupposto che il reddito individuale del pensionato non superi il limite previsto nonché, ove tale requisito sia sussistente, che neppure il cumulo di esso con il reddito del coniuge superi l'importo complessivo della cifra rappresentata dal cumulo del reddito individuale con l'ammontare annuo dell'assegno sociale, giacché anche in difetto di uno solo di tali requisiti l'incremento non spetta; ciò è conforme alla lettera della norma, che tra i limiti di reddito pone la disgiuntiva "nè" con ruolo additivo, ed è coerente, altresì, con lo scopo del beneficio, diretto a garantire a "soggetti disagiati" un reddito mensile pari ad euro 516,46 (cd. "incremento al milione").

### **2.2.1. L'indennità di accompagnamento.**

In continuità con risalente indirizzo, **Sez. L, n. 20819/2018, Perinu, Rv. 650131-01**, ha definito i presupposti richiesti, a norma dell'art. 1, comma 1, della l. 11 febbraio 1980, n. 18, ai fini della concessione dell'indennità di accompagnamento ai mutilati ed invalidi civili totalmente inabili, individuandoli, in via alternativa, nell'impossibilità di deambulazione ovvero nell'incapacità di attendere agli atti della vita quotidiana. Nella valutazione di quest'ultimo requisito, il giudice del merito deve tenere conto di un difetto di autosufficienza talmente grave da comportare una deambulazione particolarmente difficoltosa e limitata (nello spazio e nel tempo), tale da essere fonte di grave pericolo in ragione di un'incombente e concreta possibilità di caduta e, quindi, da richiedere il permanente aiuto di un accompagnatore.

In tema di prestazioni assistenziali indebitamente erogate, con particolare riferimento all'indennità di accompagnamento corrisposta in difetto del requisito relativo al mancato ricovero dell'assistibile in istituto di cura a carico dell'erario, **Sez. L, n. 05059/2018, Berrino, Rv. 647458-01** ha affermato che trova applicazione non già la speciale disciplina dell'indebito previdenziale, bensì quella ordinaria dell'indebito civile di cui all'art. 2033 c.c., in quanto non è prevista, né imposta da un'esigenza costituzionale, un'identica disciplina per l'indebito previdenziale e per quello assistenziale. Da tanto consegue che l'assistito non può opporre all'ente erogatore dell'indennità, indebitamente percepita, la irripetibilità delle somme incamerate precedentemente alla data di accertamento della carenza dei requisiti per il riconoscimento della provvidenza, una volta che sia esclusa ogni sua responsabilità sulla erroneità del relativo provvedimento di erogazione, né invocare la tutela dell'affidamento.

I soggetti affetti da patologie irreversibili e di particolare gravità che abbiano ottenuto il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento sono esonerati dall'obbligo di presentarsi alla visita medica finalizzata all'accertamento della permanenza della minorazione per l'invalidità civile - senza che sui medesimi incomba alcun onere di produzione documentale -, ai sensi degli artt. 80, comma 3, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, e 1, comma 6, del decreto 29 gennaio 2009 del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, la cui *ratio* è quella di evitare l'attivazione da parte dell'INPS di procedure di verifica onerose ed ultronee (**Sez. L, n. 29919/2018, Perinu, Rv. 651521-01**).

Con riferimento alla categoria dei ciechi civili assoluti, **Sez. L, n. 10144/2018, Bellè, Rv. 648732-01**, ha escluso che l'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della l. 22 dicembre 1979, n. 682, possa essere equiparata all'assegno di superinvalidità previsto dal d.P.R. 23 dicembre 1978 n. 915 in favore dei ciechi di guerra, in quanto l'equiparazione contemplata dal predetto art. 1 ha per oggetto l'indennità di accompagnamento regolata per i ciechi di guerra dall'art. 21 dello stesso d.P.R., con misure fissate nel medesimo articolo, e non l'assegno previsto dall'art. 15.

Sempre con riferimento alle prestazioni in favore dei ciechi, l'indennità di accompagnamento ex art. 1 della l. n. 18 del 1980, ai sensi dell'art. 2 della l. 31 dicembre 1991, n. 429, è cumulabile con l'indennità speciale per cecità parziale di cui all'art. 3 della l. 21 novembre 1988, n. 508, a condizione che il requisito sanitario sia integrato da infermità diverse dalla cecità parziale (**Sez. L, n. 22126/2018, Spena, Rv. 650501-01**).

### 2.2.2. Profili processuali.

**Sez. L, n. 08970/2018, Boghetich, Rv. 648386-01**, ha sancito che il termine di decadenza semestrale fissato dall'art. 42, comma 3, del d.l. n. 30 settembre 2003, n. 269, conv., con modif., dalla l. 24 novembre 2003 n. 326, per la proposizione della domanda giudiziale di invalidità civile, decorre dalla data di comunicazione all'interessato del verbale della Commissione medica, e ciò anche nell'ipotesi in cui detto verbale accerti il venir meno dei requisiti sanitari per il beneficio in godimento, restando invece irrilevante la data del successivo provvedimento di revoca da parte dell'ente previdenziale, che ha carattere meramente ricognitivo di effetti già prodotti; **Sez. L, n. 02119/2018, Berrino, Rv. 647266-01**, ha invece stabilito la non applicabilità del termine di decadenza semestrale di cui all'art. 42

innanzi citato, al diverso caso di impugnazione del provvedimento di sospensione della erogazione della prestazione assistenziale, e tanto sul rilievo che tale atto non costituisce un provvedimento emesso all'esito della procedura di riconoscimento del beneficio, bensì un provvedimento di natura cautelare, con effetti sospensivi, adottato dall'ente erogatore in relazione ad un beneficio in precedenza concesso.

Ai fini del riconoscimento delle prestazioni da invalidità civili, il giudice ha il potere-dovere, ai sensi dell'art. 437 c.p.c., di acquisire d'ufficio la documentazione relativa al requisito reddituale, ove siano stati allegati, nell'atto introduttivo, i fatti costitutivi del diritto in contestazione e vi siano al riguardo significative "piste probatorie" emergenti dagli atti di causa, intese come complessivo materiale probatorio, anche documentale, correttamente acquisito agli atti del giudizio di primo grado. In applicazione del detto principio, la Corte ha cassato la decisione impugnata, che aveva ritenuto di non dover acquisire d'ufficio la documentazione necessaria a valutare il requisito reddituale per l'anno 2010, benché il ricorrente avesse depositato, nella fase di merito, la certificazione sostitutiva di atto notorio, quella dell'Agenzia delle entrate attestante l'impossibilità di certificare la situazione reddituale, per l'anno 2005, del ricorrente medesimo, nonché altra ancora, comprovante l'impossibilità di quest'ultimo di acquisire la certificazione reddituale (**Sez. L, n. 28134/2018, Perinu, Rv. 651494-01**).

Ancora, sulla possibile indeterminatezza dei contenuti della domanda giudiziale diretta all'ottenimento di una prestazione previdenziale, **Sez. 6-L, n. 17964/2018, Esposito, Rv. 649868-01**, ha affermato che non può essere dichiarata inammissibile la domanda, per la mancata indicazione del valore della prestazione dedotta in giudizio, atteso che l'art. 152 disp. att. c.p.c., per la parte che prevedeva, a pena di inammissibilità, la necessaria specificazione del relativo importo nell'atto introduttivo, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte cost. del 20 novembre 2017, n. 241.

### **2.3. Prestazioni in favore delle vittime del dovere e degli ex combattenti.**

**Sez. U n. 22753/2018, D'Antonio, Rv. 650606-01**, con ampia motivazione, ha enucleato le categorie dei superstiti delle vittime del dovere, individuandole in quelle di cui all'art. 6 della l. 13 agosto 1980, n. 466 ed ha specificato, quanto ai fratelli e alle sorelle, che è richiesto

il requisito della convivenza al fine dell'erogazione dei benefici, che hanno matrice assistenziale. La l. 23 dicembre 2005, n. 266, non ha provveduto all'unificazione della categoria delle vittime del dovere con quella delle vittime della criminalità organizzata, avendo solo fissato l'obiettivo di un progressivo raggiungimento di tale assimilazione, e l'ermeneusi prescelta non si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., trattandosi di erogazioni speciali previste per categorie portatrici di diritti posti a presidio di differenti valori, sia pure tutti di rango costituzionale. Così, nel caso al vaglio, la Corte ha respinto la domanda delle sorelle non conviventi, né a carico, di un militare deceduto a causa di una sciagura aerea, diretta a far dichiarare il loro inserimento, quali superstiti di vittima del dovere, nell'apposito elenco di cui all'art. 3, comma 3, del d.p.r. 7 luglio 2006, n. 243, in vista della fruizione dei benefici previsti dalla normativa in discorso.

Anche lo spettro applicativo delle prestazioni assistenziali in favore delle cd. vittime del dovere è stato letto in senso ampliativo - sulla scia di Sez. U. n. 21969 del 2017, Rv. 645320-01 - in relazione alla nozione di "particolari condizioni ambientali ed operative". Si è puntualizzato, al proposito, che l'art. 1, comma 1, del d.P.R. n. 243 del 2006, nella parte in cui disciplina i termini e le modalità per la corresponsione delle provvidenze in favore di tale categorie di persone, deve essere interpretato in modo da non esorbitare dai limiti indicati dall'art. 1, comma 565, della l. n. 266 del 2005, che non demanda alla fonte regolamentare anche il compito di precisare i concetti di cui al precedente comma 564; dal che consegue che per circostanze straordinarie devono essere intese, secondo il significato indicato dalla legge, condizioni ambientali ed operative "particolari" che si collochino, cioè, al di fuori del modo di svolgimento dell'attività "generale", per le quali è dunque sufficiente che non siano contemplate in caso di normale esecuzione di una determinata funzione. (**Sez. L, n. 15027/2018, Riverso, Rv. 649284-01**).

Ancora in **Sez. L, n. 28587/2018, Mancino, Rv. 651670-01**, si è evidenziato che, secondo la più corretta opzione ricostruttiva, la tutela indennitaria ex art. 1, comma 258, della l. 24 dicembre 2012 n. 228, ai successori delle vittime del disastro aereo del Monte Serra, in funzione di ristoro del danno, non è alternativa al riconoscimento dei benefici assistenziali previsti in favore delle vittime del dovere, sulla constatazione che l'alternatività è stata limitata, dal legislatore, al solo risarcimento del danno.

Si deve a **Sez. L, n. 18746/2018, Di Paolantonio, Rv. 649872-01**, l'aver delimitato l'area di operatività dei benefici previsti dalla l. 24 maggio 1970 n. 336 (cd. "ex combattenti"). Le disposizioni

di cui all'art. 1 della detta legge, inerenti all'attribuzione di aumenti periodici ed al conferimento di classi stipendiali successive, in favore, tra gli altri, dei "profughi per l'applicazione del trattato di pace e categorie equiparate", vanno riconosciuti ai profughi italiani coinvolti in maniera immediata e diretta dagli effetti del trattato di pace seguito alla seconda guerra mondiale, nonché alle categorie di soggetti ad essi assimilate, le quali hanno ottenuto l'equiparazione in quanto interessate da eventi direttamente connessi a quel conflitto. Conseguentemente, deve escludersene la spettanza ai connazionali rimpatriati dalla Tunisia dal gennaio 1959, in ragione di vicende politiche e militari interne al continente africano, a vantaggio dei quali la l. 25 ottobre 1960, n. 1306, ha genericamente stabilito l'estensione delle provvidenze spettanti "ai profughi" come categoria indistinta, senza alcun riferimento ai profughi della legge "ex combattenti"; né rileva in senso contrario il venir meno della distinzione, a fini retributivi, tra categorie di profughi diverse per effetto della l. 26 dicembre 1981 n. 763, stante l'espressa salvezza, ivi prevista, delle provvidenze anteriori e della loro disciplina regolativa.

#### **2.4. Le misure in favore dei soggetti portatori di disabilità.**

Sez. L, n. 07981/2018, Torrice, Rv. 648192-02, ha sostenuto che l'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992 non fonda alcun obbligo a carico del lavoratore che assiste una persona con *handicap* in situazioni di gravità a scegliere la sede che appaia più conveniente per l'assolvimento dei compiti di assistenza, ma gli attribuisce esclusivamente il diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. Nella vicenda alla sua attenzione, la Corte ha confermato la decisione di rigetto di un ricorso volto al riconoscimento del diritto all'assunzione in materia di pubblico impiego contrattualizzato, fondato sul rilievo che il controricorrente avrebbe potuto ottenere la sede prescelta in forza della l. n. 104 del 1992, e non una diversa, con lesione della posizione in graduatoria del ricorrente.

Le disposizioni di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992 sono state ritenute applicabili – nel pubblico impiego contrattualizzato – anche all'ipotesi di conferimento di incarico dirigenziale ad un soggetto già dipendente dell'amministrazione, quando, pur non configurando tale provvedimento un trasferimento in senso tecnico, in fatto comporti lo spostamento del luogo di svolgimento della prestazione lavorativa; è condizione, tuttavia, per

l'operatività di una simile interpretazione estensiva, che la scelta della sede preferenziale sia manifestata al momento dell'accettazione dell'incarico e non come reazione alla conoscenza della destinazione, restando irrilevante che il dipendente già godesse dei benefici della l. n. 104 e che, pertanto, la Pubblica Amministrazione fosse a conoscenza della sua condizione personale (**Sez. L, n. 07693/2018, De Felice, Rv. 64766- 01**).

## **2.5. Prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica**

Qualora non siano erogabili dal servizio pubblico cure tempestive e, d'altro canto, siano prospettati motivi di urgenza suscettibili di esporre la salute a pregiudizi gravi ed irreversibili, ai sensi dell'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 502 del 1992, costituisce requisito imprescindibile, ai fini del riconoscimento del diritto alla erogazione da parte del S.S.N., l'evidenza scientifica dei benefici apportati alla salute dalla terapia o cura richiesta, che devono rispondere a criteri di appropriatezza ed efficacia. (**Sez. L, n. 06775/2018, Mancino, Rv. 647648-01**). La decisione aderisce al costante orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui, ai fini dell'erogazione della terapia da parte del S.S.N., si tratta di apprezzare due requisiti concorrenti che coniugano, ragionevolmente, le esigenze concernenti la sfera della collettività e la tutela individuale, il necessario bilanciamento dei quali impone di far prevalere l'opzione di cura dell'interessato sui condizionamenti derivanti dalla limitatezza delle risorse finanziarie di cui lo Stato dispone per organizzare il Servizio sanitario, ma a condizione che ricorrano elementi dimostrativi di una potenziale compromissione del diritto alla salute, nel suo nucleo irriducibile di tutela (tra le altre, Corte cost. nn. 354 del 2008, 432 del 2005, 252 del 2001, 509 del 2000, 309 del 1999).

In materia di assistenza sanitaria indiretta, la Corte è poi intervenuta sul regime del rimborso delle spese per prestazioni fruite presso istituti o case di cura non convenzionate e sulla relativa scansione temporale, con particolare riferimento alle disposizioni regolative dei termini. Nel dettaglio, ha ritenuto che il termine di trenta giorni dalle dimissioni del paziente, previsto dal comma 4 dell'art. 4 della l.r. Puglia 20 gennaio 1975, n. 5, per la trasmissione della documentazione giustificativa ai fini del rimborso delle prestazioni dette, ha natura meramente ordinatoria, come si evince dalla lettura sistematica della disposizione che, nei successivi comma 5 e 6, da un lato contempla la possibilità di un inoltro tardivo nei casi



di impedimento e, dall'altro, collega in termini inequivoci l'effetto estintivo del diritto al rimborso allo spirare del termine - questo sì perentorio - di novanta giorni dalle dimissioni (**Sez. L, 14840/2018, Di Paolantonio, Rv. 649243-02**).

### **3. La *compensatio lucri cum damno*: aspetti rilevanti nella materia previdenziale e assistenziale.**

Con pronunce coeve, e fondate sul medesimo apparato logico argomentativo - che ne giustifica la disamina nel medesimo contesto - le Sezioni Unite hanno analizzato un tema generale, che attiene alla individuazione dell'attuale portata della *compensatio lucri cum damno*, principio implicitamente presupposto dall'art. 1123 c.c.. Le sentenze gemelle hanno dato risposta all'interrogativo del 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, i vantaggi che la vittima abbia comunque ottenuto in conseguenza del fatto illecito; vantaggi che, nei casi sottoposti allo scrutinio della Corte - e rilevanti in ambito assistenziale/previdenziale - consistono, rispettivamente, nella prestazione degli assicuratori sociali per l'infortunio *in itinere*, della indennità di accompagnamento e della pensione di reversibilità.

#### **3.1. Infortunio *in itinere*.**

In una prima, articolatissima e limpida pronuncia, **Sez. U, n. 12566/2018, Giusti, Rv. 648649-01**, intervenute a dirimere un contrasto di giurisprudenza sul se dall'ammontare del danno risarcibile si debba scomputare la rendita INAIL riconosciuta per l'infortunio occorso al lavoratore nel percorso di andata e ritorno dall'abitazione al luogo di lavoro, lo hanno risolto nel senso della detraibilità, sul presupposto che detta misura assistenziale soddisfi, neutralizzandola in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo al quale l'infortunio sia addebitabile.

La decisione considera 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 del *welfare*, ossia della protezione sociale garantita dall'INAIL, e delle regole civilistiche in materia di responsabilità. Ne scaturisce un duplice rapporto bilaterale: a) del danneggiato verso l'ente gestore del sistema

di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro; b) del danneggiato verso il terzo autore del fatto illecito. Ed è 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 in tal modo con il risarcimento del danno, o debba essere considerato ai fini della corrispondente diminuzione dell'ammontare del risarcimento.

Tanto premesso, e sul rilievo che non sia possibile attribuire rilevanza ad ogni vantaggio indiretto o mediato conseguito all'illecito, perché ciò condurrebbe ad un'eccessiva dilatazione delle poste imputabili al risarcimento, bensì solo ai vantaggi che rientrino nella serie causale dell'illecito secondo un criterio di regolarità causale, assumono valenza selettiva: a) la ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato; b) la funzione di cui il beneficio collaterale si rivela essere espressione. In particolare, rientrano tra le attribuzioni imputabili al risarcimento quelle erogate dal terzo in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito.

Le S.U. incentrano poi l'impianto motivazionale sul meccanismo di surroga o di rivalsa che, se da un lato valorizza il principio di cd. "indifferenza del risarcimento" (il quale deve restare un fatto neutro, nel senso che non deve impoverire, ma neppure arricchire, il patrimonio dell'assicurato), dall'altro permette di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un (immeritato) vantaggio per l'autore dell'illecito.

In sintesi, i due presupposti essenziali per poter operare la decurtazione del vantaggio sarebbero, da un lato, il contenuto, "per classi omogenee o per ragioni giustificatrici", del vantaggio; dall'altro, la previsione di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recupero, che instaurerebbe la correlazione tra classi attributive altrimenti disomogenee.

Impostata nei termini che precedono la questione, osserva la Corte come la rendita INAIL costituisca 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. n. 38 del 2000, anche il danno alla salute) occorso al lavoratore in caso di infortunio sulle vie del lavoro, la quale, pur potendo discostarsi, nei valori monetari, dall'entità del danno civilistico, nondimeno soddisfa,

neutralizzandola in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo cui sia addebitabile l'infortunio in itinere.

Quanto al secondo presupposto, il diritto di surroga spettante all'INAIL è meccanismo di riequilibrio idoneo a garantire che il terzo responsabile dell'infortunio sia collateralmente obbligato a restituire all'INAIL l'importo corrispondente al valore della rendita per inabilità permanente costituita in favore dell'assicurato. In virtù di un simile meccanismo si realizza un fenomeno di successione nel credito risarcitorio dell'assicurato-danneggiato, che consente all'ente gestore di conseguire il rimborso tanto dei ratei già versati, quanto del valore capitalizzato delle prestazioni future. La avvenuta successione, se impedisce al danneggiato di cumulare, per lo stesso danno, la somma già riscossa a titolo di rendita assicurativa con l'importo del risarcimento del danno dovutogli dal terzo (e di conseguire un arricchimento ingiustificato), nondimeno non gli impedisce di agire nei confronti del terzo responsabile per conseguire il danno differenziale, ossia l'ulteriore danno subito, ma non coperto dalla prestazione assicurativa. Simmetricamente, dalla prospettiva del responsabile del sinistro, il risarcimento resta dovuto per l'intero: nei confronti dell'ente gestore dell'assicurazione sociale cui egli deve rimborsare le spese sostenute per le prestazioni erogate al lavoratore; nei confronti del danneggiato per il maggior danno.

### **3.2. Indennità di accompagnamento.**

Analogo percorso motivazionale caratterizza **Sez. U, n. 12567/2018, Giusti, Rv. 648650-01**, che hanno analizzato e risolto la questione del se, 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, debba sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento erogata dall'INPS in conseguenza di quel fatto. Sulla considerazione che siffatta indennità - riconosciuta dalla l. n. 18 del 1980 - è rivolta a compensare il pregiudizio patrimoniale causato dall'illecito, la soluzione adottata è a favore della detraibilità.

Assumono al riguardo rilievo assorbente sia la ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale erogata dal terzo, che la funzione assolta dal beneficio collaterale. La finalità solidaristica ed assistenziale dell'istituto, con cui lo Stato corrisponde ad un interesse della collettività, garantendo l'esistenza delle condizioni necessarie all'effettivo godimento dei diritti fondamentali della persona umana

in situazione di difficoltà, non esclude il computo di quel beneficio ai fini della stima del danno, alla duplice condizione, che la Corte ha ritenuto essere integrata nella specie: a) che il vantaggio abbia la funzione di rimuovere le conseguenze negative 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 sia collateralmente obbligato a restituire all'amministrazione pubblica l'importo corrispondente al beneficio erogato. In particolare, la misura in discorso è compensativa del pregiudizio patrimoniale correlato alla necessità di retribuire un collaboratore od assistente per le necessità della vita quotidiana del disabile e, sotto altro profilo, un meccanismo di riequilibrio è previsto dall'art. 41 della legge 4 novembre 2010 n. 183, laddove sancisce che sono recuperate dall'ente erogatore nei riguardi del responsabile civile e della compagnia di assicurazioni, fino a concorrenza dell'ammontare delle prestazioni erogate, le pensioni, gli assegni e le indennità, spettanti agli invalidi civili ai sensi della legislazione vigente, corrisposti in conseguenza del fatto illecito di terzi.

Mette conto evidenziare che, sebbene non si sia qui configurato un modello di successione a titolo particolare nel diritto di credito risarcitorio dell'assistito, quanto piuttosto un diritto di credito autonomo e distinto in capo all'Ente, la disposizione egualmente determina l'imputazione del beneficio collaterale al risarcimento, non potendo ammettersi che l'autore della condotta colposa sia 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. Il che significa che, dalla prospettiva dell'assistito-danneggiato, la percezione del beneficio ha la valenza di un anticipo della somma che potrà essere ottenuta dal terzo a titolo di risarcimento del danno, essendone impedito il cumulo.

### **3.3. Pensione di reversibilità.**

Muovendo dalla medesima impostazione esegetica, ma con esiti opposti, **Sez. U, n. 12564/2018, Giusti, Rv. 648647-01**, hanno affrontato la questione del se, dal risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare superstite di persona deceduta per colpa altrui, debba essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'INPS. La soluzione accolta è contraria al

difalco - o detraibilità - sul presupposto che la tutela previdenziale che viene qui in rilievo è 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.

Le Sez. U., dopo aver dato atto degli orientamenti contrastanti formati nella giurisprudenza della Corte, affidano il rovesciamento dell'indirizzo 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 illecito. Ancora una volta viene in rilievo il principio della *compensatio lucri cum damno*, con il tema della computabilità delle poste positive avutesi nel patrimonio del danneggiato, in conseguenza del fatto lesivo, ai fini della determinazione del risarcimento. Sulla premessa teorica che, se l'atto dannoso reca, accanto al danno, un vantaggio, quest'ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell'entità del risarcimento, perché il danno non deve essere fonte di lucro per il danneggiato, e pur dovendosi verificare l'assorbimento del beneficio nel danno in base a un test eziologico unitario, le Sez. U ribadiscono come non sia dato attribuire rilevanza a ogni vantaggio indiretto o mediato, perché ciò condurrebbe ad un'eccessiva dilatazione delle poste imputabili al risarcimento. Dunque, le conseguenze vantaggiose, come quelle dannose, del fatto causativo dell'illecito, possono computarsi solo finché rientrano nella medesima serie causale, secondo un criterio di causalità adeguata. Anche in tal caso, piuttosto che procedere ad una mera operazione contabile, occorre incentrare l'indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato e sulla funzione di cui il beneficio collaterale si rivela essere espressione.

A giustificare il difalco, bisogna che le prestazioni del terzo siano erogate in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato e che, dunque, siano funzionalmente sovrapponibili. Ancora, bisogna che 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, vantaggio che costituirebbe una irrazionalità e, in definitiva, una sofferenza del sistema.

Peraltro, chiarisce la Corte, stabilire se e quando debba entrare in azione un simile meccanismo di surrogazione o di rivalsa, è una scelta rimessa al legislatore, al quale soltanto compete trasformare quel duplice, ma separato, rapporto bilaterale in una relazione trilaterale, così apprestando le condizioni per procedere allo scomputo.

In sintesi due sono i presupposti essenziali da indagare per affermare la detraibilità: a) il contenuto, "per classi omogenee o per ragioni giustificatrici", del vantaggio; b) la previsione di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recupero, che instaura una correlazione tra classi attributive altrimenti disomogenee. Ciò detto – osserva la Corte - per un verso, la pensione di reversibilità appartiene al *genus* delle pensioni ai superstiti, nella quale l'evento protetto è un fatto naturale - la morte - che, secondo una presunzione legislativa, crea una situazione di bisogno per i familiari del defunto, i quali sono i soggetti protetti dal sistema previdenziale perché abbiano assicurate quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici (art. 3, comma 2, Cost.) con una riserva, costituzionalmente riconosciuta, a favore del lavoratore, di un trattamento preferenziale (art. 38, comma 2, Cost.) rispetto alla generalità dei cittadini (art. 38, comma 1, Cost.).

Anche nel caso della pensione di reversibilità, la finalità previdenziale "si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico" (Corte cost., sentenza n. 174 del 2016), ove sussistano i due requisiti della vivenza a carico e dello stato di bisogno. Tuttavia, tale provvidenza non è geneticamente connotata dalla finalità di rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito del terzo e, dunque, da una logica indennitaria, 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, prima o dopo il pensionamento, egli 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. La causa attributiva più autentica di tale beneficio è, dunque, composita e va individuata nel rapporto di lavoro pregresso, nei contributi versati e nella previsione di legge: ossa in una serie causale indipendente e assorbente rispetto alla causa, umana o naturale che sia, determinativa del decesso.

Da ultimo la suddetta pronuncia sottopone a revisione critica un indirizzo non minoritario, 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, si chiarisce, nessuna norma lascia 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. Ciò perché la surrogazione dell'art. 1916, comma 4, 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 l. n. 183 del 2010, 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 alla particolare tipologia di prestazioni in essa prevista (pensioni, assegni e indennità, spettanti agli invalidi civili ai sensi della legislazione vigente).

## CAPITOLO XXIV

### LA TUTELA INAIL

(DI STEFANIA RICCIO)

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 - 6. La tutela dei superstiti.

#### 1. Le malattie professionali.

Ampia e variegata è risultata la produzione giurisprudenziale di legittimità con riferimento alle prestazioni assicurative erogate dall'INAIL ed agli istituti connessi.

Anzitutto, il concetto di malattia professionale è stato compiutamente definito da **Sez. L, n. 05066/2018, Riverso, Rv. 647460-01**, che ha chiarito come la tutela assicurativa INAIL vada estesa ad ogni forma di tecnopatia, fisica o psichica, che possa ritenersi conseguenza dell'attività lavorativa, sia che riguardi la lavorazione, l'organizzazione del lavoro ovvero le sue modalità di esplicazione, anche se non sia compresa tra le malattie e i rischi specificamente indicati in tabella; mentre sul lavoratore grava il solo onere di dimostrare l'esistenza del nesso di causalità tra la lavorazione patogena e la malattia diagnosticata. Nell'attuale sistema delle assicurazioni sociali, rileva, difatti, oltre al cd. rischio specifico proprio della lavorazione, anche il c.d. rischio specifico improprio, ossia non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione di lavoro, ma in qualche modo correlato con essa, dovendo il fondamento della tutela esser rinvenuto, ai sensi dell'art. 38 Cost., non tanto in un meccanismo di traslazione del rischio assicurato, bensì nella protezione del bisogno di cui la persona del lavoratore diviene portatrice.

Si diffonde sul nesso di causalità della malattia professionale da lavorazione non tabellata o ad eziologia multifattoriale, **Sez. L, n. 08773/2018, Calafiore, Rv. 648724-01**, la quale, sulle premesse che il relativo onere gravi sul lavoratore e che lo standard valutativo debba essere quello della ragionevole certezza, sicché, escluso che possa rilevare la mera possibilità dell'origine professionale, deve apprezzarsi un rilevante grado di probabilità della sua sussistenza, ha affermato che il giudice deve consentire all'assicurato di esperire i mezzi di prova ammissibili e ritualmente dedotti, ed è tenuto altresì a valutare le conclusioni probabilistiche del consulente tecnico in tema di nesso causale, facendo ricorso ad ogni iniziativa *ex officio*, diretta ad acquisire



ulteriori elementi in relazione all'entità dell'esposizione del lavoratore ai fattori di rischio. Con elevato grado di probabilità, la natura professionale della malattia è desumibile dalla tipologia della lavorazione, dalle caratteristiche dei macchinari presenti nell'ambiente di lavoro, dalla durata della prestazione stessa, nonché dall'assenza di altri fattori causali extralavorativi, alternativi o concorrenti. Facendo applicazione di tali enunciati, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di merito che aveva escluso l'origine professionale dell'ipoacusia contratta da un lavoratore subordinato, senza aver valutato la sussistenza del requisito di elevata probabilità sulla base di diversi elementi, compatibili con l'origine lavorativa della malattia, specificamente riferiti dai testimoni escussi e richiamati nella relazione del consulente tecnico di ufficio.

**Sez. L, n. 27952/2018, Ponterio, Rv. 651052-01**, pone in rilievo il principio di equivalenza delle condizioni, che ha il suo radicamento positivo nell'art. 41 c.p., e che, in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali, si ritiene governi il rapporto di causalità tra l'evento e il danno. Va pertanto riconosciuta efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito, anche in maniera indiretta e remota, alla produzione dell'evento, mentre va escluso il nesso eziologico richiesto dalla legge solo se possa essere ravvisato con certezza l'intervento di un fattore estraneo all'attività lavorativa, di per sé sufficiente a produrre l'infermità e tale da far degradare altre evenienze a semplici occasioni. Nella fattispecie scrutinata, la Corte ha confermato la sentenza di merito - fondata sull'accertamento che la riduzione dell'intensità di esposizione del lavoratore alle polveri di amianto avrebbe evitato o ritardato l'insorgere della patologia mortale - poiché tale circostanza implicava il determinismo causale tra l'esposizione in concreto verificatasi e l'insorgenza o la latenza della malattia.

**Sez. L, n. 02966/2018, Perinu, Rv. 647405-01** ha poi affermato che le conseguenze morbose della silicosi assumono il ruolo di concausa della morte del lavoratore cagionata da malattia sopravvenuta ed indipendente dalla tecnopatia, nella ricorrenza di due specifiche condizioni: a) che la compromissione della funzionalità dell'organismo determinata dalla silicosi abbia agevolato, nel suo momento di causazione dell'*exitus*, la naturale carica aggressiva letale della nuova infermità; b) che la tecnopatia preesistente abbia negativamente inciso sulla gravità della malattia sopravvenuta, rendendo inutile la pratica terapeutica diretta a neutralizzarla, o anche solo a conservare nel tempo la vita del soggetto. Nella vicenda al vaglio, sulla scorta di tali assunti, la Corte

ha confermato la sentenza di merito che, in adesione alle valutazioni espresse dal consulente tecnico di ufficio, aveva escluso l'incidenza della tecnopatia sul decorso della patologia del lavoratore (carcinoma gastrico), ad esito letale.

Nel solco di un orientamento ormai consolidato, **Sez. L, n. 02842/2018, Rivero, Rv. 647404-01**, ha rimarcato come, a seguito della sentenza della Corte cost. del 25 febbraio 1988, n. 206 (dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 135, comma 2, del d.P.R. n. 1124 del 1965, nella parte in cui poneva una presunzione assoluta di verifica della malattia professionale nel giorno in cui fosse presentata all'istituto assicuratore la denuncia corredata da certificato medico), la manifestazione della malattia professionale, che rileva quale *dies a quo* per la decorrenza del termine triennale di prescrizione previsto dall'art. 112 del d.P.R. cit., possa ritenersi verificata quando la consapevolezza sia dell'esistenza della malattia, che della sua origine professionale, che del suo grado invalidante, siano desumibili da eventi obiettivi esterni alla persona dell'assicurato, i quali debbono costituire oggetto di accertamento specifico da parte del giudice di merito; tanto sul presupposto che non sia possibile identificare la conoscenza dell'origine professionale della patologia e del raggiungimento della soglia di indennizzabilità con l'esistenza della stessa ovvero con la sua diagnosi.

**Sez. L, n. 10767/2018, Calafiore, Rv. 648346-01** ha ribadito, in relazione al termine triennale di prescrizione delle azioni dirette a conseguire le prestazioni assicurative per malattie professionali (ed infortunio sul lavoro), dettato dall'art. 112 del d.P.R. n. 1124 del 1965 e modificato dalla parziale declaratoria di illegittimità costituzionale (Corte cost., sentenza 23 maggio 1986, n. 129), il consolidato indirizzo per il quale ha valenza interruttiva del termine la proposizione del ricorso giurisdizionale, con effetto dalla data del suo deposito, e non invece dalla notifica, e ciò in deroga al tenore letterale dell'art. 2943, comma 1, c.c., ma coerentemente con la peculiarità del ricorso, rispetto alla citazione, quale atto introduttivo del giudizio di cognizione; mentre, in caso di estinzione del processo, in applicazione della regola di cui all'art. 2945, comma 3, c.c., l'effetto di interruzione ha natura istantanea ed il termine riprende a decorrere dalla data dell'atto interruttivo.

Sul piano della tutela processuale, i requisiti della domanda per l'accesso alla tutela indennitaria in tema di malattia professionale, sotto il profilo della *causa petendi*, sono definiti da **Sez. L, n. 17684/2018, Bellè, Rv. 649743-01**, secondo cui l'assicurato che convenga in giudizio l'INAIL può limitarsi a manifestare la

sintomatologia accusata, o i fatti morbosi già accertati, ovvero ad addurre i possibili agenti patogeni cui il lavoro lo ha esposto, senza essere tenuto a una specifica indicazione del *nomen* della patologia derivata, che ben può essere definita attraverso le attività peritali e decisionali del processo.

Specularmente, si ribadisce che neppure è richiesto, ai fini dell'accoglimento della domanda, un giudizio di assoluta certezza della diagnosi, in quanto, in ambito civilistico, l'apprezzamento del nesso eziologico deve essere operato secondo il criterio probabilistico, ossia secondo la c.d. regola della preponderanza dell'evidenza, sintetizzata dalla locuzione del "più probabile che non".

**Sez. 6-L, n. 16619/2018, Ghinoy, Rv. 649630-01**, ha puntualizzato come l'erronea applicazione delle tabelle relative alle malattie professionali da parte del consulente tecnico d'ufficio (nella specie, le previgenti tabelle di cui al d.P.R. n. 336 del 1994, in luogo di quelle introdotte dal successivo d.m. 9 aprile 2008) sia tale da inficiare l'accertamento giudiziale, poiché l'indagine dei fattori di rischio che connotano l'attività lavorativa deve essere compiuta con specifico riferimento alle sostanze espressamente individuate in tabella come causa tipica della malattia. In caso positivo, viene difatti ad operare la presunzione - pur non assoluta - di eziologia professionale. Poiché l'art. 3 del d.P.R. n. 1124 del 1965 dispone un rinvio recettizio alle previsioni tabellari, le quali, vengono periodicamente rinnovate sulla base dei lavori dell'apposita Commissione scientifica, tenendo conto delle migliori e più aggiornate acquisizioni della scienza medica, è evidente che dette tabelle debbano essere assunte nell'ultima formulazione utile.

**Sez. L, n. 16149/2018, D'Antonio, Rv. 649481-01**, ha escluso invece che il giudice possa emettere una pronuncia di mero accertamento, laddove la malattia professionale non raggiunga la soglia minima di inabilità permanente prevista per l'indennizzabilità (pari al 6 per cento), perché una simile decisione avrebbe ad oggetto soltanto uno degli elementi costitutivi del diritto alla prestazione economica, che non è assimilabile ad una questione pregiudiziale suscettibile di autonomo accertamento, con efficacia di giudicato, ai sensi dell'art. 34 c.p.c. Diversamente opinando, sarebbe snaturata la funzione stessa del processo, che, in quanto preordinato ad assicurare la tutela di diritti sostanziali, deve concludersi (salvo casi eccezionali) con il raggiungimento dell'effetto giuridico tipico, ossia con l'affermazione o la negazione del diritto dedotto in giudizio, mentre i meri fatti possono essere accertati dal giudice solo come fondamento

del diritto azionato e non per se stessi e per gli effetti possibili e futuri che dal loro accertamento si vorrebbero ricavare.

In tema di responsabilità del datore di lavoro per il danno all'integrità psicofisica derivato dall'assegnazione del lavoratore a mansioni peggiorative, l'indennizzo erogato dall'INAIL, ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, non copre il danno biologico da inabilità temporanea, atteso che sulla base di detta norma, letta in combinato disposto con l'art. 66, comma 1, n. 2, del d.P.R. n. 1124 del 1965, il danno biologico risarcibile dall'Istituto è esclusivamente quello relativo all'inabilità permanente (**Sez. L, n. 04972/2018, De Gregorio, Rv. 647406-01**).

Sul medesimo tema **Sez. L, n. 20392/2018, Calafiore, Rv. 650088-01**, ha condiviso l'impianto motivazionale della recente ed articolatissima Sez. L, n. 09166/2017, Amendola, Rv. 644028-01, che ha delimitato fasi del processo di valutazione e metodo di computo del danno all'integrità psicofisica patita dal lavoratore in conseguenza del demansionamento. La sentenza ribadisce come le somme eventualmente versate dall'INAIL a titolo di indennizzo, ex art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, non possano considerarsi integralmente soddisfattive del diritto al risarcimento del danno biologico in capo al soggetto infortunato o ammalato, sicché, a fronte della domanda del lavoratore, indirizzata al datore di lavoro, per conseguire il risarcimento dei danni, una volta che sia stato accertato l'inadempimento, dovrà verificarsi se, in relazione all'evento lesivo, ricorrano le condizioni soggettive ed oggettive per la tutela obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali stabilite dal d.P.R. n. 1124 del 1965. In tal caso, il giudice potrà procedere, anche di ufficio, a verificare l'ambito di applicabilità dell'art. 10 del decreto citato, ossia all'individuazione dei danni richiesti che non siano riconducibili alla copertura assicurativa (cd. "danni complementari"), i quali andranno risarciti secondo le comuni regole della responsabilità civile. Ove siano dedotte in fatto dal lavoratore anche circostanze integranti gli estremi di un reato perseguibile di ufficio, il giudice potrà pervenire alla determinazione dell'eventuale danno differenziale, valutando il complessivo valore monetario del danno civilistico secondo i criteri comuni, con le indispensabili personalizzazioni, dal quale detrarre quanto indennizzabile dall'INAIL, in base ai parametri legali, in relazione alle medesime componenti del danno, distinguendo, altresì, tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale. A tale ultimo accertamento il giudice sarà tenuto pure dove non sia specificata la superiorità del

danno civilistico in confronto all'indennizzo, ed anche se l'Istituto non abbia in concreto provveduto all'indennizzo stesso.

## 2. Gli infortuni sul lavoro

Prosegue la tendenza volta ad estendere l'ambito oggettivo della tutela previdenziale in materia infortunistica, anzitutto attraverso la lettura estensiva del concetto di "occasione di lavoro".

Prevista dall'art. 2 del d.P.R. n. 1124 del 1965, l'occasione di lavoro non presuppone necessariamente che l'infortunio avvenga durante lo svolgimento delle mansioni lavorative tipiche in ragione delle quali è stabilito l'obbligo assicurativo, essendo indennizzabile anche l'infortunio determinatosi nell'espletamento dell'attività lavorativa connessa a tali mansioni, in relazione ad un rischio non proveniente dall'apparato produttivo ed insito in una attività prodromica e comunque strumentale allo svolgimento di esse, ancorché sia riconducibile a situazioni ed attività proprie del lavoratore, e purché permanga il rapporto di connessione con le mansioni lavorative. In quest'ultima ipotesi ricorre il solo limite del cd. "rischio elettivo", dovendosi dare rilievo, in attuazione dell'art. 38 Cost., non già, restrittivamente, al cd. rischio professionale, come tradizionalmente inteso, ma a tutti gli infortuni in stretto rapporto di connessione con l'attività protetta. Facendo applicazione delle indicate coordinate ermeneutiche, la Corte ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto non indennizzabili i danni riportati da un lavoratore artigiano, rimasto vittima di un incidente stradale mentre si recava in un opificio per controllare i lavori di allacciamento della linea elettrica per il funzionamento di strumenti tecnologici necessari in rapporto alla tipologia dei lavori da eseguire (**Sez. L, 2838/2018, D'Antonio, Rv. 647402-01**).

**Sez. L, n. 05391/2018, Perinu, Rv. 647510-01**, ha analizzato la nuova formulazione dell'art. 2135 c.c. per desumerne che ne risulti ampliata la nozione di imprenditore agricolo, rilevante ai fini dell'inquadramento previdenziale nonché della tutela assicurativa (come desumibile dal rinvio alla norma citata operato dall'art. 207 del T.U. n. 1124 del 1965). Richiamando le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico, la disposizione ha ricompreso difatti, tra quelle complementari, anche le attività che non presentano una connessione necessaria tra produzione e utilizzazione del fondo, ma unicamente un collegamento funzionale e meramente strumentale con il terreno. Così, nella vicenda processuale scrutinata, la Corte ha ritenuto doversi ascrivere all'ambito delle attività agricole un'attività

di allevamento equino finalizzata alla riproduzione, e di ravvisare l'occasione di lavoro che fa refluire l'infortunio occorso al lavoratore nell'alveo della tutela assicurativa.

Sulla stessa linea della precedente pronunzia si colloca **Sez. L, n. 12549/2018, Leone, Rv. 648981-01**, che, avuto riguardo alla figura dell'imprenditore artigiano, ha affermato che sono ricomprese nel concetto di "occasione di lavoro", di cui all'art. 2 del d.P.R. n. 1124 del 1965, non solo le attività manuali tipicamente inerenti alla prestazione lavorativa, ma anche quelle preparatorie, accessorie o connesse, purché indispensabili alla sua esecuzione. Nella fattispecie concreta, si trattava dell'attività di sezionamento di un grosso tronco, per ricavarne travi utili per costruire il deposito dell'artigiano, che tuttavia non è stata ritenuta direttamente connessa a quella propria dell'artigiano costruttore edile per i molteplici passaggi tecnici e manuali tra il taglio dell'albero - richiedente una specifica professionalità - ed il concreto uso del materiale.

Simmetricamente a quanto stabilito in tema di malattie professionali, sul piano squisitamente processuale, si è ritenuta inammissibile la domanda giudiziale diretta all'accertamento della natura professionale dell'infortunio, volta a far dichiarare la sussistenza del determinismo causale tra infortunio e prestazione lavorativa, in assenza di una inabilità permanente residua che sia indennizzabile, giacché essa si risolverebbe nella richiesta di accertamento di meri fatti, incompatibile con la funzione del processo - come più volte precisata dalla giurisprudenza di legittimità - quale strumento di tutela di diritti sostanziali, il cui epilogo naturale, salvo casi eccezionali, è una pronuncia di affermazione o negazione di tali diritti. Del resto, non può assumersi che la natura lavorativa dell'infortunio costituisca questione pregiudiziale rispetto al riconoscimento del diritto alla rendita, come tale suscettibile, a norma dell'art. 34 c.p.c., di accertamento incidentale con efficacia di giudicato separatamente dall'esame della domanda principale, essendo invece solo uno degli elementi costitutivi del diritto medesimo (**Sez. L, n. 21903/2018, Mancino, Rv. 650264-01**).

**Sez. L, n. 21962/2018, Bellè, Rv. 650496-01**, a proposito della natura di azione di ripetizione di indebito oggettivo della domanda proposta dall'INAIL per la restituzione delle somme indebitamente corrisposte, con cadenza mensile, a titolo di rendita per un infortunio sul lavoro, ha confermato che è soggetta alla ordinaria prescrizione decennale e non invece a quella quinquennale prevista dall'art. 2948 n. 4 c.c., in quanto la frequenza dei pagamenti mensili assume rilievo come occasionale conseguenza delle singole

indebite percezioni, rispetto all'ipotesi, propria dell'art. 2948 c.c., in cui è stabilita *ex ante*, in ragione della causa dell'attribuzione patrimoniale, la necessità di pagamenti a cadenze temporali prefissate, trattandosi di rapporto di durata in cui la cadenza temporale risponde all'interesse del creditore.

### 3. La revisione della rendita.

**Sez. L, n. 04441/2018, Berrino, Rv. 647456-01**, ha affrontato il tema delle modalità di revisione della rendita INAIL, in conseguenza dell'aggravamento delle condizioni di salute dell'assicurato. La premessa logica della decisione riposa sul fondamento giustificativo del sistema dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, che è ispirato all'esigenza di adeguare la prestazione erogata in favore dell'assicurato all'effettiva misura della riduzione dell'attitudine al lavoro, senza che sia consentito ancorare tale adeguamento a una presunta volontà vincolativa dell'assicurato stesso; dal che si è argomentato che non incorre nel vizio di ultrapetizione la sentenza d'appello che, sulla base delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, riduca la percentuale d'invalidità riconosciuta in primo grado con decorrenza dalla domanda amministrativa, ma che, contestualmente, e pur in assenza di esplicita richiesta dell'avente diritto, gli riconosca invece una percentuale superiore a decorrere da una data successiva, in conseguenza dell'intervenuto ulteriore deterioramento delle sue condizioni di salute.

Sul medesimo tema della revisione della rendita per infortunio sul lavoro, **Sez. L, n. 01497/2018, Calafiore, Rv. 647205-01**, ha sancito che il dies a quo del termine di dieci anni previsto dall'art. 83, comma 8, del d.P.R. n. 1124 del 1965, entro il quale può procedersi alla revisione, a domanda dell'assicurato o per disposizione dell'istituto assicuratore, è costituito dalla data di maturazione del diritto alla prestazione, e non già da quella del provvedimento di liquidazione o di inizio della materiale corresponsione della provvidenza, dal momento che l'atto formale a contenuto liquidativo ha natura meramente dichiarativa e ricognitiva del detto diritto.

**Sez. L, n. 06048/2018, Riversono, Rv. 647485-01**, è incentrata sui criteri di liquidazione, nell'ipotesi in cui il lavoratore sia affetto da una malattia professionale ovvero subisca un infortunio, che aggravi menomazioni preesistenti e determinate da uno o più eventi lesivi già indennizzati, in rendita o in capitale, secondo la previgente disciplina. La Corte ha stabilito che il nuovo grado di menomazione andrà

valutato secondo il principio di non unificazione dei postumi che ispira il comma 6, seconda parte, dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, ossia senza tener conto delle preesistenze, e senza considerare se il nuovo danno sia concorrente, coesistente o riguardi lo stesso apparato inciso dalla precedente menomazione, avendo il lavoratore diritto alla erogazione di due autonome prestazioni.

#### **4. I contributi assicurativi INAIL.**

Il sistema tariffario dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali a carico dell'INAIL, e la sua correlazione con le caratteristiche tecniche delle lavorazioni, sono oggetto della pronuncia (**Sez. L, n. 16942/2018, Bellè, Rv. 649599-01**) con cui la Corte, in adesione a pregresso arresto giurisprudenziale (Sez. L, n. 5863/2017, Calafiore, Rv. 643435-01), ha affermato che, ai fini dell'applicazione dei premi di cui alla tariffa, debba tenersi conto delle caratteristiche tecniche delle lavorazioni svolte dall'impresa, cui afferisce il rischio per il lavoratore, mentre non assumono rilevanza il prodotto finale, con le sue caratteristiche merceologiche, se non nei limiti in cui esso sia suscettibile di influenzare il processo di lavorazione, e ciò in quanto, nella determinazione dei premi assicurativi, ciò che rileva sono i rischi connessi a mezzi e materiali lavorati e non invece le astratte classificazioni del sistema tabellare. In attuazione di tale enunciato, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che, senza attribuire il dovuto rilievo al tipo di materiale utilizzato nonché alle modalità di produzione del prodotto finale, aveva ricondotto alla voce di tariffa n. 6212 una lavorazione avente ad oggetto "porte di sicurezza", astrattamente assimilate, sulla base del mero dato lessicale, ai "serramenti anche corazzati", contemplati nella predetta voce.

In applicazione del medesimo principio, di necessaria corrispondenza tra rischio delle lavorazioni dell'impresa assicurante e premio assicurativo, si è affermato, con specifico riferimento all'applicazione della tariffa n. 6300 del d.m. 6 giugno 1988, concernente l'attività di costruzione, trasformazione, riparazione di macchine e meccanismi con eventuale posa in opera, rilevano le caratteristiche tecniche delle lavorazioni e non il luogo in cui esse vengono svolte. Nella vicenda processuale, la S.C. ha confermato la sentenza di appello, che aveva ritenuto inapplicabile la voce di tariffa indicata dall'INAIL, in quanto l'attività di riparazione di motori marini era svolta in officina e non, come preteso dall'istituto



assicuratore, a bordo di navi (**Sez. L, n. 11991/2018, Mancino, Rv. 648909-01**).

Merita poi segnalare **Sez. L, n. 04530/2018, Berrino, Rv. 647471-01**, secondo cui la riduzione del tasso medio di tariffa ai fini della determinazione del premio INAIL, prevista dall'art. 24 del d.m. 12 dicembre 2000, in relazione agli interventi effettuati per il miglioramento delle condizioni di sicurezza e di igiene nei luoghi di lavoro, nella misura fissa pari al cinque o al dieci per cento, e correlata al numero dei lavoratori anno-periodo, va effettuata sulla base del criterio fornito dall'art. 22 dello stesso d.m. - che disciplina l'oscillazione del tasso medio di tariffa in relazione all'andamento degli infortuni e delle malattie professionali dell'azienda - con riguardo all'arco temporale decorrente dal primo triennio del quadriennio precedente l'anno in cui è stata chiesta la riduzione. Le dette norme vanno lette, difatti, in connessione logico-sistematica, in quanto ispirate dalla unitaria finalità di incentivare il miglioramento delle condizioni di sicurezza e di igiene nei luoghi di lavoro.

**Sez. L, n. 02839/2018, Rivero, Rv. 647403-01**, con riguardo alla prescrizione del credito dell'INAIL verso il datore di lavoro, avente ad oggetto i premi di assicurazione, ai sensi dell'art. 112, comma 2, del d.P.R. n. 1124 del 1965, ha ritenuto – in discontinuità con Sez. L, n. 09114/2005, Cuoco, Rv. 581885-01, ma riagganciandosi a pregresso orientamento - che la relativa decorrenza coincide con l'inizio della lavorazione protetta, quanto alla prima rata, e con il decimo giorno successivo all'inizio di ciascun periodo lavorativo, per le rate successive, senza che rilevi la denuncia del datore di lavoro di un'attività diversa rispetto a quella effettivamente svolta; l'art. 2935 c.c., difatti, stabilendo che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere, esclude che possa darsi rilievo agli impedimenti soggettivi, ancorché determinati dal fatto del debitore, né è possibile rimettere la decorrenza della prescrizione alla mera volontà del soggetto onerato.

## **5. L'azione di regresso.**

Da segnalare la pronuncia che ha analizzato i riflessi del giudicato penale di condanna, che abbia ritenuto la responsabilità del datore di lavoro nel determinismo causale dell'infortunio occorso al lavoratore, sull'azione di regresso promossa dall'INAIL. Si è al riguardo precisato che l'accertamento divenuto irrevocabile ha efficacia extrapenale e giova all'Istituto sotto il duplice profilo della sussistenza del fatto e dell'affermazione che l'imputato lo ha

commesso, in applicazione degli artt. 651 e 654 c.p.p.. Tuttavia, nulla impedisce al chiamato in regresso di chiedere che nel giudizio civile sia sviluppata ogni indagine tralasciata in ambito penale, utile al fine di definire l'estensione e i contenuti della propria responsabilità risarcitoria, tra cui quella relativa all'eventuale concorso di colpa della vittima, qualora nel procedimento non sia stato oggetto di accertamento o non ne sia stato definito il grado (**Sez. L, n. 21563/2018, Calafiore, Rv. 650220-01**).

L'ambito oggettivo dell'azione di regresso, con riferimento alla responsabilità del datore di lavoro, è ulteriormente precisato da **Sez. L, n. 05385/2018, Calafiore, Rv. 647484-01**, secondo cui il datore di lavoro è obbligato nei confronti dell'INAIL nei limiti dei principi che informano la responsabilità per il danno civilistico subito dal lavoratore; ne consegue che il giudice del merito, senza considerare l'ammontare dell'indennizzo previdenziale erogato, deve calcolare il danno civilistico (determinato ai sensi degli artt. 1221 e 2056 c.c.), quale limite massimo del diritto di regresso dell'INAIL, per stabilire se l'importo richiesto dall'istituto vi rientri o meno. La sentenza precisa che, relativamente al sistema regolato dal d.P.R. n. 1124 del 1965, vigente *ratione temporis*, prima che venisse introdotta la modifica di cui al d.lgs. n. 38 del 2000 - a seguito della quale la copertura assicurativa è estesa al danno biologico - l'oggetto dell'azione di rivalsa ex art. 11 va identificato nel cd. danno patrimoniale in senso stretto, ed il relativo giudizio comporta la necessità di accertare che la percentuale d'inabilità permanente parziale, che rileva ai fini del riconoscimento della relativa rendita al lavoratore infortunato, sia determinata con riguardo al grado di riduzione dell'attitudine al lavoro (generico), secondo i criteri indicati dall'art. 78 del d.P.R. n. 1124 del 1965 e dalla tabella ivi richiamata, restando esclusa la possibilità di tener conto, ai fini anzidetti, del cosiddetto danno biologico o di quello estetico, e ciò in coerenza con la *ratio* dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, come assicurazione finalizzata al risarcimento della perdita o della riduzione della capacità lavorativa degli assicurati e non al risarcimento del danno secondo la nozione più ampia (e perciò comprensiva del danno biologico ed estetico) di cui agli artt. 2043 e ss. c.c..

**Sez. L, n. 21961/2018, Mancino, Rv. 650495-01** in relazione alla surroga proposta dall'INAIL nei confronti del terzo responsabile di un infortunio, specifica come l'accoglimento della domanda, quanto agli importi pagati a titolo di incremento della rendita per danno patrimoniale presunto, presupponga l'accertamento che la vittima abbia effettivamente patito un danno civilistico alla capacità

di lavoro, e che sia dimostrato - a fronte del ragionamento presuntivo, fondato sul superamento della soglia del 16% di invalidità, quale presupposto giustificativo ex se dell'erogazione di un incremento - che il lavoratore: a) effettivamente svolgesse, al momento dell'infortunio, un'attività produttiva di reddito; b) non abbia mantenuto, dopo il suo verificarsi, una capacità generica residua, che gli consenta di attendere ad altri lavori confacenti alle attitudini personali. Diversamente, quanto agli importi pagati dall'INAIL a titolo di indennità giornaliera e di anticipazione delle spese mediche, deve considerarsi che la loro corresponsione avviene esclusivamente in conseguenza dell'assenza dal lavoro e di una necessità di cura, e dunque di fatti che costituiscono danni civilisticamente rilevanti, dei quali il lavoratore ha diritto di essere risarcito, a nulla rilevando che, avendo continuato a ricevere la retribuzione durante l'assenza dal lavoro, non abbia richiesto il risarcimento al responsabile.

Ai fini del regresso dell'INAIL nei confronti del datore di lavoro, ulteriore statuizione ha ribadito - in continuità con quanto affermato da Sez. U n. 5160/2015, Nobile, Rv. 634460-01 - quali siano la natura e la decorrenza del termine triennale previsto dall'art. 112 del d.P.R. n. 1124 del 1965. Sulla premessa che detto termine rivesta natura prescrizione alla luce del tenore letterale della disposizione, e stante anche il principio di stretta interpretazione delle norme in tema di decadenza (insuscettive di interpretazione estensiva od analogica), si è evidenziato come, laddove non sia stato intrapreso alcun procedimento penale, detto termine decorra dal momento in cui viene liquidato l'indennizzo al danneggiato (ovvero, in caso di rendita, dalla data della sua costituzione), il quale costituisce il fatto certo e costitutivo del diritto sorto dal rapporto assicurativo. Presupposto argomentativo del ragionamento della Corte è che l'azione con la quale l'Istituto fa valere in giudizio un proprio credito in rivalsa sia assimilabile a quella risarcitoria promossa dall'infortunato, atteso che il diritto viene esercitato nei limiti del complessivo danno civilistico ed è funzionale a sanzionare il datore di lavoro, consentendo, al contempo, di recuperare quanto corrisposto al danneggiato (**Sez. L, n. 20611/2018, Ponterio, Rv. 649931-01**).

## CAPITOLO XXV

### LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

(DI STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. Cassa Nazionale Forense. - 2. Cassa Dottori Commercialisti. - 3. Cassa Architetti e Ingegneri. - 4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti. - 5. ENPALS. (di *Annachiara Massafra*) - 6. ENPAF. - 7. La previdenza integrativa.

#### 1. Cassa Nazionale Forense.

Plurime questioni interpretative sono venute all'attenzione della Corte in relazione alle prescrizioni contenute nel Regolamento della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense.

Si è così ritenuto legittimo l'art. 4 del Regolamento della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense laddove, prevedendo il divieto di rimborso dei contributi, principio generale dell'intero sistema previdenziale, ha abrogato l'art. 21 della l. 20 settembre 1980, n. 576; tale delegificazione trova, infatti, fondamento nell'art. 3, comma 12, della l. n. 335 del 1995, che, nella sua originaria formulazione, attribuisce agli enti previdenziali privatizzati il potere di adottare atti idonei ad incidere sui criteri di determinazione del trattamento pensionistico, purché ciò avvenga nel rispetto del principio di garanzia del *pro rata*. (**Sez. L, n. 04980/2018, Calafiore, Rv. 647476-01**).

La Corte ha valutato parimenti legittima la disposizione di cui all'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, in deroga all'art. 16 della l. n. 576 del 1980, è stabilita 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. (**Sez. L, n. 03461/2018, Calafiore, Rv. 647412-01**).

Sul piano contributivo, **Sez. L, n. 05287/2018, Cavallaro, Rv. 647479-01**, ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 1, lett. b), della l. n. 576 del 1980, inerente all'imposizione del cd. "contributo di solidarietà" senza la previa fissazione di alcun massimale, in quanto - come già

osservato da Corte cost., con ordinanza 25 novembre 2016, n. 254, relativa alle disposizioni della stessa legge in tema di contribuzione erogata dai pensionati di vecchiaia per finalità solidaristica – si sarebbe dovuta risolvere nell'adozione di una pronuncia additiva, la quale, essendo possibile solo allorché esista un'unica soluzione costituzionalmente obbligata (cd. a "rime obbligate"), non è nella specie praticabile, in considerazione «dell'ampia discrezionalità spettante al legislatore in materia previdenziale».

La quota annuale di iscrizione all'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati per l'esercizio della professione forense nell'interesse esclusivo del datore di lavoro è da questi rimborsabile, non essendo compresa né nella disciplina dell'indennità di toga (di cui all'art. 14, comma 17, del d.P.R. 13 gennaio 1990 n. 43), che assolve a funzione essenzialmente retributiva ed è soggetta ad un regime tributario incompatibile con il rimborso spese, e non attenendo neppure all'ambito delle spese nell'interesse della persona, quali quelle sostenute per gli studi universitari e per l'acquisizione dell'abilitazione alla professione forense. (**Sez. L, n. 02285/2018, Cavallaro, Rv. 647267-01**).

L'esercizio della professione forense in diversi stati appartenenti all'Unione Europea – pure venuto all'attenzione della Corte - ha posto problematiche di carattere ermeneutico, in ordine alla individuazione della legislazione previdenziale in concreto applicabile. **Sez. L, n. 06776/2018, Mancino, Rv. 647604-01**, ha stabilito che, a tali fini, va data prevalenza al criterio del luogo di residenza del legale, indicato dall'art. 14 bis, par. 2, del Regolamento CEE n. 1408 del 1971, richiamato dall'art. 13 del Regolamento CEE del Parlamento europeo e del Consiglio n. 883 del 2004, nel caso in cui una parte sostanziale dell'attività sia esercitata in tale Stato membro, mentre, qualora il professionista non risieda in uno degli Stati membri nel quale esercita una parte significativa e pregnante della sua attività, deve trovare applicazione quello del luogo in cui si trova il centro di interessi, e ciò al fine di garantire l'effettività dell'obbligo di comunicazione reddituale alla Cassa di previdenza di tale luogo, funzionale alla determinazione dei contributi dovuti da chi sia già iscritto nonché all'accertamento dei requisiti reddituali o del volume di affari in presenza dei quali sorge l'obbligo di iscrizione. La Corte ne ha dedotto, con riferimento al caso sottopostole, che dovesse essere cassata senza rinvio la sentenza di appello, che aveva accolto la domanda di restituzione di contributi - versati dal 2005 in poi a seguito di iscrizione d'ufficio - alla Cassa Nazionale Forense da

avvocato di nazionalità tedesca, ma avente residenza, domicilio e centro dei propri affari in Italia.

In tema di obblighi comunicativi, la sanzione pecuniaria comminata dall'art. 17, comma 4, primo periodo, della l. n. 576 del 1980 – attuativa della riforma del sistema previdenziale forense - per inottemperanza all'obbligo di comunicazione alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense dell'ammontare del reddito professionale entro trenta giorni dalla data prescritta per la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi, riveste natura amministrativa. Detta natura non è venuta meno per effetto della privatizzazione della Cassa voluta dal d.lgs. n. 509 del 1994; ne consegue che tale sanzione è soggetta a termine di prescrizione quinquennale, decorrente dal giorno in cui è stata commessa la violazione, e non a quello decennale prescritto dall'art. 19, comma 1, della l. n. 576 del 1980, che si riferisce esclusivamente ai contributi e ai relativi accessori. (**Sez. L, n. 17258/2018, Riverso, Rv. 649594-01**).

Sulla scia della recente Sez. L, n. 30344/2017, Cavallaro, (Rv. 646559 – 01), di cui ha ulteriormente sviluppato le linee motivazionali, **Sez. L, n. 32167/2018, Calafiore, Rv. 652030-01**, ricusando la richiesta di rimessione alle Sezioni Unite, ha enucleato un principio generale in tema di gestioni separate INPS, applicabile alle differenti categorie professionali. La decisione ha stabilito che gli avvocati iscritti ad altre forme di previdenza obbligatorie i quali, svolgendo attività libero professionale priva del carattere dell'abitudine, non hanno - secondo la disciplina vigente "ratione temporis", antecedente l'introduzione dell'automatismo della iscrizione – l'obbligo di iscriversi alla Cassa Forense, alla quale versano esclusivamente un contributo integrativo di carattere solidaristico in quanto iscritti all'albo professionale, a cui non segue la costituzione di alcuna posizione previdenziale a loro beneficio, sono tenuti comunque ad iscriversi alla gestione separata presso l'INPS. Ciò perché, secondo la *ratio* dell'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, l'unico versamento contributivo rilevante ai fini dell'esclusione di detto obbligo di iscrizione è quello suscettibile di costituire in capo al lavoratore autonomo una correlata prestazione previdenziale. Nell'ottica della "universalizzazione" delle tutele, l'obbligazione contributiva è collegata, difatti, alla produzione dei redditi di cui all'art. 49 T.U.I.R., comma 1 e 2, rivenienti da attività di lavoro autonomo e da attività di collaborazione continuativa e coordinata, in tal modo assolvendo, l'istituzione della gestione separata, a funzione di chiusura del sistema, siccome diretta ad

estendere la copertura assicurativa non già a categorie determinate di lavoratori autonomi che ne siano prive, bensì a chi, svolgendo due attività, già ne fruisca limitatamente ad una di esse.

Ai fini della determinazione dell'entità del trattamento di pensione di vecchiaia erogato a favore degli avvocati e procuratori rileva il reddito professionale dichiarato ai fini fiscali e non già quello definito per effetto del cd. "accertamento con adesione" di cui all'art. 2, comma 3, del d.lgs. 19 giugno 1997 n. 218, dovendosi avere riguardo al reddito professionale effettivo e non a quello "fittizio" conseguente alla definizione concordata della vertenza tributaria (**Sez. L, n. 05380/2018, D'Antonio, 647482-01**).

## 2. Cassa Dottori Commercialisti

Riprendendo il medesimo iter argomentativo di Sez. U., n. 02612/2017, D'Antonio, Rv. 642437-01, **Sez. L, n. 19638/2018, Bellè, Rv. 649986-01**, ha riaffermato il principio di diritto secondo il quale la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti è titolare del potere di accertare, sia all'atto dell'iscrizione ad essa, sia periodicamente, e comunque prima dell'erogazione di qualsiasi trattamento previdenziale, ed a tale limitato fine, che l'esercizio della corrispondente professione non sia stato svolto nelle situazioni di incompatibilità di cui all'art. 3 del d.P.R. 27 ottobre 1953 n. 1067 (ora art. 4 del d.lgs. 28 giugno 2005, n. 139), ancorché quest'ultima non sia stata accertata dal Consiglio dell'Ordine competente. In particolare, detto autonomo potere di accertamento sussiste nel momento della verifica dei presupposti per l'erogazione del trattamento previdenziale, al quale si associa naturalmente la cessazione dell'iscrizione all'Ordine, non potendosi ravvisare ostacolo alcuno nella carenza di una procedura specifica per l'esercizio di esso, risultando le garanzie procedurali suscettibili di essere in ogni caso assicurate dall'osservanza delle norme generali di cui alla l. n. 241 del 1990.

In tema di obblighi di contribuzione, **Sez. L, n. 32508/2018, Calafiore, Rv. 652038-01**, sulla scia della recente Sez. L, n. 30344/2017, Cavallaro, (Rv. 646559-01), di cui ha ulteriormente sviluppato le linee motivazionali, ha poi esteso alla categoria dei dottori commercialisti un principio generale in tema di gestioni separate INPS. Nel dettaglio, la decisione ha stabilito che i dottori commercialisti iscritti ad altre forme di previdenza obbligatorie i quali, non avendo raggiunto la soglia reddituale che rende obbligatoria l'iscrizione alla Cassa dei dottori commercialisti, alla

stessa versino esclusivamente un contributo integrativo di carattere solidaristico, a cui non segue la costituzione di alcuna posizione previdenziale a loro beneficio, sono tenuti comunque ad iscriversi alla gestione separata presso l'INPS. Ciò perché, secondo la *ratio* dell'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, l'unico versamento contributivo rilevante ai fini dell'esclusione di detto obbligo di iscrizione è quello suscettibile di costituire in capo al lavoratore autonomo una correlata prestazione previdenziale. Nell'ottica della "universalizzazione" delle tutele, l'obbligazione contributiva è collegata, difatti, alla produzione dei redditi di cui all'art. 49 T.U.I.R., comma 1 e 2, rivenienti da attività di lavoro autonomo e da attività di collaborazione continuativa e coordinata, in tal modo assolvendo, l'istituzione della gestione separata, a funzione di chiusura del sistema, siccome diretta ad estendere la copertura assicurativa non già a categorie determinate di lavoratori autonomi che ne siano prive, bensì a chi, svolgendo due attività, già ne fruisca limitatamente ad una di esse.

### 3. Cassa Ingegneri e Architetti.

In tema di previdenza di ingegneri e architetti, l'imponibile contributivo va determinato alla stregua dell'oggettiva riconducibilità alla professione dell'attività concreta, ancorché questa non sia riservata per legge alla professione medesima, rilevando che le cognizioni tecniche di cui dispone il professionista influiscano sull'esercizio dell'attività. La limitazione dell'imponibile contributivo ai soli redditi da attività professionali tipiche non trova difatti fondamento nell'art. 7 della l. 24 giugno 1923, n. 1395 e negli artt. 51, 52 e 53 del r.d. 23 ottobre 1925 n. 2537, che riguardano soltanto la ripartizione di competenze tra ingegneri e architetti, mentre l'art. 21 della l. n. 6 del 1981 stabilisce unicamente che l'iscrizione alla Cassa è obbligatoria per tutti gli ingegneri e gli architetti che esercitano la libera professione con carattere di continuità. Nella specie, sulla scorta della proposta opzione ricostruttiva, la Corte ha respinto il ricorso avverso la decisione di merito che aveva incluso nell'imponibile contributivo di un ingegnere nucleare i redditi percepiti dall'attività di consulenza nel settore del *marketing* aziendale (**Sez. L, n. 20389/2018, Leone, Rv. 650121-01**).

Merita poi segnalare **Sez. L, n. 32166/2018, Calafiore, Rv. 652029-01**, che, in linea di continuità con la recente Sez. L, n. 30344/2017, Cavallaro, Rv. 646559-01, e simmetricamente a quanto affermato a proposito delle categorie degli avvocati e dei dottori commercialisti, ha ritenuto che gli ingegneri e gli architetti ai quali è



preclusa l'iscrizione ad INARCASSA (essendo iscritti ad altre forme di previdenza obbligatorie, in ragione del concomitante esercizio di attività dipendente), alla quale versano esclusivamente un contributo integrativo di carattere solidaristico in quanto iscritti agli albi professionali, a cui non segue la costituzione di alcuna posizione previdenziale a loro beneficio, sono tenuti comunque ad iscriversi alla gestione separata presso l'INPS. Ciò perché, secondo la *ratio* dell'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, l'unico versamento contributivo rilevante ai fini dell'esclusione di detto obbligo di iscrizione è quello suscettibile di costituire in capo al lavoratore autonomo una correlata prestazione previdenziale. Nell'ottica della "universalizzazione" delle tutele, l'obbligazione contributiva è collegata, difatti, alla produzione dei redditi di cui all'art. 49 T.U.I.R., comma 1 e 2, rivenienti da attività di lavoro autonomo e da attività di collaborazione continuativa e coordinata, in tal modo assolvendo, l'istituzione della gestione separata, a funzione di chiusura del sistema, siccome diretta ad estendere la copertura assicurativa non già a categorie determinate di lavoratori autonomi che ne siano prive, bensì a chi, svolgendo due attività, già ne fruisca limitatamente ad una di esse.

In tema di trattamento pensionistico degli ingegneri ed architetti liberi professionisti iscritti alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza, le verifiche del requisito della continuità nell'esercizio della professione, valevole ai fini dell'anzianità dell'iscrizione, soggiacciono al termine di decadenza di cinque anni, decorrenti dalla presentazione delle dichiarazioni sostitutive di notorietà - funzionali all'esercizio del potere di verifica - cui gli iscritti sono tenuti a norma dell'art. 7 dello Statuto, approvato con d.m. 28 novembre 1995 (**Sez. L, n. 16252/2018, Calafiore, Rv. 649392-01**).

Sempre ai fini della verifica della sussistenza dell'esercizio continuativo della professione, requisito indispensabile per l'iscrizione ad INARCASSA, ai sensi dell'art. 7 del relativo Statuto, non ha alcun rilievo la circostanza che il professionista iscritto sia stato sospeso per motivi disciplinari dal servizio per sei mesi, dovendosi tener conto del principio di autonomia tra l'ordinamento previdenziale e quello dell'ordine professionale e di quanto previsto dalla l. n. 6 del 1981 e dal r.d. n. 2537 del 1925, che non collegano a tale sanzione disciplinare alcun effetto sul requisito della continuità. (**Sez. L, n. 10281/2018, Ponterio, Rv. 648043-01**).

#### 4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti.

Numerosi anche i contributi di nomofilachia relativi ai trattamenti pensionistici dei geometri.

Tra questi merita evidenziare che, in materia di pensione di invalidità, la Corte ha ritenuto essere il riscatto dei periodi pregressi, esercitato ai sensi dell'art. 23 della l. 20 ottobre 1982, n. 773, idoneo esclusivamente a rendere utilizzabili ai fini dell'anzianità contributiva periodi di lavoro non coperti da contribuzione, sicché esso non rileva ai fini della ricostituzione *ex post* del requisito della continuità dell'iscrizione da data anteriore al compimento del quarantesimo anno di età, richiesto dagli artt. 4 e 5 del Regolamento per l'attuazione delle attività della Cassa. In applicazione di tale enunciato, la Corte ha confermato, nella specie, il rigetto della domanda di ricalcolo della pensione di invalidità con eliminazione della riduzione dei tre quindicesimi prevista dall'art. 3 della l. 4 agosto 1990 n. 236 in caso di insussistenza dei requisiti di cui ai citati artt. 4 e 5. (**Sez. L, n. 15030/2018, Ponterio, Rv. 649241-01**).

Ancora, in diversa pronuncia, si è affermato il principio in materia di pensione di anzianità in regime di totalizzazione, secondo cui, ove il titolare abbia maturato, alla data del pensionamento, un'anzianità inferiore a 35 anni presso la Cassa Geometri, la determinazione dell'importo della pensione nella quota riguardante la Cassa va effettuata con esclusione dei coefficienti di riduzione di cui all'art. 3 del "Regolamento per l'attuazione delle attività di previdenza ed assistenza" ex d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509, poiché l'articolo in questione riconnette i coefficienti di abbattimento ai criteri di accesso alla pensione di anzianità, nel senso che, ove non sia raggiunta l'anzianità di quarant'anni, la pensione soggiace a riduzioni in ragione dell'anzianità effettiva e dell'età, ma prevede poi tali abbattimenti solo in relazione ad anzianità comprese tra 35 e 39 anni (**Sez. L, n. 15892/2018, Bellè, Rv. 649285-01**).

In materia di pensione di vecchiaia, poi, anche gli anni non coperti da integrale contribuzione concorrono a formare l'anzianità contributiva, e vanno inseriti nel calcolo della stessa, in quanto l'aggettivo "effettiva", di cui all'art. 2 della l. n. 773 del 1982, che non è sinonimo di "integrale", si riferisce alla contribuzione, senza alcun riferimento alla misura della stessa, sancendo la commisurazione della pensione alla contribuzione effettivamente versata, con esclusione di ogni automatismo delle prestazioni in assenza di contribuzione. (**Sez. L, n. 15643/2018, Ponterio, Rv. 649345-01**).

## 5. ENPALS.

In tema di tutela previdenziale dei lavoratori dello spettacolo, ad avviso di **Sez. L, n. 16253/2018, Boghetich, Rv. 649485-01** anche i *deejay producers* e i tecnici del suono sono soggetti all'obbligo di iscrizione all'ENPALS in quanto le loro prestazioni, pur rese negli studi di incisione senza presenza di pubblico e consistenti nella realizzazione di supporti registrati destinati alla commercializzazione, si traducono in produzioni di carattere artistico destinate alla fruizione del pubblico attraverso le nuove tecnologie, da ricomprendere nella nozione di spettacolo, come evolutesi nel tempo, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 16 luglio 1947 C.p.s. n. 708, nel testo modificato dalla l. 27 dicembre 2002 n. 289.

In passato Sez. L, n. 4882/2013, Bandini, Rv. 625335-01, aveva già chiarito che sono soggetti a contribuzione in favore dell'Ente nazionale di previdenza e assistenza per i lavoratori dello spettacolo, anche i compensi corrisposti - ai lavoratori appartenenti alle categorie di cui all'art. 3, primo comma, numeri da 1 a 14 del d.lgs. C.p.S. n. 708 del 1947 e successive modificazioni -, per le prestazioni dirette a realizzare, senza la presenza del pubblico che ne è il destinatario finale, registrazioni (fonografiche, come nella specie, o in altra forma) di manifestazioni musicali o di altre manifestazioni a carattere e contenuto (artistico, ricreativo o culturale) di spettacolo. La disposizione sopravvenuta, introdotta con l'art. 43 della l. n. 289 del 2002 allo scopo dichiarato di ridurre il contenzioso e concernente, direttamente, il compenso imponibile, conferma tale interpretazione, presupponendo l'assoggettamento all'obbligo contributivo dei compensi corrisposti a titolo di cessione dello sfruttamento del diritto d'autore, d'immagine e di replica.

Anche Sez. L, n. 21829/2014, Arienzo, Rv. 632884-01 aveva poi affermato che l'obbligo di iscrizione all'ENPALS sussiste, ai sensi del d.lg. C.p.s. 16 luglio 1947, n. 708, per i lavoratori impiegati a svolgere un'attività artistico o tecnica correlata alla realizzazione di uno spettacolo destinato al pubblico con carattere di stabilità e professionalità, con esclusione dei lavoratori che prestino tale attività in via meramente occasionale, senza che rilevi la circostanza che le prestazioni, benché professionali, siano saltuarie, o di breve durata, né che tale attività lavorativa non sia esclusiva per il soggetto che la espleti.

## 6. ENPAF

In tema di pensione di vecchiaia dei farmacisti, il requisito dell'esercizio almeno ventennale dell'attività professionale, introdotto dall'art. 8, comma 4, del Regolamento di previdenza dell'ENPAF, come modificato dal d.m. 15 novembre 1994, per coloro che si iscrivono o si reinscrivono all'ente dopo il 31 dicembre 1994, non è richiesto per gli assicurati che, pur reinscritti dopo tale data, ricadano nel regime transitorio previsto dai commi 2 e 3 dello stesso art. 8. Facendo applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto alla pensione di vecchiaia in favore di un assicurato che, cancellato dall'ente nel 1991 e reinscritto nel 2003, non aveva esercitato la professione per almeno venti anni, ma al momento della domanda aveva compiuto sessantacinque anni e poteva far valere ventotto anni di iscrizione ed effettiva contribuzione, come previsto dalla disciplina transitoria. (**Sez. L, n. 10761/2018, Rivero, Rv. 648773-01**).

## 7. La previdenza integrativa.

In riferimento alla base di calcolo della pensione integrativa dei dipendenti INPS, si segnala, non constando peraltro precedenti in merito, **Sez. L, n. 16019/2018, Mancino, Rv. 649325-01**, la quale ha escluso che rientri nella base di calcolo della pensione integrativa prevista in loro favore l'indennità di ente, che è stata introdotta soltanto con l'art. 26 del c.c.n.l. per il personale del comparto enti pubblici non economici sottoscritto il 9 ottobre 2003, e, quindi, in epoca successiva alla l. 17 maggio 1999, n. 144, la quale ha operato la cristallizzazione della prestazione pensionistica integrativa alle voci retributive utili erogate alla data del 30 settembre 1999.

Sempre con riferimento alla base di calcolo della pensione integrativa dei dipendenti dell'INAIL, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento di previdenza e quiescenza del relativo personale, **Sez. L, n. 22389/2018, Bellè, Rv. 650540-01** ha ritenuto che, ai fini della computabilità nella pensione integrativa già erogata dal fondo istituito dall'ente (e ancora transitoriamente prevista a favore dei soggetti già iscritti al fondo, nei limiti dettati dall'art. 64 della l. 17 maggio 1999, n. 144) è sufficiente che le voci retributive siano fisse e continuative. Nel caso al vaglio, la S.C., cassando la sentenza di merito ed enunciando il suddetto principio, ha ritenuto inclusa nella base pensionabile in questione l'indennità di "toga", benché definita dalla norma istitutiva quale emolumento di carattere "non stipendiale".

In merito al trattamento pensionistico integrativo previsto per i dipendenti dell'Istituto bancario San Paolo, **Sez. L, n. 23598/2018, Bellè, Rv. 650620-01**, ha affermato che l'art. 3 del d.lgs. n. 124 del 1993 trova applicazione anche nei contratti e negli accordi collettivi del 30 novembre 1998 e del 31 maggio 1999, che pertanto sono opponibili al personale in pensione alla data del 31 dicembre 1997 nella parte in cui prevedono la facoltà di scelta tra percepire una quota individuale in un'unica soluzione o versarla ad un'assicurazione per la costituzione di una rendita vitalizia, da liquidare secondo lo studio attuariale acquisito con i medesimi accordi; ciò in quanto il trattamento previdenziale aggiuntivo al quale i pensionati avrebbero avuto diritto prima delle modifiche apportate dalle parti sociali era certo nell'"an", ma non nel "quantum", perché costituito da una quota limitata del reddito prodotto dalla gestione di pertinenza della prestazione stessa, individuata secondo i criteri previsti dallo Statuto dell'ente.

In altro ambito, e sul presupposto che vada ritenuta la natura di fondazione del Fondo Pensioni per il Personale della Banca di Roma, la Corte ne ha disegnato la disciplina regolativa, che si evince dalle correlate disposizioni codicistiche. Da tali norme si deduce che l'azione per far valere eventuali violazioni di norme imperative, da parte di una delibera assembleare modificativa dello statuto, è assoggettata a prescrizione quinquennale, trattandosi, ai sensi dell'art. 23, comma 1, c.c., di una speciale forma di annullabilità, derogatoria rispetto al principio generale dell'art. 1418 c.c., il quale detta, per i negozi contrari a norme imperative, il diverso regime della nullità. La medesima pronuncia ha stabilito, sul tema dei Fondi pensionistici integrativi aventi natura di persona giuridica privata, che il provvedimento di approvazione della COVIP non rientra tra gli elementi costitutivi degli atti di adozione o modifica dello statuto da parte del Fondo, ma è solo integrativo della loro efficacia con effetto *ex tunc*, in quanto finalizzato al controllo circa la correttezza e la trasparenza delle condizioni contrattuali di tutte le forme pensionistiche complementari. (**Sez. L, n. 20764/2018, Berrino, Rv. 650129-01 e Rv. 650129-02**).

Di particolare interesse, poi, sul piano applicativo, **Sez. U, n. 06928/2018, Tria, Rv. 647568-01**, la quale ha affermato che il trattamento pensionistico erogato dai fondi pensione integrativi ha natura previdenziale, fin da quando tali fondi sono stati istituiti, ma ad esso non è applicabile il divieto di cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi previsto dall'art. 16, comma 6, della l. n. 412

del 1991, in quanto non corrisposto da enti gestori di forme di previdenza obbligatoria, ma da datori di lavoro privati.

Dalla affermata natura previdenziale, tuttavia, deriva, da un lato, che agli accessori da cumulare non si applica il regime giuridico proprio delle obbligazioni pecuniarie, sicché il pagamento del solo credito originario si configura come adempimento parziale di una prestazione unitaria, da cui consegue che gli interessi devono essere calcolati sul capitale rivalutato con scadenza periodica, dal momento dell'inadempimento al soddisfacimento del credito, e, d'altro canto, che nell'ipotesi in cui il credito sia stato ammesso allo stato passivo del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa del datore di lavoro, esso non risulta assistito da privilegio.

Quanto alla previdenza del personale di volo dipendente dalle aziende di navigazione aerea, **Sez. L, n. 19275/2018, Bellè, Rv. 649922-01**, ha sancito che, per effetto dell'abrogazione dell'art. 27 della l. 13 luglio 1965 n. 859 - incompatibile con l'entrata in vigore del d.lgs. 24 aprile 1997 n. 164 - la regola del cumulo tra la pensione erogata dal Fondo Volo costituito presso l'INPS e la retribuzione da lavoro dipendente è quella che vige per l'AGO, di modo che si deve individuare se la pensione in godimento sia di anzianità o di vecchiaia in base alla legge vigente al momento del pensionamento, a tal fine combinando il principio sulla rilevanza del requisito anagrafico con quello del necessario raggiungimento, in concreto, di una anzianità contributiva pari o superiore a venti anni.

In tema di previdenza integrativa degli Agenti Professionisti di Assicurazione, l'erogazione della pensione anticipata di anzianità da parte dei Fondi pensione preesistenti alla l. delega 23 ottobre 1992 n. 421 è subordinata, secondo il regime transitorio ricavabile dal combinato disposto dell'art. 20, comma 2, del d.lgs. 5 dicembre 2005 n. 252 e del decreto ministeriale di attuazione, alla sussistenza dei requisiti e con la decorrenza prevista dalla disciplina obbligatoria di appartenenza, senza possibilità di un accesso anticipato ex art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 252 del 2005, riservato ai Fondi di istituzione successiva alla legge delega. Nella specie, la Corte ha corretto la motivazione della sentenza d'appello che aveva escluso il diritto di un agente assicurativo alla pensione integrativa anticipata di anzianità erogata dal Fondo pensione agenti professionisti di assicurazione, sull'erroneo presupposto che l'art. 11, comma 4, cit. non si applicasse ai lavoratori autonomi (**Sez. L, n. 9740/2018, Calafiore, Rv. 648186-01**).

In riferimento agli impiegati esattoriali, **Sez. L, n. 28775/2018, Mancino, Rv. 651702-01** ha infine ritenuto manifestamente

infondata la questione di legittimità costituzionale della l. 2 aprile 1958 n. 377, come modificata dalla l. 22 luglio 1971 n. 587, in relazione agli artt. 3, 36 e 38, comma 2, Cost., nella parte in cui prevedono che l'iscritto al Fondo di Previdenza per tale categoria – Fondo speciale obbligatorio che conferisce all'iscritto una pensione che integra quella prevista dall'AGO, costituendo un sistema previdenziale autonomo ed autosufficiente – una volta che abbia trasferito la propria posizione previdenziale nell'AGO, non possa richiedere la prestazione integrativa riconosciuta dal Fondo, non comportando tale previsione alcun indebito arricchimento a favore dell'INPS.

# PARTE SESTA

## I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(COORDINATA DA ROBERTO MUCCI)

### CAPITOLO XXVI

#### ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

(DI ROBERTO MUCCI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisdizione. – 3. Effetti dell'espropriazione per i terzi. – 4. La determinazione dell'indennità di espropriazione. A) La qualificazione delle aree. – 4.1. (*segue*). B) La stima. – 4.2. (*segue*). C) Le aree agricole. – 5. L'indennizzo per la reiterazione dei vincoli. – 6. L'opposizione alla stima. – 7. La determinazione consensuale dell'indennità. – 8. La retrocessione. – 9. Le espropriazioni illegittime. – 9.1. (*segue*). L'acquisizione "sanante".

#### 1. Premessa.

Anche nel 2018 è proseguita l'opera di consolidamento e sistemazione dei principi in materia di espropriazione per pubblica utilità propria della Prima Sezione. Non mancano però novità di rilievo, segnatamente in tema di indennizzabilità per reiterazione del vincolo, in un quadro giurisprudenziale complessivamente orientato all'effettività del ristoro riconoscibile al privato espropriato. Per altro verso, non pare inutile rimarcare l'emersione di più di una sottolineatura in tema di sollecita definizione dei procedimenti amministrativi, quasi un canone generale suscettibile di conformare le condotte tanto della P.A. quanto, soprattutto in sede di giudizio di opposizione alla stima, del privato.

Come per la precedente *Rassegna*, si procederà dunque alla segnalazione delle pronunce massimate maggiormente significative, secondo l'intavolazione della materia posta dal d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. espropriazioni).

#### 2. La giurisdizione.

In tema di risarcimento dei danni derivanti dall'illecita occupazione del bene, dopo Corte cost. 28 aprile 2006, n. 204 e 8 marzo 2006, n. 191 e le successive pronunce di legittimità è fermo il criterio discrezionale (su cui già Sez. U, n. 17110/2017, Manna F., Rv.



644919-01) fondato sul collegamento causale tra il comportamento lesivo ed un precedente provvedimento, conformativo degli interessi incisi, predicato come espressivo di un potere amministrativo pur sussistente ed esercitato almeno “mediatamente”. In tal caso vi è la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: **Sez. U, n. 9334/2018, Bisogni, Rv. 648266-01** e **Sez. U, n. 2145/2018, Giusti, Rv. 647038-01** (quest’ultima relativa ad ordinanza, costituente anche dichiarazione di pubblica utilità, di approvazione di un progetto esecutivo di un impianto per lo smaltimento dei rifiuti e di occupazione d’urgenza del sito senza tempestiva immissione in possesso).

Declina tale criterio in termini generali **Sez. U, n. 14434/2018, De Stefano, Rv. 648946-01**: ove vengano in evidenza pretese restitutorie, risarcitorie o ripristinatorie del privato coinvolto dall’attività ablativa della P.A. o della sua concessionaria, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo quante volte il comportamento della P.A., cui si ascrive la lesione, sia la conseguenza diretta di un assetto di interessi conformato da un originario provvedimento ablativo, legittimo o illegittimo, ma comunque espressione di un potere amministrativo (in concreto) esistente cui la condotta successiva si ricollega in senso causale, mentre *«sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per quelle condotte connesse per mera occasionalità a quelle indispensabili per la realizzazione dell’opera pubblica, compiute su immobili fin dall’origine esclusi dall’oggetto di questa»*; in altri termini, l’insussistenza dell’esercizio – nemmeno “mediato” – del potere amministrativo rende allora recessiva l’esigenza di concentrazione davanti ad un unico giudice (amministrativo) dell’intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della pubblica funzione.

In tema di cd. acquisizione sanante ex art. 42-*bis* T.U. espropriazioni, **Sez. U, n. 15343/2018, Manna A., Rv. 649624-01**, ribadisce la recente Sez. U, n. 15283/2016, De Chiara, Rv. 640702-01, affermando che, ove si discuta unicamente della quantificazione dell’importo dovuto in applicazione della citata norma, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario e le relative controversie sulla determinazione e corresponsione dell’indennizzo, globalmente inteso, sono devolute, in unico grado, alla corte di appello, *«secondo una regola generale dell’ordinamento di settore per la determinazione giudiziale delle indennità, dovendosi interpretare in via estensiva l’art. 29 del d.lgs. n. 150 del 2011, tanto più che tale norma non avrebbe potuto fare espresso riferimento a un istituto – quale quello della acquisizione sanante – introdotto nell’ordinamento solo in epoca successiva»*. Ma il pendolo della giurisdizione torna verso il

plesso amministrativo se la domanda risarcitoria e ripristinatoria attenga ad aree estranee al decreto di acquisizione sanante, atteso il rapporto “mediato” con l’esercizio del pubblico potere (espresso dalla dichiarazione di pubblica utilità dell’opera in relazione all’intera area), residuando la giurisdizione del giudice ordinario per le domande relative alle aree oggetto del decreto ex art.42-*bis*, ed in particolare alla corte d’appello in unico grado, non ostandovi la preclusione ex art. 38 c.p.c. (così **Sez. U, n. 33539/2018, Di Virgilio, Rv. 652238-01**)

### **3. Effetti dell’espropriazione per i terzi.**

Sull’estensione degli obblighi propriamente indennitari si segnala l’interessante **Sez. 1, n. 25551/2018, Marulli, Rv. 650767-01**: nel ribadire un risalente orientamento (Sez. 1, n. 14205/2009, Salvago, Rv. 608667-01) la pronuncia afferma che non è dovuto alcun risarcimento o indennità al terzo che, in virtù di un diritto personale di godimento sull’immobile legittimamente espropriato, vi svolga un’attività imprenditoriale, in quanto gli obblighi indennitari si rivolgono esclusivamente all’espropriato, non essendo previsto dalla legge alcun ristoro per le conseguenze economiche derivanti dalla dissoluzione dell’attività aziendale dovuta al provvedimento ablativo, le quali risultano, pertanto, regolate esclusivamente dal rapporto negoziale tra proprietario espropriato e terzo titolare del diritto di godimento estinto.

Analogamente – sia pure con diretto riferimento alla posizione del proprietario coltivatore diretto – **Sez. 1, n. 19753/2018, Sambito, Rv. 649952-01**, secondo cui, nel caso di attribuzione della vocazione edificatoria al suolo su cui è esercitata un’impresa agricola, la liquidazione dell’indennità di esproprio deve essere rapportata esclusivamente al valore venale del bene espropriato, sicché al proprietario coltivatore diretto spetta l’indennità aggiuntiva ex art. 37, comma 9, T.U. espropriazioni, non già il ristoro per la perdita subita a causa della cessazione o riduzione dell’attività d’impresa, che non è in sé mai oggetto del provvedimento ablatorio.

**4. La determinazione dell’indennità di espropriazione. A) La qualificazione delle aree.** In generale, sul tema centrale dell’incidenza dei vincoli urbanistici, le pronunce intervenute nel corso del 2018 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 fondata su dati concreti e non inficiata da astrattezza (**Sez. 1, n. 04100/2018, Iofrida, Rv. 648135-01; Sez. 1, n. 16084/2018, Sambito, Rv. 649574-01; Sez. 1, n. 21914/2018, Mercolino, Rv. 650581-01**).

Più in particolare, sull'incidenza, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione, dell'inclusione dell'area ablata in un piano di insediamento industriale (P.I.P.) o di edilizia economica e popolare (P.E.E.P.), sia consentito menzionare **Sez. 1, n. 14632/2018, Mucci, Rv. 648940-01**, confermativa, sulla scorta di Sez. 1, n. 25718/2011, Salvago, Rv. 620710-01, dell'inedificabilità del terreno espropriato ricadente in una fascia di rispetto stradale, in quanto limitazione legale della proprietà a carattere generale, prescindente dalla collocazione del terreno all'interno di un P.I.P. o di un P.E.E.P. A sua volta, **Sez. 1, n. 15693/2018, Lamorgese, Rv. 649136-01**, ribadendo l'insegnamento di Sez. 1, n. 13958/2006, Benini, Rv. 590694-01, e (sul tema degli oneri di urbanizzazione) di Sez. 1, n. 16750/2013, Ceccherini, Rv. 627265-01, afferma che nell'espropriazione di terreni edificabili inseriti in un P.I.P., la detrazione degli oneri di urbanizzazione dal valore del fondo assume rilevanza esclusivamente se la valutazione sia stata effettuata applicando il metodo analitico-ricostruttivo, che è volto a determinare il valore di trasformazione dell'area espropriata, mentre non rileva se la stima sia stata effettuata applicando il metodo sintetico-comparativo, che si avvale di indicazioni di mercato concernenti il prezzo pagato per immobili omogenei. **Sez. 1, n. 29873/2018, Marulli (in corso di rimassimazione per problemi tecnici del sito)**, ribadisce nuovamente, con riferimento ai P.I.P., il principio affermato da Sez. 1, n. 22421/2008, Del Core, Rv. 604607-01, relativamente ai P.E.E.P.: nella determinazione dell'indennità di espropriazione di un fondo edificabile inserito in un P.I.P., la valutazione delle possibilità legali ed effettive di edificazione va fatta, analogamente a quanto avviene per i terreni inclusi in un P.E.E.P., tenendo presente che i volumi realizzabili non possono essere quantificati applicando senz'altro l'indice fondiario di edificabilità, il quale è riferito alle singole aree specificamente destinate alla edificazione privata dallo strumento urbanistico attuativo, ma, poiché ai fini dell'esercizio concreto dello *ius aedificandi* è necessario che l'area sia urbanizzata, occorre tener conto dell'incidenza degli spazi riservati (secondo le prescrizioni dello strumento urbanistico attuativo) ad infrastrutture e servizi di interesse generale, ciò può anche essere

espresso ricorrendo a indici medi di edificabilità riferiti all'intera zona omogenea, con la conseguenza che tutti i terreni espropriati in ambito P.I.P. (o P.E.E.P., secondo il precedente citato) percepiscono la stessa indennità, calcolata su una valutazione del fondo da formulare sulla potenzialità edificatoria media di tutto il comprensorio, vale a dire dietro applicazione di un indice di fabbricabilità (territoriale) che sia frutto del rapporto fra spazi destinati agli insediamenti residenziali e spazi liberi o, comunque, non suscettibili di edificazione per il privato, mentre l'indice fondiario trova piena applicazione ove l'area da valutare sia collocata in comprensorio già totalmente urbanizzato, per il quale, dunque, non è necessario lo strumento urbanistico attuativo, ancorché previsto dal P.R.G.

Infine, per un'interessante fattispecie relativa alla determinazione della volumetria complessivamente edificabile con inclusione dei parcheggi ulteriori rispetto a quelli pertinenziali obbligatori previsti dal P.E.E.P. si v. **Sez. 1, n. 25999/2018, Mercolino, Rv. 651446-01.**

#### **4.1. (segue). B) La stima.**

Sui metodi di stima e, più in generale, sul criterio del valore di mercato, **Sez. 1, n. 4711/2018, Iofrida, Rv. 647742-01**, ribadisce che l'adozione del metodo analitico-ricostruttivo comporta l'accertamento dei volumi realizzabili sull'area basato non sull'indice fondiario di edificabilità, bensì su quello che individua la densità territoriale della zona, poiché solo mediante la sua applicazione si include nel calcolo la percentuale degli spazi riservati ad infrastrutture e servizi a carattere generale, oltre che le spese di urbanizzazione relative alle opere poste in essere dalla P.A. le quali assicurino l'immediata utilizzazione edificatoria dell'area.

Quanto al metodo sintetico-analitico, **Sez. 1, n. 11196/2018, Lamorgese, Rv. 648452-01**, evidenzia (rifacendosi al remoto precedente di cui a Sez. 1, n. 2392/1990, Ruggiero, Rv. 466122-01) come detto metodo sia quello che meglio di ogni altro risponde alla finalità dell'accertamento del "giusto prezzo in una libera contrattazione di compravendita" poiché si basa sull'effettiva realtà del mercato per immobili di caratteristiche identiche o similari alla data di riferimento, venendone il valore desunto da dati economici concreti, a prescindere dalla condizione giuridica del bene (sul criterio generale del valore venale pieno anche in relazione alle possibilità di utilizzazione "intermedie" tra l'agricola e l'edificatoria, ad esempio

quali parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita, si v. **Sez. 1, n. 19295/2018, Mercolino, Rv. 649681-01**).

Sullo specifico profilo del valore venale della casa di abitazione mette conto segnalare la peculiare **Sez. 1, n. 27934/2018, Mercolino, Rv. 651450-01**: detto valore, ossia il valore di mercato del bene, deve essere determinato attraverso indagini e sulla base dei criteri della scienza estimativa, i quali non tengono conto della maggiore spesa che l'espropriato dovrebbe sostenere per l'acquisto e la sistemazione di un altro bene conforme alle proprie esigenze abitative, trattandosi di elementi soggettivi di valutazione, forieri di disparità di trattamento tra proprietari di beni aventi caratteristiche omogenee e comunque idonei a far sorgere complicazioni nel procedimento di stima, ispirato invece a finalità di semplificazione ed accelerazione.

#### **4.2. (segue). C) Le aree agricole.**

Possono segnalarsi due pronunce in tema di indennità aggiuntiva ex art. 17 l. n. 865 del 1971. **Sez. 1, n. 20523/2018, Lamorgese, Rv. 651296-01**, collega il requisito della coltivazione diretta del fondo, a far data da almeno un anno prima del giorno in cui è stato reso noto il programma espropriativo, alla dichiarazione di pubblica utilità attinente alla procedura espropriativa effettivamente giunta a compimento, rimanendo irrilevanti precedenti procedure espropriative mai portate a termine, con riferimento alle quali l'affittuario coltivatore diretto non possedeva ancora i requisiti per accedere all'indennità. A sua volta, **Sez. 1, n. 28788/2018, Bisogni, Rv. 651508-01**, ribadisce, sulla scorta di Sez. 1, n. 4784/2012, Salvago, Rv. 621972-01, che, ai fini dell'erogazione concreta dell'indennità aggiuntiva in questione, spetta al richiedente provare l'utilizzazione diretta agraria del terreno, ravvisabile in tutte quelle ipotesi in cui la coltivazione del fondo da parte del titolare avviene con prevalenza del lavoro proprio e di persone della sua famiglia, nonché l'esistenza di uno dei rapporti agrari tipici.

#### **5. L'indennizzo per la reiterazione dei vincoli.**

Come anticipato in premessa, sul tema è intervenuta l'importante **Sez. 1, n. 12468/2018, Lamorgese, Rv. 648780-01**, così massimata: «*La reiterazione dei vincoli scaduti preordinati all'esproprio o sostanzialmente espropriativi, oltre il limite temporale consentito, è riconducibile a un'attività legittima della P.A., la quale è tenuta a svolgere una specifica ed*

*esaustiva indagine sulle aree incise, tenendo conto delle loro caratteristiche in concreto, al fine di determinare nell'atto medesimo, quantomeno in via presuntiva, e poi di liquidare, un indennizzo in misura non simbolica, che ripaghi il proprietario della diminuzione del valore di mercato o delle possibilità di utilizzazione dell'area rispetto agli usi o alle destinazioni ai quali essa era concretamente, o anche solo potenzialmente, vocata; a tali accertamenti provvede il giudice del merito nei casi in cui la liquidazione sia omessa dalla P.A., o sorgano contestazioni sulla misura dell'indennizzo liquidato in favore del proprietario ma al privato non si richiede di fornire la prova di aver subito un danno ingiusto, competendogli un indennizzo per il sacrificio sofferto in conseguenza di un atto lecito della P.A., e non il risarcimento del danno conseguente ad un atto illecito».*

Si tratta, in buona sostanza, della prima pronuncia di legittimità che, muovendo da Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179 (con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge urbanistica che consentivano alla P.A. di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o comportanti l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzi), propone (a differenza delle rare pronunce di legittimità intervenute in argomento, eccezion fatta per l'isolato precedente di cui a Sez. 1, n. 8530/2010, Panebianco, Rv. 613180-01) un'interpretazione dell'art. 39 T.U. espropriazioni sciolta dalla necessità per il privato di provare, sia in sede amministrativa che giudiziale, il pregiudizio in caso di reiterazione del vincolo espropriativo, così superando una lettura della norma sostanzialmente "protettiva" delle esigenze di finanza pubblica – fin qui prevalsa – in favore di una maggiore attenzione (che sembra essere condivisa dal Consiglio di Stato: Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; Sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457) per le conseguenze economiche dell'agire amministrativo che, con la reiterazione del vincolo, verosimilmente arreca al privato un pregiudizio non tollerabile – e, come tale, indennizzabile – quanto meno sul versante della concreta commerciabilità del bene e dunque del suo valore di scambio. In attesa di verificare le future concrete ricadute di tale innovativo orientamento, sembra invece collocarsi in una prospettiva di meno immediata tutela del privato la successiva **Sez. 1, n. 15162/2018, De Marzo, Rv. 649562-01**.

Ancora sull'indennizzabilità della reiterazione del vincolo, **Sez. 1, n. 26644/2018, Caiazzo, Rv. 651444-01**, puntualizza – ribadendo il principio già affermato da Sez. 1, n. 22992/2014, Benini, Rv. 632687-01 – che nell'ipotesi in cui l'originario vincolo di in edificabilità, scaduto per decorso del termine quinquennale, sia stato reiterato, ciò può dare diritto alla corresponsione di una speciale indennità, peraltro distinta da quella di espropriazione, restando

invece inapplicabile il criterio dell'edificabilità di fatto che resta riservato all'ipotesi in cui, conclusasi la vicenda ablatoria, persista una situazione di carenza di pianificazione dell'area.

## 6. L'opposizione alla stima.

Numerose, come di consueto, le pronunce che si diffondono sui temi più squisitamente processuali.

Sulla competenza della Corte d'appello in unico grado per i giudizi in questione, **Sez. 6-1, n. 2693/2018, Mercolino, Rv. 647367-01**, ribadisce il principio, già affermato da Sez. 1, n. 18450/2011, Macioce, Rv. 619562-01, secondo cui detta speciale competenza si estende anche alla domanda avente ad oggetto il riconoscimento dell'indennità aggiuntiva in favore del fittavolo, colono, mezzadro o compartecipante, indennità pur autonoma rispetto alla prima (in quanto caratterizzata da una funzione compensativa del sacrificio sopportato a causa della definitiva perdita del terreno), ancorché avente anch'essa titolo diretto nel provvedimento ablatorio.

Sulla legittimazione ad agire, **Sez. 1, n. 05900/2018, Marulli, Rv. 648779-01**, afferma, nella particolare fattispecie dell'espropriazione di beni condominiali, la legittimazione dell'amministratore del condominio, se autorizzato a maggioranza dall'assemblea condominiale, a costituirsi nel relativo giudizio di opposizione alla stima; l'assemblea condominiale è infatti organo dotato di competenza decisoria a carattere generale nella gestione dei beni facenti parte del patrimonio comune, con conseguente potestà deliberativa (a maggioranza) anche in ordine all'assunzione delle liti processuali che li riguardano, non richiedendo in tal caso la legge la maggioranza qualificata o l'unanimità dei condomini. Ancora sulla legittimazione, ma in termini generale, **Sez. 1, n. 11546/2018, Cirese, Rv. 648927-01**, afferma che, ai sensi dell'art. 57 T.U. espropriazioni, non sussiste la legittimazione passiva dell'ente espropriante qualora la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta anteriormente all'entrata in vigore (30 giugno 2003) del medesimo T.U. Infine, per **Sez. 1, n. 04198/2018, De Marzo, Rv. 647423-01**, il proprietario del bene espropriato, mentre non ha azione nei confronti dell'espropriante per il pagamento dell'indennità di esproprio versata a chi appariva proprietario apparente, potendo in tal caso agire per l'indebito esclusivamente nei confronti dell'*accipiens*, ha invece legittimazione attiva nei confronti dell'espropriante per domandare la determinazione dell'indennità medesima, al fine di conseguire la

differenza tra quanto giudizialmente riconosciuto e quanto già erogato in favore del proprietario apparente.

Sulla domanda, **Sez. 1, n. 19758/2018, Campanile, Rv. 649907-01**, riprendendo l'insegnamento di Sez. 1, n. 3909/2011, Di Virgilio, Rv. 616823-01, chiarisce che le opposizioni alla stima dell'indennità di occupazione e quelle all'indennità di espropriazione contengono domande distinte ed autonome, avuto riguardo alle diversità delle relative *causae petendi* (privazione del godimento del bene occupato; ablazione di quello espropriato), sicché nei rapporti tra i due giudizi può assumere efficacia di cosa giudicata esclusivamente la qualificazione giuridica del terreno, quale antecedente logico-giuridico della statuizione sull'indennità di occupazione legittima, non l'accertamento del suo valore di mercato.

Sul termine di decadenza di trenta giorni per proporre l'opposizione alla stima, **Sez. 1, n. 3074/2018, Sambito, Rv. 646722-01** – sviluppando le premesse poste da Sez. 1, n. 10446/2017, Lamorgese, Rv. 644974-01, e Sez. 1, n. 05517/2017, Marulli, Rv. 644652-01, circa il generale rilievo del diritto del proprietario di percepire il giusto indennizzo ex art. 42 Cost. – afferma che detto termine di decadenza, postulando la determinazione dell'indennità definitiva con il decreto di esproprio o con l'eventuale stima peritale a questo successiva, non può operare per la diversa ipotesi di azione giudiziale per la determinazione dell'indennità in assenza di stima definitiva. In argomento sovviene anche **Sez. 1, n. 28791/2018, Bisogni, Rv. 651452-01**, che, conformandosi a Sez. 6-1, n. 4880/2011, Forte, Rv. 617034-01, ribadisce la diversa natura, rispettivamente dilatoria e perentoria, dei due termini ex artt. art. 27, comma 2, e 54, comma 2, del T.U. espropriazioni, imponendo il primo alle parti del procedimento di agire per la determinazione giudiziale dell'indennità almeno trenta giorni dopo la comunicazione del deposito della relazione di stima, fermo restando tale potere di agire fino alla scadenza dell'altro termine (perentorio), decorrente dalla notificazione del decreto di esproprio o della relazione di stima, se successiva all'atto ablatorio.

Sulla decisione, **Sez. 6-1, n. 13248/2018, Valitutti, Rv. 649543-01**, puntualizza, in accordo con il suo carattere meramente determinativo dell'indennità (su cui già Sez. 1, n. 19323/2013, Giancola, Rv. 627631-01, e Sez. 1, n. 10785/1997, Papa, Rv. 509450-01), che il dispositivo, qualora sia privo dell'ordine di deposito delle somme, può essere integrato in via di correzione dell'errore materiale ex art. 287 c.p.c., avendo appunto tale pronuncia natura non



discrezionale, bensì necessaria ed accessoria al *decisum*, la cui utilità verrebbe del tutto frustrata senza il detto ordine di deposito.

## **7. La determinazione consensuale dell'indennità.**

Tratteggia la natura dell'accordo sull'ammontare dell'indennità di espropriazione **Sez. 1, n. 15159/2018, De Marzo, Rv. 649561-01**: tale accordo, come la cessione volontaria, ha natura negoziale pubblica, derivante dall'inserimento dell'accettazione nel procedimento ablatorio, integrandolo ed essendone condizionate alla sua conclusione o alla stipulazione della cessione volontaria ovvero all'emanazione del decreto di esproprio, ciò che implica altresì l'inderogabilità dei criteri di liquidazione dell'ammontare del corrispettivo.

Da tale complessa natura consegue, secondo **Sez. 1, n. 27303/2018, Mercolino, Rv. 651466-01**, che all'espropriato è ben vero accordata una facoltà di scelta tra l'accettazione dell'indennità offerta e la contestazione giudiziaria della stessa, ma non gli è consentito d'invocare il pagamento dell'acconto e di rifiutare o contestare l'indennizzo offerto dall'espropriante, non tollerando l'accettazione l'apposizione di termini o condizioni, intrinsecamente incompatibili non solo con la portata vincolante dell'accordo nei rapporti tra l'espropriante e l'espropriato, sia pure condizionatamente all'emissione del decreto di espropriazione, ma anche con la finalità pubblicistica della sollecita conclusione del procedimento ablatorio.

## **8. La retrocessione.**

Al riguardo, **Sez. 1, n. 05574/2018, Sambito, Rv. 647750-01**, nel ribadire il principio già affermato da Sez. 1, n. 9899/2004, Salvago, Rv. 573057-01, afferma che il prezzo di retrocessione va determinato con riferimento al momento della pronuncia di retrocessione, integrando da tale data un debito di valuta, in relazione al quale non opera il meccanismo automatico della rivalutazione, giacché gli eventuali effetti negativi della mora restano regolati dall'art. 1224 c.c.; ciò in quanto la retrocessione dei beni espropriati attua un nuovo trasferimento di proprietà, con efficacia *ex nunc*, del bene espropriato e non utilizzato dall'espropriante, in conseguenza

dell'esercizio del diritto potestativo di ritrasferimento del bene da parte dell'espropriato.

## 9. Le espropriazioni illegittime.

Sul tema, l'indirizzo complessivamente espresso dalla Prima Sezione appare orientato a garantire pienezza di tutela alle situazioni dominicali illegittimamente incise da provvedimenti ablatori esorbitanti dalla «buona e debita forma» inderogabilmente richiesta dalla giurisprudenza sovranazionale della CEDU.

In particolare, **Sez. 1, n. 12846/2018, Marulli, Rv. 648781-01**, muovendo dalle fondamentali acquisizioni a suo tempo fissate da Sez. U, n. 735/2015, Di Amato, Rv. 634017-01 – e pur richiamando la distinzione (ormai solamente descrittiva, alla luce del cennato arresto delle Sezioni Unite) tra occupazione appropriativa (irreversibile trasformazione del fondo in assenza del decreto di esproprio) e occupazione usurpativa (trasformazione in mancanza, originaria o sopravvenuta, della dichiarazione di pubblica utilità) –, afferma che, nel caso di proposizione dell'azione di risarcimento del danno da occupazione usurpativa, è ammissibile la riqualificazione della domanda, anche da parte del giudice, come relativa ad una occupazione appropriativa, in quanto entrambe fonte di responsabilità risarcitoria della P.A. ex art. 2043 c.c. In tal modo la pronuncia in esame, intervenendo nel dissidio manifestatosi tra Sez. 1, n. 13515/2014, Benini, Rv. 631518-01 (sulla diversità di *causa petendi* tra le due domande) e Sez. 1, n. 7137/2015, Di Amato, Rv. 634947-01 (sull'assimilabilità delle *causae petendi* in relazione alla comune "illegittimità" dell'occupazione; si v. anche, in tal senso, Sez. 1, n. 22929/2017, Sambito, Rv. 645525-02), opta coerentemente per quest'ultimo più recente indirizzo consolidandolo.

Su analoga linea si pone la pressoché coeva **Sez. 1, n. 13681/2018, Lamorgese, Rv. 648904-01**, secondo cui la domanda tesa ad ottenere il risarcimento del danno per l'occupazione illegittima in difetto del decreto di occupazione o di esproprio non è una domanda nuova, essendo implicitamente compreso, nell'originaria domanda risarcitoria, sia il danno per la perdita della proprietà sia quello per l'illegittima occupazione anche delle aree non irreversibilmente trasformate.

Sulle modalità di liquidazione del danno **Sez. 1, n. 12961/2018, Sambito, Rv. 648566-01**, rifacendosi anch'essa alle linee giurisprudenziali sopra richiamate, sussume occupazione acquisitiva e usurpativa sotto il comune denominatore dell'illecito a carattere

permanente (inidoneo a comportare l'acquisizione autoritativa alla mano pubblica del bene occupato), che cessa tuttavia in caso di rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente, sicché il danno va ristorato con riferimento al valore del bene al momento della domanda – che segna appunto la perdita della proprietà – *«e la somma risultante, trattandosi di debito di valore, sarà sottoposta a rivalutazione monetaria fino alla data della sentenza, con possibilità di riconoscere sulla medesima somma rivalutata, quale lucro cessante, gli interessi decorrenti dalla data del fatto illecito, non necessariamente commisurati al tasso legale, ma ispirati a criteri equitativi, e computati con riferimento ai singoli momenti riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, per effetto dei prescelti indici di valutazione, ovvero in base ad un indice medio»*.

La pienezza del ristoro è al centro anche di **Sez. 1, n. 24101/2018, Lamorgese, Rv. 650763-01**: al proprietario di terreni legittimamente occupati, poi irreversibilmente trasformati ed acquisiti illegittimamente dalla P.A., il quale abbia chiesto di essere indennizzato per l'indisponibilità dei beni per l'intera durata dell'occupazione, deducendone l'illegittimità, è dovuta, in aggiunta al risarcimento del danno per l'occupazione illegittima, anche l'indennità di occupazione legittima (si v. già, in argomento, Sez. 1, n. 16162/2007, Benini, Rv. 600777-01).

Nella medesima prospettiva può infine citarsi anche **Sez. 1, n. 29992/2018, Sambito, Rv. 651802-01**, la quale, riprendendo quanto da ultimo affermato da Sez. 1, n. 6296/2014, Di Virgilio, Rv. 630506-01, ribadisce che, dovendosi parametrare il risarcimento del danno da illegittima occupazione di suoli non edificabili al valore di mercato del bene, non occorre che l'espropriato allegghi anche le possibilità di sfruttamento intermedio tra quello agricolo e quello edificatorio, perché, nel pretendere tale prova, si finirebbe con l'introdurre un inammissibile fattore di correzione del criterio del valore di mercato, con l'effetto indiretto di ripristinare l'applicazione di astratti e imprecisati valori agricoli. Del resto, **Sez. 6-1, n. 08645/2018, Marulli, Rv. 649502-01**, ha in precedenza affermato che, in materia di liquidazione del danno da occupazione appropriativa, è comunque necessario il previo accertamento della natura dell'area occupata, rurale o edificatoria, con la conseguenza che la relativa questione è sempre ricompresa nell'oggetto del giudizio, sicché non si dà extrapetizione ove il giudice del merito abbia deciso sulla natura dei suoli in assenza di esplicita domanda.

### 9.1.(segue). L'acquisizione "sanante".

Al riguardo, oltre alle pronunce in tema di giurisdizione, mette conto segnalare **Sez. 1, n. 13988/2018, Marulli, Rv. 649163-02**: qualora venga emanato un provvedimento di acquisizione sanante delle aree oggetto di occupazione illegittima, sono improponibili separate domande per l'indennità da occupazione illegittima e il risarcimento del danno, poiché l'indennità di indebita occupazione non può andare disgiunta dall'indennità spettante per la materiale perdita del bene in ragione della sua irreversibile trasformazione in difetto di dichiarazione di pubblica utilità o in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio, essendo ambedue le indennità contemplate dal comma 3 dell'art. 42-*bis* T.U. espropriazioni e costituendo esse altrettante voci del complessivo indennizzo per il pregiudizio patrimoniale. Tanto è stato affermato a mente del principio enunciato da Sez. 1, n. 11258/2016, Lamorgese, Rv. 639787-01, secondo cui l'emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante delle aree oggetto di occupazione illegittima determina l'improcedibilità delle domande di restituzione e di risarcimento del danno proposte in relazione ad esse, *«salva la formazione del giudicato non solo sul diritto del privato alla restituzione del bene, ma anche sulla illiceità del comportamento della P.A. e sul conseguente diritto del primo al risarcimento del danno. Invero, il provvedimento ex art. 42 bis è volto a ripristinare (con effetto ex nunc) la legalità amministrativa violata – costituendo, pertanto, una extrema ratio per la soddisfazione di attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico e non già il rimedio rispetto ad un illecito –, sicché è necessario che venga adottato tempestivamente e, comunque, prima che si formi un giudicato anche solo sull'acquisizione del bene o sul risarcimento del danno, venendo altrimenti meno il potere attribuito dalla norma all'Amministrazione»*.



## **CAPITOLO XXVII**

### **APPALTI PUBBLICI**

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. Appalto pubblico, premessa. – 1.1. Il quadro normativo. – 1.2. La giurisdizione: cenni. – 2. Appalto pubblico e rilevanza degli atti esterni al contenuto del contratto adottati dalla P.A. Responsabilità dell'ente appaltante: natura e limiti. – 3. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso. – 4. Appalto di opere pubbliche, subappalto. Disciplina applicabile.

#### **1. Appalto pubblico, premessa.**

Prima di passare all'esame dei principi affermati dalla Corte di cassazione nel corso dell'anno 2018 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, 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 reparto 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, due sentenze con le quali le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno indicato i limiti entro i quali il giudice ordinario è competente a decidere le controversie in materia di appalti pubblici.

Con una prima sentenza (**Sez. U, n. 13191/2018, Petitti, Rv. 648652-01**) si afferma che in tema di appalti pubblici, qualora alla deliberazione di aggiudicazione non sia seguita la stipula della convenzione tra le parti, la controversia introdotta dall'aggiudicatario per ottenere l'accertamento del preteso inadempimento della P.A. ed il risarcimento del danno appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, avendo pur sempre ad oggetto atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonché relativi all'individuazione del contraente a seguito dell'aggiudicazione. Precisa la sentenza che detta giurisdizione si estende anche a tutti i comportamenti ed atti assunti prima della aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa.

La giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, diviene operativa solo nella successiva fase contrattuale afferente l'esecuzione del rapporto, che si apre con la stipula ovvero con l'inizio della esecuzione del contratto, quale alternativa allo stipula dello stesso. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento ad una azione risarcitoria proposta, sia a titolo di responsabilità contrattuale che precontrattuale, in un

caso in cui, a distanza di sei anni dalla formale aggiudicazione della gara, deliberata e comunicata all'interessato, non era seguita né la stipula né la consegna dei lavori.

Le Sezioni Unite, con una successiva pronuncia (**Sez. U, n. 24411/2018, Frasca, Rv. 651341-01**), nel riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia avente ad oggetto il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione di un pubblico appalto (per inadempimento contestato in sede di anticipata esecuzione del contratto), operano una generale ricognizione dei criteri di riparto di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici, giungendo alla conclusione che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo arriva fino all'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo che precede la stipula del contratto. In particolare, viene precisato che in tema di affidamento di un pubblico servizio, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, del d.lgs. n. 104 del 2010 concerne solo le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, seguono l'ordinario criterio di riparto, imperniato sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, da individuare con riferimento alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del *petitum* sostanziale. Ne consegue che la controversia vertente su un provvedimento di "decadenza dall'aggiudicazione" adottato dalla P.A. dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, è soggetta alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che quel provvedimento, non essendo riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo, può qualificarsi, alternativamente, come atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest'ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione, rimanendo comunque espressione di un potere di natura privatistica.

## **2. Appalto pubblico e rilevanza degli atti estranei al contenuto del contratto adottati dalla P.A. Responsabilità dell'ente appaltante: natura e limiti.**

Fatte le sopra riportate premesse, la Corte di cassazione si è occupata di un tema rilevante in materia di appalti pubblici e, in



particolare, della rilevanza di atti estranei al contenuto del contratto di appalto adottati dalla P.A. rispetto all'assetto di interessi oggetto del contratto stesso. **Sez. 1, n. 11190/2018, Mercolino, Rv. 649029-01**, ha ribadito un principio secondo cui, in tema di contratti degli enti pubblici, stante il requisito della forma scritta imposto a pena di nullità per la stipulazione di tali contratti, la volontà degli enti predetti dev'essere desunta esclusivamente dal contenuto dell'atto, interpretato secondo i canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c., non potendosi fare ricorso alle deliberazioni degli organi competenti, le quali, essendo atti estranei al documento contrattuale, assumono rilievo ai soli fini del procedimento di formazione della volontà, attenendo alla fase preparatoria del negozio e risultando pertanto prive di valore interpretativo o ricognitivo delle clausole negoziali, a meno che non siano espressamente richiamate dalle parti; né può aversi riguardo, per la determinazione della comune intenzione delle parti ex art. 1362, comma 2, c.c., alle deliberazioni adottate da uno degli enti successivamente alla conclusione del contratto ed attinenti alla fase esecutiva del rapporto, in quanto aventi carattere unilaterale.

Sempre con riferimento alla rilevanza degli atti e della condotta della P.A. nella fase antecedente alla stipula del contratto, assume rilievo **Sez. 1, n. 19775/2018, Cirese, Rv. 649953-01**, con la quale la Corte di cassazione ha affrontato il tema della natura della responsabilità della P.A. nel caso in cui essa abbia individuato in modo erroneo il contraente di un contratto di appalto. Sul punto la Corte, ha affermato che per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo del contratto di appalto, questo diviene inefficace e *tamquam non esset* e perciò espone la P.A. a dover corrispondere il risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario. In ordine alla natura di tale responsabilità la Corte ha precisato che essa non è qualificabile né come aquiliana, né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al contatto tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza. Alla luce di quanto sopra, conclude il collegio affermando che il risarcimento del danno dovuto all'appaltatore va parametrato non già alla conclusione del contratto, bensì al cd. interesse contrattuale negativo che copre sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute, che il lucro cessante, da intendersi, però, non come mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito ma in riferimento ad altre occasioni di contratto che la parte allega di avere perso.

Rilevante ai fini della delimitazione della responsabilità dell'amministrazione che si presta a concludere un contratto di appalto per opera pubblica è, poi, **Sez. 1, n. 28799/2018, Iofrida, Rv. 651454-01**, con la quale la Corte ha precisato che incombe sulla P.A. l'obbligo di predisporre un contratto esecutivo immediatamente "cantierabile", cioè concernente un'opera che non necessita di ulteriori specificazioni per essere realizzata, in quanto contenente la puntuale e dettagliata descrizione e rappresentazione dell'opera stessa, discendendo tale obbligo da una fonte legale (l. n. 109 del 1994, artt. 16, 17 e 19, nel testo modificato dalla l. n. 415 del 1998) che, rispondendo a finalità pubblicistiche, sono state ritenute, in linea di principio, imperative e non derogabili dai contraenti, se non nei casi e nei modi da esse previsti (Sez. 1, n. 18644/2010, Di Palma, Rv. 614098-01). La Corte ha chiarito che sul piano civilistico esse hanno valore integrativo delle pattuizioni contrattuali concernenti l'individuazione degli obblighi primari di prestazione propri del committente (ex art. 1374 c.c.). Alla luce di tali principi la sentenza in esame ha affermato che l'amministrazione committente, al di fuori dei casi e dei modi specificamente previsti, ha l'obbligo pubblicistico, integrativo delle pattuizioni contrattuali e intrasferibile all'appaltatore, di predisporre un progetto esecutivo immediatamente "cantierabile", non bisognoso cioè di ulteriori specificazioni, in quanto già contenente la puntuale e dettagliata rappresentazione dell'opera. Deve osservarsi che le norme oggetto di scrutinio sono state abrogate dal d.lgs. n. 163 del 2006 e sostanzialmente riprodotte agli artt. 93 ss., norme anch'esse successivamente abrogate dal d.lgs. n. 50 del 2016 che ne ha modificato il contenuto (art. 23).

### **3. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso.**

La Corte di cassazione è intervenuta numerose volte al fine di dirimere controversie nate dall'andamento patologico del contratto di appalto dovuto a riserve, sospensioni dei lavori, varianti di progetto, tutti eventi che determinano un andamento "anomalo" del contratto.

In particolare, le controversie tra appaltatore e amministrazione traggono essenzialmente origine dalle cd. riserve dell'appaltatore e cioè dalle domande di maggiori compensi che l'appaltatore, se non vuole decadere dal relativo diritto (e pertanto dalla possibilità di far valere in qualsiasi tempo e modo la sua pretesa), è tenuto a formulare, secondo le formalità previste, inizialmente dagli

artt. 164 ss. del d.P.R. n. 554 del 1999 e, successivamente, dagli artt. 190 e 191 del d.P.R. n. 207 del 2010 (abrogato dal d.m. n. 49 del 2018), nel corso dell'appalto.

In particolare, prima di passare ad esaminare le sentenze che si sono occupate delle controversie relative alle maggior pretese richieste dall'appaltatore nel corso del contratto di appalto e iscritte in apposite riserve, va rilevato che il d.m. 7 marzo 2018, n. 49 all'art. 9 (*Contestazioni e riserve*) prevede che «*il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto*». In ragione di tale disposizione gli enti appaltanti dovranno prevedere (e per loro il progettista dell'opera) nel capitolato d'appalto la disciplina per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve.

Fatte tali necessarie premesse, **Sez. 1, n. 11188/2018, Mercolino, Rv. 648925-01**, ha precisato che in materia di appalti pubblici, ai sensi degli artt. 164 ss. del d.P.R. n. 554 del 1999, l'appaltatore, il quale pretenda un maggior compenso o rimborso rispetto al prezzo contrattualmente pattuito, a causa di pregiudizi o maggiori esborsi sopportati per l'esecuzione dei lavori, ha l'onere d'iscrivere apposite riserve nella contabilità entro il momento della prima annotazione successiva all'insorgenza della situazione integrante la fonte delle vantate ragioni (e ciò anche con riferimento a quelle situazioni di non immediata portata onerosa, la cui potenzialità dannosa si presenti, fin dall'inizio, obiettivamente apprezzabile secondo criteri di media diligenza e di buona fede), nonché di esplicarle nel termine di quindici giorni e poi di confermarle nel conto finale, dovendosi altrimenti intendere definitivamente accertate le risultanze della contabilità; ciò per ragioni di tutela della P.A. committente, che, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, deve essere messa in grado di provvedere immediatamente ad ogni necessaria verifica, al fine di poter valutare, in ogni momento, l'opportunità del mantenimento in vita o del recesso dal rapporto di appalto in relazione al perseguimento dei propri fini d'interesse pubblico (conf. **Sez. 1, n. 04718/2018, Mucci, Rv. 647629 - 01**). **Sez. 1, n. 28801/2018, Iofrida, Rv. 651473-01** ha, poi, affermato che la necessaria iscrizione della riserva contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo trova applicazione anche in relazione ai fatti produttivi di un danno continuativo, potendo il *quantum* essere successivamente indicato. Ne consegue che, ove l'appaltatore non abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso

maggior onere che tale fatto dannoso comporta, è tardiva la riserva formulata solo nel s.a.l. successivo.

A fronte delle necessarie formalità dal cui rispetto dipende la valida apposizione di riserve, **Sez. 6-1, n. 07805/2018, Marulli, Rv. 647902-01**, ha precisato che qualora l'appaltatore abbia provveduto ad iscrivere la riserva tardivamente, detta tardività deve essere contestata dall'amministrazione appaltante in quanto, trattandosi di diritto patrimoniale disponibile della P.A., diversamente, è configurabile il tacito riconoscimento dell'altrui pretesa.

La Corte ha, poi, affrontato i limiti posti al potere da parte della P.A. di risolvere un contratto di appalto per inadempimento dell'appaltatore. **Sez. 1, n. 04454/2018, Genovese, Rv. 647427-01**, dopo aver premesso che gli artt. 340, 341 e 345 della l. n. 2248 del 1865, all. F, si limitano ad attribuire alla P.A. appaltante il potere di risolvere il contratto nei casi in cui, a suo discrezionale giudizio, ritenga che l'appaltatore sia inadempiente, ha, poi, precisato che tali disposizioni non possono ritenersi applicabili senz'altro nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore, salvo che non si sia verificato un precedente inadempimento dello stesso che legittimi l'esercizio del detto potere. In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto che, in ipotesi di fallimento dell'appaltatore, il curatore fallimentare, anche se nominato successivamente alla delibera di risoluzione in danno, possa chiedere giudizialmente l'accertamento della preminenza, rispetto a tale vicenda, dello scioglimento del vincolo contrattuale in conseguenza del fallimento.

Diversamente, per quanto attiene ai limiti del potere dell'appaltatore di agire per la risoluzione del contratto per inadempimento della P.A. e, in particolare, in presenza di sospensioni dei lavori disposte da quest'ultima, **Sez. 1, n. 15700/2018, Sambito, Rv. 649276-01**, ha affermato che tale sospensione giustifica l'applicazione delle norme sull'inadempimento delle obbligazioni e sulla risoluzione del contratto quando essa dipenda da fatto imputabile alla stazione appaltante. Da ciò, nell'ipotesi in cui invece la sospensione sia *ab initio* legittima e si sia protratta altrettanto legittimamente, perché dipendente da ragioni oggettive, si applica la disciplina dell'art. 30, comma 2, d.P.R. n. 1063 del 1962, in base alla quale l'appaltatore, trascorso il periodo massimo di sospensione, variabile in proporzione alla durata complessiva dei lavori, ha solo la facoltà di chiedere lo scioglimento del contratto e, nel caso in cui l'amministrazione si sia opposta, ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri.

#### **4. Appalto di opere pubbliche, subappalto. Disciplina applicabile.**

Altra fattispecie comune in materia di appalto di lavori pubblici è quella in cui l'appaltatore subappalta parte delle opere pubbliche a lui affidate dalla P.A. ad altra impresa.

La facoltà di procedere alla stipulazione di tale tipo di contratto è oggi espressamente prevista dall'art. 105 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale fissa ne fissa i limiti e i contenuti.

In proposito **Sez. 1, n. 19296/2018, Mercolino, Rv. 649682-01**, secondo un consolidato principio giurisprudenziale, ha affermato che il contratto di subappalto è strutturalmente distinto dal contratto principale, restando sottoposto alla disciplina del codice civile e del negozio voluto dalle parti, non essendo ad esso applicabili, se non attraverso gli eventuali richiami espressi inseriti nell'accordo, le disposizioni pubblicistiche tipiche dell'appalto di opere pubbliche.

Con altra pronuncia (**Sez. 1, n. 15786/2018, Cirese, Rv. 649472-01**) si è, poi, affermato che deve ritenersi che l'assenso al subappalto dato dal committente all'appaltatore, qualora la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà di provvedere direttamente al pagamento del corrispettivo al subappaltatore, valga come mera autorizzazione volta a consentire all'appaltatore di soddisfare un interesse ritenuto non in contrasto con le finalità del contratto di appalto e con gli interessi pubblici perseguiti, senza però costituire un nuovo e diverso rapporto tra committente e subappaltatore. Pertanto, deve escludersi la sussistenza di un rapporto diretto tra la committenza e la ditta subappaltatrice avendo l'autorizzazione al subappalto comportato solo la legittimità del consentito contratto di subappalto, senza far sorgere un nuovo soggetto nel rapporto originario. Tale pronuncia, avente ad oggetto quanto disposto dall'art. 18 della l. n. 55 del 1990, riporta, a fondamento del suindicated *iter* argomentativo, la determinazione n. 7 del 28 aprile 2004 dell'ANAC, avente ad oggetto il mancato pagamento ai subappaltatori, ove si precisa che nessun rapporto giuridico sorge in virtù del contratto di subappalto o della sua autorizzazione tra stazione appaltante e subappaltatore posto che la suddetta autorizzazione comporta solo che il subappalto è consentito e null'altro: nessuna azione diretta compete, pertanto, alla P.A. nei confronti del subappaltatore e viceversa.

## CAPITOLO XXVIII

### LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. Intervento pubblico nell'economia e società a partecipazione pubblica in generale. – 2. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica – 3. I tratti distintivi della società *in house providing* prima e dopo il recepimento delle direttive UE del 2014 – 4. L'azione di responsabilità contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti delle società *in house* – 5. Il fallimento delle società *in house providing* – 6. L'azione di responsabilità *ex art.* 146 l.fall. – 7. Altre questioni. Rinvio.

#### **1. Intervento pubblico nell'economia e società a partecipazione pubblica in generale.**

Nel periodo compreso tra l'ultimo decennio del XIX secolo e i primi venti anni del XX secolo, la P.A. è intervenuta nell'economia svolgendo attività d'impresa per il tramite delle cd. imprese-organo, qualificabili come organi speciali incardinati nell'ente di appartenenza, dotati di autonomia gestionale e contabile, ma privi di personalità giuridica (salvo eccezionali previsioni di legge). Le figure più diffuse, in ambito statale, sono state quelle delle amministrazioni autonome e, in ambito locale, quelle delle aziende municipalizzate.

Nel secondo dopoguerra, si sono diffusi gli enti pubblici economici, dotati di personalità giuridica e appositamente costituiti per compiere direttamente l'attività imprenditoriale.

Il superamento anche di questa modalità di intervento pubblico nell'economia è stato determinato sia dalla mancanza di una struttura organizzativa in grado di funzionare in modo efficiente, a volte accompagnata da un grave deterioramento dei conti, e sia dalla necessità di adattare le forme di gestione alle prescrizioni imposte dai trattati di Maastricht e di Roma.

Com'è noto infatti, il diritto europeo, pur essendo neutrale in ordine alla natura pubblica o privata dell'attività economica, non ammette, per assicurare la concorrenza nel mercato, riserve di attività in favore della P.A., ovvero l'attribuzione di finanziamenti e di risorse pubbliche, idonee ad alterare il principio del pari trattamento con le imprese private.

È così stato avviato il processo di privatizzazione degli enti pubblici economici.

In particolare, il d.l. n. 333 del 1992 (recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), conv., con modif., in l. n. 359

del 1992, ha disposto la trasformazione in s.p.a. di taluni enti pubblici economici (tra gli altri, le Ferrovie dello Stato e le Poste) e ha previsto, che, con delibera del CIPE, potessero essere privatizzati altri.

La permanenza delle partecipazioni in mano pubblica ha per lungo tempo connotato il processo di privatizzazione soltanto in senso formale. La fase che avrebbe dovuto seguire, e cioè quella di dismissione delle partecipazioni mediante la loro collocazione nel libero mercato, ha avuto molte difficoltà, dovute soprattutto al fatto che gli enti presentavano realtà molto diverse tra loro. Con andamento incostante nel tempo, la realizzazione del programma di privatizzazione è proseguito e non è ancora definito, operando in modo graduale e diversificato per ciascun ente coinvolto in tale processo.

Le pubbliche amministrazioni hanno comunque fatto ricorso al modello delle società a partecipazione pubblica anche al di fuori degli ambiti delle leggi di privatizzazione, mediante la creazione di società operanti nei più variegati settori, ovvero acquistando la partecipazione in società già costituite.

In conseguenza dei fenomeni appena descritti (privatizzazione e costituzione di società o partecipazione in società già costituite), si sono così formate società a partecipazione pubblica totalitaria o mista (maggioritaria o minoritaria), in cui sono presenti anche privati, e società che hanno partecipazioni di amministrazioni statali insieme ad altri enti pubblici (territoriali o non territoriali) o il concorso di partecipazioni di diversi enti pubblici.

Il legislatore, nel corso degli anni, ha introdotto una serie di deroghe mediante la previsione di norme imperative di diritto privato e di diritto pubblico, che hanno determinato un regime giuridico peculiare, riservato a tali tipologie di società, soprattutto con riferimento all'organizzazione interna e all'attività svolta.

Proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto, si deve tenere presente che le società a partecipazione pubblica svolgono comune attività di impresa, ma soprattutto erogano servizi pubblici di interesse generale (economico e non).

In particolare, si deve tenere presente che l'esistenza di mercati non pienamente liberalizzati, ovvero di mercati caratterizzati da monopoli o oligopoli naturali, ha comportato la necessità di prevedere l'obbligo di fornire di "servizi pubblici di interesse economico generale" a tutela, in particolare, degli utenti che, in assenza dell'intervento regolatorio dello Stato, non potrebbero ottenere quella determinata prestazione.

In questi casi, l'attività della società a partecipazione pubblica non è riconducibile alla pura e semplice attività di impresa, dovendo necessariamente svolgersi nel rispetto di predeterminati obblighi di servizio. In tale contesto, si inserisce la disciplina pubblicistica e la giustificazione dell'attribuzione di compensazioni economiche (v. infatti l'art. 106 del TFUE, nella parte in cui è stabilito che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata).

Come anticipato, le società partecipate possono anche erogare di "servizi pubblici di interesse generale", che, a differenza dei servizi pubblici di interesse economico generale, non sono neppure suscettibili di essere gestiti in regime di impresa e ineriscono ai bisogni primari del cittadino (quale, ad esempio, la scuola, la sanità e l'assistenza sociale).

Deve infine tenersi presente che nella categoria delle società a partecipazione pubblica sono comprese le società *in house providing* (di seguito, anche società *in house*), che, in ragione delle loro peculiari caratteristiche (v. *infra*), possono essere chiamate a realizzare opere pubbliche o a gestire determinati servizi pubblici senza sottoporsi alla procedura di scelta del contraente, essendo ritenute soggetti "interni" alla compagine organizzativa dell'autorità pubblica.

## **2. Il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.**

Com'è noto, con il d.lgs. n. 175 del 2016, modificato dal d.lgs. n. 100 del 2017, è stato adottato il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (di seguito anche TUSP) in attuazione della delega conferita al governo dagli artt. 16 e 18 della l. n. 124 del 2015.

Si è già evidenziato che in questa materia sono intervenute numerose disposizioni normative, volte ad adattare lo statuto societario alle caratteristiche e alle finalità di tali peculiari forme societarie. Al fine di assicurare la corrispondenza della partecipazione societaria alle finalità istituzionali dell'ente partecipante, il contenimento della spesa pubblica e il soddisfacimento delle esigenze di tutela della concorrenza, sono stati anche previsti limiti alla capacità delle pubbliche amministrazioni di costituire società o di acquisire (e detenere) partecipazioni societarie,



Tali norme non sono state tuttavia 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.

L'art. 16 della l. n. 124 del 2015 ha così 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, TUSP).

Specifico rilievo è 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* quella delle società a partecipazione pubblica, che contiene al suo interno, come *species*, sia le società controllate sia le società *in house*.

Si rinviene infatti una disciplina comune, che si applica a tutte le società a partecipazione pubblica. Vi sono poi norme che si riguardano solo le società a controllo pubblico (in particolare gli artt. 6, 11 e 13 TUSP) e altre che regolano solo le società *in house* (l'art. 16 del medesimo TUSP). Le società quotate a partecipazione pubblica hanno poi una disciplina tutta particolare (artt. 3 e 18 dello stesso TUSP).

In tale quadro, assume rilievo fondamentale il disposto dell'art. 1, comma 3, TUSP, "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, di fatto, 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 TUSP), 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.

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 TUSP rappresenta la disciplina generale di tutte le società a partecipazione pubblica e, ove sia carente, è integrato dalla disciplina privatistica comune.

### **3. I tratti distintivi della società *in house providing* prima e dopo il recepimento delle direttive UE del 2014.**

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 possibili 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 U.E. ha 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*).

Pur trattandosi di una figura di origine eminentemente giurisprudenziale, la società *in house*, come sopra delineata, 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 a 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, consente 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 tali società 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.

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*). È quasi superfluo aggiungere che, secondo tale ricostruzione, occorre 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 tener conto anche di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga. 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 pertanto 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 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 a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale.

Siffatte indicazioni sono state pienamente recepite, in ambito nazionale, dalla giurisprudenza amministrativa, contabile ed anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

Deve, in proposito, richiamarsi **Sez. U, n. 22409/2018, Virgilio, Rv. 650605-01**, nella parte in cui ha ribadito che, ai fini della configurazione di una società *in house* è necessaria la contemporanea

presenza dei sopra menzionati requisiti, risultanti da precise disposizioni statutarie, e in particolare: *a*) il capitale sociale deve essere integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto deve vietare la cessione delle partecipazioni a soci privati; *b*) la società deve esplicitamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; *c*) la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici (nella specie, la S.C. ha escluso che una società, pur essendo interamente partecipata dalla Regione, potesse essere qualificata come *in house*, dal momento che l'oggetto sociale descritto nello statuto contemplava l'esercizio di molteplici attività diversificate, con la massima libertà gestionale e la possibilità di coordinare le iniziative con altri enti e aziende fornitrici di servizi pubblici, lasciando spazio all'operatività in regime di libero mercato).

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.

I requisiti qualificanti la società *in house* non sono tuttavia identici a quelli finora descritti.

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 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) TUSP, 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 TUSP 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 della Corte di cassazione a 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'U.E. (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).

#### **4. L'azione di responsabilità contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti delle società *in house*.**

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 oramai consolidate, che comunque dovranno essere riesaminate alla luce delle norme introdotte dal TUSP.

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.

Le soluzioni interpretative, offerte dalla giurisprudenza di legittimità, ruotano intorno 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'aver 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 invece 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 riferimenti 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 a 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).

In particolare, nel corso dell'anno 2018 la già menzionata **Sez. U, n. 22409/2018, Virgilio, Rv. 650605-01**, ha ribadito che sussiste la giurisdizione contabile in materia di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipata da enti pubblici solo se vi siano i requisiti sopra illustrati, perché la società possa essere qualificata come società *in house*,

aggiungendo che detti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie in vigore al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita.

Anche **Sez. U, n. 17188/2018, Cirillo, Rv. 651804-01**, ha affermato che si deve verificare la sussistenza degli elementi caratterizzanti la società *in house* in base ai requisiti esistenti e richiesti al momento del fatto illecito, aggiungendo, come *supra* evidenziato, che la direttiva 2014/24/UE, che ha sensibilmente modificato tali requisiti, non può essere applicata, al fine di affermare la giurisdizione contabile, non solo nei casi in cui i fatti generatori di danno si siano verificati prima della sua pubblicazione sulla G.U. dell'U.E. (24 marzo 2014), ma anche prima del suo recepimento in Italia, trattandosi di direttiva non immediatamente esecutiva, da attuarsi entro il termine di recepimento dalla stessa previsto (18 aprile 2016), pienamente rispettato dallo Stato italiano con l'adozione del d.lgs. n. 50 del 2016.

Come già accennato, in materia è ora intervenuta l'espressa disciplina introdotta dall'art. 12 TUSP.

Tale articolo, al comma 1, stabilisce 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, ma fa salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*.

Si deve precisare che il medesimo articolo, ai commi 1 e 2, contiene anche la espressa previsione della giurisdizione contabile con riguardo alle controversie riguardanti il danno erariale cagionato agli enti partecipanti dai loro rappresentanti (o da coloro che comunque hanno agito per conto degli enti partecipanti), che, nell'esercizio dei diritti di socio, abbiano provocato con dolo o colpa grave un pregiudizio al valore della partecipazione, così sostanzialmente riproducendo in una disposizione normativa quanto, come sopra evidenziato, è stato già affermato dalla giurisprudenza di legittimità.

Tornando alle azioni sociali di responsabilità, è invece importante rilevare che, sebbene siano diverse e contrastanti le interpretazioni offerte, la S.C., sia pure in un *obiter dictum*, ha mostrato di aderire alla tesi che legge tale disposizione in continuità con l'orientamento interpretativo fino ad allora da lei stessa espresso.

Il riferimento è a Sez. 1, n. 3196/2017, Ferro, Rv. 643865-01, ove, nel ritenere la fallibilità delle società *in house* in una fattispecie non disciplinata *ratione temporis* dal TUSP (*v. infra*), 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 afferma che l'art. 12 TUSP ha ripreso i dettami della sentenza a Sezioni Unite n. 26283/2013 e, da un altro lato, si precisa che la responsabilità contabile è aggiuntiva a quella ordinaria.

Nella stessa linea, si pone **Sez. U, n. 22406/2018, Campanile, Rv. 650453-01**, ove viene dichiarata la giurisdizione ordinaria in relazione a un'azione di responsabilità di esercitata *ex art.* 146 l.fall. dal curatore del fallimento nei confronti dei componenti degli organi di gestione e di controllo di una società *in house* (v. *infra*). In motivazione è infatti ribadita, in via generale, la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, stante la tendenziale diversità di oggetto e di funzione fra i due giudizi, e viene richiamato, solo a fini ermeneutici, proprio il disposto dell'art. 12 TUSP, anche in questo caso non direttamente applicabile *ratione temporis*, posto che, è affermato, la specifica attribuzione alla giurisdizione contabile delle azioni relative al danno erariale lascia chiaramente intendere la configurabilità anche di un danno non erariale, sul cui ristoro, soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali, deve provvedere il giudice ordinario.

## 5. Il fallimento delle società *in house*.

La giurisprudenza di legittimità, già prima dell'entrata in vigore del TUSP 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) e ha poi ribadito tale principio anche con riferimento alle società *in house*, in fattispecie comunque non disciplinate dal TUSP *ratione temporis* (Sez. 1, n. 3196/2017, Ferro, Rv. 643865-01).

Detto orientamento è stato di recente confermato **da Sez. 1, n. 17279/2018, Fichera, Rv. 649517-01**, sempre con riguardo a controversie a cui il TUSP è sopravvenuto, ove si ribadisce che tutte le società commerciali a totale o parziale partecipazione pubblica

(quale che sia la composizione del loro capitale sociale, le attività in concreto esercitate, ovvero le forme di controllo cui risultano effettivamente sottoposte) sono soggette a fallimento, essendo loro applicabile l'art. 2221 c.c. in forza del rinvio alle norme del codice civile, contenuto prima nell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 135 del 2012 e poi nell'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016.

In motivazione, la S.C. ha rilevato che, secondo l'orientamento più recente di questa Corte, appare oramai del tutto irrilevante ogni indagine in ordine alla natura *in house* o meno della società che sia in mano pubblica, poiché la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali - e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico - comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.

Dando continuità a tale soluzione interpretativa, la Corte ha così affermato, da un lato, che l'art. 1 l.fall. esclude dall'area della concorsualità soltanto gli enti pubblici e non anche le società pubbliche, per le quali trovano applicazione le norme del codice civile e, dall'altro lato, che esiste ancora nell'ordinamento una disposizione (l'art. 4 della l. n. 70 del 1975), che vieta seccamente l'istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo.

La medesima Corte ha rilevato che il legislatore più recente ha mostrato in maniera evidente la precisa volontà di ritenere senz'altro applicabile anche alle società pubbliche la normativa codicistica, compreso quindi l'art. 2221 c.c., che detta la regola di carattere generale della fallibilità di tutti gli imprenditori che esercitano attività commerciale. E invero, prima l'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., in l. n. 135 del 2012, ha stabilito che le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali. Successivamente, la medesima volontà è stata ribadita dall'art. 1, comma 3, TUSP e, in maniera inequivoca, dall'art. 14 TUSP, che assoggetta tutte le società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove

ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

In effetti, il disposto dell'art. 14 TUSP, come appena richiamato, è senza dubbio dirimente, essendo chiaro che si applica a tutte le società a partecipazione pubblica, comprese le società soggette a controllo pubblico e quelle *in house*.

Nella relazione illustrativa al TUSP si legge peraltro che il legislatore delegato non ha ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera, che 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.

## **6. L'azione di responsabilità ex art. 146 l.fall.**

Come sopra evidenziato, la giurisprudenza di legittimità, prima ancora della formulazione dell'art. 12 TUSP, 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 a cui, *ratione temporis*, non era applicabile il TUSP.

Nella pronuncia menzionata (**Sez. U, n. 22406/2018, Campanile, Rv. 650453-01**), 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 TUSP), 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 poteva 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.

## 7. Altre questioni. Rinvio.

La S.C. si è anche occupata degli effetti del cd. *spoils system* e cioè dell'automatica decadenza, prevista *ex lege*, degli amministratori delle società a partecipazione pubblica (e dunque anche delle società *in house*), nominati dalla Regione, a seguito del rinnovo degli organi politici regionali, ritenendo che la cognizione delle relative controversie spetti al giudice ordinario, e non al giudice amministrativo, perché, a fronte della menzionata decadenza, la P.A. non ha alcun potere discrezionale e, trattandosi di diritti soggettivi, non vi è alcuna previsione di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (**Sez. U, n. 16961/2018, Petitti, Rv. 649494-01**).

D'altronde, anche con riferimento ai giudizi concernenti la nomina o la revoca *ex art.* 2449 c.c. di amministratori e sindaci di tali società, le Sezioni Unite hanno più volte ritenuto sussistente la

giurisdizione del giudice ordinario, e non quella del giudice amministrativo, ritenendo trattarsi di controversie che investono atti compiuti dall'ente pubblico *uti socius*, e non *iure imperii*, posti in essere a valle della scelta dell'impiego del modello societario (così Sez. U, n. 1237/2015, 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),

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 XXIX\*

### SANZIONI AMMINISTRATIVE

(di DARIO CAVALLARI, MARIA ELENA MELE ED ALDO NATALINI)\*

SOMMARIO: 1. Principi generali in materia di opposizioni a sanzioni amministrative. - 2. Struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali generali. - 3. Giurisdizione, pregiudiziale amministrativa e connessione obiettiva a reato. - 4. Competenza ed incompetenza. - 5. Altri vizi procedurali: difetto di motivazione, inosservanza del termine e mancata audizione. - 6. Elemento psicologico e cause di giustificazione. - 7. Prescrizione. - 8. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: cd. doppio binario e sua compatibilità con il principio del *ne bis in idem* convenzionale ed euro unitario. - 9. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito. - 10. Sanzioni amministrative e responsabilità dei sindaci e dei consiglieri di amministrazione delle società. - 11. Decorrenza e natura del termine per contestare l'illecito amministrativo in ambito finanziario. - 12. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e la loro generale compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto euro unitario. - 13. Sanzioni in ambito bancario e finanziario e principio del contraddittorio. - 14. Illeciti attinenti al riciclaggio e relativo obbligo di denuncia. - 15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario. - 16. Sanzioni amministrative previste dal codice della strada: profili processuali. - 16.1. Competenza e rapporto fra giudizio penale, giudizio civile e opposizione a sanzione amministrativa. - 16.2. La rappresentanza in giudizio. - 16.3. L'opposizione, i suoi effetti, il termine di proposizione ed i poteri del giudice. - 16.4. L'appello: legittimazione, termini e rito. - 17. L'obbligo del proprietario del veicolo di comunicare i dati del conducente. - 18. La sospensione della patente di guida. - 19. L'accertamento e la contestazione delle infrazioni al codice della strada. - 19.1. Le modalità. - 19.2. L'individuazione del destinatario delle sanzioni e del responsabile solidale. - 20. Il pagamento delle sanzioni inflitte per infrazioni al codice della strada e la loro riscossione. - 21. Le sanzioni diverse da quelle comminate per infrazioni al codice della strada. - 21.1. I dispositivi medici. - 21.2. I prodotti alimentari. - 21.3. Le altre sanzioni.

#### **1. Principi generali in materia di opposizioni a sanzioni amministrative.**

Le pronunce del 2018 da cui sono estrapolabili principi comuni in materia di opposizioni ad ordinanza-ingiunzione per

---

\*Capitolo coordinato da Dario Cavallari.

\* Aldo Natalini ha redatto i paragrafi da 1 a 7, Dario Cavallari quelli da 8 a 15 e Maria Elena Mele quelli da 16 a 21, compresi i relativi sottoparagrafi.



l'irrogazione di sanzioni amministrative danno continuità agli orientamenti di legittimità già affermatasi in passato.

Muovendo dai principi generali, un interessante arresto si rinviene in **Sez. 2, n. 10893/2018, Criscuolo, Rv. 648178-01**, che ha ritenuto illegittima e, quindi, disapplicato, la delibera del Presidente dell'Ente Parco Nazionale della Maiella che, in assenza di delega del titolare della potestà legislativa primaria, aveva autonomamente introdotto ipotesi di sanzioni pecuniarie proporzionali a carico di chi avesse effettuato uno scavo vietato. Secondo la Cassazione, dette sanzioni amministrative contrastano col principio di legalità (della sanzione) - recepito nell'art. 1 della l. n. 689 del 1981 - il quale vieta alle norme primarie di demandare a fonti secondarie la determinazione (del precetto e, per l'appunto) della sanzione, in ossequio alle medesime garanzie sottostanti la materia penale.

In riferimento ad uno dei corollari del principio di legalità, **Sez. 2, n. 09269/2018, Picaroni, Rv. 648084-01**, ha ribadito l'esclusione *in subiecta materia* della retroattività della legge successiva più favorevole, posto che, come ribadito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 193 del 2016, nel quadro delle garanzie sovranazionali apprestato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, non si rinviene l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata del principio di retroattività da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, da trasporre dal sistema penale a quello delle sanzioni amministrative, né è dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso dell'applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore (interno) modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina.

D'altro canto, la giurisprudenza di legittimità, anche lavoristica, è costante nell'escludere, in tema di illeciti amministrativi, la retroattività della norma più favorevole ed il divieto di applicazione analogica - corollari del principio di legalità (penale) - attesa la differenza qualitativa delle situazioni qui considerate rispetto ai principi ricavabili dall'art. 2, commi 2 e 3, del c.p., i quali, recando una deroga alla regola generale dell'irretroattività della legge, possono, al di fuori della materia penale, trovare applicazione solo nei limiti in cui siano espressamente richiamati dal legislatore (Sez. 6-2, n. 29411/2011, Carrato, Rv. 620859-01). Un autorevole avallo di detto indirizzo, nel campo dei giudizi disciplinari, è espresso da **Sez. U, n. 09558/2018, Perrino, Rv. 648104-01**, che, annettendo natura amministrativa alle sanzioni disciplinari contenute nel codice

deontologico forense, trae l'inapplicabilità dello *ius superveniens*, ove più favorevole all'incolpato, rispetto al regime giuridico della prescrizione, quando la contestazione dell'addebito sia avvenuta anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina normativa.

Con riferimento, ancora, ai vicini istituti penalistici, **Sez. 2, n. 10890/2018, Criscuolo, Rv. 648176-01**, ha confermato l'indirizzo di Sez. 6-2, n. 26434/2014, D'Ascola, Rv. 633932-01, che esclude l'applicabilità in via analogica della continuazione ex art. 81 cpv. c.p., allorché siano poste in essere più condotte realizzatrici della medesima violazione, trovando applicazione in tema di sanzioni amministrative esclusivamente la disciplina del concorso formale, l'unica che è stata recepita dall'art. 8 della l. n. 689 del 1981, il quale richiede l'unicità dell'azione od omissione produttiva della pluralità di violazioni. Peraltro, secondo la S.C. detta disciplina non subisce deroghe neppure in base al successivo art. 8 bis della medesima legge che, salve le ipotesi eccezionali del comma 2, ha escluso, sussistendo determinati presupposti, la computabilità delle violazioni amministrative successive alla prima solo al fine di rendere inoperanti le ulteriori conseguenze sanzionatorie della reiterazione.

## 2. Struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali generali.

La struttura del giudizio di opposizione a sanzioni amministrative è di tipo impugnatorio. Come rammentano, da ultimo, **Sez. 2, n. 12503/2018, Carrato, Rv. 648753-01**, e **Sez. 2, n. 09286/2018, Criscuolo, Rv. 648150-01**, in continuità con l'indirizzo nomofilattico (Sez. U, n. 1686/2010, Goldoni, Rv. 611243), detto giudizio non ha, però, ad oggetto l'atto amministrativo di irrogazione della sanzione, bensì l'esistenza, o meno, della pretesa sanzionatoria che esso esprime, cioè il rapporto giuridico sotteso, avente fonte legale in un'obbligazione di tipo sanzionatorio. Ne consegue la piena cognizione del giudice dell'opposizione che - come si dirà *infra* - potrà (e dovrà) valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa (eventualmente non esaminate o non motivatamente respinte), in quanto riproposte nei motivi di opposizione i quali, come rimarca **Sez. 2, n. 09538/2018, Varrone, Rv. 648090-01**, costituiscono l'unica ed esclusiva *causa petendi* della domanda coinvolgente la pretesa sanzionatoria della P.A..

Al descritto paradigma impugnatorio è annesso un rigido sistema preclusivo, 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, con precise conseguenze - da ultimo efficacemente sintetizzate da **Sez. 2, n. 27909/2018, Picaroni, Rv. 651033-01** - vevoli per tutti i soggetti coinvolti nel giudizio di opposizione. Infatti, mentre 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, l'Amministrazione resistente non può dedurre, a sostegno della pretesa sanzionatoria, motivi o circostanze diverse da quelle enunciate con l'ordinanza, stante, peraltro, 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 ultimo da **Sez. 1, n. 06965/2018, Mercolino, Rv. 648110-01**, al quale consegue l'immodificabilità del relativo contenuto (in termini anche Sez. 1, n. 13433/2016, Bernabai, Rv. 640355-01). Infine, il giudice non può rilevare d'ufficio vizi diversi da quelli dedotti dal ricorrente (così anche Sez. 2, n. 232/2016, Matera, Rv. 638385-01; Sez. 2, n. 656/2010, Giusti, Rv. 611248-01) o ragioni di nullità del provvedimento opposto o del procedimento che l'ha preceduto, salve le ipotesi di inesistenza.

Regola processuale comune ai procedimenti di opposizione nella vigenza del d.lgs. n. 150 del 2011 (che ha previsto misure di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione) è l'applicazione delle previsioni di cui agli artt. 429, comma 1, e 437, comma 1, c.p.c., giustificata, secondo quanto precisato da **Sez. 2, n. 00072/2018, Bellini, Rv. 646662-01**, dal rinvio generale contenuto nell'art. 2, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 150. Ne deriva che anche in secondo grado il giudice, 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, invece, ha escluso, in mancanza di un'espressa disciplina, l'automatica estendibilità delle regole speciali dettate per il giudizio di primo grado).

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 e ciò anche in caso di eventuale responsabilità sanzionatoria col vincolo di solidarietà, come ha precisato **Sez. 2, n. 09286/2018, Criscuolo, Rv. 648150-01**, in quanto tale giudizio formalmente ha struttura impugnatoria rispetto ad un atto amministrativo, benché abbia ad oggetto un rapporto giuridico, sicché non è consentita la partecipazione di soggetti differenti dall'Amministrazione ingiungente e dall'ingiunto.

Qualora l'oggetto dell'unico provvedimento sanzionatorio sia costituito da più condotte di più soggetti, **Sez. 2, n. 21347/2018, Gorjan, Rv. 650036-01**, ha escluso che il giudicato relativo all'accoglimento dell'opposizione proposta da taluni di essi spieghi i suoi effetti nei riguardi dei concorrenti rimasti estranei al giudizio, stante la diversità delle parti e delle condotte addebitate.

In tema di sanzione amministrativa concernente il disboscamento non autorizzato di un fondo, consistente nell'ordine di rimessione in pristino emesso nei confronti dei comproprietari del terreno e dell'autore materiale della condotta, **Sez. 2, n. 30767/2018, Dongiacomo, Rv. 651535-01**, in continuità con l'indirizzo in materia di obblighi di *facere*, ha ravvisato un'ipotesi di litisconsorzio necessario, sancendo che al relativo giudizio di opposizione debbano prendere parte tutti i soggetti verso i quali l'obbligo (nella specie, di ripiantumazione) debba esser fatto valere, risultando, altrimenti, la pronuncia di riduzione in pristino *inutiliter data*, siccome non eseguibile in danno dei comproprietari esclusi o solo di quelli presenti.

### **3. Giurisdizione, pregiudiziale amministrativa e connessione obiettiva a reato.**

In tema di giurisdizione, **Sez. U, n. 22426/2018, Scrima, Rv. 650456-01**, ribadisce il radicamento innanzi al giudice ordinario della materia delle opposizioni ad ordinanza-ingiunzione di pagamento per violazione della normativa urbanistica ed edilizia (nella specie, per l'erezione di un muro in assenza di titolo abilitativo), sulla base di un duplice rilievo argomentativo tratto, da ultimo, da Sez. U, n. 11388/2016, Giusti, Rv. 639955-01, che pare opportuno richiamare perché espressivo di un indirizzo consolidato.

Anzitutto, il massimo Consesso valorizza 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 (ma, nel caso in esame, vigente all'epoca di introduzione della causa di primo grado) - 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. 8076/2015, D'Ascola, Rv. 634939-01; Sez. U, n. 1528/2014, Spirito, Rv. 628859-01), la S.C. sottolinea che, pur essendo la materia urbanistica compresa in quella 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 uso del suolo (nella specie, ex art. 69, commi 1 e 2, della l.r. n. 56 del 1977), ha confermato la devoluzione alla giurisdizione ordinaria della controversia concernente la procedura di riscossione coattiva del credito ai sensi del r.d. n. 639 del 1910. La motivazione valorizza *ut supra* il diritto soggettivo di chi affermi di essere stato assoggettato a sanzione amministrativa. Essa richiama gli argomenti esposti dalla citata Sez. U, n. 11388/2016, Giusti, Rv. 648133-01, circa l'irrelevanza 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), nonché l'art. 133, comma 1, lett. f), del c.p.a., che ha mantenuto ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le cause in materia urbanistica ed edilizia riguardanti "tutti gli aspetti del territorio", non essendo discusse nei giudizi di opposizione le modalità di governo del territorio bensì solo provvedimenti adottati dalla P.A. per reagire a condotte pretesamente abusive dei privati.

Passando alla questione della connessione obiettiva a reato di cui all'art. 24 della l. n. 689 del 1981, la S.C., in fattispecie relativa ad illecito trattamento di dati personali, ha enunciato due interessanti principi di diritto. **Sez. 6-2, n. 05341/2018, Orilia, Rv. 647990-01**, ha, anzitutto, escluso il nesso di pregiudizialità qualora la stessa condotta materiale integri sia una violazione penale che una amministrativa - in ipotesi, quindi, di *bis in idem* sostanziale, su cui *infra*, in tema di sanzioni amministrative in ambito bancario e finanziario - con la conseguenza che, se l'esistenza del reato in questo caso non dipende dall'accertamento della violazione amministrativa, non si verifica l'ipotesi di connessione obiettiva per pregiudizialità che radica la competenza del giudice penale nella verifica della responsabilità per l'illecito amministrativo. In secondo luogo, **Sez. 6-2, n. 05341/2018, Orilia, Rv. 647990-02**, ha precisato che, allorché il giudice civile, ai sensi dell'art. 24, ravvisi la connessione obiettiva per pregiudizialità della violazione amministrativa con l'accertamento

dell'esistenza di un reato, non sussistono, comunque, i presupposti per la sospensione del processo ex art. 295 c.p., dovendo egli limitarsi a trasmettere gli atti al giudice penale, innanzi al quale penda il processo per l'imputazione (obiettivamente) connessa, il quale è competente a decidere (anche) sulla predetta violazione amministrativa e, nell'eventualità di una condanna, ad irrogare la relativa sanzione.

Proprio in tema di sospensione del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, ma in riferimento alla cd. pregiudizialità amministrativa, **Sez. 2, n. 08796/2018, Correnti, Rv. 648013-01**, ha escluso la suspendibilità ex art. 295 c.p.c. del giudizio di opposizione a sanzioni amministrative in ragione della pendenza, davanti al giudice amministrativo, dell'impugnazione dell'atto presupposto, laddove il vizio asseritamente invalidante l'ordinanza-ingiunzione concerne tale atto del suo procedimento formativo, ben potendo il giudice dell'opposizione decidere - con efficacia di giudicato - pure le questioni di legittimità dell'atto presupposto, ovvero disapplicarlo se ritenuto illegittimo.

Al di fuori dell'ipotesi di connessione per pregiudizialità penale, qualora gli elementi di prova di un illecito amministrativo emergano da indagini penali, **Sez. 2, n. 09881/2018, Varrone, Rv. 648157-01**, ha individuato la decorrenza del termine per la contestazione mediante notifica stabilito dall'art. 14 della l. n. 689 del 1981 dalla ricezione degli atti trasmessi dall'autorità giudiziaria a quella amministrativa, posto che, se fosse consentito agli agenti accertatori di contestare immediatamente all'indagato la violazione amministrativa, l'autorità non sarebbe messa in condizione di valutare la ricorrenza o meno della *vis attractiva* della fattispecie penale e, nel contempo, sarebbe frustrato il segreto istruttorio imposto, in costanza di preliminari indagini, dall'art. 329 c.p.p..

#### 4. Competenza ed incompetenza.

Si segnalano molte pronunce della Corte regolatrice in tema di competenza.

Con riguardo alla competenza per materia, in controversia relativa a 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 alla competenza per valore, un principio di portata generale è espresso da **Sez. 6-3, n. 20191/2018, Cirillo, 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, 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, venga superato il suddetto limite di valore. Con specifico riferimento alle infrazioni al codice della strada - su cui, in generale, *infra* - **Sez. 2, n. 12517/2018, Penta, Rv. 648756-01**, in conformità ad un precedente arresto (Sez. 6-2, n. 13598/2014, Giusti, Rv. 631240-01) ha chiarito che, nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, il cumulo della sanzione pecuniaria di valore determinato alla sanzione accessoria della decurtazione dei punti della patente non rende la causa di valore indeterminabile ai fini dell'individuazione del giudice competente (e neppure per la liquidazione delle spese processuali).

Quanto, poi, alla competenza per territorio, **Sez. 6-2, n. 04840/2018, Abete, Rv. 647985-01**, in ordine alla determinazione 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) ex artt. 1 e 2 della l. n. 386 del 1990, ha identificato il "luogo in cui è stata commessa la violazione" non con quello di emissione, bensì con quello ove è pagabile il suddetto assegno; ciò in continuità ad un precedente di legittimità (Sez. 1, n. 16205/2006, Petitti, Rv. 592309-01) che aveva individuato nel Prefetto di tale 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 relazione ai procedimenti di appello avverso le sentenze emesse dal giudice di pace in materia di opposizione a sanzioni amministrative, **Sez. 6-2, n. 04426/2018, Scalisi, Rv. 647983-01**, **Sez. 6-2, n. 05249/2018, Cosentino, Rv. 647987-01**, e **Sez. 6-2, n. 30647/2018, Grasso G., Rv. 651631-01**, hanno confermato

l'esenzione dalla regola del "foro erariale" stabilita nell'art. 7 del r.d. n. 1611 del 1933 per le controversie in cui sia parte un'Amministrazione dello Stato, dando continuità alla statuizione di Sez. U, n. 23285/2010, Bucciante, Rv. 615040-01.

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, l'unico vizio, come visto *supra*, rilevabile d'ufficio dal giudice - laddove l'atto emesso concerne una materia del tutto estranea alla sfera degli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'Amministrazione alla quale 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 cui attribuzioni rientra, sia pure a fini ed in casi diversi, una determinata materia (sul punto, Sez. 1, n. 12555/2012, Didone, Rv. 623311-01, che richiama, in parte motiva, il risalente indirizzo nomofilattico espresso da Sez. U, n. 8987/1990, Lipari, Rv. 469141-01).

Nella casistica giurisprudenziale è stata sovente eccepita l'incompetenza del funzionario delegato all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione (in sostituzione, nella prassi, del prefetto o viceprefetto vicario) per assenza della delega di firma. In proposito, **Sez. 2, n. 20972/2018, Federico, Rv. 650028-01**, in continuità col consolidato indirizzo di legittimità (da ultimo, Sez. 2, n. 23073/2016, Valitutti, Rv. 642652-02), ha ribadito che incombe sull'opponente l'onere di provare detto fatto negativo, con la conseguenza che, nel caso non riesca a procurarsi la pertinente attestazione da parte dell'Amministrazione, egli è tenuto, comunque, a sollecitare il giudice ad acquisire informazioni ex art. 213 c.p.c., ovvero ad avvalersi dei poteri istruttori di cui all'art. 23, comma 6, della l. n. 689 del 1981 presso l'Amministrazione medesima, la quale non può esimersi dalla relativa risposta. Qualora, invece, l'opponente rimanga del tutto inerte processualmente, resta ferma la presunzione di legittimità che assiste il provvedimento sanzionatorio.

In fattispecie di eccepita incompetenza (relativa) per ordinanza sanzionatoria emessa dal sindaco in luogo del competente dirigente comunale (il quale, nel caso in esame, aveva poi emanato una seconda ordinanza identica alla prima), **Sez. 2, n. 04059/2018, Carrato, Rv. 647810-01**, ha ritenuto legittimamente applicabili gli artt. 21 nonies, comma 2, della l. n. 241 del 1990, e 6 della l. n. 249 del 1968 - che consentono la ratifica (o convalida) con efficacia *ex tunc* degli atti



amministrativi viziati da incompetenza - anche in pendenza dell'impugnazione del provvedimento davanti al giudice ordinario, con la sola esclusione dell'ipotesi in cui sia intervenuta sentenza passata in giudicato. Alla base di tale pronuncia vi è la considerazione che il diritto di difesa del destinatario non è in alcun modo limitato dalla ratifica dell'autorità amministrativa competente, la quale determina esclusivamente la modifica dell'imputazione soggettiva dell'atto, restando invariati i profili conoscitivi, valutativi e volitivi dello stesso.

### **5. Altri vizi procedurali: difetto di motivazione, inosservanza del termine e mancata audizione.**

Passando alla disamina della giurisprudenza sugli altri vizi procedurali dell'ordinanza-ingiunzione diversi dall'incompetenza (assoluta e relativa), per quanto attiene al difetto di motivazione, **Sez. 2, n. 12503/2018, Carrato, Rv. 648753-01**, ha confermato l'indirizzo nomofilattico che esclude la nullità del provvedimento e, quindi, l'insussistenza del diritto di credito derivante dalla violazione commessa in caso di eccepiti vizi di motivazione in ordine alle difese presentate all'interessato in sede amministrativa. Tale conclusione si basa - come visto *supra* - sulla concezione del giudizio di opposizione come esteso al rapporto, con conseguenti ampi poteri riconosciuti al giudice dell'opposizione, tenuto a valutare le deduzioni difensive proposte in sede amministrativa (eventualmente non esaminate o non motivatamente respinte), siccome riproposte nei motivi di opposizione, decidendo su di esse con pienezza di poteri, sia in fatto che in diritto. Ciò perché il principio costituzionale del giusto processo - nella pienezza della sua esplicazione - deve intendersi riferito al solo procedimento giurisdizionale, mentre, ove il destinatario della sanzione lamenti una violazione del principio del contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo presupposto, è tenuto, comunque, a dimostrare una concreta ed effettiva lesione del diritto di difesa specificamente conculcato o compresso dall'azione amministrativa.

Circa il vizio di inosservanza del termine previsto per la conclusione del procedimento sanzionatorio, **Sez. 1, n. 06965/2018, Mercolino, Rv. 648110-01**, ha ritenuto parimenti applicabile il principio generale stabilito dall'art. 21 octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990, anche in riferimento alle sanzioni disciplinate dalla legislazione regionale, con esclusione dell'illegittimità dell'ordinanza-ingiunzione, attesa la natura vincolata del provvedimento di

irrogazione della sanzione amministrativa - espressione, come già anticipato *supra*, del principio di tassatività ex art. 1 della l. n. 689 del 1981 - che impedisce la modificabilità del relativo contenuto.

Concludendo la rassegna dei vizi procedurali, **Sez. 2, n. 11300/2018, Scalisi, Rv. 648098-01**, ha sancito che il mutamento di giurisprudenza introdotto da Sez. U, n. 1786/2010, Goldoni, Rv. 611244-01, per la quale, in tema di ordinanza-ingiunzione, la violazione del diritto ad essere ascoltati ex art. 18, comma 2, della l. n. 689 del 1981 non comporta la nullità del provvedimento, non integra un'ipotesi di cd. *prospective overruling*, poiché tale diritto 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.

## 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 azione od omissione, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, giacché 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.

Coerentemente, nell'ipotesi di illecito ascrivibile a società di persone, secondo **Sez. 2, n. 30766/2018, Petitti, Rv. 651534-01**, non possono essere chiamati automaticamente a rispondere della violazione i soci amministratori, essendo indispensabile accertare che essi abbiano tenuto una condotta positiva o omissiva che abbia dato luogo all'infrazione, sia pure soltanto sotto il profilo del concorso morale. Nella specie, la S.C. ha escluso che i singoli soci di una società in nome collettivo, ancorché amministratori, potessero, per ciò solo, essere colpiti dalla sanzione applicata in conseguenza dell'affissione, da parte di soggetti rimasti ignoti, di materiale pubblicitario riguardante la società, in assenza della prescritta autorizzazione.

Al fine di escludere la responsabilità amministrativa dell'autore dell'infrazione, come ricorda **Sez. 2, n. 00720/2018, Bellini, Rv. 647152-01**, 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. La S.C. ha ritenuto, nella controversia *de qua*, 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, infatti, l'indirizzo di legittimità, ripreso 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) in presenza di elementi positivi idonei ad ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e purché risulti che il trasgressore abbia fatto il possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso, neppure sotto il profilo della negligenza omissiva.

L'errore scusabile determinato dall'interpretazione di norme giuridiche, per **Sez. 2, n. 12110/2018, Cosentino, Rv. 648504-02**, può assumere rilievo qualora non attinga l'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. Perciò, 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.

Un caso di esclusione dell'elemento psicologico per difetto (anche) di colpa è trattato da **Sez. 2, n. 04866/2018, Carrato, Rv. 647643-01**, in tema di esercizio abusivo dell'attività di autotrasporto, che ha negato la responsabilità del proprietario della merce (escludendo la legittimità dell'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della confisca) in una vicenda in cui egli 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 del suddetto proprietario, un obbligo di vigilanza avente ad oggetto anche la verifica del possesso, da parte dell'autotrasportatore, delle prescritte autorizzazioni.

Per quel 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 il riferimento ai corrispondenti istituti penalistici, esigendosi un rigoroso accertamento di fatto, rimesso al giudice di merito.

Coerentemente a questa impostazione, ai fini del riconoscimento dello stato di necessità, **Sez. 6-2, n. 04834/2018, Manna, Rv. 648209-01**, richiede, in conformità ai requisiti strutturali dettati dall'art. 54 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 tale situazione (art. 59 c.p.); ne consegue che l'esimente *de qua*, come affermato in passato, non è invocabile quando la situazione di pericolo riguardi un animale.

Infine, per **Sez. 2, n. 03740/2018, Carrato, Rv. 647801-01**, l'esercizio di una facoltà legittima non è ravvisabile se il contravventore, pur abilitato con autorizzazione amministrativa allo svolgimento dell'attività (nella specie, di emissione di campi elettromagnetici), ha violato i limiti tabellari previsti dalla normativa primaria in materia.

## 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.

In particolare, nell'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 col giorno di commissione della violazione, dovendosi avere riguardo all'epoca di ricezione, da parte della competente autorità amministrativa, degli atti inviati da quella giudiziaria, ai sensi dell'art. 41 della l. n. 689 del 1981, poiché solo dopo tale ricezione l'Amministrazione è in grado di esercitare il diritto di riscuotere la somma stabilita dalla legge a titolo di sanzione amministrativa.

Con specifico riferimento alla pena pecuniaria 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. L, n. 17258/2018, Roverso, 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 assoggettata a prescrizione quinquennale, a partire dal giorno di commissione della violazione, e non a quella decennale prevista dall'art. 19, comma 1, della l. n. 576 del 1980, che si riferisce solo ai contributi e ai relativi accessori.

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 ipotesi di solidarietà tra questi ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981, determina effetti interruttivi verso gli altri, in virtù dell'art. 1310 c.c., stante il richiamo generale contenuto nell'art. 29 della medesima l. n. 689 del 1981 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, prevista 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.

## **8. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: cd. doppio binario e sua compatibilità con il principio del *ne bis in idem* convenzionale ed euro unitario.**

Una serie di decisioni di altissimo rilievo sistematico hanno affrontato la tematica della natura amministrativa o penale di alcuni illeciti in ambito bancario e finanziario e della compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto euro unitario dell'esistenza del cd. doppio binario, concretantesi nella possibilità che uno stesso soggetto sia sottoposto per un identico fatto ad un procedimento penale e ad uno amministrativo.

Innanzitutto, **Sez. 2, n. 31632/2018, Cosentino, Rv. 651762-01**, ha affermato che la sanzione di cui all'art. 187 bis T.U.F., pur se formalmente amministrativa, va considerata, alla stregua sia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia del diritto euro unitario, sostanzialmente penale; né tale natura è mutata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 107 del 2018, che ha mitigato il relativo trattamento sanzionatorio, atteso che il massimo edittale

“ordinario” è rimasto severo, che è possibile aumentare la sanzione la quale risulti inadeguata, benché applicata nella misura massima, e che sono previste, altresì, la confisca e le sanzioni accessorie della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità e della incapacità temporanea ad assumere incarichi direttivi.

Di conseguenza, **Sez. 2, n. 31632/2018, Cosentino, Rv. 651762-02**, ha sottolineato che, in base alla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell’Unione europea del 20 marzo 2018, resa nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16, non è compatibile con il principio del *ne bis in idem* di diritto convenzionale ed euro unitario e, in particolare, con l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, l’instaurazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio o la sua prosecuzione - eventualmente anche in sede di opposizione giurisdizionale - in relazione alla commissione dell’illecito amministrativo ex art. 187 bis T.U.F. qualora, con riferimento ai medesimi fatti storici, l’incolpato sia stato definitivamente assolto in sede penale con formula piena dal delitto previsto dall’art. 184 T.U.F..

Per rendere più evidente la portata del principio del *ne bis in idem* euro unitario sopraccitato **Sez. 2, n. 31632/2018, Cosentino, Rv. 651762-03**, ha precisato ulteriormente che, se un procedimento amministrativo sanzionatorio, concernente i medesimi fatti oggetto di un procedimento penale definito con sentenza passata in giudicato di condanna, si è 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 VII Protocollo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, 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 europea dei diritti dell’uomo, 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. Sulla base di questi principi è stata decisa una fattispecie ove il ricorrente era una persona fisica che era stata assoggettata alla sanzione amministrativa stabilita dall'art. 187 bis T.U.F., ma era stata assolta, per gli stessi fatti, in via definitiva e con formula piena dal reato previsto dall'art. 184 T.U.F. all'esito di un giudizio nel quale la CONSOB era parte civile.

La decisione da ultimo menzionata contiene una completa disamina dell'evoluzione del principio del *ne bis in idem* negli ordinamenti sovranazionali, con specifici riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea - su tutte la sentenza della Grande Sezione del 26 febbraio 2013, resa nella causa C-617/10, e le tre statuizioni della Grande Sezione del 20 marzo 2018, rese nelle cause C-524/15 e C-537/16 e nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16 - ed a quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, in primo luogo alla pronuncia della Grande Sezione del 10 febbraio 2009, emessa all'esito del caso *Zolotukhin v. Russia*.

Le conclusioni della S.C. si ricollegano ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea disposto, in precedenza, da Sez. 2, n. 23232/2016, *Falabella*, non massimata, e, in particolare, sono conseguenza di considerazioni che hanno condotto la medesima Corte di cassazione, nella specie **Sez. 2, n. 03831/2018, Cosentino, Rv. 647802-01**, e **Sez. 2, n. 3831/2018, Cosentino, Rv. 647802-02**, entrambe citate *infra*, ad interessare la Corte costituzionale di alcune problematiche inerenti ai rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con il diritto euro unitario.

**Sez. 2, n. 31635/2018, Carrato, Rv. 651764-02**, ha applicato, quindi, i principi di cui sopra sancendo che, in tema di sanzioni a carico degli enti per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria previste dagli artt. 5 e 25 sexies del d.lgs. n. 231 del 2001 e dall'art. 187 quinquies T.U.F., il fatto oggettivo per il quale l'ente può essere chiamato a rispondere deve identificarsi con la stessa condotta ascritta all'autore dell'illecito presupposto, in tutte le sue componenti costitutive. Pertanto, la differenza soggettiva degli autori del reato e dei responsabili dell'illecito amministrativo presupposti comporta la diversità del fatto materiale ricondotto alla sfera di responsabilità del suddetto ente nei due casi, con la

conseguenza che dall'esito degli stessi non può derivare alcuna violazione del principio del *ne bis in idem* in danno dell'ente medesimo. Nella controversia esaminata, la S.C. ha escluso ogni violazione del principio del *ne bis in idem* poiché la sentenza penale di assoluzione invocata, peraltro non ancora definitiva, non concerneva le stesse persone fisiche imputate degli illeciti per i quali era stata emessa la sanzione in esame e, comunque, la specifica statuizione che aveva riguardato l'ente *de quo* in un ulteriore giudizio, avendolo interessato quale responsabile civile, non aveva natura sanzionatoria e, perciò, non era idonea a costituire il presupposto per l'applicazione del menzionato principio.

Inoltre, **Sez. 2, n. 31634/2018, Carrato, Rv. 651763-01**, ha specificato che, 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 di quello ancora pendente 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. Nella specie, la S.C. ha ritenuto ininfluenza, ai fini della sospensione del giudizio di opposizione avverso le sanzioni amministrative inflitte dalla CONSOB al legale rappresentante di una società assicurativa per l'illecito previsto dall'art. 187 ter del d.lgs. n. 58 del 1998 in conseguenza della diffusione di false informazioni, la contemporanea pendenza, in relazione agli stessi fatti, di un procedimento penale per il reato di manipolazione del mercato ex art. 185 del d.lgs. citato, precisando che l'eventuale successiva sentenza di condanna penale avrebbe potuto valorizzare i parametri di cui all'art. 133 c.p. per commisurare la pena alla gravità del fatto in base ai summenzionati criteri, tenendo conto anche della definitività della sanzione applicata in sede amministrativa.

Si tratta di una interessante prima applicazione in ambito processuale (e procedimentale) dei principi contenuti nella giurisprudenza finora esaminata, che probabilmente condurrà in futuro ad ulteriori sviluppi.



Le decisioni *de quibus* sono state di poco anticipate da **Sez. 5, n. 27564/2018, Chindemi, Rv. 651068-02**, la quale ha fatto proprie le conclusioni delle Corti di giustizia dell'Unione europea, concludendo che il principio del *ne bis in idem* ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non impedisce che a un soggetto, già penalmente condannato con sentenza irrevocabile per il reato previsto dall'art. 185 del d.lgs. n. 58 del 1998, sia successivamente irrogata la sanzione di natura penale, benché formalmente amministrativa, di cui all'art. 187 ter del citato d.lgs., purché siano garantiti: 1) il rispetto del principio di proporzionalità delle pene sancito dall'art. 49, par. 3, della richiamata Carta, secondo il quale le sanzioni complessivamente inflitte devono corrispondere alla gravità del reato commesso; 2) la prevedibilità di tale doppia risposta sanzionatoria in forza di regole normative chiare e precise; 3) il coordinamento tra i procedimenti sanzionatori in modo che l'onere, per il soggetto interessato da tale cumulo, sia limitato allo stretto necessario.

### **9. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: onere della prova degli elementi costitutivi dell'illecito.**

Con una pronuncia che ha ribadito l'orientamento tradizionale e si ricollega alla problematica della colpevolezza nel campo degli illeciti amministrativi trattata *supra*, **Sez. 2, n. 01529/2018, Varrone, Rv. 647782-02**, ha confermato che, in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, l'onere di dimostrare i fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria è posto a carico dell'Amministrazione la quale, pertanto, è tenuta a fornire la prova della condotta illecita. Tuttavia, nel caso dell'illecito omissivo di pura condotta, essendo il giudizio di colpevolezza ancorato a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, è sufficiente la prova dell'elemento oggettivo dell'illecito comprensivo della "suità" della condotta inosservante, in assenza di elementi tali da rendere inesigibile la condotta o imprevedibile l'evento. Così intesa la presunzione di colpa non si pone in contrasto con gli artt. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 27 Cost. anche ove la sanzione abbia natura sostanzialmente penale in quanto afflittiva.

Nella stessa ottica, con riferimento alle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ex art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993 ai soggetti che svolgono funzioni di direzione, amministrazione o controllo di istituti bancari, **Sez. 2, n. 09546/2018, Scarpa, Rv.**

**648049-01**, ha chiarito che il legislatore ha individuato una serie di fattispecie, destinate a salvaguardare procedure e funzioni ed incentrate sulla mera condotta, in base ad un criterio di agire o di omettere doveroso, ricollegando il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico e limitando l'indagine sull'elemento oggettivo dell'illecito all'accertamento della "suità" della condotta inosservante sicché, integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981, l'onere di provare di avere agito in assenza di detta colpevolezza.

Secondo, poi, **Sez. 2, n. 31635/2018, Carrato, Rv. 651764-01**, in tema di sanzioni amministrative a carico degli enti per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, per andare esente dalla responsabilità di cui all'art. 187 *quinquies* del d.lgs. n. 58 del 1998, l'ente è tenuto provare di avere adottato adeguati modelli organizzativi e gestionali, idonei a prevenire illeciti della specie di quello verificatosi, e che gli stessi siano stati fraudolentemente elusi da parte degli autori materiali del cd. "illecito presupposto".

## **10. Sanzioni amministrative e responsabilità dei sindaci e dei consiglieri di amministrazione delle società.**

Con riferimento all'elemento oggettivo dell'illecito, **Sez. 2, n. 05357/2018, Federico, Rv. 647847-01**, ha affermato che la violazione contestata dalla CONSOB risulta pienamente integrata quando risulti l'omesso o l'inadeguato esercizio dell'attività di controllo da parte dei sindaci delle società quotate, non essendo il danno un elemento costitutivo dell'illecito, quanto, invece, parametro per la determinazione della sanzione. La responsabilità dei sindaci sussiste, dunque, indipendentemente dall'esito delle singole operazioni ed anche a fronte di insufficienti informazioni da parte degli amministratori, potendo gli stessi avvalersi della vasta gamma di strumenti informativi ed istruttori prevista dall'art. 149 del d.lgs. n. 58 del 1998.

Inoltre, rimanendo nel settore dell'intermediazione finanziaria, **Sez. 2, n. 05357/2018, Federico, Rv. 647847-02**, ha precisato che la responsabilità dei sindaci sussiste pure con riguardo ad operazioni con "parti correlate o in situazioni di potenziale conflitto di interessi degli amministratori" realizzate al di fuori dell'oggetto sociale, essendo insufficiente, in tal senso, il controllo del comitato interno

volto, viceversa, alla verifica del contenuto economico dell'operazione.

Con una pronuncia che si caratterizza per il fatto di affrontare una tematica poco esaminata, **Sez. 2, n. 27365/2018, Abete, Rv. 651173-01**, ha chiarito che, in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 191, comma 2, del d.lgs. n. 58 del 1998, nella formulazione applicabile *ratione temporis*, 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 per omessa vigilanza allorché, venuto a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbia fatto ciò che poteva per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Nel caso giunto all'esame della S.C. il ricorrente era stato sanzionato, quale consigliere di amministrazione non esecutivo di una società per azioni, per l'omessa vigilanza sull'operato dei consiglieri esecutivi, in relazione a condotte poste in essere anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 72 del 2015.

Infine, per **Sez. 2, n. 33047/2018, Oliva, Rv. 652048 - 01**, l'art. 2391, comma 1, c.c., pone a carico dell'amministratore in conflitto di interessi un obbligo generale e preventivo di esplicitare tale sua condizione, allo scopo di assicurare che essa sia nota a tutti gli altri componenti dell'organo di gestione ed agli organi di controllo societario e che non incida, neppure in via indiretta, sui processi valutativi e deliberativi interni all'azienda. La disposizione ha, quindi, una portata applicativa generale, che prescinde dall'effettiva incidenza del menzionato conflitto d'interessi sulle delibere assunte in concreto dal consiglio di amministrazione. In base a questo principio, la S.C. ha sanzionato un componente del collegio sindacale per l'omessa vigilanza del collegio medesimo sul mancato rispetto dell'art. 2391 c.c. da parte dell'amministratore di una società per azioni.

## **11. Decorrenza e natura del termine per contestare l'illecito amministrativo in ambito finanziario.**

In materia di intermediazione finanziaria **Sez. 2, n. 09254/2018, Falaschi, Rv. 648081-01**, ha specificato, ricollegandosi ad un indirizzo interpretativo risalente a Sez. 2, n. 25836/2011, Giusti, Rv. 620363-01, che il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione, non coincide necessariamente e automaticamente né con la fine dell'attività ispettiva né con la data di deposito della relazione né con quella in cui

la Commissione si è riunita per prenderla in esame, poiché la pura constatazione dei fatti non coincide necessariamente con il suddetto accertamento. Ne consegue che occorre individuare, secondo le caratteristiche e la complessità della situazione concreta, quando ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, momento dal quale deve computarsi il termine per la contestazione stessa. In particolare, la S.C. ha cassato la sentenza gravata che aveva ritenuto tardiva la contestazione assumendo come rilevante, ai fini della decorrenza del detto termine, la data di pubblicazione in internet della relazione sulla remunerazione riconosciuta ai componenti del collegio, ritenendo, in base ad un giudizio *ex post*, ultronee le ulteriori verifiche effettuate dalla CONSOB.

Coerentemente con i principi *de quibus*, **Sez. 2, n. 09521/2018, Varrone, Rv. 648152-01**, ha sottolineato che il termine di 180 giorni, entro il quale il Ministero dell'economia e delle finanze deve emanare il decreto di determinazione della sanzione e di ingiunzione del pagamento ai sensi dell'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 195 del 2008, decorre dalla data di ricezione, da parte del suddetto Ministero, del verbale di contestazione dell'addebito, come risultante dal registro del protocollo informatico, nel quale vengono annotate in ordine cronologico le corrispondenze in arrivo e in partenza, costituendo il protocollo informatico un atto pubblico di rilevanza esterna che fa fede fino a querela di falso della data di ricezione in questione.

Più nel dettaglio, **Sez. 2, n. 09517/2018, Falaschi, Rv. 648151-01**, ha affermato che, nel procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative previste in tema di intermediazione finanziaria, il termine di 240 giorni di cui all'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993 non ha natura perentoria e, pertanto, non può determinare alcuna decadenza dall'esercizio della potestà sanzionatoria, attesa la inidoneità del regolamento interno a modificare le disposizioni sul procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative dettate dalla l. n. 689 del 1981. Ne consegue che il regime decadenziale e prescrizione applicabile può essere desunto esclusivamente dall'art. 14 della citata l. n. 689 del 1981, che prescrive un termine perentorio soltanto per la contestazione differita.

Sempre in ambito processuale, **Sez. 2, n. 09545/2018, Scarpa, Rv. 648048-01**, ha precisato che, in tema di procedimento di opposizione a sanzione amministrativa per violazione della normativa antiriciclaggio disciplinato dall'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, il termine fissato dal comma 8 del citato art. 6 per il deposito di copia del rapporto, con gli atti relativi all'accertamento nonché alla

contestazione o alla notificazione della violazione, non è, in difetto di espressa previsione, perentorio, a differenza di quello contemplato dall'art. 416 c.p.c., che si applica, in virtù del richiamo operato dall'art. 2, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 150 del 2011, per gli altri documenti depositati dalla P.A.

## **12. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e la loro generale compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il diritto euro unitario.**

Secondo **Sez. 2, n. 03734/2018, Sabato, Rv. 647799-01**, che si ricollega a **Sez. 2, n. 770/2017, Giusti, Rv. 642217-01**, il fatto che la regolamentazione secondaria dell'organizzazione della CONSOB preveda in capo alla stessa, nell'ambito del procedimento di accertamento e contestazione di illeciti nell'attività soggetta alla sua vigilanza, un cumulo successivo di funzioni decisorie (cautelari e nel merito), non comporta, per ciò solo, una violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in tema di garanzia del giusto processo. Infatti, per un verso, detta garanzia è realizzata, alternativamente rispetto alla fase amministrativa, con l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio ad un sindacato giurisdizionale pieno e, per altro verso, il semplice fatto che siano già state assunte decisioni prima della deliberazione finale non è sufficiente a generare un ragionevole timore di mancanza di imparzialità, dovendosi avere riguardo, in tal senso, alla portata ed alla natura delle decisioni, da valutarsi caso per caso.

Con dei provvedimenti di notevole rilievo sistematico **Sez. 2, n. 03831/2018, Cosentino, Rv. 647802-01**, e **Sez. 2, n. 03831/2018, Cosentino, Rv. 647802-02**, hanno affermato che è rilevante e non manifestamente infondata - in relazione agli artt. 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la l. n. 881 del 1977, nonché in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed avuto riguardo al principio generale *nemo tenetur se detegere* - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies T.U.F. - nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della l. n. 62 del 2005 - nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei

confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'espletamento delle sue funzioni di vigilanza, ascriva illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate. In particolare, è stata considerata rilevante e non manifestamente infondata - in relazione agli artt. 3, 42 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento agli artt. 17 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 sexies T.U.F., previsto dall'art. 9, comma 2, lett. a), della l. n. 62 del 2005, nella parte in cui assoggetta a confisca l'equivalente della somma del profitto dell'illecito e dei mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito.

Diversamente, **Sez. 2, n. 20689/2018, Criscuolo, Rv. 650004-02**, ha specificato che, in tema di opposizione in sede giurisdizionale al provvedimento sanzionatorio emesso dalla CONSOB, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 195 T.U.F. in relazione all'art. 117 Cost., nella parte ove prevede che si svolga in camera di consiglio il procedimento dinanzi alla Corte di appello, dovendosi considerare quest'ultima un giudice indipendente e imparziale, dotato di giurisdizione piena e davanti al quale sono garantite la pienezza del contraddittorio e la pubblicità dell'udienza.

Coerentemente, **Sez. 2, n. 20689/2018, Criscuolo, Rv. 650004-03**, ha confermato che, in materia di intermediazione finanziaria, le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58 del 1998 apportate dal d.lgs. n. 72 del 2015 si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla CONSOB, in tal senso disponendo l'art. 6 del medesimo d.lgs. n. 72 del 2015, e che non è possibile ritenere l'applicazione immediata della legge più favorevole, atteso che il principio cd. del *favor rei*, di matrice penalistica, non si estende, in assenza di una specifica disposizione normativa, alla materia delle sanzioni amministrative, che risponde, invece, al distinto principio del *tempus regit actum*. Né tale impostazione viola i principi convenzionali enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 4 marzo 2014 (Grande Stevens ed altri c/o Italia), secondo la quale l'avvio di un procedimento penale a seguito delle sanzioni amministrative comminate dalla CONSOB sui medesimi fatti violerebbe il principio del *ne bis in idem*, atteso che detti principi vanno considerati nell'ottica del giusto processo, che costituisce l'ambito di specifico intervento della Corte, ma non possono portare a ritenere

sempre sostanzialmente penale una disposizione qualificata come amministrativa dal diritto interno, con conseguente irrilevanza di un'eventuale questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117 Cost.

### **13. Sanzioni in ambito bancario e finanziario e principio del contraddittorio.**

Con riferimento alla nota questione della natura delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. n. 58 del 1998, **Sez. 1, n. 09561/2018, Tricomi, Rv. 648544-01**, ha chiarito che tali sanzioni non hanno natura sostanzialmente penale, onde il principio del contraddittorio è rispettato con la contestazione dell'addebito e la valutazione delle controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessarie ai fini indicati né la trasmissione all'interessato medesimo delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative né la sua audizione innanzi alla Commissione, non dovendo trovare applicazione i principi del giusto processo e del diritto alla difesa, riferibili solo al procedimento giurisdizionale.

Più specificamente, **Sez. 2, n. 09517/2018, Falaschi, Rv. 648151-02**, ha affermato che nel procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative previste in tema di intermediazione finanziaria, il principio del contraddittorio deve modellarsi in concreto, in funzione dello stato in cui si trova la procedura al momento dell'acquisizione delle prove, senza imporre l'assunzione alla costante presenza della parte interessata, essendo sufficiente che l'autorità decidente ponga a base della sanzione il nucleo del fatto contestato, in tutte le circostanze che valgano a caratterizzarlo e che siano rilevanti ai fini della pronuncia del provvedimento finale.

Coerentemente, quindi, secondo **Sez. 2, n. 20689/2018, Criscuolo, Rv. 650004-01**, il procedimento amministrativo sanzionatorio della CONSOB, ai sensi dell'art. 195 T.U.F., non viola, nella parte ove non prevede l'obbligo di comunicazione all'incolpato della proposta dell'Ufficio Sanzioni, l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo né il principio del contraddittorio nella fase decisoria, atteso che l'assoggettamento del provvedimento applicato dall'autorità amministrativa ad un successivo sindacato giurisdizionale pieno assicura le garanzie del giusto processo. Poiché le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB diverse da quelle ex art. 187 ter T.U.F. non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità ed incidenza patrimoniale e personale, a quelle appunto irrogate dalla CONSOB per manipolazione del mercato,

esse non hanno la natura sostanzialmente penale che appartiene a queste ultime, né pongono, quindi, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, agli effetti, in particolare, della violazione del *ne bis in idem* in ipotesi di sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti.

**Sez. 5, n. 27564/2018, Chindemi, Rv. 651068-01**, ha ribadito, allora, che il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative previsto dall'art. 187 *septies* del d.lgs. n. 58 del 1998 postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato. Pertanto, non violano il principio del contraddittorio l'omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'ufficio sanzioni amministrative della CONSOB e la sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando, d'altronde, applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili esclusivamente al procedimento giurisdizionale.

Con riguardo all'instaurazione del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, **Sez. 2, n. 15049/2018, Federico, Rv. 649071-01**, sviluppando una tematica che già Sez. 2, n. 4826/2016, Cosentino, Rv. 639176-01, aveva iniziato ad affrontare, ha rilevato che la tempestiva proposizione del ricorso e l'espressa riserva ivi contenuta in ordine all'eventuale predisposizione di ulteriori motivi di opposizione, fondati su documenti resi accessibili dalla CONSOB oltre il termine utile per presentare il detto ricorso, sono idonee a legittimare una pronuncia di rimessione in termini per la formulazione di tali ulteriori motivi, purché siano basati sui documenti tardivamente messi a disposizione. Infatti, in sede giurisdizionale deve essere garantito il pieno recupero delle facoltà difensive in concreto pregiudicate nella precedente fase, ancorché non sia equiparabile il principio del "giusto procedimento" a quello del "giusto processo".

#### **14. Illeciti attinenti al riciclaggio e relativo obbligo di denuncia.**

In tema di sanzioni amministrative per violazione della normativa antiriciclaggio, ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 143 del 1991, conv. dalla l. n. 197 del 1991, sostituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 153 del 1997, **Sez. 2, n. 20647/2018, Criscuolo, Rv. 650003-01**, riprendendo e sviluppando la precedente giurisprudenza (soprattutto, Sez. 5, n. 23017/2009, Magno, Rv. 610701-01), ha affermato che il



potere di valutare le segnalazioni e (in caso di ritenuta fondatezza delle medesime) trasmetterle al questore, spetta soltanto al “titolare dell’attività”, mentre il “responsabile della dipendenza”, cui è attribuito un margine di discrezionalità ridotto, è tenuto a indicare al suo superiore ogni operazione che lo induca a ritenere che il suo oggetto possa provenire dai reati previsti dagli artt. 648 bis e 648 ter c.p. Risponde, pertanto, della sanzione ex art. 5, comma 5, d.l. n. 143 del 1991, l’amministratore della società fiduciaria che, quale responsabile di primo livello alla stregua del precedente art. 3, comma 1, abbia omesso di inoltrare la suddetta segnalazione all’organo direttivo della banca.

In particolare, per **Sez. 2, n. 20647/2018, Criscuolo, Rv. 650003-02**, l’amministratore della società fiduciaria, quale “responsabile della dipendenza”, deve segnalare al “titolare dell’attività” (ossia all’organo direttivo della banca) ogni operazione che ritenga provenire da reati attinenti al riciclaggio sulla base di elementi oggettivi riferibili all’operazione stessa o alla capacità economica e all’attività del cliente, non essendo sufficiente, ai fini dell’esonero dall’obbligo di segnalazione, la mera conoscenza, da parte sua, dei soggetti coinvolti e della provenienza del denaro utilizzato.

Inoltre, secondo **Sez. 2, n. 28888/2018, Gorjan, Rv. 651383-01**, e **Sez. 2, n. 20647/2018, Criscuolo, Rv. 650003 - 03**, in materia di prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, gli illeciti commessi anteriormente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 90 del 2017, che ha modificato il d.lgs. n. 231 del 2007, e, in specie, quelli consistiti nella violazione dell’obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, sono soggetti alla disciplina sanzionatoria più favorevole, se ancora pendenti, in considerazione dell’espreso richiamo al principio del *favor rei* contenuto nell’art. 69 del citato d.lgs. n. 231 del 2007, come introdotto dal d.lgs. n. 90 del 2017, in deroga a quello del *tempus regit actum* proprio delle sanzioni amministrative.

## **15. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.**

Con riguardo agli assegni bancari e postali, **Sez. 6-1, n. 003451/2018, Di Marzio M., Rv. 647051-01**, ha chiarito, come già Sez. 2, n. 10417/2010, Giusti, Rv. 612876-01, che gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 1 e 2 della l. n. 386 del 1990 possono essere commessi da chiunque emetta assegni bancari o postali senza

l'autorizzazione del trattario o nonostante il difetto di provvista, indipendentemente dalla titolarità di un rapporto di conto corrente. Ne consegue che soggetto attivo può essere anche colui il quale, pur non essendo titolare del conto corrente, intestato ad una società, abbia emesso l'assegno in forza di delega alla firma conferitagli dall'amministratore della società stessa.

Per **Sez. 1, n. 08590/2018, Fraulini, Rv. 648548-01**, in tema di abuso di informazioni privilegiate, il cui accertamento "importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito" (art. 187 sexies, comma 1, d.lgs. n. 58 del 1998), quando il trasgressore utilizza strumenti finanziari per realizzare l'illecito, il prodotto della condotta vietata si identifica con lo strumento stesso che, per effetto della violazione, ha mutato artificialmente il proprio valore divenendo non già solo un profitto, ma proprio il prodotto dell'infrazione commessa, sicché, ai fini della confisca, non è possibile distinguere un valore legittimo iniziale dello strumento finanziario utilizzato per commettere l'illecito da un valore finale che si identificherebbe nel plusvalore illegittimamente acquisito, dovendosi escludere la sussistenza di alcuna duplicazione della sanzione irrogata.

**Sez. 1, n. 08583/2018, Iofrida, Rv. 647771-01**, si è occupata, nel solco del precedente rappresentato da Sez. 2, n. 9997/2017, Federico, Rv. 643747-01, del potere di vigilanza e sanzione afferente l'attività di revisione contabile, sancendo che, nelle more della completa attuazione della riforma prevista dall'art. 43 del d.lgs. n. 39 del 2010, permane la competenza esclusiva della CONSOB al relativo esercizio, in base alla disciplina anteriormente vigente.

Inoltre, secondo **Sez. 2, n. 20697/2018, Cosentino, Rv. 650011-01**, in tema di illecito trasferimento di denaro contante, nell'individuazione del trattamento sanzionatorio più favorevole, ex art. 69 del d.lgs. n. 231 del 2007, come introdotto dal d.lgs. n. 90 del 2017, tra la disciplina - vigente al momento della commessa violazione - di cui al d.l. n. 143 del 1991 e al d.lgs. n. 231 del 2007, nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 90 del 2017, e quella derivante da tali modifiche, non è sufficiente prendere in considerazione i minimi e i massimi edittali contemplati dalle diverse normative, occorrendo, al contrario, un apprezzamento di fatto delle circostanze di commissione dell'illecito, ex art. 67, d.lgs. n. 231 del 2007, nel testo riformulato dal d.lgs. n. 90 del 2017. Infatti, la comparazione deve fondarsi – alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2017 - "sull'individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico".

Infine, **Sez. 2, n. 31634/2018, Carrato, Rv. 651763-02**, ha toccato un argomento raramente affrontato dalla S.C., affermando che, nella valutazione della consistenza delle riserve tecniche di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 209 del 2005 (nel testo previgente e, nella specie, applicabile *ratione temporis*), necessarie all'impresa esercente l'attività nei rami relativi all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile dei veicoli e dei natanti per fare fronte alla liquidazione dei sinistri, all'attuario spetta un ruolo di ausiliario tecnico, dotato di cognizioni e competenze specifiche, degli organi rappresentativi e gestionali dell'impresa che, essendo titolari di poteri di indirizzo e di controllo perché effettivi destinatari degli obblighi imposti dalla normativa di settore che regola la determinazione delle menzionate riserve, sono responsabili - indipendentemente dagli specifici addebiti che possano ascrivere al suddetto attuario, il quale non agisce in maniera del tutto autonoma ed in via esclusiva - per le violazioni commesse nell'ambito di tale ultima attività.

## **16. Sanzioni amministrative previste dal codice della strada: profili processuali.**

Molte sono state le statuizioni che, con riferimento alle sanzioni amministrative inflitte per violazioni del codice della strada, hanno riguardato profili processuali. Fra le principali vanno annoverate quelle concernenti la tematica della competenza, la rappresentanza in giudizio, l'opposizione contro le sanzioni in questione e l'appello.

### **16.1. Competenza e rapporto fra giudizio penale, giudizio civile e opposizione a sanzione amministrativa.**

Riveste particolare interesse la decisione delle **Sez. U, n. 10261/2018, Armano, Rv. 648267-01**, che ha preso posizione sulla natura giuridica della competenza del giudice di pace. Si registravano, infatti, incertezze in ordine alla necessità o meno di distinguere, ai fini in parola, tra l'opposizione all'ordinanza ingiunzione ex art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011 e quella contro il verbale di accertamento di cui all'art. 7 del decreto citato, nonché sui criteri applicabili riguardo all'impugnativa del preavviso di fermo.

Le S.U. hanno precisato che, nelle controversie aventi ad oggetto l'opposizione a sanzioni amministrative emesse per violazioni del codice della strada, la competenza del giudice di pace ex art. 6 del d.lgs. n.150 del 2011 è da qualificare come competenza

per materia con limite di valore nelle ipotesi indicate alle lettere a) e b) del comma 5, dello stesso art. 6 mentre, relativamente alle controversie aventi ad oggetto l'opposizione al verbale di accertamento ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, la competenza *de qua* è per materia. La S.C. ha, altresì, specificato che gli stessi criteri devono essere applicati anche con riferimento all'impugnativa del preavviso di fermo in quanto - come già chiarito da Sez. U., n. 15354/2015, Amendola A., Rv. 635989-01 - si tratta di azione di accertamento negativo.

Hanno dato seguito a tale pronuncia alcune decisioni in materia di opposizione cd. recuperatoria.

Così, con riguardo all'opposizione proposta avverso il preavviso di iscrizione ipotecaria emesso sulla base di cartelle di pagamento concernenti crediti per sanzioni irrogate per violazioni del codice della strada, **Sez. 6-3, n. 20489/2018, Olivieri, Rv. 650299-01**, ha affermato che, ove la parte deduca che questo atto costituisce il primo con il quale è venuta a conoscenza della sanzione irrogata in ragione della nullità o dell'omissione della notificazione del verbale di accertamento presupposto e contesti il fatto costitutivo del credito sanzionatorio, l'azione deve qualificarsi come opposizione cd. recuperatoria avverso il verbale di accertamento della violazione e rientra, pertanto, nella competenza per materia del giudice di pace ai sensi dell'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 150 del 2011.

**Sez. 6-3, n. 24091/2018, Olivieri, Rv. 651363-01**, ha, poi, affermato che l'opposizione "al sollecito di pagamento", perché diretta a contestare gli stessi presupposti della pretesa sanzionatoria e, dunque, dei crediti fatti valere dalle diverse Amministrazioni, deve essere considerata come "opposizione cd. recuperatoria", volta a negare i presupposti della formazione del titolo esecutivo, e, perciò, come opposizione tardiva ai verbali di accertamento ovvero alle ordinanze-ingiunzione, con la conseguenza che è rimessa alla competenza per materia, solo in taluni casi completata da un limite di valore, del giudice di pace ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 150 del 2011.

In tema di opposizione a preavviso di fermo amministrativo, in piena aderenza alla pronuncia delle citate S.U., **Sez. 6-3, n. 24092/2018, Olivieri, Rv. 651364-01**, ha statuito che l'opposizione al preavviso di fermo per crediti relativi a violazioni del codice della strada, qualificabile come "opposizione cd. recuperatoria", ove sia diretta a contestare (anche) i presupposti della stessa pretesa sanzionatoria, si sostanzia in una azione di accertamento negativo della pretesa creditoria e rientra nella competenza per materia del

giudice di pace, salvo il limite di valore contemplato in alcune ipotesi, secondo la disciplina prevista per le opposizioni a sanzioni amministrative dal d.lgs. n. 150 del 2011.

Sempre con riguardo all'opposizione a fermo amministrativo, **Sez. 6-2, n. 22150/2018, Cosentino, Rv. 650356-01**, pur ribadendo che le opposizioni avverso gli atti di contestazione o di notificazione delle violazioni del codice della strada si sostanziano in azioni di accertamento negativo della pretesa creditoria, ha sottolineato (richiamando in motivazione la precedente Sez. 6-2, n. 23564/2016, Falaschi, Rv. 641677-01) che essa rientra nella competenza per materia del giudice di pace senza limiti di valore.

Per quanto concerne le opposizioni proposte avverso le sanzioni conseguenti alla violazione delle norme sui limiti temporali di guida degli automezzi dettata dagli artt. 6 e 7, Reg. CEE n. 3820/85, in continuità con la precedente giurisprudenza, **Sez. 6-2, n. 21990/2018, Cosentino, Rv. 650081-01**, ha confermato la competenza del giudice di pace. Nella pronuncia si rileva che, benché la previsione regolamentare sia finalizzata a ragioni, oltre che di sicurezza dei trasporti su strada, anche di tutela dei lavoratori del settore, tuttavia il superamento di quei limiti è previsto e punito come illecito amministrativo dall'art. 174 codice della strada. Pertanto, questa essendo la materia regolata dalla norma che prevede l'illecito, non può trovare applicazione la deroga in favore del tribunale prevista dall'art. 22 bis, comma 2, lett. a), l. n. 689 del 1981, allorché la sanzione sia stata applicata per una violazione concernente disposizioni in materia di tutela del lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro, ma sussiste la generale competenza del giudice di pace in tema di opposizioni ai sensi dell'art. 22 della stessa legge (nello stesso senso si era espressa Sez. 1, n. 5977/2005, De Chiara, Rv. 580827-01).

Non incide, invece, sulla competenza il cumulo della sanzione pecuniaria, di valore determinato, e della sanzione accessoria della decurtazione dei punti dalla patente di guida il quale, dunque, non rende la causa di valore indeterminabile ai fini dell'individuazione del giudice da adire. È quanto statuito da **Sez. 2, n. 12517/2018, Penta, Rv. 648756-01**, che ha dato seguito all'indirizzo di Sez. 6-2, n. 13598/2014, Giusti, Rv. 631240-01, entrambe menzionate *supra*.

È stata affrontata, poi, la questione dei rapporti tra processo penale e giudizio civile in tema di sanzioni amministrative da **Sez. 6-2, n. 05229/2018, Grasso G., Rv. 648214-01**, la quale ha chiarito che non sussiste pregiudizialità tra il giudizio penale, instaurato contro colui che è accusato di avere falsificato o contraffatto documenti

assicurativi, e il giudizio civile relativo all'impugnazione della sospensione della patente di guida, inflitta ai sensi dell'art. 193 del codice della strada. Infatti, tale sanzione, la quale è prevista a carico di chi abbia falsificato o contraffatto i documenti assicurativi, è correlata anche alla violazione dell'obbligo di circolare con valida assicurazione, sicché, non integrando detta condotta una specifica figura di reato, in assenza di espressa deroga, deve essere salvaguardato il principio dell'autonomia dei giudizi, che non importa alcuna menomazione del diritto di difesa.

## 16.2. La rappresentanza in giudizio.

Nell'anno in corso sono intervenute delle pronunce concernenti la rappresentanza in giudizio.

Innanzitutto, va richiamata **Sez. 2, n. 26990/2018, Criscuolo, Rv. 650788-01**, che ha considerato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 9, del d.lgs. n. 150 del 2011, in relazione all'art. 76 Cost., nella parte in cui prevede, nei giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione ex art. 205 del codice della strada, che il Prefetto, quale autorità che ha emesso il provvedimento, possa farsi rappresentare in giudizio dall'amministrazione di appartenenza dell'organo accertatore, la quale vi provvede a mezzo di funzionari delegati, laddove sia destinataria dei proventi della sanzione. La S.C. ha ritenuto che tale previsione realizzi il coordinamento con le disposizioni vigenti, assicurando una possibilità di rappresentanza in giudizio da parte degli enti che, in quanto beneficiari dei proventi della sanzione, sono, nella sostanza, titolari di un interesse concreto alla affermazione della legittimità del provvedimento opposto, conformandosi così ai principi e ai criteri di delega contenuti nella l. n. 69 del 2009.

Ancora in tema di rappresentanza in giudizio, **Sez. 6-2, n. 15263/2018, Scalisi, Rv. 649213-01**, ha statuito che, nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa per violazione del codice della strada, la facoltà concessa all'amministrazione resistente, in deroga alla disciplina ordinaria, di avvalersi di funzionari appositamente delegati, è limitata al solo giudizio di primo grado mentre, per quelli successivi, trovano applicazione le norme generali in materia di rappresentanza e difesa per mezzo dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 11, comma 1, r.d. n. 1611 del 1933, nel testo modificato dall'art. 1, l. n. 260 del 1958, con la conseguenza che la notifica dell'appello contro la sentenza di prime cure deve essere effettuata, a pena di nullità, presso la suddetta Avvocatura dello Stato.

Infine, **Sez. 3, n. 28528/2018, D'Arrigo, Rv. 651657-01**, ha affrontato la questione concernente l'individuazione del soggetto cui deve essere notificata l'impugnazione del preavviso di fermo amministrativo previsto dall'art. 86 del d.P.R. n. 602 del 1973. Essa ha chiarito che, venendo in rilievo una ordinaria azione di accertamento negativo, si applica il combinato disposto dell'art. 144, comma 1, c.p.c., e dell'art. 11, comma 1, del r.d. n. 1611 del 1933, in forza del quale l'atto introduttivo del giudizio nei confronti di un'amministrazione dello Stato deve essere notificato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato del distretto ove ha sede l'autorità giudiziaria competente. In tale situazione, infatti, non opera la deroga prevista dagli artt. 6, comma 9, e 7, comma 8, del d.lgs. n. 150 del 2011, per la quale nei soli giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione e di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada il ricorso introduttivo è notificato all'autorità amministrativa che ha emanato l'atto impugnato che, a sua volta, può stare in giudizio personalmente o tramite propri funzionari delegati.

### **16.3. L'opposizione, i suoi effetti, il termine di proposizione ed i poteri del giudice.**

La S.C. è nuovamente intervenuta in tema di notificazione, dando seguito ad un orientamento consolidato. **Sez. 6-2, n. 10185/2018, Falaschi, Rv. 648228-01**, ha ribadito che, in materia di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada, la proposizione di tempestiva e rituale opposizione ex art. 22 della l. n. 689 del 1981 sana la nullità della notificazione del processo verbale di accertamento, giacché l'art. 18, comma 4, della stessa legge dispone che la notificazione è eseguita nelle forme dell'art. 14 che, richiamando le modalità previste dal codice di rito, rende applicabile l'art. 156 c.p.c. sull'irrilevanza della nullità nel caso di raggiungimento dello scopo (nel medesimo senso si erano già espresse Sez. 6-2, n. 20975/2014, Parziale, Rv. 632666-01, e Sez. 2, n. 11548/2007, Trombetta, Rv. 597562-01).

**Sez. 6-2, n. 31139/2018, Correnti, Rv. 651633-01**, ha statuito che, in tema di opposizione a cartella di pagamento, emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria, comminata per violazione del codice della strada, ove la parte deduca che la cartella costituisce il primo atto con il quale è venuta a conoscenza della sanzione irrogata, in ragione della nullità o dell'omissione della notificazione del processo verbale di accertamento della violazione, l'opposizione deve essere proposta ai

sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, e non nelle forme dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. e, pertanto, entro trenta giorni dalla notificazione della cartella. Ne consegue che, qualora l'amministrazione dia prova della validità di tale notificazione, l'opposizione dovrà essere dichiarata inammissibile, senza che sia possibile mutare il titolo dell'opposizione in corso di causa, ogni difesa essendo preclusa perché avrebbe dovuto essere proposta nel termine di trenta giorni dalla suddetta notificazione.

Quanto ai poteri del giudice avanti al quale sia proposta opposizione ad ordinanza-ingiunzione, **Sez. 2, n. 01524/2018, Sabato, Rv. 647075-01**, ha affermato che il giudice che disponga l'annullamento di detta ordinanza non può contestualmente dichiarare esecutivi i verbali di accertamento posti a fondamento dell'ordinanza medesima.

Infine, **Sez. 2, n. 14366/2018, Federico, Rv. 648971-01**, ha precisato che l'accertamento dell'illegittimità della confisca del veicolo comporta l'annullamento soltanto di tale misura accessoria e non dell'intera ordinanza-ingiunzione.

#### **16.4. L'appello: legittimazione, termini e rito.**

Innanzitutto, **Sez. 2, n. 22885/2018, Carrato, Rv. 650375-01**, in adesione alla giurisprudenza precedente, ha confermato che, nel giudizio di opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione prefettizia per infrazione accertata dalla polizia municipale, legittimata passiva, a norma dell'art. 23 della l. n. 689 del 1981 (*ratione temporis* applicabile), come precedentemente richiamato dall'art. 205 del codice della strada (nel testo vigente anteriormente alla sua sostituzione sopravvenuta per effetto del d.lgs. n. 150 del 2011), è unicamente l'autorità amministrativa che ha irrogato la sanzione, ovvero il Prefetto, sicché è inammissibile l'appello proposto successivamente dal Comune, per difetto di legittimazione dello stesso. In applicazione di questo principio, in una fattispecie di opposizione contro un'ordinanza-ingiunzione emessa dal Prefetto, la S.C. ha dichiarato inammissibile l'appello presentato dal solo Comune, e non anche dal Prefetto, che, invece, non risultava avere partecipato al giudizio di secondo grado.

Sempre in riferimento alle modalità e ai termini di proposizione del giudizio di appello, **Sez. 6-2, n. 16390/2018, Scarpa, Rv. 649234-01**, ha statuito che, in tema di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada, il giudizio di appello, in quanto regolato dal rito del lavoro ai sensi degli



artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, deve essere proposto con le modalità e nei termini previsti dall'art. 434 c.p.c..

Ne deriva che, se il ricorrente, nonostante la rituale comunicazione dell'udienza di discussione fissata ex art. 435 c.p.c., non provvede a notificare l'atto di appello o, partecipando a tale udienza, non adduce alcun giustificato impedimento al fine di essere rimesso in termini ex art. 153 c.p.c., va dichiarata anche d'ufficio l'improcedibilità dell'impugnazione.

Infine, **Sez. 2, n. 27340/2018, Picaroni, Rv. 651020-01**, ha affrontato il problema del mutamento del rito in appello. Nel caso di opposizione a verbale di accertamento instaurato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011, il giudice non è tenuto alla fissazione del termine perentorio ex art. 4 del citato decreto per consentire l'eventuale integrazione degli atti introduttivi, né a fare notificare la relativa ordinanza alla parte contumace. A questa conclusione la Corte è addivenuta sia perché, ai sensi dell'art. 2 del menzionato decreto, trovano applicazione le disposizioni del codice di procedura civile concernenti la disciplina dell'appello, ad eccezione, fra gli altri, dell'art. 439 c.p.c., che regola proprio il cambiamento del rito in appello, sia in quanto, in tale grado, sono già intervenute le decadenze a carico delle parti, costituite o contumaci, sicché non è ravvisabile la stessa *ratio* sottesa all'art. 426 c.p.c..

## **17. L'obbligo del proprietario del veicolo di comunicare i dati del conducente.**

In primo luogo, **Sez. 2, n. 18027/2018, Oliva, Rv. 649590-02**, ha ribadito il principio (già formulato in termini identici da Sez. 2, n. 15542/2015, Bianchini, Rv. 636027-01) per cui il termine entro il quale il proprietario del veicolo è tenuto, ai sensi dell'art. 126 bis, comma 2, codice della strada, a comunicare all'organo di polizia che procede i dati del conducente, non decorre dalla definizione dell'opposizione avverso il verbale di accertamento dell'infrazione presupposta, ma dalla richiesta rivolta al proprietario dall'autorità, trattandosi di un'ipotesi di illecito istantaneo posto a garanzia dell'interesse pubblicitario relativo alla tempestiva identificazione del responsabile, del tutto autonomo rispetto all'effettiva commissione di un precedente illecito.

Quindi, **Sez. 2, n. 09555/2018, Criscuolo, Rv. 648094-01**, ha affrontato la questione relativa alla sanzione pecuniaria inflitta per l'illecito amministrativo previsto dal combinato disposto degli artt. 126 bis, comma 2, penultimo periodo, e 180, comma 8, del codice

della strada, in relazione alla violazione dell'obbligo del proprietario del veicolo di comunicare i dati personali e della patente del conducente. La pronuncia (discostandosi da Sez. 2, n. 12842/2009, Correnti, Rv. 608469-01) ha precisato che occorre distinguere la condotta - di per sé meritevole di sanzione - del proprietario che semplicemente non ottemperò all'invito a comunicare i dati personali e della patente del conducente al momento della commessa violazione da quella del proprietario che, invece, abbia fornito una dichiarazione di contenuto negativo adducendo giustificazioni, la cui idoneità ad escludere la presunzione di responsabilità a carico del dichiarante deve essere valutata dal giudice di merito con apprezzamento in fatto non sindacabile dal giudice di legittimità.

Alla luce di questa giurisprudenza e del contrasto che sembrava essere sorto all'interno della sezione II, la S.C. è intervenuta per risolvere definitivamente la problematica del rapporto fra dovere del proprietario di sapere chi detiene il suo veicolo e limiti della diligenza da lui esigibile.

Infatti, con riguardo alle violazioni del codice della strada regolate dal combinato disposto degli artt. 126 bis, comma 2 - nel testo successivo alla modifica di cui al d.l. n. 262 del 2006, convertito con modif. dalla l. n. 286 del 2006 - e 180, comma 8, dello stesso codice, **Sez. 2, n. 30939/2018, Cosentino, Rv. 651600-01**, ha statuito che il motivo addotto dal proprietario del veicolo per giustificare la non conoscenza dell'identità del guidatore, a fini di esonero dalla relativa responsabilità, deve essere "documentato" e che tale aggettivo va interpretato teleologicamente in senso estensivo quale sinonimo di "provato", non necessariamente con prove di natura documentale, ma anche mediante l'acquisizione di prove costituende.

Fornendo, poi, una importante interpretazione della normativa *de qua*, **Sez. 2, n. 30939/2018, Cosentino, Rv. 651600-03**, ha risolto l'apparente contrasto da ultimo menzionato, chiarendo, in accordo con la citata **Sez. 2, n. 9555/2018, Criscuolo, Rv. 648094-01**, che nella nozione normativa di "giustificato motivo" rilevante ai fini dell'esonero da responsabilità del proprietario del veicolo per la mancata comunicazione dei dati personali e della patente del soggetto che lo guidava all'epoca del compimento di una infrazione possono rientrare soltanto il caso di cessazione della detenzione del detto veicolo da parte del proprietario o la situazione imprevedibile e incoercibile che impedisca allo stesso di sapere chi conducesse il mezzo in un determinato momento, nonostante egli abbia dimostrato di avere adottato misure idonee, esigibili secondo criteri di ordinaria

diligenza, a garantire la concreta osservanza del dovere di conoscere e ricordare nel tempo l'identità di chi si avvicina nella guida. In applicazione del principio, la S.C. ha indicato, come esempi di "giustificato motivo", la sottrazione illecita del mezzo o la sua dazione in comodato a terzi, prima della commissione dell'illecito, con contratto regolarmente registrato e con assunzione, da parte del comodatario, dell'obbligo di comunicare l'identità del conducente in presenza di una infrazione.

Inoltre, con un'ulteriore ed opportuna specificazione, **Sez. 2, n. 30939/2018, Cosentino, Rv. 651600-02**, ha affermato che l'accertamento dell'esistenza del "giustificato motivo" *de quo* compete, con riferimento alla ricostruzione del relativo fatto storico, al giudice di merito e che la qualificazione, operata da quest'ultimo, di tale fatto storico quale "giustificato motivo" è censurabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c., sotto il profilo della sua coerenza con i principi dell'ordinamento e con gli standard valutativi esistenti nella realtà sociale che concorrono, unitamente a detti principi, a comporre il diritto vivente. Pertanto, sancendo che il "giustificato motivo" rientrava nella tipologia delle clausole generali, la S.C. ha statuito che il giudice di appello aveva trascurato di assumere tra i menzionati standard il dovere del proprietario del veicolo di conoscere l'identità del conducente.

## **18. La sospensione della patente di guida.**

Nel corso dell'anno la Corte di cassazione è nuovamente intervenuta a ribadire la diversità dei presupposti della sanzione della sospensione della patente di guida di cui all'art. 186 del codice della strada, connessa alla guida in stato di ebbrezza, rispetto a quelli ex art. 223 del medesimo codice.

Infatti, **Sez. 2, n. 09539/2018, Varrone, Rv. 648091-01**, ha statuito che, nel primo caso, si è in presenza di un fatto penalmente rilevante e la sospensione può conseguire, a titolo di sanzione accessoria, a seguito dell'accertamento del reato, mentre, nel secondo, la misura ha carattere preventivo e natura cautelare e trova giustificazione nella necessità di impedire che, nell'immediato, prima ancora che sia accertata la responsabilità penale, il conducente del veicolo, nei confronti del quale sussistano fondati elementi di un'evidente responsabilità in ordine ad eventi lesivi dell'incolumità altrui, continui a tenere una condotta che possa arrecare pericolo ad altri soggetti. Conseguentemente, ove sia stata accertata, a carico del conducente, la contravvenzione prevista dall'art. 186 del codice della

strada, la sospensione della patente di guida, con contestuale obbligo di sottoporsi a visita medica, in tanto può essere irrogata in quanto solo ricorrano le condizioni indicate al comma 9 del predetto articolo, ossia previo accertamento di un valore alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (in senso conforme si era già pronunciata Sez. 2, n. 21447/2010, Mazzacane, Rv. 615162-01).

## **19. L'accertamento e la contestazione delle infrazioni al codice della strada.**

Le modalità con le quali devono essere accertate e contestate le infrazioni al codice della strada sono state oggetto da alcune pronunce. Inoltre, ha sempre maggiore rilievo la problematica dell'individuazione del destinatario delle sanzioni *de quibus* e del responsabile solidale.

### **19.1. Le modalità.**

In ordine all'accertamento delle violazioni al codice della strada, **Sez. 6-2, n. 30664/2018, Carrato, Rv. 652008-01**, con una decisione di notevole importanza pratica, ha chiarito che le segnalazioni fisse delle postazioni mobili di rilevamento elettronico della velocità devono essere ripetute ogni volta che, fra tali segnalazioni ed il luogo ove si trovano le suddette postazioni, vi siano intersezioni stradali.

Secondo **Sez. 2, n. 18023/2018, Correnti, Rv. 649588-01**, è necessario che, fuori dalle ipotesi tipizzate dal legislatore, la contestazione sia immediata e che, ove sia differita, il verbale notificato agli interessati contenga la specificazione dei motivi che hanno reso impossibile detta contestazione immediata. Essa ha precisato che sulla motivazione è ammissibile il sindacato giurisdizionale il quale, però, incontra il limite della non contestabilità delle modalità di organizzazione del servizio (tale è stata ritenuta, nella decisione esaminata, la scelta di redigere il verbale nei locali della polizia municipale a seguito del verificarsi di un sinistro).

Qualora, poi, sia impossibile procedere alla menzionata contestazione immediata, **Sez. 6-2, n. 07066/2018, Picaroni, Rv. 648219-01**, ha sottolineato che il termine previsto dall'art. 201 codice della strada per la notifica del verbale di accertamento, nell'ipotesi residuale in cui non sia individuabile il luogo dove la stessa deve essere eseguita per mancanza dei relativi dati nel PRA o nell'Archivio nazionale dei veicoli o negli atti di stato civile, decorre da quando

L'Amministrazione è posta in condizione di identificare il trasgressore o il suo luogo di residenza e purché la difficoltà di accertamento sia addebitabile al trasgressore medesimo (il quale abbia tardivamente trascritto il trasferimento di proprietà del veicolo, ovvero abbia ommesso di comunicare il mutamento di residenza), questa regola non trovando applicazione, al contrario, nell'eventualità che la difficoltà in questione sia connessa all'attività dell'Amministrazione.

## **19.2. L'individuazione del destinatario delle sanzioni e del responsabile solidale.**

Innanzitutto, **Sez. 2, n. 20436/2018, Oliva, Rv. 649962-01**, ha affrontato il problema della individuazione del destinatario delle sanzioni amministrative connesse alla circolazione stradale e, ponendosi in continuità con la precedente giurisprudenza che riconosce alla trascrizione dell'atto di vendita del veicolo nel P.R.A. il valore di "pubblicità notizia" finalizzata soltanto a dirimere conflitti tra più acquirenti di uno stesso mezzo di trasporto da un unico dante causa (in tal senso, **Sez. 3, n. 22605/2009, Ambrosio, Rv. 609972-01**), ha affermato che la mancanza di detta annotazione determina una mera presunzione del fatto che la vettura sia rimasta nella disponibilità dell'alienante e che questa presunzione è recessiva rispetto alla prova fondata sul certificato di proprietà il quale, ancorché non trascritto, dimostra l'avvenuto trasferimento del bene in capo all'acquirente.

Sulla individuazione del responsabile delle sanzioni amministrative pecuniarie per infrazioni stradali è intervenuta, altresì, **Sez. 6-2, n. 01845/2018, Scalisi, Rv. 647384-01**, la quale, aderendo all'orientamento già seguito da **Sez. 6-2, n. 18988/2015, Parziale, Rv. 636528-01**, ha ribadito che, nel caso di vetture date in noleggio, il locatore del veicolo è responsabile in solido con il locatario ed il conducente, giacché l'art. 196 codice della strada, pur menzionando esclusivamente il locatario, intende assicurare il pagamento di un soggetto agevolmente identificabile, mentre l'identità del locatario, di regola, è nota esclusivamente al locatore.

## **20. Il pagamento delle sanzioni inflitte per infrazioni al codice della strada e la loro riscossione.**

In tema di versamento tardivo delle sanzioni amministrative conseguenti a violazioni del codice della strada, **Sez. 2, n. 14368/2018, Federico, Rv. 648973-01**, ha chiarito che, poiché il

pagamento in misura ridotta è consentito, ai sensi dell'art. 202, comma 1, del codice stesso, entro i sessanta giorni dalla contestazione, ove l'adempimento avvenga in data successiva allo spirare del termine indicato, il verbale costituisce titolo esecutivo per una somma pari alla metà del massimo della sanzione, a norma dell'art. 203, comma 3, del medesimo codice, mentre l'importo pagato in ritardo va trattenuto come acconto sul totale.

Con specifico riferimento alla fase della riscossione delle sanzioni, in continuità con l'orientamento precedente di Sez. 6-3, n. 19377/2011, Barreca, Rv. 619869-01, **Sez. 2, n. 10372/2018, Orilia, Rv. 648175-01**, ha nuovamente escluso che le disposizioni dello Statuto del contribuente operino in relazione all'azione dei concessionari, in ragione del fatto che le norme dell'ordinamento tributario sono applicabili solo se espressamente richiamate e nei limiti di tale richiamo.

**Sez. 2, n. 10372/2018, Orilia, Rv. 648175-02**, ha, quindi, confermato che alla riscossione delle somme dovute a titolo di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada non è applicabile la decadenza stabilita dall'art. 17 del d.P.R. n. 602 del 1973, per l'iscrizione a ruolo dei crediti tributari, ma unicamente la prescrizione quinquennale dettata in via generale dall'art. 28 della l. n. 689 del 1981, e, con specifico riferimento alle sanzioni conseguenti alle infrazioni stradali, dall'art. 209 codice della strada.

A rafforzare la convinzione che si sia formato un indirizzo destinato a durare, analogo principio è stato formulato da **Sez. 3, n. 28529/2018, D'Arrigo, Rv. 651635-01**, pur se in una controversia concernente la decadenza di cui all'art. 25 del d.P.R. n. 602 del 1973.

## **21. 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 di dispositivi medici e prodotti alimentari.

### **21.1. I dispositivi medici.**

In tema di pubblicità di dispositivi medici, **Sez. 2, n. 10892/2018, Criscuolo, Rv. 648177-01**, ha statuito che dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 15, comma 3, l. n. 14 del 2003 - che

rinvia alle sanzioni imposte dall'art. 201 r.d. n. 1265 del 1934, relativo alla pubblicità di dispositivi medici in assenza della prescritta autorizzazione ministeriale - risponde non solo il produttore del dispositivo, ma anche il "fornitore di contenuti" di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 177 del 2005, nel testo vigente dal 1° dicembre 2007 al 29 marzo 2010, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 44 del 2010. La S.C. ha ritenuto che, nella fattispecie in esame, tale soggetto doveva identificarsi nel direttore responsabile dell'emittente televisiva che aveva trasmesso la pubblicità in questione.

Sempre in materia di dispositivi medici, ma con riguardo alla loro esportazione, **Sez. 2, n. 09544/2018, Scarpa, Rv. 648047-01**, ha ritenuto che non trovi applicazione il divieto di atti di disposizione e transazioni concernenti beni "comunque appartenenti" alla Repubblica dell'Iraq, stabilito dall'art. 1, del d.l. n. 220 del 1990, conv. dalla l. n. 278 del 1990, interpretato conformemente alla disciplina comunitaria contenuta nel Reg. CE n. 2465 del 1996, laddove dette esportazioni siano state preventivamente autorizzate dall'autorità competente di uno Stato membro, ovvero altrimenti approvate dal comitato istituito a norma della risoluzione n. 661 del 1990 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. La S.C. ha, infatti, precisato che si deve avere riguardo all'autorizzazione concessa all'operazione commerciale unitariamente intesa e non ai singoli soggetti partecipanti individualmente, pure in via indiretta, agli atti altrimenti vietati.

## 21.2. I prodotti alimentari.

La Corte si è occupata, altresì, di sanzioni amministrative conseguenti alla commercializzazione di prodotti alimentari preconfezionati destinati al consumatore.

In proposito, **Sez. 2, n. 15330/2018, Varrone, Rv. 649174-01**, ha evidenziato come finalità dell'obbligo di apporre sulle confezioni le indicazioni previste dalle lettere e) ed f) dell'art. 3 del d.lgs. n. 109 del 1992 (nella formulazione applicabile *ratione temporis*) sia quella di consentire al consumatore di conoscere, al momento dell'acquisto, ogni elemento atto ad individuare la ditta produttrice e il luogo di produzione. Tale obbligo non può ritenersi assolto nel caso in cui risultino il numero di iscrizione nel registro delle ditte della Camera di commercio e il numero cd. AIA, ma manchino il nome del produttore e la sede dello stabilimento. L'assenza di questi ultimi dati, infatti, non può considerarsi priva di offensività, essendone imposta

la specificazione dalla legge, né rileva la possibilità di risalire agli stessi mediante il ricorso ad elementi esterni, quale una ricerca sulla rete internet, occorrendo, al contrario, che il consumatore ne venga a conoscenza prima dell'acquisto con la sola lettura dell'etichetta.

Ancora in tema di prodotti alimentari, ma con riguardo al profilo dell'igiene dei medesimi, **Sez. 6-2, n. 10412/2018, Carrato, Rv. 648230-01**, ha stabilito che l'illecito amministrativo ex art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 155 del 1997, in virtù del combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 8, ha una struttura a formazione complessa e progressiva poiché la condotta sanzionata non consiste nella omessa tenuta del cd. "documento di autocontrollo", ma nel mancato o inadeguato adeguamento, da parte dell'esercente commerciale, alle prescrizioni ordinate dall'autorità amministrativa all'atto del primo controllo. Conseguentemente, la S.C. ha ritenuto che l'illecito può dirsi consumato solo a seguito dell'inottemperanza alla precedente diffida ad adempiere con l'indicazione delle necessarie prescrizioni alle quali conformarsi e la fissazione del termine per la regolarizzazione.

### 21.3. Le altre sanzioni.

**Sez. 2, n. 19553/2018, Criscuolo, Rv. 649995-01**, è intervenuta sulla nozione di rifiuto rilevante ai fini della configurazione delle violazioni amministrative in materia di rifiuti, nella specie, quella prevista dall'art. 15 del d.lgs. n. 22 del 1997. La Corte di cassazione ha precisato che, in base al disposto degli artt. 6 e 7 del citato d.lgs., l'attività di sbancamento, movimentazione terra e riutilizzo di materiali inerti provenienti da costruzioni rientra tra quelle da cui origina la produzione di un rifiuto, non essendo sufficiente l'astratta destinazione del materiale di risulta ad una successiva utilizzazione che, invece, deve avvenire in concreto e nello stesso ciclo produttivo e, dunque, nel medesimo luogo di produzione. Neppure rileva, in senso contrario, l'art. 14 del d.l. n. 138 del 2002, convertito in l. n. 178 del 2002, che - ai sensi della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'11 novembre 2004, in causa C-457/02 - deve essere disapplicato, in quanto contrastante con l'art. 1, lett. a), della direttiva CEE n. 442 del 1975, recepito dal citato art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 22 del 1997, nella parte ove sottrae dalla categoria dei rifiuti le sostanze che possono essere riutilizzate in un diverso ciclo produttivo le quali, secondo la direttiva *de qua*, devono considerarsi rifiuti fino alla loro effettiva riutilizzazione. Pertanto, la S.C. ha qualificato come rifiuti i residui



delle lavorazioni, anche se sottoposti a trattamento di macinatura e vagliatura, poiché tale trattamento era stato svolto da impresa non autorizzata e in un cantiere differente da quello di provenienza.

In tema di pesca marittima, **Sez. 6-2, n. 14454/2018, Carrato, Rv. 649090-01**, ha specificato la portata delle previsioni sanzionatorie dell'art. 11 bis del regolamento CE n. 894 del 1997, come modificato dall'art. 1 del regolamento CE n. 1239 del 1998, chiarendo che esso vieta la semplice disponibilità di fatto di una rete da posta derivante destinata alla cattura di specie di pesci elencate nell'allegato VIII, tra le quali il pesce spada, mentre non rileva la circostanza che il soggetto controllato sia proprietario di tale rete e che al suo interno sia stato effettivamente rinvenuto del pescato.

In materia di caccia, **Sez. 2, n. 10888/2018, Criscuolo, Rv. 648242-01**, ha affrontato la questione degli effetti del pagamento in misura ridotta, ai sensi dell'art. 16 della l. n. 689 del 1981, della sanzione pecuniaria conseguente alla illecita uccisione di un capo diverso, per specie o sesso, rispetto a quello assegnato nella caccia di selezione degli ungulati di cui alla fattispecie contenuta nell'art. 53, comma 1, lett. p), l.r. Piemonte n. 70 del 1996, poi abrogata dalla l.r. Piemonte n. 5 del 2012. La S.C. ha precisato che detto pagamento non comporta che il responsabile della violazione amministrativa acquisti la proprietà dell'animale abbattuto, il quale continua a fare parte del patrimonio indisponibile dello Stato.

Con riguardo alle misure sanzionatorie previste dall'art. 709 ter c.p.c. e, in particolare, alla condanna al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, **Sez. 1, n. 16980/2018, Lamorgese, Rv. 649673-01**, ha affermato che la loro applicazione è disposta facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze e di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento". Tuttavia, tali sanzioni non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'uso della congiunzione disgiuntiva "od" evidenzia che l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata.

Nell'ambito della disciplina dei servizi di telecomunicazioni, **Sez. 2, n. 10889/2018, Criscuolo, Rv. 648174-01**, si è occupata delle sanzioni amministrative applicabili al soggetto già abilitato a trasmettere in virtù di concessione rilasciata ai sensi dell'art. 32 l. n. 223 del 1990, che esegua modifiche all'impianto di radiodiffusione in

assenza di autorizzazione ex art. 28 d.lgs. n. 177 del 2005. In tal caso, in forza del principio di tassatività della fattispecie sanzionatoria, la S.C. ha ritenuto applicabile la sanzione della disattivazione degli impianti prevista dall'art. 32, comma 5, l. n. 223 del 1990, in luogo della diversa sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 98, comma 8, d.lgs. n. 259 del 2003, poiché quest'ultima sanzione è correlata all'obbligo di procedere alla denuncia di inizio attività stabilito dall'art. 25, comma 4, d.lgs. n. 259 del 2003, che non è imposto nell'ipotesi di precedente abilitazione.

Infine, in tema di elezioni amministrative, **Sez. 1, n. 15038/2018, Mercolino, Rv. 649124-01**, ha escluso che costituisca misura sanzionatoria, secondo i principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la dichiarazione di incandidabilità degli amministratori che "hanno dato causa allo scioglimento dei consigli comunali o provinciali" prevista dall'art. 143, comma 11, del d.lgs. n. 267 del 2000. Infatti, essa non impone la verifica della commissione di un illecito penale o dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione, né l'adozione, nel corso del relativo procedimento, delle garanzie previste per l'applicazione delle sanzioni penali. Ciò perché si tratta di una misura interdittiva di carattere preventivo - i cui presupposti di applicazione sono ben individuati e, quindi, prevedibili - che è disposta all'esito di un procedimento svolto nel pieno contraddittorio delle parti, tutelando l'interesse costituzionalmente protetto al ripristino delle condizioni di legalità ed imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche ed 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 (sulla natura della dichiarazione di incandidabilità si era già pronunciata Sez. U, n. 1747/2015, Giusti, Rv. 634130-01).



## CAPITOLO XXX

### EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

(DI ROSARIA GIORDANO)

Sommario: 1. Premessa. - 2. Legittimazione attiva. - 3. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso. - 4. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione. - 5. Procedimento monitorio e fase di opposizione. - 6. Determinazione e durata “ragionevole” del giudizio presupposto. - 7. Diritto all’indennizzo. - 8. Altre questioni processuali.

#### 1. Premessa.

Il diritto all’equa riparazione per l’irragionevole durata dei processi è stato oggetto, nei suoi presupposti sostanziali e processuali, di attenta elaborazione nella giurisprudenza della Corte, anche nel corso del 2018, in ragione delle numerose questioni problematiche tradizionalmente poste dalla l. n. 89 del 2001, cd. legge Pinto, più volte modificata, e le cui disposizioni devono essere costantemente coordinate con i principi sanciti dalla Corte europea dei diritti dell’uomo per evitare la cd. “ineffettività” del rimedio interno.

#### 2. Legittimazione attiva

La legittimazione a proporre domanda di equa riparazione compete a ciascun soggetto che assuma di aver subito un pregiudizio dall’irragionevole durata di un processo del quale è stato parte.

Su un piano generale, occorre ricordare Sez. 6-2, n. 22975/2017, Cosentino, Rv. 645571-01, per la quale il diritto all’equa riparazione del danno non patrimoniale da irragionevole durata di un processo non può essere fatto valere in via surrogatoria, rientrando nella categoria dei diritti che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare, in quanto l’esistenza di detto danno non può essere predicata in difetto di allegazione del danneggiato.

Quanto ai limiti temporali entro i quali può essere rilevato il difetto di *legitimitas ad causam*, si segnala **Sez. 2, n. 12122/2018, Picaroni, Rv. 648499-01**, la quale, traendo le mosse dal più generale assunto secondo cui il giudizio di opposizione ex art. 5 ter della l. n. 89 del 2001 non ha natura di impugnazione, limitata dai motivi di censura, e, quindi, non è configurabile il meccanismo che governa il

fenomeno del giudicato interno, ha affermato che, nella fase dell'opposizione, il giudice può rilevare d'ufficio il difetto della *legitimatio ad causam* dei ricorrenti, senza che assuma valore la circostanza che la loro legittimazione attiva non sia stata contestata dalla controparte, poiché il principio di non contestazione mira a selezionare i fatti bisognosi di istruzione probatoria in un ambito dominato dalla disponibilità delle parti, al quale è estranea la *legitimatio ad causam*, che attiene al contraddittorio e deve essere verificata anche d'ufficio. Nella specie, la S.C., in applicazione del principio, ha confermato la decisione della corte d'appello che, rigettando la domanda di equo indennizzo dei ricorrenti, aveva accertato d'ufficio, nella fase di opposizione e nonostante l'assenza di contestazioni della controparte sul punto, che essi erano privi di legittimazione attiva perché avevano agito in proprio in tale sede e, invece, quali rappresentanti legali della figlia minorene nel giudizio presupposto. Resta infatti fermo il consolidato assunto, ribadito da **Sez. 2, n. 12123/2018, Picaroni, Rv. 648399-01**, per il quale il pregiudizio non patrimoniale conseguente all'irragionevole durata del processo può essere subito solo dal minore, nel cui esclusivo interesse si è celebrato il processo presupposto, e non dal genitore che, avendo agito come rappresentante processuale del primo, non subisce alcun danno quale sostituto della parte rappresentata,).

Con più specifico riferimento alla prova della qualità di erede della parte costituita nel cd. processo presupposto nell'ambito del giudizio di equa riparazione, la Corte ha precisato che la stessa deve essere desunta da tutti gli elementi ritualmente prodotti dalle parti ricorrenti, avendosi riguardo anche agli atti notori corredati dai certificati di morte dei danti causa e alle inequivoche risultanze documentali desumibili dagli atti del giudizio presupposto ove gli stessi ricorrenti si siano costituiti in proprio per effetto del sopravvenuto decesso delle parti originarie, così agendo nel suddetto procedimento per l'ottenimento dell'equo indennizzo sia *iure successionis* che *iure proprio* (**Sez. 2, n. 07195/2018, Rv. 647865-01**).

### **3. 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.

Diversamente, la medesima disposizione, nella formulazione originaria, contemplava 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.

La novellazione normativa era stata giustificata nella Relazione illustrativa dall'esigenza di evitare la frammentazione di domande di equa riparazione relative ad un unico evento generatore del danno ingiusto, ossia ad un unico processo.

Sulla disposizione riformata è peraltro intervenuta, con una decisione di carattere additivo, la Corte costituzionale (Corte cost. n. 88 del 2018), dichiarando costituzionalmente illegittimo 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. nella l. n. 134 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 procedimento presupposto. La Corte costituzionale ha evidenziato, al riguardo, che la previsione impugnata viola gli artt. 3, 111, comma 2, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6, par. 1, e 13 CEDU, in quanto, se i parametri evocati presidiano l'interesse a veder definite in un tempo ragionevole le proprie istanze di giustizia, rinviare alla conclusione del procedimento presupposto l'attivazione dello strumento - l'unico disponibile, fino all'introduzione di quelli preventivi - volto a rimediare alla sua lesione, seppur *a posteriori* e per equivalente, significa inevitabilmente sovvertire la *ratio* per la quale è concepito, connotando di irragionevolezza la relativa disciplina.

Nella medesima pronuncia citata, la Corte costituzionale ha sottolineato che, peraltro, la posizione affermata mediante la stessa non collide con le peculiarità con le quali la legge cd. Pinto conforma il diritto all'equa riparazione, collegandolo, nell'*an* e nel *quantum*, all'esito del giudizio in cui l'eccessivo ritardo è maturato, atteso che, posta di fronte ad un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa, tanto più se attinente a diritti fondamentali, la Corte costituzionale è tenuta comunque a porvi rimedio e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma omette di prevedere, restando, da un lato, demandato ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione e, da un altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più

sollecito e opportuno, gli aspetti bisognevoli di apposita regolamentazione.

La Corte di cassazione ha quindi affermato il principio per il quale, a seguito della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2018 la definitività del provvedimento che ha definito il procedimento presupposto non costituisce condizione di proponibilità della domanda, potendo quest'ultima essere presentata, qualora sia già maturato il ritardo, in pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione della ragionevole durata si assume essersi verificata (**Sez. 2, n. 26162/2018, Federico, Rv. 650838-01**).

A seguito dell'intervento additivo della Corte costituzionale, che ha, in concreto, riportato il sistema allo *status quo ante* rispetto alle modifiche introdotte dal d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012, sull'art. 4 della l. cd. Pinto, si ripropone il problema del frazionamento della domanda di equa riparazione oggetto di attenzione - pur con riguardo all'assetto antecedente, ma di fatto equivalente a quello di nuovo vigente nell'anno 2018 - da parte di **Sez. 2, n. 04693/2018, Scarpa, Rv. 650829-01**. Tale decisione ha sottolineato, in particolare, che il divieto di frazionamento della domanda indennitaria *ex lege* n. 89 del 2001 deve essere inteso con riferimento alla possibilità che la durata più che ragionevole di un grado o di una fase compensi quella eccedente di un altro, ma non preclude all'interessato la possibilità di ridurre la propria pretesa, fornendo al giudice tutti gli elementi necessari a ponderare la durata della causa presupposta nel suo intero svolgimento, con la conseguenza che, purché indichi ed illustri la durata dei segmenti processuali per i quali non avanza istanza, la parte può frazionare la pretesa indennitaria in separate domande giudiziali, dovendo in tal caso il giudice, valutato globalmente il giudizio e stimata la durata ragionevole di ciascun grado, liquidare esclusivamente l'indennizzo spettante in relazione al grado per cui la domanda è stata avanzata. (Fattispecie nella quale la S.C., in applicazione del principio, ha annullato la decisione di merito, che aveva dichiarato inammissibile la domanda indennitaria, perché limitata al solo grado di appello del processo presupposto, senza valutare se dalle memorie integrative depositate dalla parte istante emergesse la durata complessiva del giudizio medesimo ed il momento a partire dal quale si fosse registrata una durata eccedente il limite della ragionevolezza).

#### 4. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione

. Con riguardo all'istanza di prelievo da presentarsi nel processo amministrativo presupposto, quale condizione di procedibilità della domanda di equa riparazione, Sez. 2, n. 26221/2017, Manna F., Rv. 645956-01, aveva ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, come modificato dall'art. 3, comma 23, dell'all. 4 al d.lgs. n. 104 del 2010 e dall'art. 1, comma 3, lett. a), n. 6), del d.lgs. n. 195 del 2011, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 6 e 46 della CEDU, nella parte in cui, relativamente ai giudizi pendenti alla data del 16 settembre 2010 e per la loro intera durata, subordina la proponibilità della domanda di equa riparazione alla previa presentazione dell'istanza di prelievo. Come evidenziato in motivazione, la questione si correla alla sentenza emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Olivieri c./Italia* del 22 dicembre 2016, nel quale in una fattispecie relativa a giudizi amministrativi iniziati nel 1990, per i quali non era stata presentata anche l'istanza di prelievo, era stata dichiarata, dalle giurisdizioni nazionali, l'inammissibilità del ricorso per equa riparazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che: a) né dal contenuto della norma né dalla relativa prassi giudiziaria si evince che l'istanza di prelievo possa efficacemente accelerare la decisione in merito alla causa sottoposta all'esame del tribunale; b) la condizione di ammissibilità di un ricorso "Pinto" previsto dall'articolo 54, comma 2 della l. n. 112 del 2008, risulta essere una condizione formale che produce l'effetto di ostacolare l'accesso alla procedura interna; c) l'inammissibilità automatica dei ricorsi per equa riparazione, basata unicamente sul fatto che i ricorrenti non abbiano presentato l'istanza di prelievo, priva questi ultimi della possibilità di ottenere una riparazione adeguata e sufficiente. Pertanto, richiamata la propria giurisprudenza sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, la Corte ha concluso nel senso che *«la procedura per lamentare la durata eccessiva di un giudizio dinanzi al giudice amministrativo, risultante dalla lettura dell'articolo 54, comma 2 del d.l. n. 112 del 2008 in combinato disposto con la legge Pinto, non possa essere considerata un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione»*.

**In attesa dell'intervento della Corte costituzionale, Sez. 2, n. 11149/2018, Varrone, Rv. 648244-01**, ha ribadito che l'innovazione introdotta dall'art. 54, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008,



conv. in l. n. 133 del 2008, secondo cui la domanda non è proponibile se nel giudizio davanti al giudice amministrativo, nel quale si assume essersi verificata la violazione, non sia stata presentata l'istanza di prelievo ex art. 51 del r.d. n. 642 del 1907, determina la vanificazione del diritto all'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo con riferimento al periodo successivo alla sua entrata in vigore (avvenuta il 25 giugno 2008), mentre lascia sussistere la irragionevole durata del processo presupposto, qualora ricorra la violazione delle norme della citata l. n. 89 del 2001, con riguardo al periodo anteriore.

Su un piano più generale, **Sez. 2, n. 30930/2018, Gorjan, Rv. 651756-01**, ha chiarito che l'istanza di prelievo ex art. 71 del d.lgs. n. 104 del 2010, da presentare ai fini della proponibilità della domanda, non è tipizzata, diversamente da quella di fissazione dell'udienza, quanto alla forma, ma ne è esclusivamente indicata la funzione, consistente nel segnalare l'urgenza della definizione del procedimento pendente, con la conseguenza che il giudice non deve limitarsi a recepire la formale denominazione dell'istanza, bensì ha l'onere di verificarne in concreto, attraverso l'esame diretto, l'effettiva destinazione a sollecitare la decisione della causa.

In senso analogo a quanto evidenziato in relazione al processo amministrativo, occorre considerare che **Sez. 2, n. 02438/2018, Criscuolo, Rv. 647155-01**, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2 quinquies, lett. e), della l. n. 89 del 2001, come introdotto dall'art. 55, comma 1, lett. a), n. 2, del d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 6, 13 e 46, della CEDU, nella parte in cui, relativamente ai giudizi penali nei quali il termine di durata ragionevole ex art. 2 bis della l. n. 89 del 2001 sia superato in epoca successiva alla sua entrata in vigore, e per la loro intera durata, subordina la proponibilità della domanda di equa riparazione alla presentazione dell'istanza di accelerazione.

Peraltro, secondo quanto statuito da **Sez. 2, n. 20583/2018, D'Ascola, Rv. 650000-01**, la predetta disposizione non è applicabile in relazione alle domande di equa riparazione relative a procedimenti penali che, alla data di entrata in vigore della legge stessa, abbiano già superato la durata ragionevole di cui all'art. 2 bis della medesima legge, mancando una norma transitoria che lo preveda espressamente, sicché, diversamente, il termine di presentazione della suddetta istanza decorrerebbe, in tali giudizi, non dal superamento della durata ragionevole, ma dalla data di entrata in vigore della citata

l. n. 134, con mutamento dei presupposti applicativi della previsione normativa.

## 5. Procedimento monitorio e fase di opposizione

. A seguito della novellazione normativa introdotta dal più volte richiamato d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012, il procedimento di equa riparazione per irragionevole durata del processo è stato strutturato nella previsione di una prima fase di carattere monitorio, ma a contraddittorio integro, che si conclude con l'emanazione di un decreto da parte della corte d'appello, cui la parte interessata (ossia anche l'Amministrazione, nell'ipotesi di accoglimento parziale della domanda del ricorrente) può proporre opposizione, che sarà decisa dalla medesima corte d'appello nelle consuete forme camerali, con decisione ricorribile per cassazione.

Peraltro, il procedimento di equa riparazione nella prima fase è strutturato quale procedimento monitorio solo *sui generis*, essendo molteplici le differenze rispetto al modello generale delineato dal codice di procedura civile.

In questa prospettiva si legge **Sez. 2, n. 10879/2018, Manna F., Rv. 648095-01**, la quale ha sottolineato che nel procedimento di equa riparazione per irragionevole durata del processo regolato dalla l. n. 89 del 2001, la tardiva notifica del decreto emanato ai sensi dell'art. 3, comma 5, comporta l'inefficacia dello stesso e l'improponibilità della domanda indennitaria ex art. 5, comma 2, a differenza di quanto previsto dal sistema di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., nell'ambito del quale, mancando un divieto di riproponibilità della domanda, l'eventuale inefficacia del decreto impone, comunque, per ragioni di economia processuale, l'esame nel merito della pretesa.

Per altro verso, tuttavia, in senso consonante all'elaborazione compiuta dalla stessa Corte con riferimento al procedimento per ingiunzione di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., è stato ribadito il principio secondo cui non può essere proposta opposizione al decreto di ingiunzione ai sensi dell'art. 5 ter della l. n. 89 del 2001, al fine di ottenere la declaratoria di inefficacia del decreto in conseguenza della nullità della sua notificazione, essendo tale procedimento assoggettato allo stesso principio affermato con riguardo al procedimento monitorio, secondo il quale la nullità della notificazione del decreto ingiuntivo rileva unicamente per consentire la proposizione dell'opposizione tardiva (art. 650 c.p.c.) e non anche per conseguire la declaratoria d'inefficacia del decreto (artt. 644 c.p.c. e 188 disp. att. c.p.c.), la quale può essere pronunciata solo in caso di

mancata notifica o di notifica giuridicamente inesistente del menzionato decreto (**Sez. 2, n. 21420/2018, Dongiacomo, Rv. 650310-01**).

Su questione rilevante a tali fini, è stato poi precisato, ad opera di **Sez. 2, n. 11154/2018, Manna F., Rv. 648032-01**, che, in tema di notificazione degli atti processuali nei confronti dell'Avvocatura di Stato, l'uso dell'indirizzo PEC deputato alle comunicazioni istituzionali in luogo di quello destinato alle comunicazioni processuali è causa di nullità della notifica, la quale è sanata, con efficacia *ex tunc*, dall'opposizione del Ministero ex art. 5 ter della l. n. 89 del 2001, non ostando alla produzione di questo effetto l'affermazione per cui la parte pubblica non disporrebbe di altro mezzo per fare valere l'inefficacia del decreto prevista dall'art. 5, comma 2, della l. n. 89 cit., atteso che detta norma concerne la diversa e non assimilabile ipotesi della mancata notificazione.

Quanto all'individuazione del *dies ad quo* per la proposizione dell'opposizione al provvedimento monitorio *ex lege* Pinto, è stato precisato che il termine di trenta giorni per proporre opposizione avverso il decreto che decide sulla domanda di equa riparazione decorre, ai sensi dell'art. 5 ter di tale legge, per il Ministero dalla notificazione allo stesso del provvedimento fatta eseguire, entro trenta giorni dal deposito, dal ricorrente e, per quest'ultimo, dalla comunicazione del medesimo decreto a cura della cancelleria, a nulla rilevando che il giudice del monitorio abbia disposto la detta comunicazione anche al Ministero (**Sez. 2, n. 10878/2018, Manna F., Rv. 648494-01**).

Come per il procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo incardinato ai sensi degli artt. 645 ss. c.p.c., l'opposizione contro il decreto di equa riparazione dà luogo ad un giudizio ordinario di accertamento sulla sussistenza della pretesa creditoria e non ad un'impugnazione del provvedimento, senza che sia pertanto configurabile un giudicato interno (**Sez. 2, n. 12122/2018, Picaroni, Rv. 648499-01**).

La Corte è intervenuta, infine, sulla portata dell'obbligo di motivazione del provvedimento reso all'esito del procedimento camerale incardinato con l'opposizione, ribadendo, nel solco di Sez. 6-2, n. 18118/2015, Petitti, Rv. 636527-01, che il decreto che provvede sulla domanda di equa riparazione, in caso di violazione del termine ragionevole del processo, necessita, per esigenze di concisione e speditezza, di motivazione anche soltanto in forma sintetica, potendo il giudice limitarsi ad indicare i criteri alla base del

proprio giudizio, con riguardo all'art. 2, comma 2, della l. n. 89 del 2001 (**Sez. 2, n. 28109/2018, Fortunato, Rv. 651180-01**).

## **6. Determinazione e durata “ragionevole” del giudizio presupposto.**

Nell'anno in rassegna, rispetto all'individuazione del termine dal quale decorre il computo della ragionevole durata di una procedura fallimentare, si è osservato, da parte di **Sez. 2, n. 07864/2018, Dongiacomo, Rv. 648001-01**, che ciò avviene, per i creditori ammessi al passivo, dal decreto di ammissione, in via tempestiva o tardiva (artt. 97, 101 e 99 l. fall.), poiché solo da questo momento i medesimi creditori subiscono gli effetti della irragionevole durata dell'esecuzione fallimentare nella quale si sono insinuati, rimanendo, per gli stessi, irrilevante la durata pregressa della procedura, alla quale sono rimasti, fino a quella data, estranei, salvo che per gli accantonamenti nei riparti parziali, a norma dell'art. 113 l. fall., i quali, tuttavia, richiedono o una misura cautelare in sede di opposizione ovvero l'accoglimento dell'opposizione con decreto non ancora definitivo.

Rispetto all'equa riparazione per violazione della durata ragionevole del processo penale, **Sez. 2, n. 07998/2018, D'Ascola, Rv. 648002-01**, ha chiarito che il *dies a quo* in relazione al quale valutare la durata del processo deve essere individuato nel momento in cui l'indagato ha conoscenza legale dello svolgimento di indagini nei suoi confronti. Ne consegue che, qualora l'azione penale sia stata esercitata con l'emissione del decreto penale di condanna senza che l'indagato abbia avuto precedente notizia della pendenza delle indagini, il termine per valutare se il procedimento sia stato definito entro un tempo ragionevole decorre dalla notifica del decreto).

Quanto alle condotte imputabili alle stesse parti in causa che possono rendere in concreto ragionevole la durata del procedimento presupposto, interpretando l'art. 2, comma 2 *quater*, della l. n. 89 del 2001, la Corte ha precisato che la richiesta congiunta di rinvio del giudizio di legittimità è assimilabile a quella di sospensione concordata del giudizio di merito, di cui all'art. 296 c.p.c., sicché la durata del processo di cassazione dal momento della formulazione della richiesta a quello della successiva trattazione a seguito di sollecitazione delle parti, deve ritenersi imputabile alle parti stesse le quali, avendola provocata, non possono dolersene, pur restando impregiudicata ogni questione sulla durata pregressa (**Sez. 3, n. 03568/2018, Frasca, Rv. 647944-01**).

Rispetto alla valutazione come “ragionevole” o meno della durata di un processo nel quale vi sia stata una fase conclusasi con una declaratoria di incompetenza, **Sez. 2, n. 20534/2018, D’Ascola, Rv. 649997-01**, ha ribadito, ponendosi nel solco di Sez. 6-2, n. 26208/2016, Falaschi, Rv. 641917-01, che il giudice dell’equa riparazione non può limitarsi a ritenere ragionevole, per ogni singola fase, la durata che corrisponde al grado (un anno per la durata del giudizio di equa riparazione), avendo invece l’onere di determinare quale avrebbe dovuto essere la durata ragionevole per il giudizio presupposto sulla base della sua complessità, comprensiva, tenuto conto della struttura unitaria del processo, anche della fase necessaria alla pronuncia di incompetenza e sottraendo dalla durata complessiva del giudizio tutto il tempo (solitamente il periodo ultroneo rispetto a trenta giorni) non strettamente necessario alla sua riassunzione davanti al giudice dichiarato competente.

**Sez. 6-2, n. 05768/2017, Abete, Rv. 643259-01**, ha affermato, poi, che, in tema di equa riparazione, va escluso dalla durata del processo esecutivo il periodo in cui esso resta sospeso ex art. 624 c.p.c., atteso, da un lato, che l’ampiezza della formula dell’art. 2, comma 2 quater, della l. n. 89 del 2001, include nella sua previsione, oltre a quella regolata dall’art. 295 c.p.c., anche tale ipotesi di sospensione, e, dall’altro, che quest’ultima si correla ai rimedi oppositivi ex artt. 615 e 619 c.p.c., i quali, rispetto alla vicenda esecutiva cui ineriscono e che li occasiona, conservano un’indubitabile autonomia strutturale, sicché la parte, che ritenga di avere subito un pregiudizio anche per la loro eccessiva durata, deve azionare due differenti pretese - pur cumulabili nello stesso ricorso, ex art. art. 104 c.p.c. - volte a conseguire l’indennizzo per l’irragionevole durata, rispettivamente, del processo di esecuzione e di quello, distinto ed autonomo, di opposizione all’esecuzione.

Per altro verso, **Sez. 2, n. 28268/2018, Oliva, Rv. 651043-01**, ha ribadito il principio, già espresso da Sez. 1, n. 26421/2009, Macioce, Rv. 611955-01, per il quale, in tema di equa riparazione da durata irragionevole di una procedura fallimentare, il mancato esperimento, da parte del lavoratore creditore del fallito, dell’azione nei confronti del Fondo di garanzia gestito dall’INPS per il conseguimento delle prestazioni previdenziali di cui alla l. n. 297 del 1982 ed al d.lgs. n. 80 del 1992 non condiziona l’insorgenza del diritto all’indennizzo, ai fini della quale è sufficiente la prova del fallimento del datore di lavoro e dell’ammissione del credito al passivo, potendo, invece, rilevare in sede di liquidazione dell’indennizzo, così da

giustificare una eventuale decurtazione del minimo annuo indicato dalla CEDU.

## 7. Diritto all'indennizzo

. Su un piano generale, è stato ribadito il consolidato assunto - che permea il rapporto tra il rimedio “interno” *ex lege* Pinto e la tutela che può, esauriti i mezzi di ricorso nazionali, essere richiesta alla Corte europea dei diritti dell'uomo in una concezione “positiva” del principio di sussidiarietà ex art. 35, comma 1, CEDU - per il quale la valutazione equitativa dell'indennizzo a titolo di danno non patrimoniale è soggetta, in conseguenza dello specifico rinvio, contenuto nell'art. 2 della l. n. 89 del 2001, all'art. 6 CEDU, al rispetto della CEDU medesima, nell'interpretazione giurisprudenziale resa dalla Corte di Strasburgo, fermo restando che, tuttavia, il giudice nazionale è tenuto a liquidare solo il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole, non toccando tale diversità di calcolo la complessiva attitudine della citata l. n. 89 del 2001 ad assicurare l'obiettivo di un serio ristoro per la lesione del diritto alla ragionevole durata del processo (**Sez. 2, n. 28109/2018, Fortunato, Rv. 651180-02**).

Costituendo *jus receptum* nella giurisprudenza della Corte il richiamato principio per il quale, ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale, il giudice nazionale deve, in linea di principio, uniformarsi ai parametri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per i casi simili, salvo il potere di discostarsene, in misura ragionevole, qualora, avuto riguardo alle peculiarità della singola fattispecie, ravvisi elementi concreti di positiva smentita di detti criteri, dei quali deve dare conto, la parte che si dolga, in sede di legittimità, della inadeguatezza della liquidazione del danno non patrimoniale in termini di irragionevole divario rispetto ai criteri adottati dalla giurisprudenza della Corte europea ha, comunque, l'onere di allegare sia i fatti ritenuti rilevanti per fondare la censura di malgoverno della valutazione equitativa da parte del giudice di merito sia i concreti elementi di analogia con i casi consimili in cui, in sede europea, sono stati applicati i parametri più favorevoli (**Sez. 2, n. 27352/2018, Rv. 651023-01**).

Altro principio consolidato è quello, ribadito anche nel corso del 2018, in virtù del quale, in tema di equa riparazione ai sensi dell'art. 2 della l. n. 89 del 2001, il danno non patrimoniale, in quanto conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, si presume

sino a prova contraria. Ne ha quindi desunto la S.C., almeno con riferimento all'assetto antecedente all'intervento della l. n. 134 del 2012, che nessun onere di allegazione può essere addossato al ricorrente, essendo semmai l'Amministrazione resistente a dovere fornire elementi idonei a farne escludere la sussistenza in concreto, sicché la mancata specificazione, ad opera del ricorrente, degli elementi costitutivi del danno non patrimoniale lamentato non rileva al fine di escludere l'indennizzabilità del pregiudizio, dallo stesso pur sempre presuntivamente sofferto. (**Sez. 2, n. 10858/2018, D'Ascola, Rv. 648170-01**, in una fattispecie nella quale la S.C. ha cassato la decisione impugnata che aveva rigettato la domanda subordinando la configurabilità del diritto all'equa riparazione all'assolvimento, da parte del ricorrente, dell'onere di provare specificamente l'entità del danno da irragionevole durata del processo).

Più in particolare, secondo **Sez. 2, n. 11829/2018, Criscuolo, Rv. 648497-01**, in tema di equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, la natura indennitaria dell'obbligazione esclude la necessità dell'accertamento soggettivo della violazione, ma non l'onere del ricorrente di provare la lesione della sua sfera patrimoniale quale conseguenza diretta e immediata di detta violazione, esulando il pregiudizio dalla fattispecie del "danno evento". Pertanto, anche qualora sopravvengano l'insolvenza del debitore o delle difficoltà dettate dalla necessità di un accertamento concorsuale, sono risarcibili solo i danni, ricollegabili ad una normale sequenza causale, per i quali si dimostri il nesso tra il ritardo ed il pregiudizio sofferto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva ritenuto non provato il danno patrimoniale conseguente al sopravvenuto sequestro di prevenzione della società debitrice nelle more della definizione del processo presupposto, dovendosi dimostrare che, anteriormente all'adozione della misura, il patrimonio della società fosse capiente).

Per altro verso, è stato ribadito il fondamentale principio, ai fini di una tutela giurisprudenziale effettiva del ricorrente, per il quale l'esiguità del valore monetario del giudizio presupposto non esclude la tutela indennitaria di cui alla l. n. 89 del 2001 se l'apprezzamento concreto della fattispecie, anche alla stregua della condizione socio-economica dell'istante, faccia emergere un effettivo interesse alla decisione (come quando il giudizio presupposto attenga ad una pretesa connessa al trattamento di fine lavoro: **Sez. 2, n. 11667/2018, Picaroni, Rv. 648324-01**; conf., con riguardo ad una prestazione di carattere assistenziale, Sez. 6-2, n. 11936/2015, Manna F., Rv. 635510-01).

Nell'analogia prospettiva di una valutazione concreta, **Sez. 2, n. 14281/2018, Correnti, Rv. 648835-01**, ha ribadito l'assunto secondo cui, in tema di equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata di un processo innanzi alle giurisdizioni amministrative, la proposizione collettiva del ricorso, se di per sé non integra una presunzione di affievolimento del danno, può, tuttavia, nell'ambito di una valutazione complessiva del giudizio, costituire ragione di scostamento dai parametri di liquidazione indicati dalla giurisprudenza di legittimità e della Corte europea dei diritti dell'uomo, purché la determinazione dell'indennizzo annuo resti, comunque, con questi compatibile.

Né, di per sé, l'infondatezza della posizione assunta dalla parte in giudizio fa venir meno il diritto all'equa riparazione per l'irragionevole durata dello stesso, atteso che la valutazione della sussistenza del patema d'animo per la durata del processo deve essere rapportata ad ogni singolo procedimento, tenuto conto, quanto alla prevedibilità dell'esito del giudizio di equa riparazione, anche dell'opinabilità delle decisioni di merito sull'equo indennizzo, esposte alle variabili interpretative ingenerate dalle modifiche alla l. n. 89 del 2001 apportate dal d.l. n. 83 del 2012, convertito con modifiche in l. n. 134 del 2012, e della conseguente portata innovativa della giurisprudenza di legittimità (**Sez. 2, n. 10506/2018, Manna F., Rv. 648392-01**).

Il patema d'animo derivante dalla situazione di incertezza per l'esito della causa è, per converso, da escludersi nell'ipotesi di "temerarietà sopravvenuta", ovvero quando la consapevolezza dell'infondatezza delle proprie pretese sia derivata, rispetto al momento di proposizione della domanda, da circostanze nuove che rendano manifesto il futuro esito negativo del giudizio prima che la sua durata abbia superato il termine di durata ragionevole (**Sez. 2, n. 09552/2018, Carrato, Rv. 648093-01**, la quale ha confermato la decisione di merito che aveva escluso l'indennizzo in quanto la domanda nel giudizio presupposto era stata rigettata in primo grado - entro il termine triennale ritenuto ragionevole per legge - per infondatezza dell'azionata pretesa e l'appello era stato proposto avanzando doglianze soltanto in fatto, anziché in diritto, circostanza che aveva condotto alla dichiarazione di inammissibilità del gravame).

Di rilevante interesse è, altresì, la posizione assunta da **Sez. 2, n. 11151/2018, Manna F., Rv. 648319-01**, secondo cui, ai fini della liquidazione dell'indennizzo per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, l'eccessivo protrarsi di un accertamento tecnico preventivo non può valutarsi autonomamente, ove la parte si limiti



ad instaurare - o a resistere ad - una fase giudiziale prodromica, rinunciando a quella successiva dell'accertamento nel merito del diritto, atteso che gli artt. 6, comma 1, CEDU e 4 della l. n. 89 del 2001 rimandano al risultato normalmente utile, complessivo e finale dell'esercizio della giurisdizione domandato dalla parte privata.

Quanto agli interessi sull'indennizzo liquidato per l'irragionevole durata dei processi, è stato precisato, da parte di **Sez. 2, n. 28409/2018, Gorjan, Rv. 651183-01**, che non può operare il tasso previsto dall'art. 1284, comma 4, c.c., che trova applicazione esclusivamente nell'ipotesi di obbligazioni contrattuali.

## 8. Altre questioni processuali

. In tema di potere del giudice del procedimento di equa riparazione di compensazione delle spese processuali, **Sez. 2, n. 22021/2018, Grasso G., Rv. 650070-01**, ha chiarito che la liquidazione dell'indennizzo in misura inferiore a quella richiesta dalla parte, per l'applicazione, da parte del giudice, di un moltiplicatore annuo diverso da quello invocato dall'attore, non integra un'ipotesi di accoglimento parziale della domanda che legittima la compensazione delle spese, ai sensi dell'art. 92, comma 2, c.p.c., poiché, in assenza di strumenti di predeterminazione anticipata del danno e del suo ammontare, spetta al giudice individuare in maniera autonoma l'indennizzo dovuto, secondo criteri che sfuggono alla previsione della parte, la quale, nel precisare l'ammontare della somma domandata a titolo di danno non patrimoniale, non completa il *petitum* della domanda sotto il profilo quantitativo, ma soltanto sollecita, a prescindere dalle espressioni utilizzate, l'esercizio di un potere ufficioso di liquidazione. Al contempo, nella medesima decisione la Corte ha sottolineato che, peraltro, la differenza fra il *quantum* richiesto e quello ottenuto può assurgere a sintomo di quelle "gravi ed eccezionali ragioni" che giustificano la compensazione totale o parziale. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che il riconoscimento di pochi mesi di esubero rispetto alla durata standard del processo rientrasse tra le "gravi ed eccezionali ragioni" rilevanti ex art. 92, comma 2, c.p.c., nel testo *ratione temporis* applicabile).

Non appare, inoltre, trascurabile la precisazione, coerente con i principi generali, per la quale all'estinzione del procedimento di equa riparazione per tardiva riassunzione a seguito di cassazione con rinvio consegue la decadenza dal diritto all'indennizzo per irragionevole durata del processo presupposto, non essendo tale decadenza esclusa

dalla tempestiva proposizione della domanda introduttiva ex art. 4 della l. n. 89 del 2001 del processo di merito successivamente estintosi, considerando, da un lato, l'inefficacia, non limitabile ai soli aspetti processuali, degli atti compiuti in quest'ultimo, ex art. 310, comma 2, c.p.c. e, dall'altro, la non estensione alla decadenza, ex art. 2964 c.c., dell'effetto interruttivo della domanda giudiziale, al contrario previsto dalle norme sulla prescrizione (**Sez. 2, n. 06230/2018, Grasso G., Rv. 647958-01**).

Si segnala, altresì, **Sez. 2, n. 24362/2018, Cosentino, Rv. 650649-01**, la quale ha precisato che, nell'ipotesi di violazione del termine di ragionevole durata del processo di esecuzione, il valore della causa va identificato, in analogia con il disposto dell'art. 17 c.p.c., con quello del credito azionato con l'atto di pignoramento.



## CAPITOLO XXXI

### LA RIPARAZIONE DEL DANNO DA DETENZIONE DISUMANA E DEGRADANTE

(DI GIOVANNI ARMONE)

SOMMARIO: 1. La sentenza *Torreggiani c. Italia* della Corte EDU e i rimedi introdotti dal d.l. n. 92 del 2014. – 2. La natura del rimedio riparatorio. – 3. La prescrizione del diritto. – 4. Oneri di allegazione e prova. – 5. I presupposti per l'attivazione del rimedio riparatorio. – 6. Il *quantum* del rimedio compensativo.

#### **1. La sentenza *Torreggiani c. Italia* della Corte EDU e i rimedi introdotti dal d.l. n. 92 del 2014.**

Con sentenza dell'8 gennaio 2013, nella causa *Torreggiani e altri c. Italia*, la Corte EDU ha accertato l'inadeguatezza del sistema carcerario italiano rispetto al diritto dei detenuti a non subire trattamenti disumani e degradanti, sancito dall'art. 3 della CEDU, nonché l'inefficacia dei rimedi giurisdizionali allora esistenti nel nostro ordinamento a far cessare le condizioni detentive pregiudizievoli.

Al fine di dare attuazione a tale sentenza, e così a porre rimedio alla situazione di sovraffollamento carcerario e alla conseguente violazione dell'art. 3, accertata dalla Corte EDU, nel corso del 2014 lo Stato italiano ha varato alcune misure legislative.

In questa sede, meritano di essere considerate le misure compensative, disciplinate nell'art. 35-*ter* ord. pen., dal d.l. n. 92 del 2014 e consistenti sia in misure di riparazione in forma specifica, cioè in una riduzione della pena detentiva ancora da espiare, sia in misure di ristoro economico, in base alle quali il detenuto ha diritto a una somma di denaro, pari a otto euro per ogni giorno di detenzione pregiudizievole.

Presupposti, giudice competente e procedimento da seguire variano a seconda che la domanda sia proposta dal danneggiato ancora detenuto o che abbia già cessato di espiare la pena. Lo stesso rimedio compensativo può essere dunque accordato sia dal giudice penale (magistrato di sorveglianza) sia dal giudice civile (tribunale). Inoltre, è prevista una disciplina transitoria per coloro che abbiano subito il pregiudizio in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina.

Tale apparato normativo ha già dato luogo a un ricco dibattito giurisprudenziale, che ha raggiunto nel 2018 alcuni importanti approdi.

## 2. La natura del rimedio riparatorio.

Dopo lunghe incertezze in dottrina e giurisprudenza, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno preso posizione sulla natura del rimedio compensativo previsto dall'art. 35-ter ord. pen.

Con due sentenze sul punto pienamente consonanti, le Sezioni Unite civili (**Sez. U, n. 11018/2018, Curzio, Rv. 648270-01**) e penali (Sez. U, n. 3775/2017, imp. Tuttolomondo, Rv. 271649) hanno affermato che la forfettizzazione della somma che il danneggiato può ottenere e dunque l'assenza di ogni rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica, deve far propendere, nonostante la legge parli di rimedio risarcitorio, per la natura indennitaria del diritto. La responsabilità trae origine dalla violazione «*di obblighi gravanti ex lege sull'amministrazione penitenziaria nei confronti dei soggetti sottoposti alla custodia carceraria*».

Secondo le Sezioni Unite, tale diritto non era preesistente alla novella del 2014, ma è di nuovo conio, come ricavabile dai tratti del tutto peculiari e autonomi dell'azione introdotta dall'art. 35-ter ord. pen.. La nuova disposizione peraltro opera retroattivamente, consentendo di ristorare i danni anteriori all'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014, come dimostrabile dalla disposizione transitoria che estende il rimedio ai pregiudizi precedenti, pur sottoponendone il concreto esercizio a un termine di decadenza.

## 3. La prescrizione del diritto.

La ricostruzione del diritto al rimedio compensativo ex art. 35-ter ord. pen. in termini indennitari e innovativi ha indotto la citata **Sez. U, n. 11018/2018** a trarre alcune importanti conclusioni in tema di prescrizione del diritto stesso.

Dalla natura indennitaria deriva anzitutto che il diritto si prescrive in dieci anni, applicandosi le regole generali sulla prescrizione ordinaria. Trattandosi poi 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 di ciascuna giornata trascorsa in condizioni detentive disumane e degradanti.

Tale ultima soluzione rischiava tuttavia di travolgere tutte le azioni riparatorie riguardanti pregiudizi anteriori di più di dieci anni rispetto all'entrata in vigore della novella, con probabili nuove reprimende da parte della Corte EDU. Essa è stata così temperata dalla S.C., che ha tratto dalla innovatività del rimedio la conclusione della impossibilità di far decorrere il termine prescrizione prima del 28 giugno 2014, data di entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014, salvo l'operare del termine di decadenza previsto dalla disciplina transitoria.

#### 4. Oneri di allegazione e prova.

In linea con la prima giurisprudenza penale di legittimità, **Sez. 1, n. 05255/2018, Acierno, Rv. 647743-01**, ha ritenuto che l'applicazione al procedimento del modello processuale camerale e la natura giuridica dei diritti coinvolti inducano a ritenere sufficiente, da parte del detenuto, l'allegazione specifica dell'avvenuta detenzione e della sua durata, potendo il giudice, nel caso in cui ritenga il quadro probatorio incompleto, assumere informazioni, in applicazione dell'art. 738, ultimo comma, c.p.c.

In senso conforme, ma con alcune precisazioni derivanti dalla natura della responsabilità come individuata dalle Sezioni Unite, **Sez. 3, n. 31556/2018, Fiecconi, Rv. 651946-01**, ha affermato che la responsabilità in parola è di tipo contrattuale, derivante dallo stretto rapporto che si instaura tra lo Stato e il detenuto, la quale dà luogo ad una obbligazione indennitaria *ex lege*, pertanto, sotto il profilo del riparto dell'onere probatorio, spetta all'amministrazione penitenziaria, chiamata a rispondere della violazione di obblighi di protezione e di norme di comportamento, provare l'adempimento conforme ai principi della Convenzione, mentre compete al detenuto fornire la dimostrazione del danno lamentato e del nesso causale tra quest'ultimo e il dedotto inadempimento, salva la possibilità di avvalersi, oltre che delle presunzioni e del principio di non contestazione, dei poteri integrativi ed officiosi del giudice propri del rito camerale prescelto dal legislatore, quali, in particolare, il potere di assumere informazioni previsto dall'art. 738, comma 3, c.p.c., che costituisce – in funzione della salvaguardia del principio di effettività della tutela giurisdizionale di diritti di indubbia matrice costituzionale e convenzionale – utile meccanismo riequilibratore nell'ambito di un procedimento caratterizzato da una situazione di squilibrio tra la parte pubblica, titolare della potestà punitiva, e il soggetto privato che la subisce.

## 5. I presupposti per l'attivazione del rimedio riparatorio.

Il terreno che, anche nel 2018, ha visto i giudici di legittimità maggiormente impegnati è quello della individuazione dei presupposti per l'attivazione del rimedio riparatorio.

Anzitutto, va rimarcato che l'azione deve essere proposta davanti al giudice civile (e non davanti al magistrato di sorveglianza) quando il danneggiato non si trovi più in stato di detenzione al momento della domanda, dovendosi intendere con tale espressione la restrizione carceraria propriamente detta, potenzialmente produttiva delle condizioni disumane e degradanti che giustificano l'indennizzo. Ciò sia per ragioni letterali (l'art. 35-*ter* ord. pen. prevede la competenza del giudice civile per le domande di coloro che «hanno cessato di espiare la pena detentiva in carcere»), sia perché il rimedio compensativo è esperibile solo quando non sia possibile la riparazione in forma specifica, della riduzione della pena residua.

**Sez. 3, n. 31552/2018, Di Florio, Rv. 651945-02**, ne ha tratto la conclusione che la competenza appartiene al giudice civile anche quando, al momento della domanda, l'attore si trovi in stato di detenzione domiciliare.

Quanto alle condizioni detentive, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la S.C. ha espresso una posizione che sembra essersi ormai cristallizzata. Come chiarito da **Sez. 1, n. 04096/2018, Lamorgese, Rv. 647236-01** e da **Sez. 1, n. 12955/2018, Cristiano, Rv. 649116-01**, lo Stato incorre nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti quando, in una cella collettiva, il detenuto non possa disporre singolarmente di almeno 3 mq. di superficie, calcolati detraendo l'area destinata ai servizi igienici e agli armadi appoggiati, o infissi, stabilmente alle pareti o al suolo ed anche lo spazio occupato dai letti (sia a castello che singoli), che riducono lo spazio libero necessario per il movimento, senza che, invece, abbiano rilievo gli altri arredi facilmente amovibili, come sgabelli o tavolini; quando ciò accade sussiste la “forte presunzione” della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, che può essere superata attraverso la valutazione di adeguati fattori compensativi – che si individuano nella brevità della restrizione carceraria, nell'offerta di attività in ampi spazi all'esterno della cella, nell'assenza di aspetti negativi relativi ai servizi igienici e nel decoro complessivo delle condizioni di detenzione – la cui esistenza è onere dello Stato, convenuto in giudizio, provare.

**Sez. 3, n. 31556/2018, cit.**, ha peraltro evidenziato, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU che i giudici di merito godono di un ampio margine di valutazione *«nel considerare la sussistenza o meno di una violazione dell'art. 3 della Convenzione che, certamente, non è limitato alla misura dei metri quadri pro capite di superficie nelle celle occupate da più detenuti, ma all'esame, comparato, di altri elementi ancora più importanti, attinenti all'intero programma di sconto di pena applicato al detenuto e all'idoneità della struttura e dei servizi correlati a garantire un trattamento a salvaguardia della dignità umana. Pertanto, il fattore "spazio" è un elemento necessario per misurare, con diverso peso e in misura inversamente proporzionale, gli altri fattori inerenti al complessivo trattamento. Oltre a tale test, indicato dalla Corte EDU, si aggiunge quello, indicato dall'art 27 Costituzione, sulla finalità rieducativa della pena: concetto che, ovviamente, riconduce alla questione della sufficiente e idonea offerta di attività "riabilitative" interne, confacenti alla personalità del detenuto, in rapporto al tempo di permanenza nella struttura»*.

## **6. Il quantum del rimedio compensativo.**

L'unità di misura prevista dalla legge per la riparazione del pregiudizio (otto euro per ciascun giorno di detenzione in condizioni disumane e degradanti) ha suscitato, per la sua modesta entità, dubbi di adeguatezza negli interpreti.

Le corti superiori non hanno tuttavia sinora condiviso tali preoccupazioni.

Chiamata a valutare le misure adottate dallo Stato italiano per dare attuazione alla sentenza pilota nella causa Torreggiani, la Corte EDU, nella sentenza *Stella c. Italia* del 18 settembre 2014, ha espresso un provvisorio giudizio positivo sul nuovo art. 35-ter ord. pen., giudicandolo tendenzialmente e astrattamente adeguato.

La S.C. da parte sua, ha giudicato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 35-ter, comma 3, della l. n. 354 del 1975, in relazione agli artt. 3 e 117 Cost. – quest'ultimo con riferimento all'art. 46, comma 1, CEDU – nella parte in cui, prevedendo un diritto al risarcimento del danno di soli otto euro giornalieri ai fini della riparazione per ingiusta detenzione, valuterebbe in termini diversi il valore giornaliero della detenzione rispetto a quello previsto per il ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive e non distinguerebbe tra i diversi gradi di gravità nei quali la lesione dell'art. 3 CEDU può manifestarsi (**Sez. 1, n. 17274/2018, Di Marzio M., Rv. 649514-01**).

Sempre in tema di quantificazione del pregiudizio, va poi segnalata **Sez. 1, n. 17277/2018, Di Marzio M., Rv. 649515-01**, la



quale ha escluso che il Ministero della giustizia, convenuto dal detenuto per il risarcimento dei danni patiti a causa delle condizioni di detenzione, possa 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.

## CAPITOLO XXXII

### 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. - 2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. - 2.1.4. L'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza. - 2.1.5. Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni. - 2.1.6. La violazione del dovere di riservatezza. - 2.2. La condotta disciplinare irrilevante. - 2.3. La misura cautelare del trasferimento ad altra sede e funzione o la destinazione ad altre funzioni. - 2.4. La revisione della sentenza disciplinare divenuta irrevocabile. - 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. - 3.3. Il ricorso per cassazione. - 3.4. Il nuovo codice deontologico e il principio del favor rei. - 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, va richiamata la questione della revisione della sentenza divenuta irrevocabile.

In via generale, ha trovato conferma il principio secondo cui, essendo l'illecito disciplinare dei magistrati riconducibile al *genus* di quelli amministrativi, non trova applicazione il principio del *favor rei*, di cui all'art. 2 c.p., in forza del quale, in deroga al principio *tempus regit actum*, l'eventuale *abolitio criminis* opera retroattivamente (**Sez. U, n. 22407/2018, De Chiara, Rv. 650454-01**; in precedenza, conformi: Sez. U, n. 15314/2010, Merone, Rv. 613974-01; Sez. U, n. 25815/2007, Finocchiaro, Rv. 601080-01). Tale principio non è desumibile neanche dalla norma transitoria contenuta nell'art. 32 *bis*, comma 2, del d.lgs. n. 109 del 2006, che non prevede un sistema di

regole omologo all'art. 2 c.p., valido sia per la riforma della fattispecie dell'illecito, sia per le modifiche del trattamento sanzionatorio, ma si limita a stabilire, per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo, l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 18 del r.d.l. n. 511 del 1946 "se più favorevoli". La S.C. ha così confermato la decisione del CSM che aveva respinto la richiesta *ex* art. 673 c.p.p. di revoca della sentenza disciplinare con la quale era stata inflitta la sanzione dell'ammonizione in relazione al delitto di ingiuria commesso ai danni di un vigile urbano, nonostante la depenalizzazione del reato per effetto del d.lgs. n. 7 del 2016.

## **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, alla grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, all'adozione di provvedimenti abnormi, al reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni e alla violazione del dovere di riservatezza.

### **2.1.1. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.**

Con riferimento alla consumazione dell'illecito previsto dall'art. 2, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 109 del 2006, le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 21974/2018, Bisogni, Rv. 650281-01**) hanno confermato il precedente orientamento che esclude qualsiasi rilievo alla circostanza che il magistrato abbia avuto uno specifico intento di favorire o danneggiare una delle parti del processo, essendo sufficiente che egli fosse a conoscenza di circostanze di fatto che lo obbligavano ad astenersi (Sez. U, n. 10502/2016, Didone, Rv. 639678-01; Sez. U, n. 05942/2013, Piccialli, Rv. 625535-01).

È infatti ritenuta sufficiente la consapevolezza nell'agente di quelle situazioni di fatto, in presenza delle quali l'ordinamento esige, al fine della tutela dell'immagine del singolo magistrato e dell'ordine di appartenenza nel suo complesso, che lo stesso non compia un determinato atto, versando in una situazione tale da ingenerare, se non il rischio, quantomeno il sospetto di parzialità di chi lo compie.

Ne consegue che a integrare l'elemento psicologico dell'illecito non è necessaria la "coscienza dell'antigiuridicità" del comportamento integrante la violazione del precetto, ma è sufficiente la conoscenza di quelle circostanze di fatto in presenza delle quali, in considerazione della ricorrenza dell'interesse proprio o di un proprio congiunto, sussista l'obbligo di astensione, nonché l'adozione, cosciente e volontaria, dell'atto medesimo, pur versandosi in quella situazione.

Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza disciplinare di assoluzione di un giudice delegato, il quale aveva omesso di astenersi dalla trattazione di procedure fallimentari, il cui curatore aveva ceduto un appartamento alla convivente del magistrato a un prezzo inferiore a quello di mercato e con denaro proveniente in parte da quest'ultimo.

### **2.1.2. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario.**

Riguardo all'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006 sui comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, si ribadisce che il magistrato, nell'esercizio delle funzioni, deve improntare al canone di leale collaborazione il proprio comportamento con i superiori, i colleghi e il personale dell'ufficio di appartenenza.

Nella specie, **Sez. U, n. 19873/2018, Tria, Rv. 649944-01** ha ritenuto non conforme al dovere di leale collaborazione il comportamento di un sostituto procuratore generale che, richiesto dall'avvocato generale di notizie sul funzionamento del settore demolizioni, cui era assegnato, con riferimento a due procedure, aveva risposto, con tono polemico e irridente, in modo oggettivamente reticente- La S.C. ha considerato tale comportamento non giustificabile dall'ipotizzata notorietà della situazione del settore e delle procedure, né da presunte esigenze "difensive" del magistrato. Il canone di leale collaborazione, secondo le Sezioni Unite, concerne tutte le funzioni giudiziarie e per coloro che sono in servizio presso gli uffici requirenti esso trova una specifica previsione nell'art. 2, Circolare sulla organizzazione degli uffici di procura, delibera CSM del 16 novembre 2017.

Sul concetto di "funzione", cui si riferisce il comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 28653/2018, Conti, Rv. 651439-01** ha specificato che esso vada inteso in senso dinamico, in quanto connesso allo *status* di magistrato. Secondo l'apprezzamento delle Sezioni Unite, deve essere considerata una grave scorrettezza

funzionale, ai sensi della lett. d) della predetta norma, anche quella correlata a comportamenti che, pur se non compiuti direttamente nell'esercizio delle funzioni, sono inscindibilmente collegati a contegni precedenti o anche solo *in fieri*, riguardanti l'esercizio delle funzioni giudiziarie, al punto da divenire tutti parte di un comportamento contrario ai doveri del magistrato. La fattispecie riguardava la condotta di un magistrato che dopo aver intimato ad un c.t.u. di seguirlo nel suo ufficio, al termine di un'animata discussione, gli aveva detto «*lei ha chiuso*», alludendo evidentemente a ripercussioni pregiudizievoli in relazione al mancato conferimento di incarichi professionali. In precedenza, Sez. U, n. 07042/2013, Petitti, Rv. 625506-01 aveva ritenuto configurabile l'illecito in oggetto anche in relazione a condotte, a danno di un collega, integranti gli estremi del reato di atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.*, specificando che nella nozione di “comportamenti abitualmente e gravemente scorretti” tenuti nei confronti, tra i diversi soggetti menzionati, anche “di altri magistrati”, rientrano anche i rapporti personali tra colleghi all'interno dell'ufficio, atteso che la formulazione normativa appare prescindere del tutto dalla funzionalità della scorrettezza.

Con riferimento alla medesima fattispecie, **Sez. U, n. 20029/2018, Garri, Rv. 649979-01** consolida l'orientamento in base al quale le “manifestazioni espressive” poste in essere nell'esercizio del diritto di difesa nell'ambito di un processo si sottraggono all'area delle condotte sanzionabili, stante il tenore dell'art. 598, comma 1, c.p. che esclude la punibilità per le offese contenute in scritti presentati davanti all'autorità giudiziaria (Sez. U, n. 01794/2013, Piccininni, Rv. 624894-01 riguardante l'ipotesi di un ricorso per cassazione, proposto da due P.M. avverso un'ordinanza del tribunale del riesame, contenente espressioni lesive della onorabilità e della professionalità del collegio giudicante. In senso contrario, ma sotto il vigore della precedente disciplina di cui al r.d.l. n. 511 del 1946, **Sez. U, n. 12167/2008, Mazziotti Di Celso, Rv. 603018-01** secondo cui l'esimente di cui all'art. 598 c.p. non preclude l'intervento disciplinare nei confronti del professionista che, con tali comportamenti, abbia violato i doveri di correttezza, dignità e decoro professionale, in quanto la funzione del procedimento disciplinare è rivolta ad accertare se con il proprio comportamento il magistrato sia venuto meno alle regole deontologiche connesse all'esercizio delle proprie funzioni).

La S.C., nel cassare con rinvio la decisione del CSM che aveva ritenuto insussistenti i presupposti per applicare l'esimente di cui all'art. 598 c.p. nel caso di requisitoria orale svolta dal P.M. ha altresì

escluso il contrasto con la riconducibilità all'esercizio di una pubblica funzione dell'attività svolta da quest'ultimo.

### **2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.**

Diverse sono state le fattispecie 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.

**Sez. U, n. 26373/2018, Bronzini, Rv. 650875-01** ha ritenuto responsabile il magistrato del P.M. che, in spregio al combinato disposto di cui agli artt. 359 c.p.p., 321 c.p.p. e 70 disp. att. c.p.p., nonché in violazione dei doveri di diligenza di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006, abbia omesso di adottare qualsiasi provvedimento inteso a sollecitare, in caso di ritardo, il deposito della relazione tecnica da parte del consulente nominato, anche al fine di valutare l'opportunità della sua sostituzione. Nella specie, in presenza di un procedimento per omicidio con imputato in stato di detenzione, l'assenza di qualunque sollecito protratta per tredici mesi aveva reso necessaria la richiesta di proroga dei termini custodiali di fase, il cui rigetto, in sede di riesame, aveva determinato la scarcerazione della persona sottoposta a indagine. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che la condotta posta in essere abbia compromesso inevitabilmente l'immagine e la reputazione del magistrato e, quindi, dell'organizzazione della giustizia, trasmettendo l'impressione di una carenza di correttezza e di rigore nel rispetto dei tempi processuali anche in presenza di reati di estrema rilevanza e di esigenze cautelari già riscontrate dall'autorità giudiziaria precedente, escludendo che il fatto possa ritenersi di scarsa rilevanza.

Sempre riguardo alle funzioni requirenti, **Sez. U, n. 22402/2018, Campanile, Rv. 650604-01** ha ritenuto integrare l'illecito in questione il comportamento del P.M. che non abbia proceduto all'iscrizione immediata nel registro delle notizie di reato, prevista dall'art. 335 c.p.p., della notizia stessa e della persona a cui il reato sia attribuito, trattandosi di adempimento per il quale non sussiste alcun margine di discrezionalità (in senso conforme, Sez. U, n. 20936/2011, Bucciante, Rv. 618833-01 e, sotto la previgente disciplina, Sez. U, n. 20505/2006, Mensitieri, Rv. 592134-01). Acquisita la notizia di reato in termini di configurabilità oggettiva (ovverosia di base fattuale idonea a configurare un fatto come sussumibile in una determinata fattispecie di reato), il P.M. è tenuto a procedere, senza soluzione di continuità e senza alcuna sfera di

discrezionalità, alla relativa iscrizione nel registro. Allo stesso modo, e sul versante dell'attribuibilità soggettiva, una volta conseguiti obiettivi elementi d'identificazione del soggetto indagabile (tali, dunque, da superare la soglia del generico e personale sospetto), con altrettanta tempestività il P.M. deve procedere all'iscrizione del nominativo.

La S.C. ha nella specie 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.

Parimenti è stato ritenuto colpevole dell'illecito di cui agli articoli artt. 1 e 2, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 109 del 2006, il sostituto procuratore che, in presenza di astratti indizi di reità a carico della persona informata sui fatti, non ne abbia interrotto immediatamente l'esame, al fine di consentire l'esercizio delle garanzie difensive previste dalla legge (**Sez. U, n. 09557/2018, Cirillo E., Rv. 648128-01**). Secondo l'apprezzamento compiuto dalla S.C., nella fase iniziale delle indagini, non ha rilievo la verifica della precisa connotazione dell'elemento psicologico della persona sottoposta a interrogatorio, trattandosi di elemento che può assumere rilievo nella fase successiva di una puntuale imputazione cautelare o di rinvio a giudizio, dovendosi impedire, in tale prima fase, che la persona informata sui fatti subisca, mediante sollecitazioni investigative e attività invasive della sua sfera privata, intercettazioni, contestazioni, sostanziali perquisizioni con repertazione e sequestro.

In merito alle funzioni giudicanti, **Sez. U, n. 09156/2018, Chindemi, Rv. 647917-02** ha ritenuto affetta da grave violazione di legge, dovuta a negligenza inescusabile, la condotta del giudice che, essendo a conoscenza dello stato di detenzione dell'imputato per altra causa, in quanto dichiarato dal difensore, abbia omissso, per colpa inescusabile, di rinviare la trattazione del processo, al fine di disporre la traduzione del detenuto, senza deliberare la sussistenza di una causa

di legittimo impedimento a comparire. L'imputato, già citato a giudizio in stato di libertà e successivamente tratto in arresto e detenuto per altra causa, versa in stato di legittimo impedimento qualora non ne sia stata ordinata la traduzione, per cui non può procedersi in sua assenza, ove non vi sia espressa rinuncia a presenziare al giudizio, conseguendone altrimenti la nullità di tutti gli atti compiuti senza che egli abbia avuto modo di partecipare allo stesso. È stata altresì ritenuta la responsabilità del magistrato per aver rinviato, dopo averla trattata, la causa davanti ad altro giudice impedito a conoscere il processo, in quanto di prima nomina *ex art. 13, comma 2, d.lgs. 160 del 2006*, in violazione di previsioni tabellari e del principio di immutabilità del giudice (riguardo alla violazione delle regole tabellari, Sez. U, n. 23320/2009, Macioce, Rv. 609391-01, sotto la previgente disciplina del r.d.l. n. 511 del 1946, aveva ritenuto sanzionabile la ripetuta, significativa e ingiustificata violazione delle disposizioni in tema di assegnazione di ricorsi in materia di lavoro).

Con riferimento al medesimo giudizio disciplinare, è stata ritenuta riconducibile alla violazione delle lett. a) g) ed f), comma 1, art. 2 d.lgs n. 109 del 2006, in quanto violazione grave e inescusabile, la revoca di una misura cautelare (nella specie divieto di avvicinamento alla persona offesa *ex art. 182 bis c.p.p.*, per il reato di *stalking*) ancora efficace, "per la mancanza del fascicolo d'ufficio", non essendo scaduto il relativo termine, senza acquisire il parere del P.M. per poi ripristinarla a seguito del ritrovamento del fascicolo, su istanza della parte civile, sia pure richiedendo il parere all'ufficio di procura (**Sez. U, n. 09156/2018, Chindemi, Rv. 647917-01**).

Secondo l'apprezzamento delle Sezioni Unite, si tratta di comportamenti abnormi non previsti da alcuna normativa (revoca di una misura cautelare per indisponibilità del fascicolo e misura cautelare personale di natura penale adottata su istanza di una parte privata) e connotati da inescusabile negligenza, non risultando neanche che il giudice avesse disposto presso la cancelleria le dovute ricerche, costringendo la parte offesa a chiedere all'incolpata il ripristino della misura cautelare, segnalando che il fascicolo era stato rinvenuto in cancelleria.

Si conferma così il principio per cui l'insindacabilità del provvedimento giurisdizionale in sede disciplinare viene meno nei casi in cui il provvedimento sia abnorme, in quanto adottato al di fuori di ogni schema processuale, ovvero allorquando sia stato assunto sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza, nel qual caso l'intervento disciplinare ha per oggetto non



già il risultato dell'attività giurisdizionale ma il comportamento deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nell'esercizio della sua funzione (Sez. U, n. 20159/2010, D'Alonzo, Rv. 614115-01).

#### **2.1.4. L'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza.**

Con riferimento ai provvedimenti abnormi, **Sez. U, n. 19041/2018, Virgilio, Rv. 649685-01** ha escluso che rientri in tale ambito il provvedimento con cui, in tema di intercettazioni ambientali, il magistrato del P.M. indichi alla polizia giudiziaria regole di condotta sulle modalità di intrusione nei luoghi destinati all'attività di captazione in quanto, pur incidendo su atti materiali rientranti nella contingente valutazione della polizia, esse non formano oggetto di alcun divieto per il magistrato che può, pertanto, dettare quelle indicazioni nell'esercizio della sua discrezionalità. La fattispecie riguardava l'autorizzazione alla p.g. a compiere ogni atto necessario all'installazione degli apparati tecnici sull'automobile dell'indagato e, in particolare, a simulare l'illecita sottrazione dell'autovettura e il suo successivo rinvenimento.

#### **2.1.5. 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. q)*, del d.lgs. n. 109 del 2006 e scusabilità della condotta, **Sez. U, n. 24136/2018, Lamorgese, Rv. 650467-01** ha confermato l'orientamento delle Sezioni Unite per cui, qualora l'incolpato giustifichi i gravi e reiterati ritardi nel compimento degli atti relativi alle funzioni invocando l'inesigibilità dell'attività lavorativa, il giudice disciplinare deve valutare in concreto la fondatezza e serietà della giustificazione addotta, non potendo quei ritardi essere imputati al magistrato a titolo di responsabilità oggettiva, fermo restando l'onere dell'interessato di fornire al giudice disciplinare tutti gli elementi per valutare la fondatezza e serietà della giustificazione addotta (Sez. U, n. 02948/2016, Di Iasi, Rv. 638358-01). L'esimente della giustificabilità del ritardo reiterato nel deposito dei provvedimenti oltre la soglia di illiceità prevista dalla norma ricorre ove l'attività lavorativa dell'incolpato risulti inesigibile con riferimento alla gravosità del complessivo carico di lavoro nell'ufficio, alla qualità dei

procedimenti trattati e definiti, agli indici di laboriosità e allo sforzo profuso per l'abbattimento dell'arretrato (Sez. U., n. 21624/2017, Barreca, Rv. 645656-01).

Nella specie, la S.C. ha respinto il ricorso del Ministro della giustizia, confermando l'assoluzione dall'incolpazione per plurimi ritardi ultrannuali nel deposito di sentenze e ordinanze civili, determinati dal sovraccarico del ruolo del magistrato, che svolgeva contemporaneamente le funzioni di giudice civile e dell'esecuzione, celebrando un numero di udienze superiore alla media e comunque garantendo una produttività adeguata, avendo la sezione disciplinare congruamente motivato in ordine alle ragioni del ritardo, non dovute né a neghittosità né a incapacità organizzativa del magistrato, ma al carico di lavoro nell'ufficio particolarmente gravoso.

### **2.1.6. La violazione del dovere di riservatezza.**

Sul tema della violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione (art. 2, comma 1, lett. u) del d.lgs. n. 109 del 2006) **Sez. U, n. 17187/2018, D'Ascola, Rv. 649830-01** ha chiarito che la fattispecie costituisce un illecito di pericolo poiché la norma non esige l'accertamento di un danno a terzi, ma l'attitudine (idoneità) della violazione a ledere indebitamente i diritti altrui. La S.C. ha così rigettato il ricorso avverso la sentenza della sezione disciplinare del CSM che aveva condannato un magistrato del P.M. per avere comunicato all'indagata, prima che fosse depositata, la richiesta di archiviazione contenente i nominativi di persone destinatarie dell'avviso di conclusione indagini ex art. 415 *bis* c.p.p., ritenendo irrilevante, ai fini dell'esclusione dell'illecito, che queste ultime potessero aver già ricevuto l'avviso in oggetto, trattandosi di atti e notizie che dovevano rimanere riservati.

### **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, **Sez. U, n. 24672/2018, Bronzini, Rv. 650468-01** ha specificato che questa deve essere accertata in relazione all'interesse tutelato dalla norma da individuarsi nella "giustizia" in senso lato e, in particolare, nell'immagine del magistrato e nel prestigio di cui il medesimo deve godere nell'ambiente in cui lavora (in senso conforme, Sez. U, n. 06468/2015, Bandini, Rv. 634767-01 secondo cui l'esimente della scarsa rilevanza del fatto deve essere accertata con giudizio globale diretto a riscontrare se l'immagine del

magistrato sia stata effettivamente compromessa dall'illecito e Sez. U, n. 25091/2010, D'Alessandro, Rv. 615495-01 per cui la condotta disciplinare irrilevante, una volta accertata la realizzazione della fattispecie tipica, va identificata in quella che non compromette l'immagine del magistrato).

La S.C., in applicazione di tale principio, ha cassato la sentenza della sezione disciplinare del CSM che, pur qualificando come "ontologicamente non ortodosso" il comportamento del magistrato che era stato incolpato di aver pronunciato in udienza frasi potenzialmente ingiuriose per le persone presenti, lo aveva prosciolto, per scarsa rilevanza del fatto, sulla base di considerazioni riguardanti solo la reale offensività della condotta rispetto alle parti private e non già della lesività dell'interesse tutelato.

### **2.3. La misura cautelare del trasferimento ad altra sede e funzione o la destinazione ad altre funzioni.**

In relazione alla misura cautelare del trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato (art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 109 del 2006), che può essere disposta nei casi di procedimento disciplinare per addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonizione, su richiesta del Ministro della giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza, **Sez. U, n. 16017/2018, Lombardo, Rv. 649139-01** ha ritenuto viziato da carenza motivazionale il provvedimento di rimodulazione della misura cautelare che abbia ommesso di valutare le circostanze di fatto alla base della contestazione disciplinare e, in particolare, di illustrare la ricorrenza di "fatti nuovi" che, apprezzati congiuntamente a quelli precedentemente esaminati, potessero essere idonei a giustificare il mutamento del quadro cautelare (analogamente, Sez. U, n. 15152/2015, Cappabianca, Rv. 636367-01 aveva ritenuto ammissibile la revoca della misura cautelare disciplinare inflitta al magistrato, in forza del generale richiamo alle norme del codice di procedura penale contenuto negli artt. 16, comma 2, e 18, comma 4, del d.lgs. n. 109 del 2006, solo in presenza di "fatti nuovi" che, pur congiuntamente apprezzati a quelli originariamente esaminati, siano in grado di evidenziare un mutamento *in melius* del quadro cautelare).

Nella specie il CSM aveva modificato la misura cautelare attribuendo all'incolpato le funzioni requirenti di magistrato

distrettuale presso la Procura generale della stessa sede nella quale prestava originariamente servizio, omettendo, fra l'altro, di rivalutare il giudizio, originariamente formulato, di inidoneità allo svolgimento di quelle funzioni e di motivare sulla destinazione allo svolgimento delle stesse in un ufficio superiore della stessa sede nella quale erano stati commessi i fatti contestatigli.

Riguardo al potere riconosciuto alla sezione disciplinare, **Sez. U, n. 02804/2018, D'Antonio, Rv. 647162-01**, nel respingere le censure relative all'assegnazione al settore civile del magistrato, il quale affermava che tale possibilità non fosse normativamente prevista, ha ribadito che il CSM può individuare la sede e le funzioni dell'ufficio di destinazione del magistrato, poiché la natura e lo scopo della misura cautelare impongono una celere definizione, risultando intrinsecamente contraddittorio un sistema che vedesse "diviso", con diverse attribuzioni di competenze, il potere cautelare di trasferimento e quello di indicazione della sede e delle funzioni, dando luogo a un aggravio procedurale capace di rendere concretamente "inutile" il trasferimento (conforme, Sez. U, n. 21112/2012, Botta, Rv. 624357-01).

#### **2.4. La revisione della sentenza disciplinare divenuta irrevocabile.**

In tema di revisione delle sentenze della sezione disciplinare del CSM divenute irrevocabili, **Sez. U, n. 11179/2018, Di Virgilio, Rv. 649180-01** ha ritenuto inammissibile la richiesta di revisione finalizzata all'applicazione dell'esimente della scarsa rilevanza del fatto (art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006), ove il "fatto nuovo" *ex art. 25, comma 1, lett. b)*, del d.lgs. n. 109 del 2006, allegato dall'istante come idoneo a escludere la lesività della condotta ascrittagli, non sia rilevante alla stregua del quadro istruttorio e dell'impianto decisorio della statuizione impugnata al fine di ribaltare il giudizio disciplinare di condanna (in senso conforme, in precedenza, Sez. U, n. 15288/2016, Di Iasi, Rv. 640694-01 secondo cui, diversamente, si finirebbe per consentire di rinnovare completamente le valutazioni espresse e di rimettere in discussione, ben oltre i limiti sanciti dalla norma, una decisione ormai irrevocabile).

Le Sezioni Unite hanno così confermato la sentenza disciplinare che aveva ritenuto irrilevante il fatto nuovo addotto dal condannato, P.G. all'epoca dei fatti, consistente nell'ipotizzato dovere di impedire con il contro-sequestro l'esecuzione di ulteriori reati da parte dei P.M. sequestranti, in quanto elemento ininfluenza

rispetto all'abnormità dell'esercizio dei poteri istituzionali del P.G. Il caso riguardava il conflitto tra due uffici inquirenti manifestatosi con il sequestro di atti processuali disposto da una Procura della Repubblica, cui era seguito un contro-sequestro dei medesimi atti da parte della Procura generale.

## **2.5. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale.**

**Sez. U, n. 24673/2018, Bronzini, Rv. 650870-01** ha ritenuto estinta per prescrizione l'azione disciplinare nei confronti del magistrato, sospesa per la pendenza del giudizio penale, se quest'ultimo sia stato assolto perché il fatto non sussiste e, nei suoi confronti, sia stato promosso, oltre il termine decennale di cui all'art. 15, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 109 del 2006, un procedimento disciplinare con un capo di incolpazione del tutto modificato rispetto all'originaria contestazione.

Secondo l'apprezzamento compiuto, nel caso di specie gli elementi costitutivi della seconda incolpazione risultavano radicalmente diversi dalla prima perché mettevano in primario rilievo le modalità indebite di spendita della qualifica di magistrato, neppure accennate nella prima incolpazione. È stata così respinta la tesi del P.G. secondo cui la prima incolpazione per fatti penalmente rilevanti avrebbe assorbito la seconda (dopo l'assoluzione) in quanto gli addebiti in sede disciplinare apparivano esterni e separati da quelli mossi in sede penale e quindi andavano contestati da subito e non dopo il termine decennale.

## **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 menzione delle questioni attinenti al ricorso per cassazione e al principio del *favor rei*.

### **3.1. Gli illeciti disciplinari.**

Sulle fattispecie di illecito, **Sez. U, n. 08038/2018, Campanile, Rv. 648102-01** ha ritenuto l'art. 3, comma 2, l. 31 dicembre 2012, n. 247, recante *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, una norma di chiusura, intesa a individuare le condotte che hanno rilevanza disciplinare fra quelle, contenute nel

nuovo codice deontologico forense e attinenti ai doveri di probità, dignità, decoro, indipendenza, fedeltà, diligenza, segretezza e riservatezza, che rispondono alla tutela del pubblico interesse al corretto esercizio della professione.

È stata così confermata la decisione con cui il Consiglio nazionale forense aveva ravvisato la sussistenza dell'illiceità della condotta posta in essere da un avvocato, consistita nell'aver minacciato un collega di denuncia penale, ove non gli avesse rivelato delle informazioni coperte da segreto professionale. La pronuncia si pone in continuità con la costante giurisprudenza delle Sezioni Unite, formatasi sotto la previgente disciplina (art. 38 del r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578 e codice deontologico forense v., in particolare, Sez. U, n. 27996/2013, Piccialli, Rv. 628894-01; Sez. U, n. 37/2007, Finocchiaro, Rv. 594110-01), secondo cui il principio di stretta tipicità dell'illecito, proprio del diritto penale, non trova applicazione nella materia disciplinare forense, nell'ambito della quale non è prevista una tassativa elencazione dei comportamenti illeciti non conformi, ma solo quella dei doveri fondamentali, tra cui segnatamente quelli di probità, dignità e decoro, lealtà e correttezza, ai quali l'avvocato deve improntare la propria attività, sia professionale, sia non professionale, la cui violazione, da accertarsi secondo le concrete modalità del caso, dà luogo a procedimento disciplinare.

Come ribadito da **Sez. U, n. 04994/2018, Scarano, Rv. 647317-01**, l'illecito contemplato dall'art. 5 del previgente codice deontologico rimane integrato in ogni ipotesi di violazione dell'obbligo di probità, dignità e decoro, sia quando l'avvocato agisca in qualità diversa da quella professionale sia - e *a fortiori* - nell'esercizio del suo ministero. È stata così confermata la sanzione della censura a un legale per avere usato in una memoria difensiva, quale coimputato con la moglie, un'espressione riferita letteralmente all'incurabilità del male da cui era affetta la persona con cui aveva rapporti conflittuali, originati da sfratto per morosità e da cui era derivata anche la causa penale.

Secondo **Sez. U, n. 17534/2018, Tria, Rv. 649752-01**, sia nel codice deontologico relativo alla professione forense previgente, sia in quello attualmente in vigore, l'elencazione delle eccezioni al divieto di inviare direttamente corrispondenza alla controparte ha una portata meramente esemplificativa, rientrandovi anche le ipotesi, non specificamente previste, nelle quali il collega della controparte sia stato informato o la corrispondenza sia stata inviata anche a lui e non siano rilevabili elementi idonei a denotare una mancanza di lealtà e

correttezza nell'operato del mittente o nel contenuto della corrispondenza. Tra dette eccezioni, pertanto, va ricondotto l'invio di una lettera raccomandata alla controparte, nella quale - senza richiedersi alla stessa il compimento di determinati comportamenti - siano fornite informazioni di fatti significativi nell'ambito dei rapporti intercorsi tra le parti, come l'avvenuto pagamento del debito da parte dei propri assistiti (si trattava nella specie dell'invio, non solo direttamente al legale della parte antagonista, ma anche per conoscenza a quest'ultima, insieme con l'assegno circolare a essa intestato a estinzione del debito dei propri assistiti, una lettera raccomandata, contenente alcune contestazioni a un conteggio asseritamente non corrispondente al tariffario forense effettuato dal collega avversario). Secondo le Sezioni Unite, una simile corrispondenza ha contenuto di natura sostanziale e risulta diretta a evitare l'inizio di procedure esecutive o altre iniziative pregiudizievoli, rivelando una finalità di prevenzione non dissimile da quella di molte delle eccezioni annoverate nella predetta elencazione non tassativa.

**Sez. U, n. 16977/2018, Vincenti, Rv. 649297-01** ha infine ritenuto integrare un illecito disciplinare la condotta dell'avvocato d'ufficio del minore che richieda ai genitori, in qualità di legali rappresentanti, il pagamento dei compensi per l'attività difensiva svolta senza attivare la procedura di liquidazione prevista dall'art. 82 del d.P.R. n. 115 del 2002 che, ai sensi dell'art. 118 d.P.R. cit., costituisce l'unico necessario strumento per ottenere il compenso, indipendentemente dalla circostanza che il minore possieda, o meno, i requisiti per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

### **3.2. Il procedimento disciplinare.**

Riguardo alle funzioni esercitate in materia disciplinare dai Consigli dell'Ordine degli avvocati, così come il relativo procedimento, **Sez. U, n. 19652/2018, Scarano, Rv. 649831-01** ribadisce la loro natura amministrativa e non giurisdizionale (Sez. U, n. 23540/2015, Rv. 637295-01). Ne consegue che i Consigli dell'Ordine non hanno il potere di conoscere dell'esecuzione delle sanzioni irrogate nei confronti degli iscritti, non potendosi in senso contrario invocare l'art. 35 del regolamento CNF n. 2 del 2014, la cui disciplina attiene - salva l'ipotesi della sospensione (su cui Sez. U, n. 22358/2017, Cirillo E., Rv. 645466-02) - agli aspetti meramente amministrativi dell'esecuzione.

Con riferimento alle comunicazioni nell'ambito del procedimento disciplinare a carico di avvocato, secondo la disciplina

anteriore a quella di cui all'art. 31 del regolamento CNF 21 febbraio 2014, n. 2, **Sez. U, n. 20685/2018, De Stefano, Rv. 650275-01** ha ritenuto che la normativa di cui agli artt. 50 e 46, comma 2, del r.d. n. 37 del 1934 vada integrata con le evoluzioni di quella in tema di notificazioni e comunicazioni da parte di enti pubblici non economici. Pertanto, il termine per l'impugnazione inizia validamente a decorrere per il destinatario della comunicazione integrale a mezzo PEC della decisione disciplinare da parte del Consiglio dell'Ordine, qualora egli non deduca in concreto alcuna violazione del diritto di difesa ma si limiti a lamentarne l'irritualità perché sostitutiva della notificazione a mezzo ufficiale giudiziario o per carenza di un'attestazione di conformità o altri requisiti formali previsti invece per gli atti del processo civile. In base alla disciplina vigente non si pone più la questione sulla piena legittimità di una trasmissione a mezzo PEC della decisione che definisce la fase amministrativa del procedimento disciplinare, attesa l'espressa previsione di tale forma di comunicazione nel testo dall'art. 31 del regolamento 21 febbraio 2014, n. 2, adottato dal consiglio nazionale forense ai sensi dell'art. 50, comma 5, **l. n. 247 del 2012**, in materia di «procedimento disciplinare», ai sensi del quale (rubricato «notificazione della decisione») *«copia integrale del provvedimento è notificata, anche via pec, a cura della segreteria del Consiglio distrettuale di disciplina: a) all'incolpato nel domicilio professionale o in quello eventualmente eletto; ...»*.

### 3.3. Il ricorso per cassazione.

Sull'impugnabilità delle decisioni del Consiglio nazionale forense in materia disciplinare dinanzi alle Sezioni Unite della S.C., **Sez. U, n. 20344/2018, Armano, Rv. 650268-01** ha ribadito i margini di apprezzamento riservati in sede di giudizio di legittimità. Ai sensi dell'art. 56, comma 3, del r.d.l. n. 1578 del 1933, infatti, le pronunce del CNF possono essere impuginate soltanto per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, nonché, ai sensi dell'art. 111 Cost., per vizio di motivazione per cui, salva l'ipotesi di sviamento di potere, in cui il potere disciplinare sia usato per un fine diverso rispetto a quello per il quale è stato conferito, l'accertamento del fatto e l'apprezzamento della sua gravità ai fini della concreta individuazione della condotta costituente illecito disciplinare e della valutazione dell'adeguatezza della sanzione irrogata non può essere oggetto del controllo di legittimità, se non nei



limiti di una valutazione di ragionevolezza (Sez. U, n. 24647/2016, De Stefano, Rv. 641769-01).

Sui profili procedurali va altresì richiamata **Sez. U, n. 19526/2018, Cirillo E., Rv. 649758-01** secondo cui la proposizione del ricorso per cassazione è soggetta al termine cd. lungo di cui all'art. 327 c.p.c., ove non vi sia stata valida notificazione d'ufficio della decisione impugnata e nessuna delle parti interessate abbia provveduto alla notificazione di propria iniziativa (in senso conforme Sez. U., n. 19565/2011, Goldoni, Rv. 618748-01). Si tratta pertanto di un'eccezione alla regola secondo cui la proposizione del ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio nazionale forense è soggetta - ai sensi dell'art. 36, comma 6, **l. n. 247 del 2012**, così come dell'art. 56, comma 3, del r.d.l. n. 1578 del 1933 - al termine breve di trenta giorni, decorrente dalla notificazione d'ufficio della pronuncia contestata (Sez. U., n. 16993/2017, Cirillo E., Rv. 644918-01).

Nella specie, mancando l'elezione di domicilio in Roma e risultando il solo domicilio in altro comune, la notificazione d'ufficio della decisione all'avvocato è stata, effettivamente, eseguita mediante deposito presso il Consiglio nazionale forense. Tuttavia, a seguito dell'introduzione del domicilio digitale, corrispondente all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'ordine di appartenenza, previsto dall'art. 16-*sexies* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, come modificato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, non è più possibile effettuare le comunicazioni o le notificazioni presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario precedente (se munito di PEC), anche se l'avvocato destinatario ha ommesso di eleggere il domicilio nel comune in cui ha sede quest'ultimo, a meno che, oltre a tale omissione, non ricorra altresì la circostanza che l'indirizzo di posta elettronica certificata non sia accessibile per cause imputabili al destinatario (Sez. 3, n. 17048/2017, D'Arrigo, Rv. 644961-01)

La S.C. ha esteso tale principio di diritto, enunciato riguardo al processo civile, al processo dinanzi al Consiglio nazionale forense, al quale si applicano norme e principi del codice di rito civile (art. 37, **l. n. 247 del 2012**; Sez. U, n. 13975/2004, Mensitieri, Rv. 575670-01), i quali unicamente per il giudizio di cassazione (art. 366, comma 2, c.p.c.; art. 16-*sexies*, d.l. n. 179/2012) prescrivono che, in mancanza di espresse indicazioni, le notificazioni devono essere effettuate in cancelleria (Sez. 6-3, n. 23289/2017, Frasca, Rv. 646756-01). Conseguenzialmente, non risultando dagli atti l'inaccessibilità dell'indirizzo di posta elettronica certificata dell'avvocato, non era consentita la notificazione della sentenza presso gli uffici del

Consiglio nazionale forense, per cui risultava operante il termine “lungo” di cui all’art. 327 c.p.c..

Sul vizio di motivazione e l’apprrezzamento della rilevanza disciplinare e della gravità del fatto **Sez. U, n. 30868/2018, Armano, Rv.** ha escluso che sia affetta da anomalia motivazionale - ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., come riformulato dall’art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012 (applicabile *ratione temporis*) - la sentenza del CNF che, a fronte di una condotta del professionista consistente nella proposizione di più azioni esecutive fondate su titoli emessi nei confronti del medesimo debitore, e da questi già regolarmente adempiuti, abbia applicato la sanzione della radiazione dall’albo, avuto riguardo, per un verso, alla accertata violazione dei fondamentali doveri professionali connessa con l’assunzione di iniziative connotate da malafede e colpa grave e, per altro verso, alla rilevante entità delle somme concretamente incassate, alla pluralità delle azioni poste in essere in esecuzione di un medesimo disegno criminoso nel corso degli anni, alla gravità del pregiudizio provocato alla controparte e all’immagine della categoria, nonché, al contegno successivo all’illecito, tradottosi nella restituzione di una parte soltanto del denaro indebitamente ricevuto.

**Sez. U, n. 09558/2018, Perrino, Rv. 648104-02** ha confermato l’orientamento consolidato secondo cui al rigetto e alla declaratoria di inammissibilità dell’impugnazione per cassazione avverso le decisioni in materia disciplinare del Consiglio nazionale forense consegue il raddoppio del contributo unificato, sussistendo i presupposti per l’applicabilità dell’art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 (in tal senso, tra le più recenti pronunce non massimate, Sez. U., 23 novembre 2017, n. 27897; Sez. U., 18 luglio 2017, n. 17720; Sez. U., 11 luglio 2017, nn. 17109 e 17108. Viene dunque superata la lettura di Sez. U., n. 26280/2013 D’Ascola, Rv. 628422-01).

### 3.4. Il nuovo codice deontologico e il principio del *favor rei*.

L’art. 65, comma 5, della nuova legge professionale prevede nella sua ultima parte: «l’entrata in vigore del codice deontologico determina la cessazione di efficacia delle norme pre vigenti anche se non specificamente abrogate. Le norme contenute nel codice deontologico si applicano anche ai procedimenti disciplinari in corso

al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato».

**Sez. U, n. 09558/2018, Perrino, Rv. 648104-01**, ricollegandosi alla giurisprudenza più antica e prevalente delle Sezioni Unite (inaugurata da Sez. U, n. 11025/2014, Cappabianca, Rv. 630847-01), chiarisce che le sanzioni disciplinari contenute nel codice deontologico forense hanno natura e sostanza amministrativa con la conseguenza che, con riferimento al regime giuridico della prescrizione, non è applicabile lo *jus superveniens*, ove più favorevole all'incolpato, quando la contestazione dell'addebito sia avvenuta anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina normativa.

Al di là dell'indirizzo, rimasto isolato, che riferisce anche alla prescrizione la norma del nuovo codice deontologico (Sez. U, n. 21829/2015, Petitti, Rv. 637128-01), la pronuncia in esame esclude che possa essere riconosciuta alle sanzioni disciplinari natura punitiva in base ai criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 23 novembre 1976, relativa al caso *Engel*, costantemente seguiti dalla giurisprudenza, anche costituzionale (da ultimo, Corte cost. 2 marzo 2018, n. 43) in virtù dei quali la natura della misura va qualificata in base: a) alla sua qualificazione in base al diritto nazionale; b) alla natura stessa della misura; c) alla natura e al grado di severità della sanzione (come ribadito dalla Corte EDU, grande camera, 15 novembre 2016, *A e B. contro Norvegia*).

Le Sezioni Unite chiariscono, nella specie, che la sanzione disciplinare è provvedimento amministrativo in base al diritto nazionale (criterio sub a) e lo stesso deve ritenersi in relazione al criterio sub b. (ritenuto il più importante, in base a Corte EDU, grande camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, n. 73053/01, par. 38), perché la sanzione non è inflitta dall'autorità giudiziaria, ma da un organo amministrativo. Si evidenzia, inoltre, che la sanzione non risponde, almeno direttamente, a una funzione deterrente e repressiva, bensì a una funzione inibitoria, a tutela sia degli utenti del servizio reso, dal professionista, sia del prestigio dell'ente di appartenenza. In relazione anche al criterio sub c, si sottolinea che la Corte EDU ha negato natura penale alla sanzione della cancellazione di un avvocato dall'albo professionale, facendo leva sulla considerazione che il suo scopo è ristabilire la fiducia del pubblico mostrando che in casi di violazioni gravi del codice di condotta l'associazione di categoria può vietare al professionista di svolgere la sua attività (Corte EDU 19 febbraio 2013, *Mueller-Hartburg c. Austria*). A maggior ragione, pertanto, può ritenersi nell'ipotesi in esame, in cui si discute della sanzione disciplinare della sospensione di sei mesi.

Ad analoga soluzione è già giunta la giurisprudenza della Cassazione con riguardo alle sanzioni disciplinari irrogate ai notai (Sez. 2, n. 02927/2017, Migliucci, Rv. 643161-01, ripresa, a proposito di quelle inflitte ai lavoratori pubblici con rapporto contrattuale, da Sez. L, n. 25485/2017, Di Paolantonio, Rv. 646112-01), nonché, in ambito penale, in riferimento alla sanzione disciplinare della sospensione dalla professione per un periodo determinato di un medico in relazione a una falsità in un'autocertificazione (Sez. 5, n. 35554/2016, Labate non massimata).

L'orientamento seguito da **Sez. U, n. 09558/2018, Perrino, Rv. 648104-01** evidenzia che il precetto della disposizione è dedicato unicamente al nuovo codice deontologico, sicché, lungi dall'investire l'intero impianto dell'ordinamento professionale disciplinare, esso si rivela univocamente improntato a regolare esclusivamente la successione nel tempo delle norme del previgente e di quelle dell'(allora) emanando nuovo codice deontologico (e delle ipotesi incriminatrici a esse rispettivamente correlate).

Di qui si trae la conseguenza che per tutti gli ulteriori profili dell'ordinamento disciplinare che non trovano la relativa fonte regolamentare nel codice deontologico (e, quindi, per la prescrizione, che è regolata da disposizione legale), resta operante il criterio generale dell'irretroattività delle norme in tema di sanzioni amministrative.

Criterio generale che risente della qualificazione degli illeciti, in particolare di quelli sanzionati in via amministrativa, espressione della discrezionalità legislativa, la quale giustifica, sul piano sistematico, la pretesa di potenziare l'efficacia dissuasiva della sanzione, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi (Corte cost. 20 luglio 2016, n. 193).

Alla medesima conclusione giunge altra parte della giurisprudenza sulla base una diversa prospettiva (Sez. U, 16 luglio 2015, n. 14905, seguita da 7 dicembre 2016, n. 25054) che richiama la sentenza con la quale la Corte costituzionale (Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236) ha stabilito che il principio di retroattività *in mitius*, riconosciuto dalla Corte europea di Strasburgo sulla base dell'art. 7 CEDU, non può riguardare le norme sopravvenute che modificano, in senso favorevole al reo, la disciplina della prescrizione, con la riduzione del tempo occorrente perché si produca l'effetto estintivo del reato.

L'inapplicabilità del principio postula quindi un diverso presupposto, ossia l'idoneità della misura, benché qualificata come amministrativa in base all'ordinamento interno, ad acquisire

caratteristiche punitive alla luce dell'ordinamento convenzionale della CEDU. Ciò perché la Corte costituzionale ha stabilito che il principio di retroattività *in mitius* consacrato dall'art. 7 della CEDU concerne le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni e non già quelle che regolano la prescrizione; laddove il principio regolato dall'art. 2, comma 4, c.p., «*riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche in melius di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo*», ivi compresa, quindi, quella concernente la disciplina della prescrizione.

In senso conforme a **Sez. U, n. 09558/2018, Perrino, Rv. 648104-01, Sez. U, n. 19653/2018, Scarano, Rv. 649977-01** ha ribadito che l'art. 65, comma 5, della l. n. 247 del 2012, nella parte in cui detta la disciplina transitoria in base al principio del *favor rei* - stabilendo che si applicano le norme più favorevoli per l'incolpato anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore -, si riferisce solamente alle norme del nuovo codice deontologico forense. Laddove si tratti, invece, di un atto d'impugnazione, la norma applicabile, con riferimento ai relativi termini, è quella vigente al momento della sua proposizione, in base al principio *tempus regit actum*. La S.C. ha nella specie stabilito che il termine perentorio d'impugnazione della decisione del Consiglio dell'ordine degli avvocati era quello stabilito dalla previgente disciplina - di venti giorni ex art. 50, comma 2, r.d.l. n. 158 del 1933 all'epoca ancora vigente - anziché quello di trenta giorni dalla data di notifica della decisione ex art. 33 del regolamento CNF 21 febbraio 2014 n. 2.

Nell'escludere che il CNF si sia sottratto al compito di verificare se le norme introdotte dal nuovo codice deontologico risultassero più favorevoli all'incolpato (imposto dall'art. 65, comma 5, della l. n. 247 del 2012), **Sez. U, n. 08038/2018, Campanile, Rv. 648102-02** ha affermato che il "comportamento complessivo dell'incolpato" contenuto nell'art. 21, comma 2, del nuovo codice deontologico forense, in riferimento alla congruità, nel merito, della sanzione, assume una valenza autonoma tale da prescindere dall'ipotesi relativa ad una pluralità di violazioni poiché, al fine di determinare la sanzione in concreto, non possono non venire in considerazione la gravità dell'infrazione, il grado di responsabilità, i precedenti dell'incolpato e il suo comportamento successivo al fatto.

#### 4. La responsabilità disciplinare dei notai.

In materia di responsabilità disciplinare dei notai, si segnala, sul piano generale, la pronuncia **Sez. 2, n. 29906/2018, Oliva, Rv. 651527-01** secondo cui, ai sensi dell'art. 146 l. n. 146 del 1913, nel testo modificato e integrato dal d.lgs. n. 249 del 2006, la prescrizione dell'illecito disciplinare del notaio è interrotta, analogamente a quanto avviene per la prescrizione del reato ai sensi dell'art. 160 c.p., da tutte le sentenze emesse nel corso del procedimento, siano esse confermativa o modificativa dell'entità della pena, posto che in ogni caso ribadiscono l'interesse dell'ordinamento alla persecuzione dell'illecito di carattere disciplinare.

La Corte ha considerato atto interruttivo della prescrizione, in quanto modificativa della sanzione, la sentenza con la quale la S.C. aveva cassato con rinvio la decisione del giudice d'appello perché, ai fini della determinazione della sanzione disciplinare concretamente irrogata al notaio incolpato, aveva fatto erroneamente riferimento a una legge estranea alla fattispecie, così incidendo sul trattamento sanzionatorio.

##### 4.1. Gli illeciti disciplinari.

Sul piano sostanziale, **Sez. 2, n. 10872/2018, Grasso, Rv. 648829-01** conferma la piena legittimità della previsione dell'art. 147, comma 1, lett. a), l. n. 89 del 1913 che punisce con la censura o con la sospensione fino ad un anno o, nei casi più gravi, con la destituzione, il notaio che 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. La S.C., al riguardo, pone in evidenza che la norma individua con chiarezza l'interesse meritevole di tutela (dignità e reputazione del notaio, decoro e prestigio della classe notarile) e la condotta sanzionata (comportamenti che compromettono tale interesse), il cui contenuto, sebbene non tipizzato, si ricava dalle regole di etica professionale e, quindi, dal complesso dei principi di deontologia oggettivamente enucleabili dal comune sentire di un dato momento storico (in senso conforme, sulla legittimità della individuazione in concreto rimessa agli organi di disciplina, Sez. 2, n. 17266/2015, Petitti, Rv. 636221-01).

Secondo apprezzamento compiuto, la norma rispetta gli artt. 3, 25 e 117 Cost. e l'art. 7 CEDU, tenuto conto che il principio di tipicità attiene, nella sua assolutezza, alla sola sanzione penale e che

detta norma viene integrata dal codice deontologico, il quale è rivolto ad una platea di soggetti perfettamente in grado, per qualificata professionalità, di coglierne perimetro e valenza ed è elaborato dalla loro stessa categoria professionale.

Con riferimento all'illecito disciplinare della violazione in modo non occasionale delle norme deontologiche elaborate dal Consiglio nazionale del notariato (art. 147, comma 1, lett. b), della l. n. 89 del 1913, come modificato dall'art. 30 del d.lgs. n. 249 del 2006), **Sez. 2, n. 29211/2018, Scarpa, Rv. 651386-01** ha ritenuto integrare la fattispecie la condotta del notaio che, in modo non occasionale, ometta di provvedere agli adempimenti che per disposizione di legge sono strumentali all'efficienza dei poteri di vigilanza amministrativa preordinati all'irrogazione di sanzioni, in quanto contraria al disposto di cui all'art. 14 del codice deontologico, approvato dal Consiglio nazionale del notariato, perché frettolosa, compiacente e inadeguata alla diligenza imposta ai notai.

Nel caso portato all'attenzione della S.C., il notaio aveva reiteratamente ommesso di inviare alla Regione Liguria copia degli atti di vendita per i quali non era stato esibito l'attestato di prestazione energetica, in violazione dell'obbligo posto a carico dei notai, quali garanti del rispetto delle norme sulla certificazione energetica, dall'art. 33, comma 11 *novies*, della legge regionale Liguria n. 22 del 2007, vigente *ratione temporis*, restando irrilevanti eventuali giustificazioni delle parti interessate e l'incidenza dell'omissione sul rapporto contrattuale intercorrente tra esse.

Sulla medesima violazione dell'art. 147, comma 1, lett. b), l. n. 89 del 1913, in correlazione con gli artt. 40, 41, 42 e 28 del codice deontologico, **Sez. 2, n. 29456/2018, Carrato, Rv. 651387-01** ha specificato che l'illecito in questione integra gli estremi di una fattispecie plurioffensiva, per cui non può ritenersi connotato dall'occasionalità il comportamento posto in essere con una pluralità di condotte protrattesi in un ampio lasso temporale, che di per sé escludono il verificarsi di un fatto propriamente episodico.

In merito al ruolo dei collaboratori del notaio si segnalano due pronunce che contribuiscono a definire i confini dell'attività che può essere delegata ad altri.

**Sez. 2, n. 10872/2018, Grasso, Rv. 648829-02**, in relazione all'art. 47, comma 2, l. n. 89 del 1913, come modificato dall'art. 12, comma 1, lett. b), della l. n. 246 del 2005, chiarisce che la norma consente al notaio, al quale resta attribuito il compito non delegabile di indagare la volontà delle parti, di avvalersi della collaborazione di personale di fiducia nella compilazione degli atti che, tuttavia, si deve

svolgere in sua presenza e sotto la sua direzione. Di conseguenza non risulta lecita, ai fini disciplinari, una gestione mediata e indiretta dello studio, perché il notaio “deve apparire” e non solo “parlare” con i propri atti, in quanto a lui, e non a non meglio individuati collaboratori, è affidato il sigillo dell’attestazione facente fede fino a querela di falso, unitamente al compito di alta consulenza dei contraenti. La S.C. ha così confermato la sanzione comminata per violazione del principio della personalità della prestazione, provata dalla abnorme attività di stipula svolta nel periodo considerato.

**Sez. 2, n. 29456/2018, Carrato, Rv. 651387-02** ha evidenziato che l’art. 28 del codice deontologico dei notai, che vieta agli stessi - salva la ricorrenza di esigenze di carattere eccezionale - di far intervenire negli atti i propri dipendenti come procuratori, non trova applicazione nell’ipotesi in cui in cui questi ultimi si limitino alla mera attestazione di circostanze relative ad atti di notorietà riguardanti gli aventi diritto alla successione. La S.C., nel riformare la decisione di merito, ha così escluso la violazione dell’art. 28 cit, avendo, nella specie, il collaboratore del notaio svolto un’attività di testimonianza riferita ad atti notori attinenti ad una vicenda successoria, su circostanze dallo stesso conosciute per esperienza diretta.

#### **4.2. Il procedimento disciplinare.**

Riguardo alle specificità del procedimento disciplinare, Sez. 2, n. 28905/2018, Scarpa, Rv. 651384-02 ha chiarito che gli atti che siano acquisiti dal Consiglio notarile distrettuale in virtù delle funzioni ispettive e di vigilanza sul regolare esercizio dell’attività notarile, oltreché di promovimento dell’azione disciplinare, attribuitegli dall’art. 93 *bis*, comma 2, della l. n. 89 del 1913 (legge notarile), come quelli trasmessi dall’Agenzia delle entrate, trovano disciplina in quest’ultima disposizione. Tali potestà ispettive sono espressamente funzionali alle attribuzioni, ad essi spettante per legge, di controllo del regolare esercizio dell’attività notarile, nonché di eventuale promovimento dell’azione disciplinare, esplicandosi in attività sottoposte al sindacato del giudice ordinario (Sez. 3, n. 20054/2013, Frasca, Rv. 628095-01).

Si tratta, quindi, di un’attività istruttoria preliminare, affidata al Consiglio notarile, volta ad individuare il fatto oggetto dell’addebito, le norme che si assumono violate e a formulare le conclusioni, senza che si ponga l’esigenza di garanzie di difesa, non essendo ancora pendente un procedimento disciplinare. Di conseguenza, gli atti acquisiti dal Consiglio notarile ai sensi dell’art. 93 *bis* legge notarile,



quali quelli, nelle specie, trasmessi dall’Agenzia delle entrate, trovano in tale norma la loro speciale e compiuta disciplina, e, seppur derivanti da indagini preliminari svolte in sede penale, possono essere utilizzati come elementi di giudizio dalla Commissione regionale di disciplina, dopo che siano stati sottoposti in contraddittorio all’incolpato. La S.C. ha escluso che rilevino sull’efficacia probatoria dei documenti trasmessi, e tanto meno sulla validità del provvedimento disciplinare emesso, né i limiti del segreto istruttorio imposto dall’art. 329 c.p.p., i quali sono dettati a tutela della riservatezza delle indagini penali, e non già dei soggetti coinvolti nel procedimento medesimo o di terzi, né i limiti generali stabiliti dalla l. n. 241 del 1990 in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

È stato inoltre affermato che la dispensa per rinuncia *ex art. 31* della l. 16 febbraio 1913, n. 89 (legge notarile) del notaio sottoposto a procedimento disciplinare, sopravvenuta in pendenza del giudizio di impugnazione di un provvedimento disciplinare emesso dalla Commissione amministrativa regionale di disciplina e prima del passaggio in giudicato della pronuncia sulla sanzione disciplinare, non comporta la cessazione della materia del contendere e, quindi, l’inammissibilità, per sopravvenuto difetto d’interesse, del ricorso per cassazione proposto contro l’ordinanza emessa in sede di reclamo dalla corte di appello, in quanto incidente sul concreto esercizio delle funzioni e non sullo *status* del notaio, il quale permane seppure in condizione di quiescenza (**Sez. 2, n. 28905/2018, Scarpa, Rv. 651384-01**).

La pronuncia richiama al riguardo l’orientamento consolidato della Corte di cassazione - già costantemente seguito con riferimento al procedimento disciplinare nei confronti di magistrati e applicato, con gli opportuni adattamenti, anche al procedimento disciplinare notarile - secondo cui la cessazione dal servizio per collocamento a riposo, dovuto al raggiungimento del limite di età, del notaio sottoposto a procedimento disciplinare, sopravvenuta prima del passaggio in giudicato della pronuncia che applica la sanzione disciplinare, comporta la cessazione della materia del contendere e, quindi, anche l’inammissibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, del ricorso per cassazione proposto contro la sentenza emessa in sede di reclamo dalla Corte di appello, con conseguente caducazione della sentenza stessa (**Sez. 6-3, n. 04001/2012, Segreto, Rv. 621628-01**). Tale interpretazione trae origine dalla considerazione che la definitiva cessazione dal servizio, prima del passaggio in giudicato della pronuncia che ha applicato la sanzione disciplinare, impedisce alla decisione di incidere sulle vicende di un rapporto ormai esaurito, in

quanto il potere disciplinare, coordinato alla necessità di mantenere l'ordine nell'istituzione, non ha ragione di esplicarsi se non in costanza del rapporto di servizio (riguardo al procedimento disciplinare nei riguardi dei magistrati, Sez. U, n. 3245/2010, Tirelli, Rv. 611406-01).

Diversa è l'ipotesi della dispensa per rinuncia dalle funzioni, poiché ai sensi dell'articolo unico della legge 18 febbraio 1983, n. 45, i notai che siano stati dispensati *ex art.* 31 della l. n. 89 del 1913 sono, a loro domanda, riammessi all'esercizio della professione con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della giustizia, a condizione che non abbiano compiuto il 65° anno di età, e vengono ammessi a concorrere alle sedi vacanti secondo i criteri previsti dalla citata legge 30 aprile 1976, n. 197.

La pronuncia in esame condivide l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa secondo cui la dispensa per rinuncia dalle funzioni, *ex art.* 31 legge notarile, incide unicamente sul concreto esercizio di dette funzioni e non sullo *status* di notaio, che, una volta conseguito, permane seppure in uno stato di quiescenza, tant'è che la riammissione *ex l.* n. 45 del 1983 all'esercizio professionale dei notai dichiarati decaduti o dispensati non corrisponde ad una vera e propria nuova nomina (Consiglio di Stato, sez. IV, 25 maggio 1996, n. 788). In sede di riammissione nel notaio già dispensato per rinuncia, la P.A., quindi, non ha gli stessi poteri previsti per l'ammissione, allorché il potere dell'Amministrazione può evitare l'assegnazione della funzione notarile a persona senza requisiti; invece, dopo l'ammissione all'esercizio dell'attività professionale, il relativo iniziale interesse del soggetto si trasforma in un vero e proprio diritto soggettivo ad esercitare la funzione notarile, essendo tipicamente disciplinate dalla legge le fattispecie di cessazione, destituzione, riammissione (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1392).



## CAPITOLO XXXIII

### 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. Il contenzioso elettorale.

#### 1. Premessa.

Le non numerose pronunce intervenute, nel corso del 2018, nella materia elettorale confermano pregressi orientamenti sforzandosi di dare coerenza e certezza al complesso quadro disciplinare anche ricorrendo a chiavi interpretative per lo più teleologiche, pervenendo così a soluzioni “a rime obbligate” rispetto ai principi sovranazionali ed al bilanciamento degli interessi rinvenibile dai precetti costituzionali.

#### 2. I diritti di elettorato. A) Elettorato passivo.

Con riferimento alle incompatibilità riguardanti i *consiglieri regionali* e sui rapporti tra la potestà legislativa statale e quella regionale in tema di incompatibilità alle cariche elettive, **Sez. 1, n. 14235/2018, Cristiano, Rv. 648935-01** – nel dichiarare l’incompatibilità, ai sensi dell’art. 65 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.), di un consigliere regionale alla carica di sindaco di un Comune campano con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti – afferma che la disciplina delle incompatibilità alle cariche elettive comunali derivanti da cariche elettive regionali resta riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost. Deve infatti escludersi una potestà concorrente delle singole regioni, cui compete di stabilire, ex art. 122, comma 1, Cost., soltanto le eventuali cause di incompatibilità alle cariche regionali derivanti da quelle comunali.

Chiarisce al riguardo la pronuncia ora in discorso che l’art. 117, comma 2, lett. *p*), Cost. riserva allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane, sicché la legge statale non può essere derogata od integrata dalla legge regionale, né può essere interpretata alla luce di quest’ultima, neppure nei casi di potestà legislativa primaria esclusiva delle regioni a statuto autonomo, secondo l’insegnamento di Corte cost. 21 ottobre 2011,

n. 277; una potestà legislativa concorrente sussiste nella sola materia elettorale regionale, ai sensi dell'art. 122, comma 1, Cost., secondo cui il sistema di elezione ed i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del presidente e degli altri componenti della giunta regionale, nonché dei consiglieri regionali, sono disciplinati con legge regionale nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato.

E' dunque consentito alle regioni, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dalla legge 2 luglio 2004, n. 165 (attuativa della citata norma costituzionale), disciplinare le cause di incompatibilità alle cariche elettive regionali derivanti da cariche elettive comunali, individuando cause non irragionevoli di affievolimento del divieto assoluto di cumulo previsto dalla legge statale, ma ciò non significa che nella materia di legislazione concorrente regionale possa essere ricompresa la speculare disciplina delle cause di incompatibilità a cariche elettive comunali derivanti da cariche elettive regionali, che resta appunto riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Altrimenti si finirebbe per attribuire alla legge regionale, mercé una non consentita interpretazione "sistematica", valenza abrogatrice o modificatrice della legge statale, tra l'altro male applicando il principio del "naturale carattere bilaterale della cause di ineleggibilità" pur affermato in via additiva dalla Corte costituzionale (sentenze n. 277/2011 cit. e successiva 5 giugno 2013, n. 120), ma in un'ipotesi in cui, in presenza di un'identica situazione di incompatibilità, la regola dell'esclusione operava in via unidirezionale e non reciproca, non potendo aversi alcuna sovrapposizione o confusione fra le diverse discipline relative alle distinte situazioni di incompatibilità, come già argomentato da Sez. 1, n. 16218/2007, Salvato, Rv. 598927-01.

La pronuncia in esame spiega poi la ragionevolezza della conclusione cui perviene: la *ratio* della detta incompatibilità fra due diverse cariche elettive é ispirata al principio di imparzialità e di efficienza della P.A. (art. 97 Cost.), stante l'esigenza non solo di evitare possibili conflitti di interesse, ma anche di non compromettere il libero ed efficiente espletamento dell'una carica in danno dell'altra; secondo il collegio, mentre lo svolgimento della funzione di consigliere regionale non è compromessa dalle modeste incombenze derivanti dal mandato di sindaco di un piccolo Comune, l'espletamento di tale mandato ben può essere compromesso dai più gravosi impegni cui è tenuto a far fronte il consigliere regionale.

Sempre relativamente alla posizione degli amministratori locali, ma in fattispecie di *infiltrazione o condizionamento mafioso dell'ente territoriale*, per le ipotesi di amministratori locali che hanno dato causa allo scioglimento dei consigli comunali o provinciali, **Sez. 1, n.**

**15038/2018, Mercolino, Rv. 649124-01**, puntualizza la peculiare sistematica di tale causa di incandidabilità affermando che la relativa dichiarazione ex art. 143, comma 11, T.U.E.L. non impone la verifica della commissione di un illecito penale o dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione, né l'adozione, nel corso del relativo procedimento, delle garanzie previste per l'applicazione delle sanzioni penali.

Non si tratta infatti di una misura sanzionatoria, secondo i principi elaborati dalla Corte EDU, bensì di una misura 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 locale.

Ribadendo pertanto la compatibilità della misura con le prescrizioni sovranazionali di derivazione convenzionale e con il quadro costituzionale delle garanzie dei diritti di elettorato, la pronuncia in commento si riallaccia esplicitamente all'insegnamento di Sez. U, n. 1747/2015, Giusti, Rv. 634129-01 e 634130-01, che già aveva escluso i dubbi di costituzionalità dell'art. 143 cit. evidenziando il carattere di rimedio di *extrema ratio* della temporanea incandidabilità dell'amministratore che ha dato causa allo scioglimento del consiglio dell'ente locale, in quanto volto ad evitare il ricrearsi delle situazioni cui la misura dissolutiva ha inteso ovviare, salvaguardando beni primari della collettività nazionale.

Sui *pubblici dipendenti* in generale e con riferimento all'eleggibilità degli stessi al consiglio regionale, **Sez. 1, n. 18150/2018, Pazzi, Rv. 649950-02** – richiamando l'insegnamento di Sez. 1, n. 382/2002, Vitrone, Rv. 552791-01 – afferma che ai fini della tempestiva rimozione della causa di ineleggibilità dei pubblici dipendenti di cui all'art. 2 della legge 23 aprile 1981, n. 154, da effettuarsi non oltre il giorno fissato per la presentazione delle candidature, non è sufficiente la presentazione della domanda di collocamento in aspettativa, ancorché seguita dall'astensione effettiva dalle attività inerenti all'ufficio rivestito, ma è necessario, ove l'amministrazione non provveda all'espressa accettazione di tale domanda, che sia trascorso il termine di cinque giorni successivi a

quello di presentazione della domanda, previsto dal comma 5 della medesima norma.

Si tratta – come non manca di rammentare la decisione in rassegna richiamando Corte cost. 10 marzo 2017, n. 56 – di disciplina intesa a garantire in modo rigoroso l’operatività sia delle dimissioni che del collocamento in aspettativa mediante la previsione di un termine brevissimo, allo scadere del quale, se la P.A. non ha adottato l’atto di sua competenza, si produce ugualmente l’effetto del venir meno della causa di ineleggibilità. Il contemperamento dell’esercizio del diritto di elettorato passivo e dell’esigenza di garantire il buon funzionamento della P.A. viene raggiunto attraverso l’emissione di un provvedimento di presa d’atto di carattere doveroso il cui unico margine di discrezionale consiste nel procrastinare la cessazione dalla funzione per un termine massimo di cinque giorni onde consentire all’amministrazione di organizzarsi altrimenti.

Infine, quanto ai *legali rappresentanti e dirigenti di strutture sanitarie* e nel solco dell’indirizzo già affermato da Sez. 1, n. 8772/1990, Saggio, Rv. 469073-01, in riferimento alla disciplina istitutiva del servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833), **Sez. 1, n. 19752/2018, Sambito, Rv. 650165-01**, scrutinando il caso di un legale rappresentante di struttura sanitaria privata siciliana in regime di accreditamento, afferma che il riordino del sistema sanitario recato dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 con la sostituzione delle unità sanitarie locali (articolazioni del Comune) con le aziende sanitarie locali (enti strumentali regionali; in Sicilia, aziende sanitarie su base provinciale) non ha comportato l’abrogazione della causa di ineleggibilità ai consigli comunali prevista per i legali rappresentanti delle strutture sanitarie private in regime di accreditamento poiché permane la *ratio legis* di prevenire la lesione della *par condicio* tra i candidati alla competizione elettorale, mediante la *captatio voti* da parte del titolare della struttura privata, il quale, trovandosi in una posizione di prestigio, ha la facile possibilità di condizionare il voto di un rilevante settore dell’elettorato.

## 2.1. (segue). B) Elettorato attivo.

Ribadisce **Sez. 1, n. 20952/2018, Di Marzio M., Rv. 650227-01**, decidendo in fattispecie di interdizione perpetua dai pubblici uffici e conformandosi a Sez. 1, n. 25896/2008, Salvago, Rv. 605293-01, che la sanzione accessoria dell’interdizione perpetua dai pubblici uffici conseguente ad una condanna penale, dalla quale deriva la cancellazione del condannato dalle liste elettorali, ai sensi dell’art. 2,

comma 1, lett. e), del d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, non si estingue a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, poiché, ai sensi dell'ordinamento penitenziario (art. 47, comma 12, della legge 26 luglio 1975, n. 354), il giudice di sorveglianza pronuncia ordinanza dichiarativa dell'estinzione della "pena detentiva e di ogni altro effetto penale", espressione che non può interpretarsi come ricomprensiva delle pene accessorie.

La decisione in commento non manca poi di rammentare che la perdita del diritto di voto prevista dall'ordinamento italiano in caso di condanna penale è stata giudicata conforme alla CEDU dalla sentenza della Grande Camera 22 maggio 2011, n. 126/05, *Scoppola c. Italia*, 3, in quanto la legislazione italiana lega il provvedimento alla gravità dei reati, sicché la misura non ha carattere generale ed automatico e non è applicata in modo indiscriminato (sul punto si v. anche Sez. 1, n. 788/2006, Salvago, Rv. 588432-01).

### 3. Il contenzioso elettorale.

Sono due i temi toccati in argomento. Sull'*azione popolare*, **Sez. 1, n. 18150/2018, Pazzi, Rv. 649950-01**, ribadisce la consolidata giurisprudenza di legittimità affermando che il giudizio introdotto per mezzo dell'azione popolare, involgendo posizioni di diritto soggettivo perfetto, non è sottoposto al rispetto di termini perentori, in ragione della sua natura non impugnatoria, a differenza del caso in cui la materia controversa sia stata oggetto di un tempestivo e specifico esame da parte dell'organo amministrativo competente, perché, in tale ipotesi, il ricorso deve essere proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla data di pubblicazione della deliberazione di convalida degli eletti, ovvero dalla data della notificazione di essa, quando necessaria.

Una volta esperita l'azione popolare, vengono attribuiti pieni poteri di cognizione al giudice ordinario, comprensivi anche di quello di correzione del risultato elettorale, non influenzabili dall'adozione di provvedimenti sopravvenuti del menzionato organo amministrativo, il cui procedimento non può, infatti, incidere sulla proponibilità e sugli esiti dell'azione giudiziaria.

Quanto al secondo tema, ancora relativo all'*incandidabilità degli amministratori locali per condizionamento mafioso dell'ente e relativo procedimento*, la già citata **Sez. 1, n. 15038/2018, Mercolino, Rv. 649124-02**, afferma che non vi è pregiudizialità in senso tecnico-giuridico tra il giudizio amministrativo di impugnazione del decreto di scioglimento del consiglio comunale o provinciale ed il



procedimento per la dichiarazione di incandidabilità ex art. 143, comma 11, T.U.E.L., trattandosi di giudizi aventi oggetto diverso, del tutto autonomi tra loro, che tuttavia possono presentare comunanza di questioni su aspetti probatori riguardanti le irregolarità commesse nella gestione dell'ente territoriale.

Entro tali limiti, la sussistenza dei presupposti per l'adozione del decreto di scioglimento può costituire oggetto di autonomo accertamento da parte del giudice adito per la dichiarazione di incandidabilità, non essendo la pronuncia di quest'ultimo subordinata alla definizione del giudizio di impugnazione del decreto di scioglimento dinanzi al giudice amministrativo. Del resto, nota la pronuncia in commento, attendere la definizione di tale ultimo giudizio si tradurrebbe inevitabilmente nella vanificazione delle finalità di prevenzione perseguite dal legislatore.



**CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
*UFFICIO DEL MASSIMARIO*

**Rassegna**  
**della giurisprudenza di legittimità**

**Gli orientamenti delle Sezioni Civili**

Anno 2018

**VOLUME III**



# INDICE



# VOLUME TERZO

## PRINCIPI DI DIRITTO PROCESSUALE

(coordinato da Rosaria Giordano)

### PARTE INTRODUTTIVA

#### I) L'EFFETTIVITA' DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

(di Stefano Giaime Guizzì)

1. Premessa..... 3
2. Effettività della tutela e giudizio civile: una questione non solo processuale..... 5
3. Fondamento e contenuto dell'effettività della tutela: un "personaggio in cerca di autore"? ..... 8
4. La conformazione del fatto al diritto come questione "metodologica"... 11

#### II) LA NULLITA' DEGLI ATTI PROCESSUALI

(di Laura Mancini)

1. Il principio di strumentalità delle forme processuali alla luce dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza ed effettività della tutela giurisdizionale..... 15
2. La sanatoria dell'atto nullo per raggiungimento dello scopo..... 18
3. Nullità degli atti digitali e scopo della disciplina del processo civile telematico..... 22
4. Principio di conservazione degli atti e inammissibilità del ricorso per cassazione per manifesta infondatezza delle censure relative alla violazione dei principi regolatori del giusto processo ex art. 360-bis, n. 2, c.p.c. .... 25
5. Principio di conservazione e inesistenza dell'atto processuale..... 28
6. Inammissibilità, improcedibilità e sanatoria..... 30

### CAPITOLO I

#### LA GIURISDIZIONE IN GENERALE

(di Angelo Napolitano)

1. Premessa..... 35
2. Regolamento preventivo di giurisdizione..... 37
3. Eccezione di difetto di giurisdizione e rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione..... 42
4. La cd. Translatio iudicii..... 44

## CAPITOLO II

### IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

*(di Stefania Billi)*

1. Premessa.....	47
2. Attività negoziale della P.A.....	47
3. Indennità, canoni, altri corrispettivi e procedure di rimborso.....	49
4. Sovvenzioni e finanziamenti.....	53
5. Appalti.....	55
6. Rapporti concessori e procedure ad evidenza pubblica.....	56
7. Concessioni di beni.....	57
8. Domande nei confronti della P.A. di accertamento della titolarità o per la tutela possessoria su beni immobili.....	58
9. Domande risarcitorie.....	59
10. Enti pubblici economici.....	63
11. Lodo arbitrale.....	63
12. Società: rinvio.....	64
13. <i>Status</i> della persona.....	64
14. Il rapporto di lavoro privatistico e quello presso le pubbliche amministrazioni.....	64

## CAPITOLO III

### LA GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE DELLE ACQUE PUBBLICHE

*(di Stefania Billi)*

1. Premessa.....	65
2. Criteri di riparto delle controversie tra tribunale delle acque e giudice ordinario.....	66
3. Criteri di riparto tra tribunale delle acque pubbliche e giudice amministrativo.....	68

## CAPITOLO IV

### LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI

*(di Dario Cavallari)*

1. Premessa.....	71
2. L'azione di responsabilità.....	71
3. Il giudizio di conto.....	73
4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico.....	74
5. I limiti della giurisdizione erariale.....	76
6. Profili processuali.....	78

## CAPITOLO V

### IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO

(di *Stefania Billi*)

1. Premessa.....	81
2. Giurisdizione nelle cause di scioglimento del matrimonio e di responsabilità genitoriale.....	83
3. Giurisdizione nelle controversie transnazionali di carattere negoziale.....	84
4. Controversie in tema di risarcimento dei danni.....	85
5. Immunità Stati esteri dalla giurisdizione civile.....	86
6. Diritto dei cittadini stranieri e giurisdizione.....	86

## CAPITOLO VI

### LA COMPETENZA

(di *Maria Elena Mele*)

1. Competenza per materia.....	89
1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace.....	89
1.2. Le controversie di competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.....	90
1.3. Le controversie di competenza del tribunale per i minorenni.....	91
1.4. Le controversie di competenza sezioni agrarie.....	91
1.5. Le controversie di competenza della Corte d'Appello.....	92
1.6. La competenza per la liquidazione dei compensi al difensore nel patrocinio a spese dello Stato.....	92
2. Competenza per valore.....	93
3. Competenza per territorio.....	95
3.1. Il foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione.....	96
3.2. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati.....	97
3.3. Il cd. foro del consumatore.....	97
3.4. Convenzione di deroga della competenza per territorio.....	98
4. Eccezione di incompetenza.....	99
5. Rilievo d'ufficio dell'incompetenza.....	101
6. Regolamento di competenza.....	102
6.1. Il procedimento.....	104
6.2. Regolamento di competenza necessario.....	104
6.3. Regolamento di competenza d'ufficio.....	105

## CAPITOLO VII

### LE DISPOSIZIONI GENERALI

(di *Laura Mancini*)

1. Il giudice. Astensione e ricusazione.....	109
2. Ausiliari.....	110
2.1. Il diritto al compenso.....	111
2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari.....	113



3. Litispendenza e continenza.....	114
4. Le parti ed i difensori.....	115
5. Successione nel processo.....	119
6. Successione nel diritto controverso.....	120
7. L'interesse ad agire.....	122
8. La legittimazione ad agire.....	127
9. I termini.....	131
9.1. La rimessione in termini.....	131
10. Le notificazioni.....	134
11. Processo civile telematico. Rinvio.....	143

## CAPITOLO VIII

### LE SPESE E LA RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA

*(di Donatella Salari)*

1. La condanna alle spese.....	145
1.1. Il principio di soccombenza.....	145
1.2. Liquidazione delle spese.....	148
2. Compensazione delle spese.....	150
3. Distrazione delle spese.....	151
4. Responsabilità processuale cd. aggravata.....	152

## CAPITOLO IX

### IL PROCESSO LITISCONSORTILE

*(di Angelo Napolitano)*

1. Premessa.....	157
2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica.....	159
2.1. Diritti reali.....	159
2.2. Comunione legale tra coniugi.....	162
2.3. Lavoro.....	163
2.4. Persone, famiglia e successioni.....	164
3. Litisconsorzio necessario in fase di gravame.....	166
3.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione.....	169
4. Conseguenze del rilievo del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame.....	170
5. 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.....	171
6. Litisconsorzio facoltativo.....	174

## CAPITOLO X

### LE PROVE

*(di Andrea Penta)*

1. Il principio di non contestazione.....	179
---	-----

2. Il disconoscimento delle scritture private, delle fotocopie e delle riproduzioni meccaniche.....	181
3. La querela di falso. ....	188
4. La confessione. ....	191
5. Il giuramento.....	194
6. La prova testimoniale. ....	194
6.1. L'incapacità a testimoniare.....	195
6.2. Le modalità di articolazione della prova testimoniale.....	196
7. La consulenza tecnica d'ufficio. ....	198

## CAPITOLO XI

### IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

*(di Andrea Penta)*

1. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria. ....	203
2. Il difetto di rappresentanza o di autorizzazione. ....	206
3. La mutatio e la emendatio libelli. ....	208
3.1. Controversie anteriori alla novella di cui alla l.n.353 del 1990.....	212
4. La concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.....	213
5. Il regime giuridico delle ordinanze istruttorie. ....	215
6. Le preclusioni istruttorie. ....	216
7. La rimessione in termini.....	219
8. Gli interventi volontari. ....	221
9. La natura dei provvedimenti del giudice istruttore. ....	222
10. La fase decisoria. ....	223
11. La deliberazione. ....	225
12. La condanna generica. ....	227
12.1. Sentenze non definitive.....	228
13. La decisione a seguito di trattazione orale.....	228
14. L'ultrattività del mandato alle liti. ....	230
15. La correzione dei provvedimenti giudiziali. ....	231
16. La tutela del contumace. ....	232
17. La sospensione del processo. ....	234
18. L'interruzione del processo. ....	237
19. L'estinzione del processo. ....	244

### *APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

#### L'ESAME DELLE QUESTIONI TRA ORDINE LOGICO E PRINCIPIO DELLA "RAGIONE PIU' LIQUIDA"

*(di Paolo Bernazzani – Andrea Venegoni)*

1. Premessa.....	247
2. Correlazioni con la giurisprudenza sul giudicato implicito. ....	250
3. Ragione più liquida e ricadute applicative. In particolare, i corollari in tema di ricorso incidentale condizionato.....	254

## CAPITOLO XII

### LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

(di Gian Andrea Chiesi)

1. Profili generali.....	261
2. La soccombenza.....	261
2.1.(Segue). La soccombenza, tra spese di lite e raddoppio del contributo unificato.....	263
3. I termini di impugnazione: il termine cd. breve.....	265
3.1. (Segue) Termine breve e sopravvenienze.....	268
3.2. (Segue) Il termine cd. lungo.....	269
3.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione.....	271
3.4. Le impugnazioni incidentali.....	275
4. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione.....	277
5. Il contumace involontario.....	280

### APPROFONDIMENTO TEMATICO:

#### INAMMISSIBILITA' E IMPROCEDIBILITA'

(di Anna Mauro)

1. Premessa.....	281
2. Inammissibilità: profili generali.....	283
2.1. Inammissibilità e procura alle liti.....	284
2.2. Inammissibilità per tardività del ricorso.....	287
2.3. Inammissibilità per difetto di tassatività e specificità dei motivi del ricorso per cassazione.....	290
2.4. Inammissibilità e specificità dei motivi di appello.....	295
2.5. Inammissibilità e mutatio ed emendatio libelli.....	297
3. Improcedibilità: profili generali.....	300
3.1. Improcedibilità dell'appello.....	301
3.2. Improcedibilità del ricorso per cassazione.....	302
4. Rinuncia al ricorso e declaratoria di improcedibilità o di inammissibilità.....	304
5. Conseguenze della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità.....	305

## CAPITOLO XIII

### L'APPELLO

(di Luigi La Battaglia)

1. Caratteri generali del processo d'appello.....	309
2. I provvedimenti impugnabili.....	310
3. Forme e termini dell'impugnazione.....	314
4. L'oggetto dell'impugnazione.....	317
5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione ex art. 346 c.p.c.....	318
6. Le parti e il contraddittorio.....	322
7. I <i>nova</i> in appello.....	323

## CAPITOLO XIV

### IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

*(di Salvatore Saija)*

1. Il ricorso per cassazione. Le novità normative. Evoluzione applicativa.	329
2. Il procedimento.	335
2.1. Notificazione del ricorso (o del controricorso).	336
2.2. Onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c.	340
2.3. L'interesse ad impugnare.	344
2.4. La legittimazione attiva.	344
2.5. L'impugnazione incidentale.	345
2.6. I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso).	347
2.7. Vizi denunciabili.	357
2.8. Ulteriori questioni procedurali.	366
3. Il giudizio di rinvio.	377

#### *APPROFONDIMENTO TEMATICO:*

### L'EVOLUZIONE DEL SINDACATO SULLA MOTIVAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE

*(di Antonio Scarpa)*

1. Premessa.	385
2. Il difetto di motivazione in senso formale.	386
3. La nozione di "fatto" ex art. 360, n. 5, c.p.c.	387
4. L'omesso esame degli elementi istruttori.	388
5. Il fatto noto da cui è desunto quello ignoto.	390
6. Il fatto «decisivo».	391
7. Il fatto «oggetto di discussione tra le parti».	391
8. L'errore sul fatto «non oggetto di discussione tra le parti».	392
9. Il «doppio conforme omesso esame circa un fatto».	392

## CAPITOLO XV

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

*(di Fulvio Filocamo, Angelo Napolitano ed Eleonora Reggiani)*

1. Premessa.	395
2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione.	396
3. Le decisioni escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost.	397
4. I requisiti dei provvedimenti impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione.	398
5. I provvedimenti riguardanti l'esercizio e la titolarità della responsabilità genitoriale.	399
6. Le statuizioni in materia successoria.	404
7. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione.	405

8. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere. ...	407
9. Le ordinanze sull'inammissibilità dell'appello <i>ex art. 348 ter c.p.c.</i> .....	409
10. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare e possessoria. ....	412
11. La statuizione d'inammissibilità dell'azione di classe. ....	413
12. La condanna alla pena pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 <i>bis</i> , del d.lgs. n. 28 del 2010.....	414
13. La liquidazione delle spese nel procedimento <i>ex art. 696 bis c.p.c.</i> .....	415
14. L'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione del giudice. ....	415
15. Altri provvedimenti non impugnabili. ....	416
16. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge. ....	417
16.1. Il ricorso del Procuratore Generale. ....	418
16.2. Il potere officioso della Corte. ....	419
16.3. L'enunciazione dei principi di diritto più rilevanti nell'interesse della legge.....	420

## CAPITOLO XVI

### GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

*(di Valeria Pirari)*

1. Premessa .....	423
2. Revocazione. ....	423
2.1. Dolo di una delle parti. ....	423
2.2. Acquisizione di documenti. ....	424
2.3. Errore di fatto cd. revocatorio. ....	425
3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione.....	427
4. Questioni procedurali. ....	432
5. Opposizione di terzo. ....	436

### APPROFONDIMENTO TEMATICO:

#### LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

*(di Francesca Picardi)*

1. Premessa .....	439
2. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2, e 336 c.p.c.....	440
3. Le impugnazioni e le preclusioni.....	442
4. Il giudicato ed il primato del diritto europeo. ....	447

## CAPITOLO XVII

### IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

*(di Giovanni Arnone)*

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro.....	451
1.1. Il rapporto d'impiego pubblico privatizzato. ....	451
1.2. Personale in regime di diritto pubblico. ....	454
1.3. Prestazioni previdenziali e assistenziali. ....	455
1.4. Rapporti con la giurisdizione contabile.....	456
1.5. Rapporti di lavoro all'estero e giurisdizione. ....	458

2. La competenza del giudice del lavoro.....	458
2.1. La competenza per materia.....	458
2.1.1. Controversie di lavoro e procedure concorsuali.....	459
2.1.2. Altre questioni di competenza.....	460
2.2. La competenza territoriale.....	461
3. La fase introduttiva del giudizio.....	463
3.1. La decadenza.....	463
3.2. Gli atti introduttivi.....	463
3.3. L'ampliamento del <i>thema decidendum</i> e <i>probandum</i> .....	465
4. Contenuti ed esecutorietà della sentenza ex art. 429 c.p.c.....	467
5. L'appello.....	468
6. Il ricorso per cassazione.....	471
7. Il cd. rito Fornero.....	472
8. Le controversie in materia di assistenza e previdenza. Questioni generali.....	477
8.1. L'opposizione a cartella esattoriale.....	478
8.2. L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis c.p.c.....	481

## CAPITOLO XVIII

### IL PROCESSO DI ESECUZIONE

*(di Raffaele Rossi)*

1. Titolo esecutivo.....	483
2. Espropriazione presso terzi.....	486
2.1. ( <i>segue</i> ). Accertamento dell'obbligo del terzo.....	488
3. Espropriazione immobiliare.....	490
3.1. ( <i>segue</i> ). La distribuzione del ricavato: rapporti tra esecuzione individuale, credito fondiario e fallimento.....	492
4. Espropriazione di beni indivisi: il giudizio di divisione.....	494
5. Le spese nell'espropriazione forzata.....	496
6. Opposizioni esecutive: profili comuni.....	498
7. Opposizione all'esecuzione.....	502
8. Opposizione agli atti esecutivi.....	504
9. Opposizione di terzo all'esecuzione.....	508

### APPROFONDIMENTO TEMATICO:

#### IL "PROGETTO ESECUZIONI" DELLA TERZA SEZIONE CIVILE DELLA SUPREMA CORTE

*(di Giovanni Fanticini)*

1. Il recupero della funzione nomofilattica.....	513
2. L'interrogazione preventiva del giudice della nomofilachia nell'ordinamento italiano e in altri ordinamenti.....	515
3. La <i>pilot-judgment procedure</i> della Corte europea diritti dell'uomo.....	516
4. La "buona prassi" del Progetto.....	517
5. Ulteriori prospettive.....	519

## CAPITOLO XIX

### I PROCEDIMENTI SPECIALI

(di *Andrea Penta*)

1. Procedimento d'ingiunzione. Giurisdizione e competenza.....	521
1.1. Il procedimento monitorio cd. puro: i crediti professionali.....	523
1.2. Notificazione del decreto ingiuntivo. ....	524
1.3. Giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. ....	525
1.4. Esecutorietà del decreto ingiuntivo. ....	527
1.5. Opposizione tardiva.....	530
2. Il procedimento per convalida di licenza e sfratto. ....	530
3. Procedimenti cautelari. ....	531
4. Procedimento sommario di cognizione. ....	532
4.1. Istruttoria.....	533
4.2. Impugnazione dell'ordinanza conclusiva.....	534
4.3. Procedimento sommario esclusivo in tema di liquidazione dei compensi professionali. ....	535
5. Procedimenti possessori.....	537
6. Procedimenti in camera di consiglio.....	538
7. Inventario. ....	539
8. Giudizio di scioglimento delle comunioni.....	540

## CAPITOLO XX

### L'ARBITRATO

(di *Fabio Antezza*)

1. Premessa.....	543
2. Controversie deferibili ad arbitri. ....	543
3. Distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale. ....	544
4. La clausola compromissoria.....	544
5. Arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale.....	547
6. Arbitrato ed appalto di opere pubbliche.....	549
7. Arbitrato societario. ....	550
8. Arbitrato in materia di lavoro. ....	552
9. Gli arbitri. ....	553
10. Procedimento arbitrale. ....	555
11. Nullità del lodo.....	557
11.1. Nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U. del 2016 al possibile <i>prospective</i> <i>overruling</i> . ....	560
12. Giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale. ....	562
13. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria.....	564
14. Regolamento preventivo di giurisdizione ed arbitrato estero. ....	566

## **Volume Terzo**

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE NEL  
DIRITTO PROCESSUALE





# PARTE INTRODUTTIVA

## I) L'EFFETTIVITA' DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

(DI STEFANO GIAIME GUIZZI)

SOMMARIO: 1. Premessa: occasione della riflessione ed una ricognizione generale del tema. – 2. Effettività della tutela e giudizio civile: una questione non solo processuale – 3. Fondamento e contenuto dell'effettività della tutela: un “personaggio in cerca di autore”? 4. La conformazione del fatto al diritto come questione “metodologica”.

### 1. Premessa.

Anche nell'anno 2018 la Suprema Corte, in talune sue pronunce, ha fatto applicazione del principio della “effettività della tutela giurisdizionale”.

Si prenderà pertanto spunto da esse, in questo scritto, allo scopo – più che di procedere ad una loro particolareggiata analisi – di interrogarsi sul fondamento di tale principio e, soprattutto, sul suo esatto contenuto. Infatti, gli esiti, per così dire, “variabili” ai quali ha dato luogo il ricorso ad esso (ora per supportare il richiamo al cd. *prospective overruling*, e dunque la mancata operatività di una decadenza processuale<sup>1</sup>, ora invece per corroborare la necessaria “stabilità” di una decisione, e con essa dei rapporti giuridici sottostanti<sup>2</sup>) rivelano l'interesse non puramente teorico della

---

<sup>1</sup> È il caso di **Sez. L, n. 07833/2018, Marchese, Rv. 648040-01**, secondo cui “Il mutamento del precedente orientamento giurisprudenziale, che ha portato a ritenere improcedibile l'appello ove non sia avvenuta la notificazione del ricorso, tempestivamente presentato nel termine di legge, e del decreto di fissazione dell'udienza, trova applicazione anche nell'ipotesi in cui in primo grado si sia verificata l'omessa notifica del ricorso di opposizione a cartella esattoriale e del decreto di fissazione di udienza, con conseguente l'applicazione dei principi a tutela dell'effettività dei mezzi di azione e difesa in materia di «prospective overruling»”.

<sup>2</sup> In tal senso **Sez. U, n. 08984/2018, Cirillo E., Rv. 648127-02**, secondo cui “Il combinato disposto dell'art. 391 bis e dell'art. 395, n. 4, c.p.c. non prevede come causa di revocazione della sentenza di cassazione l'errore di diritto, sostanziale o processuale, e l'errore di giudizio o di valutazione; né, con riguardo al sistema delle impugnazioni, la Costituzione impone al legislatore ordinario altri vincoli oltre a quelli, previsti dall'art. 111 Cost., della ricorribilità in cassazione per violazione di legge di tutte le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, sicché non appare irrazionale la scelta del legislatore di riconoscere ai motivi di revocazione una propria specifica funzione, escludendo gli errori giuridici e

domanda sollevata. Stabilire, infatti, quale sia la scaturigine e la portata del principio (nonché, come si vedrà, la correlazione esistente tra l'effettività dell'ordinamento e quella della tutela giurisdizionale), è funzionale a comprenderne la “*ratio*” e quindi, in definitiva, le sue stesse condizioni di operatività.

In quest'ottica, dunque, non sembra inutile rammentare come l'espressione “effettività della tutela” sia stata introdotta dal legislatore, in un primo tempo, nell'ambito solo di alcune discipline di settore e – quel che forse è di maggiore interesse – “con riferimento alla sola definizione di alcune controversie *stragiudiziali*, come quelle previste dall'oggi abrogato art. 8, comma 2, del d. lgs. 28 luglio 2000, n. 25316, in materia di bonifici transfrontalieri, e dall'art. 29 della l. n. 262 del 2005, che ha introdotto il nuovo art. 128-*bis* del T.U.B., relativo alle controversie tra i clienti e le banche o gli intermediari finanziari”<sup>3</sup>.

È stato, dunque, “con la legge di delegazione che ha poi condotto al codice del processo amministrativo che il paradigma è stato esteso alle controversie *giudiziali*”, essendo stato “l'art. 44, comma 2, lett. a) della l. 18 giugno 2009, n. 69, infatti, a prevedere tra i principi e i criteri direttivi vincolanti per il legislatore delegato quello di «assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo»”, previsione poi tradotta nell'art. 1 del suddetto codice. Si tratta – come nota la medesima dottrina – di un evenienza, forse, non casuale, al pari di quella per cui “gli indirizzi più ricchi” in ordine all'applicazione del principio “siano maturati nella giurisprudenza amministrativa”; che sia così, infatti, lo spiega soprattutto la storia, visto che “è stato il giudice amministrativo a dover emanciparsi dal compito di assicurare la giustizia «nella» amministrazione e crearsi il compito di imporre la giustizia «alla» amministrazione”, e dunque a porsi alla ricerca di strumenti che consentissero quella “massimizzazione della tutela” (giacché in ciò, come si vedrà, viene per lo più identificata l'essenza del principio in

---

*quelli di giudizio o valutazione, proponibili solo contro le decisioni di merito nei limiti dell'appello e del ricorso per cassazione, considerato anche che, quanto all'effettività della tutela giurisdizionale, la giurisprudenza europea e quella costituzionale riconoscono la necessità che le decisioni, una volta divenute definitive, non possano essere messe in discussione, onde assicurare la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché l'ordinata amministrazione della giustizia”.*

<sup>3</sup> Questa notazione è in Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4.

esame). Risultando, tra l'altro, in ciò "facilitato" dalla peculiare natura del rapporto giuridico processuale oggetto del giudizio amministrativo, giacché nello stesso vengono in rilievo "conflitti binari, che oppongono la situazione soggettiva del singolo al pubblico interesse"<sup>4</sup>.

Un ulteriore riferimento alla "effettività" della tutela – in una prospettiva che, questa volta, viene a congiungere l'attività "giudiziale" e quella "stragiudiziale" – è contenuta nell'art. 2, comma 2, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (recante "Nuova disciplina della professione forense"), che conferisce all'avvocato, qualunque sia la giurisdizione in cui espliciti la propria attività, "la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti".

Ma *quid iuris*, specificamente, per il processo civile e, soprattutto, all'interno di esso, per l'utilizzazione chi di esso può farne il giudice?

## **2. Effettività della tutela e giudizio civile: una questione non solo processuale.**

È stato di recente osservato, in dottrina, che "indipendentemente da qualsiasi norma espressa, è immanente al processo il principio per cui l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile la stessa – salva la necessità di previsioni esplicite in tema di tutela costitutiva – nei limiti della massima strumentalità tra diritto sostanziale e processo: in ciò consistendo il principio di atipicità delle forme di tutela, correlato a quello dell'atipicità dell'azione ricavato dall'art. 24, Cost."<sup>5</sup>. Riecheggia in questa impostazione, che identifica l'essenza del principio qui in esame nel "diritto ad un rimedio effettivo", l'idea, di ascendenza chiovendiana, secondo cui "il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce"<sup>6</sup>.

Un'impostazione, a ben guardare, che ha trovato rispondenza nella giurisprudenza costituzionale, se è vero che essa, ancora prima

---

<sup>4</sup> Così nuovamente Luciani, *op. cit.*, p. 14 e 18.

<sup>5</sup> In questi termini Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 209.

<sup>6</sup> Si veda Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 99 ss.

dell'enunciazione legislativa del principio, ha ritenuto che effettività della tutela “vuol dire che la pretesa fatta valere in giudizio deve trovare, se fondata, la sua concreta soddisfazione”<sup>7</sup>. Ma è soprattutto nell'ambito della giurisprudenza sovranazionale – e segnatamente in quella della Corte di Giustizia, oggi dell'Unione europea – che il diritto “ad un rimedio effettivo” ha trovato il suo più compiuto riconoscimento, quale diritto del singolo a che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse azionato. Una linea direttrice, questa, che dal diritto “al processo” ha condotto al diritto ad un “rimedio adeguato”, facendo così della correlazione tra diritto sostanziale e processo, “pur con una pluralità di espressioni diverse, un punto ormai fermo nelle tradizioni di *civil* e di *common law*”<sup>8</sup>.

Ma già in questa sua “derivazione” sovranazionale, il principio di effettività della tutela disvela, nuovamente, la sua natura “bifronte”.

Difatti, se è stato “in nome e in ragione dell'effettività che si è data gran parte della storica giurisprudenza della Corte di giustizia, ossia quella da cui sono derivati i principi ormai ritenuti fondanti un ordinamento autonomo ed articolato come quello dell'Unione” (ed il pensiero va “alle pronunce in materia di interpretazione conforme; a quelle attributive di effetti diretti alle direttive inattuate; o ancora a quelle relative alla responsabilità risarcitoria degli Stati”), non può sottacersi la circostanza che l'effettività è risultata “stretta tra la sua funzione di parametro di valutazione del corretto funzionamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione, e quella di strumento di protezione dei diritti individuali anche sul versante domestico”<sup>9</sup>.

Si conferma, così, già in tale ambito, quella relazione dialettica tra effettività dell'ordinamento ed effettività della tutela

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost. n. 63 del 1982.

<sup>8</sup> In tal senso Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 675. In senso analogo Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, 107 ss., e particolarmente, *sul diritto alla tutela giurisdizionale come diritto ad un rimedio effettivo*, 128 ss.

<sup>9</sup> Così Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, n. 5/18, 3.

che questo scritto – sebbene nei suoi contenuti limiti – ha l'ambizione di indagare.

Invero, già nel contesto comunitario (oggi, più propriamente, “eurounitario”), “suole distinguersi il criterio dell'effettività del diritto *tout court*, da quello dell'effettività della tutela giurisdizionale”, ove il primo dei criteri considerati “risulta finalisticamente orientato al perseguimento dell'obiettivo di assicurare l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione presso tutti i sistemi giuridici nazionali”, mentre il secondo “mira a garantire che gli interessi sottesi alle posizioni giuridico-soggettive attribuite ai singoli da norme promananti dall'ordinamento giuridico dell'Unione ricevano adeguata soddisfazione”<sup>10</sup>.

Una “tensione” non dissimile, a ben vedere, si registra – per volgere nuovamente lo sguardo alla realtà del giudizio civile – anche nell'ordinamento interno, ove l'effettività della tutela rischia di entrare in conflitto con altri principi cui deve ispirarsi lo svolgimento del processo (e la sua disciplina), potendo alla lunga – per tale via – collidere addirittura con l'effettività del diritto, o meglio con quel suo attributo indefettibile che ne è la “certezza”.

Si è detto, infatti, icasticamente che il principio di effettività della tutela è “corredato, oltre che da un antecedente logico, il diritto di accesso ad un giudice, da un profilo successivo, quello per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione: il che postula, astrattamente, una coincidenza di prospettive tra effettività della tutela ed efficienza della giurisdizione, quando invece le due istanze possono entrare in contrasto qualora, in nome del rilievo per cui la giustizia è una risorsa scarsa, o per il timore dell'abuso del processo, la ricerca di soluzioni che consentano al processo di funzionare nel modo migliore e più rapido pregiudichi l'aspirazione del singolo ad una tutela giudiziale «incondizionata», articolata su tre gradi di giudizio,

---

<sup>10</sup> Così, nuovamente, Vitale, *op. cit.*, 4. Sul punto si veda anche, tra i contributi più recenti, Porchia, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, 2014, IV, 2311 ss., ove, nel condurre un'analisi sui più recenti arresti della Corte di giustizia, si individuano i casi in cui la salvaguardia del sistema e la tutela individuale coincidono, e quelli in cui invece contrastano. Sul rilievo del principio di effettività nell'ordinamento eurounitario (nonché sulle implicazioni di tale tematica con quella dell'interpretazione conforme) si veda anche R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 3/2017, 377 e ss.

senza limitazioni o filtri di sorta”. Ed è, a ben vedere, proprio in questa “tensione” tra effettività della tutela ed efficienza della giurisdizione – giacché l’una “muove essenzialmente da una prospettiva individuale”, mentre l’altra “opera soprattutto sul piano dell’interesse generale” – che possono essere lette talune scelte del legislatore di questi anni, con riferimento al processo civile, “scelte volte a potenziare il ruolo delle forme alternative di risoluzione delle controversie, a contrastare l’abuso del processo con sanzioni di carattere economico o di tipo processuale, a trasformare l’appello in un giudizio sempre più a carattere impugnatorio, a ridurre gli spazi per il ricorso in cassazione, e via dicendo”<sup>11</sup>.

Tentare, dunque, se non di “sciogliere” tale contraddizione, almeno di definirne la portata, ci riporta all’interrogativo iniziale, ovvero alla necessità di definire il fondamento “extralegislativo” – nel caso del giudizio civile – del principio dell’effettività della tutela, ed il suo contenuto.

### **3. Fondamento e contenuto dell’effettività della tutela: un “personaggio in cerca di autore”?**

L’individuazione del fondamento costituzionale del principio in esame non è compito agevole, ma soprattutto esso non è – naturalmente – privo di conseguenze pratiche.

Difatti, sebbene costituisca “diritto vivente” della giurisprudenza costituzionale l’affermazione secondo cui “il legislatore può regolare in modo non rigorosamente uniforme i modi della tutela giurisdizionale a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima”, essa appare piuttosto ondivaga – secondo la ricognizione fattane dalla già citata autorevole dottrina<sup>12</sup> – nell’individuare il fondamento di tale principio. Difatti, il Giudice delle leggi, “dopo aver affermato, in un primissimo tempo (e molto prima della positivizzazione del principio) che l’effettività della tutela giurisdizionale sarebbe «garantita dall’art. 24 Cost. in via generale e dall’art. 113 Cost. nei confronti degli atti della pubblica amministrazione»”<sup>13</sup>, ha poi “oscillato tra il fondarla sugli artt. 3 e

---

<sup>11</sup> *In tal senso Pagni, op. cit., 211-212.*

<sup>12</sup> *Vedi Luciani, op. cit., p. 8.*

<sup>13</sup> *Corte cost., sent. n. 63 del 1982; conforme, ord. n. 176 del 1985.*

24 Cost.<sup>14</sup>, se non sul solo art. 2<sup>15</sup> o sul solo art. 113<sup>16</sup>”, ovvero sul “plesso normativo” di cui “agli artt. 24, 101, 103 e 113 Cost.”<sup>17</sup>.

Nondimeno, come non si è mancato di sottolineare da parte del medesimo studioso<sup>18</sup> – “fondare il principio sull’uno o sull’altro parametro ne condiziona – ovviamente – il regime”.

Invero, “postularne un radicamento costituzionale piuttosto che eurounitario o convenzionale implica – a tacer d’altro – la conseguenza che il principio potrebbe essere inserito fra quelli (“fondamentali” o “supremi”) che caratterizzano la nostra forma di Stato in modo così profondo da sottrarsi alla revisione costituzionale, il che è logicamente impossibile nell’ipotesi in cui si preferisca la sua fondazione extracostituzionale”. D’altra parte, non priva di effetti è anche “la scelta fra i trattati UE o la CEDU, almeno se si continua a ritenere (come sarebbe doveroso, per rispettare l’art. 11 Cost.) che i rapporti fra ordinamento eurounitario e ordinamento nazionale siano retti ancora dal principio di competenza e non da quello gerarchico”. Analogamente, “innocente” non è nemmeno “la scelta dell’uno o dell’altro parametro costituzionale: agganciarsi all’art. 97 o all’art. 3, specie al suo comma 2”, significa “postulare una fondazione del principio su esigenze *oggettive* e generali dell’ordinamento”, mentre “agganciarsi agli artt. 24, 103 o 113, invece, vuol dire postularne la fondazione su esigenze *soggettive*, nel senso che il principio viene legato alla condizione dei singoli e non si connette direttamente a quelle dell’ordinamento nel suo complesso”. Né risolutivo, infine, appare “il richiamo all’art. 111, perché il principio del giusto processo, ivi formalizzato, presidia allo stesso tempo un interesse oggettivo dell’ordinamento e una pluralità di diritti soggettivi delle parti del processo”.

È, dunque, in questa prospettiva – si passi il paragone – che il principio dell’effettività della tutela appare, ancora oggi, alla stregua di un pirandelliano “personaggio in cerca di autore”. Ciò che rileva, peraltro, sul piano non solo della dottrina, ma delle stesse

---

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 349 del 1987.

<sup>15</sup> Corte cost., sent. n. 251 del 1989; nonché sent. n. 204 del 2004 e ord. n. 335 del 2004.

<sup>16</sup> Corte cost., sent. n. 119 del 2013.

<sup>17</sup> Corte cost., sent. nn. 419 e 439 del 2005.

<sup>18</sup> Nuovamente Luciani, *op. cit.*, p. 9.



conseguenze pratiche, visto che l'alternativa tra la fondazione del principio su esigenze soggettive, piuttosto che oggettive, non è evidentemente priva di effetti, sol che “si pensi alle diverse soluzioni che, nei due casi, sono implicate a fronte, ad esempio, dell'estensione e delle modalità della tutela cautelare”, ovvero “del risarcimento del danno patito in ragione dell'eccessiva durata dei giudizi”, visto “che quanto più viene assicurato al singolo tanto più costa in termini di efficienza della macchina”, sovraccaricata di ulteriori domande giurisdizionali (valgono, sul punto, le note vicende della c.d. legge Pinto)”<sup>19</sup>.

Non meno ardua, del resto, è la stessa definizione “contenutistica” del principio, essendo l'effettività “una parola densa se riferita a fatti che possono far sorgere certe posizioni giuridiche soggettive”<sup>20</sup>, il cui rilievo, peraltro, non è ignorato neanche nelle dottrine “più pure” del diritto, anch'esse, infatti, inclini a ritenere che siano “presupposte come effettivamente valide solo le norme giuridiche le cui rappresentazioni siano efficaci”, in quanto se “le norme – e in particolar modo le norme giuridiche – hanno un contenuto tale che le relative rappresentazioni rimangono completamente inefficaci, allora anche la teoria del diritto non presuppone tali norme come valide”<sup>21</sup>.

Si tratta, allora, di riconoscere nella effettività – come sostenuto dalla dottrina qui già più volte citata – la “asseverazione della forza legittimante del fatto”, ovvero un attributo “dell'ordinamento nel suo complesso”, sicché quando “si parla di «effettività della tutela giurisdizionale»”, in realtà, si “opera un parziale scarto”, giacché “ci si riferisce ad un elemento singolo” dell'ordinamento, rispetto al quale, pertanto, sarebbe più corretto parlare di “efficacia”. Così ridefinita la nozione appare, almeno potenzialmente idonea, a “ricomporre” quella “tensione” di cui si diceva, se è vero che l'efficacia – in senso giuridico – è stata anche intesa come attitudine “a realizzare lo scopo specifico dell'atto normativo stesso nel modo più «economico» possibile (vale a dire

---

<sup>19</sup> Ancora Luciani, *op. cit.*, p. 9.

<sup>20</sup> Così Vettori, *L'attuazione del principio di effettività: chi e come*, in *Persona e Mercato*, 4/2017, 188.

<sup>21</sup> Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, trad. it. di J. Luther e E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013, 60.

con l'uso ottimale delle risorse disponibili”<sup>22</sup>. In questa prospettiva, dunque, “una tutela può dirsi tanto più efficace quanto più è idonea a modellare il fatto al diritto ottenendo un risultato «pratico»”, ma con la conseguenza che “quanto più la tutela è efficace e il modellamento del fatto opera nei singoli casi, tanto più è effettivo l'ordinamento, visto che la sua effettività complessiva altro non è che il risultato di una pluralità di singole conformazioni del fatto al diritto”: sicché, in definitiva, il “nodo, teorico e pratico assieme, allora, è in cosa debba risolversi questa conformazione del fatto al diritto”<sup>23</sup>.

#### **4. La conformazione del fatto al diritto come questione “metodologica”.**

Sotto questo profilo, dunque, il punto cruciale – in ciò non condividendosi del tutto la posizione dottrina, qui pure largamente illustrata (e fatta propria) – non sembra essere costituito dall'individuazione del soggetto che di tale processo debba farsi, in via di principalità, l'artefice, quanto piuttosto la definizione di un metodo.

Non si tratta, infatti, né di affermare un “primato” del diritto giurisprudenziale, fondato ora sul rilievo che “chi, se non il giurista di professione, può formulare norme univoche, coerenti, certe insomma nel contenuto”<sup>24</sup>, ora sulla ripulsa di quella che viene ritenuta, ormai, una “stucchevole idealizzazione della legge”<sup>25</sup>. Si tratta, piuttosto, di riconoscere – come è stato affermato con grande nitidezza – il cambio di “paradigma” conseguente al passaggio dallo stato “di diritto” a quello “costituzionale”, giacché “il costituzionalismo per valori, innestandosi su assetti sociali fortemente pluralizzati sul piano morale e religioso, tende in prospettiva a traslare in misura crescente la funzione di innovazione normativa dal diritto di produzione politica al diritto di fonte giurisprudenziale e a ridurre sensibilmente lo scarto fra produzione e applicazione del diritto, fino a corrodere uno dei postulati degli

---

<sup>22</sup> Pino, *Sul concetto di efficacia*, in A.A.VV., *Le metamorfosi del diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di Mancuso, Preterossi e Tucci, Milano - Udine, 2013, 84.

<sup>23</sup> Luciani, *op. cit.*, p. 13.

<sup>24</sup> L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 577.

<sup>25</sup> P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2013, 61.

ordinamenti di *civil law*: l'idea che la decisione collettiva pubblica esibisca una forza razionale e possieda un valore morale superiori rispetto alla scelta individuale concreta (la sentenza, in primo luogo, ma anche il contratto)<sup>26</sup>.

In questo quadro, tuttavia, in cui “il ruolo della fattualità nella ricognizione delle premesse delle decisioni giudiziarie” può indurre “a tollerare una dose non lieve di incertezza e imprevedibilità delle pronunce giurisdizionali per garantire il più rapido e flessibile adattamento della legalità alle aspettative di tutela che si levano dal caso concreto”<sup>27</sup>, ciò che va – anche ad avviso di chi qui scrive – rifiutato è l'idea che la certezza del diritto, come categoria concettuale (e, dunque, come “specificata manifestazione giuridica del raccordo pace-sicurezza-statalità” dell'ordinamento<sup>28</sup>) possa cedere il passo ad una “indeterminazione controllata” o ad una “incertezza programmata”, che consenta di “modulare ogni decisione sulla situazione contingente”<sup>29</sup>, giacché davvero ciò equivarrebbe a “decretare” l'avvento di quella “decisione incalcolabile”<sup>30</sup>, nella quale tanta (ed autorevolissima) dottrina civilistica coglie il segno di quel “nichilismo giuridico”, se non di quella “eclissi del diritto”<sup>31</sup>, che costituirebbe uno dei tratti distintivi – sul piano dell'esperienza giuridica – del “post-modernismo”.

Va, invece, ribadito con forza che la funzione del processo è, certo, la soddisfazione della parte vittoriosa, ma “lo è solo dal punto di vista individuale e soggettivo, mentre dal punto di vista generale ed oggettivo non è altro che il ripristino della certezza, che la stessa esistenza di una controversia ha messo in discussione”, e, dunque, pretendere su tali basi, dal giudice – proprio perché il giudizio non si esaurisca nella sola prestazione di un “rimedio effettivo”, trascurando le esigenze di effettività dell'ordinamento tutto – rigore concettuale nell'elaborazione dei propri *dicta* e, parimenti, coerenza nella loro applicazione. Difatti – come del resto riconosce proprio

---

<sup>26</sup> In tal senso Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. e soc.*, 2011, 139.

<sup>27</sup> Ancora Scaccia, *op. cit.*, 138.

<sup>28</sup> Luciani, *op. cit.*, 33.

<sup>29</sup> Vedi Rimoli, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in *AA.VV.*, *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di Modugno, II, Milano, 2000, 103.

<sup>30</sup> Il riferimento non può che essere a Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>31</sup> Sul punto si veda Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

la dottrina qui più volte citata<sup>32</sup> – se “la certezza esige conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi”, che è quanto deve ancora pretendersi dal potere legislativo (pur in epoca di “diritto liquido”, basato essenzialmente su una *soft-law*, ovvero su una legislazione per principi), essa impone, d'altra parte, che “le pronunce giurisdizionali siano sistematicamente coerenti, perché anche questa esigenza si connette alla certezza”.

In definitiva, “effettività” del diritto ed “efficacia” della tutela giurisdizionale richiedono, in eguale misura, una “Potestà legislativa (art.117, Cost.) espressione di un Potere di indirizzo politico, una Magistratura Indipendente (art. 101, Cost.) capace di un'effettiva *nomofilachia* e una Scienza Libera (art. 33, Cost.), dotata di un'effettiva *Auctoritas*: elementi, tutti, alla “base di un ordine conforme ai valori espressi dal patto costituente”<sup>33</sup>.

A ciascuno di tali soggetti spetta – certo, nel rispetto dei rispettivi ruoli<sup>34</sup>– inverare quell'antico ammonimento secondo cui “*legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta esse possit*”<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Luciani, *op. cit.*, pp. 31 e 35.

<sup>33</sup> Vettori, *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>34</sup> Ma anche nella consapevolezza – quanto, in particolare, ai rapporti tra poteri legislativo e giudiziario – che costituisce una “innegabile realtà degli ordinamenti degli Stati democratici contemporanei” la circostanza che essi “non hanno mai attuato in modo letterale e meccanico il principio illuministico della divisione dei poteri”, ciò che “corrisponde anche a quel principio di equilibrio e di reciproco controllo fra i poteri che contraddistingue la nostra Costituzione”; così C. Cost., sent. n. 283 del 1986.

<sup>35</sup> Bacone, *De dignitate et augmentis scientiarum*, L. VIII, C. III: *De justitia universali sive de fontibus juris*, Aph. VIII.



## II) LA NULLITA' DEGLI ATTI PROCESSUALI

(DI LAURA MANCINI)

SOMMARIO: 1. Il principio di strumentalità delle forme processuali alla luce dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza ed effettività della tutela giurisdizionale. – 2. La sanatoria dell'atto nullo per raggiungimento dello scopo. – 3. Nullità degli atti digitali e raggiungimento dello scopo nella disciplina del processo civile telematico. – 4. Principio di conservazione degli atti e inammissibilità del ricorso per cassazione per manifesta infondatezza delle censure relative alla violazione dei principi regolatori del giusto processo ex art. 360-bis, n. 2, c.p.c. – 5. Principio di conservazione e inesistenza dell'atto processuale. – 6. Inammissibilità, improcedibilità e sanatoria.

### **1. Il principio di strumentalità delle forme processuali alla luce dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza ed effettività della tutela giurisdizionale.**

Dal sistema delle norme di diritto processuale civile è possibile trarre una nozione di forma dell'atto processuale connotata da significativa ampiezza rispetto a quella degli atti del diritto sostanziale, in quanto in essa è compreso l'insieme dei requisiti estrinseci che partecipano alla formazione della fattispecie dell'atto, ad esclusione di ciò che lo precede, ovvero il processo di formazione della volontà, e di ciò che lo segue, ovvero i suoi effetti tipici (Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 533).

La forma non costituisce, dunque, uno dei requisiti dell'atto processuale, ma rappresenta il modo stesso in cui viene esercitato il potere di cui esso è estrinsecazione.

In forza della rilevanza “contenutistica” delle forme processuali – in ragione della quale la disciplina degli atti processuali, ancorché formale, viene definita di forma-contenuto (Redenti, *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 113) - gli effetti tipici dell'atto, i quali, unitariamente considerati, coincidono con la stessa tutela giurisdizionale, sono del tutto indipendenti dalla volontà in esso manifestata perché discendono dalla sola conformità al paradigma legale.

Il ruolo primario che assume la forma nella dinamica effettuale degli atti processuali civili non va, tuttavia, confuso con il formalismo, termine che ha acquisito nella cultura europea un'accezione ricca e polivalente, di natura filosofica, epistemologica, interpretativa e pratica, ma anche una connotazione negativa, essendo talora impiegato per evidenziare un'eccessiva o esclusiva importanza della forma rispetto alla funzionalità (Ruosi, *Commento sub art. 156 c.p.c.*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da

Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, II, Torino, 2012, 1063 e ss.).

L'intero ordinamento processuale civile è, infatti, permeato dal principio di strumentalità o di congruità delle forme allo scopo, per il quale la forma degli atti del processo deve costituire uno strumento idoneo per il raggiungimento di un determinato risultato, il quale va individuato nell'attuazione del diritto sostanziale, posto che la funzione del processo è quella di dare al titolare di una situazione giuridica soggettiva tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire (Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, I, Napoli, 1933, 42).

Tale principio ha ottenuto una significativa rivitalizzazione in conseguenza dell'enunciazione costituzionale dei principi regolatori del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. riformato dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 e, in particolare, del canone di effettività della tutela giurisdizionale, alla luce del quale deve essere esclusa la legittimità di soluzioni interpretative che attribuiscono rilevanza a formalismi non giustificati da effettive e concrete esigenze difensive.

Attraverso una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 121, 131 e 156, commi 2 e 3, c.p.c. (da cui principalmente si trae la regola della congruità delle forme allo scopo) è possibile rilevare che lo scopo obiettivo degli atti processuali è, in verità, duplice posto che, accanto al risultato tipico cui è inteso il singolo atto, si colloca il fine ultimo della definizione del giudizio attraverso una pronuncia di merito, ovvero, in altre parole, la stessa tutela giurisdizionale dei diritti dedotti in giudizio e, quindi, in definitiva, il giusto processo (Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, §§ 125 e 182.2).

Ne discende che il giudice chiamato ad accertare l'invalidità degli atti processuali deve verificare se alla deviazione della forma-contenuto rispetto al paradigma legale sia effettivamente conseguito il mancato raggiungimento del risultato pratico avuto di mira dal legislatore in relazione alla fattispecie concreta, nonché allo scopo generale del processo che è rappresentato dalla definizione del giudizio mediante una pronuncia di merito.

Corollario del principio di strumentalità delle forme è il principio di conservazione degli effetti giuridici degli atti, il quale si manifesta attraverso le cause di sanatoria disseminate nel codice di rito, ovvero di meccanismi finalizzati, con modalità ed effetti differenti, a rimediare agli errori commessi dalle parti nel compimento degli atti processuali, affinché lo stesso processo

originariamente avviato possa raggiungere il suo scopo. Solo quando non operi alcuno di detti istituti per assenza dei presupposti di legge o per l'inerzia della parte interessata e il procedimento rimanga viziato, la nullità si pone al giudice come una questione pregiudiziale di rito idonea a definire il giudizio per *absolutio ab instantia* (Poli, *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, 353 e ss.).

I rimedi predisposti dal legislatore al fine di recuperare gli atti processuali che si discostano dal paradigma legale vanno, in particolare, identificati nelle ipotesi di convalidazione oggettiva e soggettiva in cui la nullità dell'atto, pur sussistente è inopponibile (come nel caso di raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156 comma 3, c.p.c., di decadenza dall'eccezione di nullità ai sensi dell'art. 157, comma 2 e 3, c.p.c., di ratifica dell'atto viziato e del passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio in cui si inserisce l'atto viziato); nelle cause di sanatoria vere e proprie (come la *translatio iudicii*, la rinnovazione, l'integrazione del contraddittorio ex art. 102 c.p.c., il meccanismo correttivo di cui all'art. 182 c.p.c.; le misure di correzione della nullità con funzione reintegrativa ed efficacia *ex nunc* (art. 162, comma 1, c.p.c., art. 354, comma 4); nella rimessione in termini ex art. 153, comma 2, c.p.c.).

I principi di strumentalità e di conservazione degli atti del processo assolvono, altresì, alla funzione di canoni interpretativi che il giudice deve osservare nell'applicazione delle norme sulla nullità processuale.

Anche tale importante valenza ermeneutica riceve linfa vitale dai canoni sovranazionali di effettività, funzionalità e celerità dei modelli processuali, oltre che dal principio, di matrice eurounitaria, di proporzionalità e di ragionevolezza.

Come recentemente evidenziato dalla stessa giurisprudenza di legittimità (**Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-01-02-03**), il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 6 della CEDU assume primaria rilevanza anche in materia di nullità processuali in quanto impone di valorizzare l'orientamento teleologico del processo verso la decisione di merito in sede di scrutinio sull'adeguatezza delle forme degli atti rispetto al paradigma normativo.

Il principio di proporzionalità previsto ai paragrafi 3 e 4 dell'art. 5 TUE, nonché agli artt. 49, paragrafo 325, e 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali viene, invece, in rilievo in quanto, in forza di esso, la legittimità di qualsiasi norma implicante il sacrificio di altri diritti ed interessi è subordinata alla verifica di



una rigorosa e proporzionale corrispondenza tra lo scopo perseguito e quanto sia strettamente necessario per raggiungerlo.

In applicazione del principio di proporzionalità la Corte di Strasburgo ha, infatti, stabilito che, alla luce dell'art. 6 della CEDU, la nullità deve essere limitata ai soli casi in cui sussista un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo avuto di mira (Corte EDU, 16 giugno 2015, ric. n. 20485/06; Corte EDU, 15 settembre 2016, ric. 32610/07; Corte EDU, 21 febbraio 2008, C- 426/05; Corte EDU, 24 aprile 2008, ric. n. 15349/06).

In tale rinnovato contesto culturale, anche la Corte di cassazione ha mostrato una sempre maggiore sensibilità rispetto all'obiettivo costituzionale del giusto processo, così confermando una tendenza ad allontanarsi dall'approccio formalistico che aveva caratterizzato le pronunce in materia di nullità processuale degli ultimi decenni.

Sempre più consapevole appare, infatti, il convincimento dei giudici di legittimità secondo il quale i parametri normativi di cui all'art. 6 della CEDU e all'art. 47 della Carta di Nizza impongono di valutare in termini di ragionevolezza e di proporzionalità gli impedimenti al pieno dispiegarsi della tutela giurisdizionale attraverso la valorizzazione dell'assetto teleologico delle forme del processo, nel convincimento che le norme processuali costituiscono solo lo strumento per garantire la giustizia della decisione, così che devono essere interpretate in modo funzionale alla statuizione sul merito piuttosto che ad esiti abortivi del processo (paradigmatiche, a riguardo, sono Sez. 3, n. 10916/2017, Rossetti, Rv. 644015-01; Sez. U, n. 25513/2016, Manna, 641784-02; Sez. U, n. 10648/2017, D'Ascola, Rv. 643945-01; **Sez. U, n. 10266/2018, Cirillo E. Rv. 648132-02; Sez. 2, n. 30927/2018, Giannaccari, Rv. 651536-01**).

## **2. La sanatoria dell'atto nullo per raggiungimento dello scopo.**

La fattispecie di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c. costituisce una delle espressioni più significative dei principi di strumentalità delle forme e di conservazione degli atti invalidi, ma non integra un'ipotesi di sanatoria in senso proprio - la quale postula una declaratoria di nullità che, nella specie, è, invece, scongiurata proprio dal raggiungimento dello scopo dell'atto -, ma, piuttosto, di convalidazione, che si verifica ove all'imperfetta formulazione dell'atto sopravvenga il risultato materiale al quale lo stesso è preordinato *ex lege*. L'evento sopravvenuto si somma all'atto imperfetto e dà luogo ad una fattispecie sussidiaria rispetto alla

corrispondente fattispecie perfetta, i cui effetti retroagiscono al momento del compimento dell'atto invalido (Martinetto, *Della nullità degli atti processuali*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1973, 1576 e ss.; in giurisprudenza, si veda Sez. 5, n. 1184/2001, Marziale, Rv. 543497-01) delineando, accanto alla fattispecie conforme allo schema legale dell'atto, una fattispecie equipollente o conforme agli scopi produttiva degli stessi effetti della prima.

In dottrina è ancora controversa la nozione di scopo rilevante ai fini dell'art. 156 c.p.c. Esso è stato identificato da alcuni con gli effetti giuridici propri dell'atto (Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, I, 538), da altri con la soddisfazione dell'interesse per il quale il legislatore prescrive un determinato modello formale (Tarzia, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano 1967, 26 ss).

Altra opinione lo individua nelle conseguenze puramente materiali dell'atto che, secondo alcuni autori (Denti, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983, 189 ss.; Proto Pisani, *Violazione di norme processuali, sanatoria «ex nunc» o «ex tunc» e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1720), coincide con l'evento fisico che l'atto invalidamente posto in essere è inteso a provocare, dovendosi, in particolare, ritenere raggiunto quando la controparte assolve all'onere o esercita il potere la cui costituzione è prevista quale effetto dell'atto; e secondo altri (Satta-Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 243) consiste nella funzione concreta dell'atto che l'osservanza delle formalità prescritte assicura. Per altra dottrina occorre, invece, fare riferimento allo scopo oggettivo assegnato dalla legge (Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 533), mentre un Autore (Giovanardi, *Sullo scopo dell'atto processuale in relazione alla disciplina della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 281 e ss.) ritiene che occorre avere riguardo alla *ratio* della norma che regola l'atto, alle sue finalità e all'interesse perseguito dalla legge nel prevedere una determinata disciplina.

Nella giurisprudenza di legittimità l'esigenza di conservazione che pervade il sistema delle norme codicistiche sulla nullità interpretate alla luce dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di proporzionalità di matrice costituzionale e sovranazionale si è tradotta in un sempre più riconoscimento del meccanismo della convalidazione oggettiva per raggiungimento dello scopo.

Con specifico riferimento all'anno in rassegna, occorre a riguardo considerare **Sez. 2, n. 19264/2018, Varrone, Rv. 649706-01**, per un'applicazione del principio ex art. 156, comma 3, c.p.c. in materia di giuramento decisorio e **Sez. L, n. 02827/2018, Blasutto, Rv. 647400-01**, la quale ha ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità o improcedibilità del ricorso per cassazione, per recare una errata intestazione della parte contro cui è proposto, qualora esso sia stato notificato proprio al soggetto che era stato parte in causa nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata e che, resistendo nel grado di giudizio di legittimità, dopo avere proposto l'eccezione per il motivo sopra esposto, si sia difeso nel merito.

Occorre, inoltre, segnalare **Sez. 1, n. 11193/2018, Caiazzo, Rv. 648451-01**, la quale ha chiarito che la nullità dell'atto di riassunzione non deriva dalla mancanza di uno o più dei requisiti di cui all'art. 125 disp. att. c.p.c., bensì dall'impossibilità del raggiungimento dello scopo a causa della carenza di elementi essenziali quali il riferimento esplicito alla precedente fase processuale, l'indicazione delle parti e di altri elementi idonei a consentire l'identificazione della causa riassunta, le ragioni della cessazione della pendenza della causa stessa; il provvedimento del giudice che legittima la riassunzione; la manifesta volontà di riattivare il giudizio attraverso il ricongiungimento delle due fasi in un unico processo.

Un'altra interessante applicazione della sanatoria ex art. 156, comma 3, c.p.c. si rinviene in **Sez. L, n. 14840/2018, Di Paolantonio, Rv. 649243-01**, la quale ha affermato che la notificazione eseguita dall'avvocato domiciliatario abilitato alla sola ricezione degli atti, e non anche al compimento dell'attività di impulso processuale, in quanto proveniente da soggetto astrattamente dotato di *ius postulandi*, e potenzialmente idonea ad assolvere alla funzione conoscitiva che le è propria, deve ritenersi nulla e non inesistente, ai sensi dell'art. 11 della l. 21 gennaio 1994, n. 53, e, dunque, suscettibile di sanatoria *ex tunc* per conseguimento dello scopo, in quanto i principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo impongono di circoscrivere l'inesistenza della notificazione alle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività che sia priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile il suo prodotto come notificazione, mentre va ricondotta alla categoria delle nullità ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale. Sulla stessa linea si sono collocate **Sez. L, n. 14100/2018, Rv. 649236-01, Cinque, Rv. 640603-01**,

secondo cui non è inesistente, ma nulla, e, quindi, è sanabile per raggiungimento dello scopo, ovvero attraverso la costituzione del destinatario, la notificazione dell'impugnazione presso il procuratore domiciliatario deceduto; **Sez. 2, n. 11154/2018, Manna F., Rv. 648032-01**, secondo cui la nullità della notificazione degli atti processuali nei confronti dell'Avvocatura di Stato derivante dall'uso dell'indirizzo PEC deputato alle comunicazioni istituzionali in luogo di quello destinato alle comunicazioni processuali è causa di nullità della notifica, la quale è sanata, con efficacia *ex tunc*, dall'opposizione del Ministero ex art. 5-ter della legge 24 marzo 2001, n. 89, non ostando alla produzione di tale effetto l'affermazione per cui la parte pubblica non disporrebbe di altro mezzo per fare valere l'inefficacia del decreto prevista dall'art. 5, comma 2, della legge citata, atteso che detta norma concerne la diversa e non assimilabile ipotesi della mancata notificazione; e **Sez. 6-3, n. 01063/2018, Cirillo F.M., Rv. 647350-01**, che, in linea con Sez. U, n. 16598/2016, Frasca, Rv. 640829-01, ha affermato che la tempestiva costituzione dell'appellante con la copia dell'atto di citazione (cd. velina) in luogo dell'originale non determina l'improcedibilità del gravame ai sensi dell'art. 348, comma 1, c.p.c., ma integra una nullità per inosservanza delle forme indicate dall'art. 165 c.p.c., sanabile, anche su rilievo del giudice, entro l'udienza di comparizione di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c., salva la possibilità per l'appellante di chiedere la remissione in termini ex art. 153 c.p.c., dovendosi ritenere, in difetto, consolidato il vizio e improcedibile l'appello.

In materia di esecuzione, merita, altresì, di essere segnalata **Sez. 3, n. 25170/2018, Tatangelo, Rv. 651161-01**, secondo la quale l'atto introduttivo dell'opposizione esecutiva successiva all'inizio dell'esecuzione (ex artt. 615, comma 2, 617, comma 2, e 618, nonché 619, c.p.c.) che eventualmente si discosti dal modello è nullo, ma la nullità resta sanata, per raggiungimento dello scopo, se l'atto sia depositato nel fascicolo dell'esecuzione o, comunque, pervenga nella sfera di conoscibilità del giudice dell'esecuzione, anche su disposizione di un giudice diverso, che ne rilevi la suddetta nullità, o su richiesta della parte opponente.

Occorre, inoltre, richiamare **Sez. 10185/2018, Falaschi, Rv. 648228-01**, la quale ha affermato l'operatività dell'art. 156 c.p.c. in materia di opposizione avverso il verbale di accertamento di violazioni del codice della strada, assumendo che la nullità del procedimento di notificazione del verbale è sanata dalla rituale opposizione ex art. 22 della l. 24 novembre 1981, n. 689.

Numerose sono, infine, le pronunce che nel 2018 hanno fatto applicazione del precetto di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c. in relazione alla fattispecie della nullità della notificazione (si vedano, a riguardo, **Sez. 3, n. 05663/2018, Rubino, Rv. 648293-01; Sez. L, n. 26489/2018, Berrino, Rv. 650986-01; Sez. U, n. 23620/2018, Campanile, Rv. 650466-02; Sez. L, n. 22166/2018, Esposito L., Rv. 650502-01; Sez. L, 09735/2018, Marotta, Rv. 648185-01**).

### **3. Nullità degli atti digitali e scopo della disciplina del processo civile telematico.**

Il settore nel quale l'applicazione giurisprudenziale dei principi di strumentalità delle forme e di conservazione degli atti processuali sta conducendo ad esiti ermeneutici connotati da più spiccata innovatività è senz'altro quello della riforma digitale del processo civile.

In tale ambito viene in rilievo la fondamentale questione del contemperamento tra l'obiettivo di conseguire la dematerializzazione del giudizio attraverso una rigorosa conformazione dell'atto al modello digitale delineato dalle prescrizioni normative di carattere tecnico, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale e con il diritto di accesso al giudizio di matrice costituzionale e sovranazionale.

La giurisprudenza di merito che per prima è stata chiamata a risolvere le questioni di nullità degli atti in forma digitale si è mostrata ondivaga, talora riconoscendo l'applicabilità dell'art. 156, comma 3, c.p.c., e talaltra concludendo per la nullità insanabile dell'atto non conforme al modello digitale, sul presupposto che l'attuazione del processo telematico postula necessariamente l'adesione degli operatori agli *standard* tecnici stabiliti dalle regole di settore in assenza del rispetto dei quali la riforma processuale digitale risulterebbe inattuabile.

Tale ricostruzione si fonda sull'assunto per il quale esiste un nuovo scopo telematico dell'atto processuale che non è soltanto quello di creare una presa di contatto tra l'ufficio giudiziario e la parte, ma anche quello di veicolare le richieste della stessa parte al giudice mediante un supporto smaterializzato e decentralizzato (in tal senso si vedano, tra le altre, Tribunale di Vasto, 15 aprile 2016, in *Dejure*; Tribunale di Roma, 13 luglio 2014, in *Dejure*; Tribunale di Livorno, 25 luglio 2014, in *Questionegiustizia.it*).

Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza di legittimità hanno, invece, ricercato la soluzione del problema tra le norme

generali in materia di nullità degli atti processuali e, in particolare, nella sanatoria per raggiungimento dello scopo.

E' stato, in particolare, evidenziato che, sebbene la disciplina del processo civile telematico, attraverso la prescrizione di forme digitali, abbia introdotto una nuova tipizzazione degli atti processuali, la nullità derivante dalla loro inosservanza non può, a rigore, essere inquadrata nella previsione dell'art. 156, comma 1, c.p.c., ma bensì in quella di cui al secondo comma di tale disposizione, posto che la fonte del nuovo regime giuridico è rappresentata per lo più da norme secondarie, senza che alle stesse possa essere riconosciuto rango primario in ragione del generico rinvio alla regolamentazione secondaria contenuto nel d.l. 29 dicembre 2009, n. 193 e nel d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. A ciò va aggiunto che nessuna delle norme primarie di cui al d.l. n. 179 del 2012 commina espressamente la nullità in caso di violazione delle prescrizioni tecniche ivi stabilite (Bonafine, *Annotazioni sullo scopo dell'atto processuale e la sua essenza: tra insegnamenti tramandati e nuove pressanti esigenze*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)).

In termini analoghi la Corte di cassazione ha già da tempo affermato l'operatività nel processo telematico del principio generale di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c., sul presupposto che lo scopo dell'atto digitale, come quello dell'atto in forma cartacea, debba essere individuato nella presa di contatto fra la parte e l'ufficio giudiziario dinanzi al quale la controversia è instaurata e nella messa a disposizione dell'atto alle altre parti processuali (Sez. 2, n. 09772/2016, Giusti, Rv. 639888-01). Ne consegue che l'atto telematico difforme rispetto alle prescrizioni tecniche è un atto inficiato da un vizio formale, ma il giudizio sulla sua validità non può che passare attraverso un accertamento rapportato alle caratteristiche del caso concreto e della sua idoneità a raggiungere lo scopo suo proprio, il quale non va individuato in quello della legge che ha introdotto il processo digitale, ma in quello ricollegabile al singolo atto, coincidente con l'idoneità dello stesso di inserirsi, comunque, nella sequenza procedimentale, permettendone la prosecuzione.

In questa prospettiva, diverse altre pronunce hanno risolto questioni di nullità dell'atto processuale in forma digitale facendo applicazione dei principi di strumentalità delle forme e di conservazione e dei canoni di effettività della tutela giurisdizionale, di proporzionalità e di ragionevolezza.

Tra le decisioni più rappresentative del nuovo indirizzo interpretativo va nuovamente richiamata **Sez. U, n. 22438/2018**,

**Vincenti, Rv. 650462-01-02-03**, la quale, in materia di notificazione a mezzo p.e.c. del ricorso per cassazione in forma di documento informatico, ha sancito il principio di diritto secondo il quale l'atto nativo digitale deve essere ritualmente sottoscritto con firma digitale, potendo la mancata sottoscrizione determinare la nullità dell'atto stesso, fatta salva la possibilità di ascriverne comunque la paternità certa in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo.

Operando una parziale revisione dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il deposito analogico quale mera copia di quello informatico priva della necessaria attestazione di conformità sottoscritta dal difensore non è idoneo ad integrare quanto richiesto dall'art. 369, comma 1, c.p.c. ed è quindi improcedibile, la Corte ha, inoltre, stabilito che, ove il ricorso predisposto in originale digitale e sottoscritto con firma digitale sia notificato in via telematica, ai fini della prova della tempestività della notificazione del ricorso, è onere del controricorrente disconoscere, ai sensi della disciplina di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 la conformità agli originali dei messaggi di p.e.c. e della relata di notificazione depositati in copia analogica non autenticata dal ricorrente.

Invocando i principi di effettività della tutela giurisdizionale, di proporzionalità e di ragionevolezza, le Sezioni Unite hanno ritenuto che, ai fini della verifica della procedibilità del ricorso depositato in copia analogica in assenza di attestazione di conformità al file nativo ricevuto mediante notificazione a mezzo p.e.c., possa essere valorizzato il contegno di non contestazione serbato dal controricorrente, il quale esprime "una saldatura concettuale in termini di affidamento nella verifica della condizione di procedibilità, con la condotta asseverativa imposta al notificante". Ciò in quanto il destinatario della notificazione è in possesso dell'originale del ricorso in formato digitale e, quindi, è in grado di valutarne a pieno la conformità alla copia analogica informale, in quanto priva di attestazione ex art. 9 della legge 21 gennaio 1994, n. 53, che sia stata tempestivamente depositata dal ricorrente, attestando l'esito di una siffatta verifica tramite il mancato disconoscimento di detta conformità.

Tra le pronunce che nell'anno in rassegna hanno fatto applicazione dei suddetti principi merita, altresì, di essere menzionata **Sez. 5, n. 03805/2018, La Torre, Rv. 647092-01**, secondo la quale l'irritualità della notificazione di un atto (nella specie, ricorso per cassazione) a mezzo di posta elettronica

certificata non ne comporta la nullità se la consegna telematica ha, comunque, prodotto il risultato della conoscenza dell'atto e determinato così il raggiungimento dello scopo legale dello stesso, in omaggio alla regola generale sancita dall'art. 156, comma 3, c.p.c.: ne deriva che è inammissibile l'eccezione con la quale si lamenti esclusivamente detto vizio procedimentale, senza prospettare un concreto pregiudizio per l'esercizio del diritto di difesa.

Con specifico riferimento alle firme digitali di tipo CADES e di tipo PAdES, **Sez. U, n. 10266/2018, Cirillo Ettore, Rv. 648132-02** ha, invece, chiarito che in materia di notificazioni al difensore, a seguito dell'introduzione del "domicilio digitale", corrispondente all'indirizzo p.e.c. che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza, previsto dall'art. 16 sexies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in legge 17 dicembre 2012, n. 221, come modificato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv., con modif., in legge 11 agosto 2014, n. 114, la notificazione dell'atto di appello va eseguita all'indirizzo PEC del difensore costituito risultante dal ReGIndE, pur non indicato negli atti dal difensore medesimo, sicché è nulla la notificazione effettuata - ai sensi dell'art. 82 del r.d. 22 gennaio 1934, n. 37 - presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario innanzi al quale pende la lite, anche se il destinatario abbia ommesso di eleggere il domicilio nel Comune in cui ha sede quest'ultimo, a meno che, oltre a tale omissione, non ricorra anche la circostanza che l'indirizzo di posta elettronica certificata non sia accessibile per cause imputabili al destinatario (il principio è stato ribadito da **Sez. 2, n. 30927/2018, Giannaccari, Rv. 651536-01**).

Il principio della sanabilità *ex tunc* per raggiungimento dello scopo della nullità dell'atto processuale in forma digitale è stato, infine, affermato da **Sez. 2, n. 11154/2018, Manna Felice, Rv. 648032-01**, da **Sez. 2, n. 14818/2018, Cosentino, Rv. 648851-01** e da **Sez. 3, n. 17022/2018, D'Arrigo, Rv. 649442-02**.

#### **4. Principio di conservazione degli atti e inammissibilità del ricorso per cassazione per manifesta infondatezza delle censure relative alla violazione dei principi regolatori del giusto processo ex art. 360-bis, n. 2, c.p.c.**

Parte della dottrina (Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 457; Picardi, Sassani, Panzarola, *Codice di procedura civile*, I, commento sub art. 360-bis c.p.c., Milano, 2015, 2213 e ss.) ha ravvisato nella ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione per manifesta infondatezza delle censure relative alla violazione dei



principi regolatori prevista dall'art. 360-bis, n. 2, c.p.c., introdotto dall'art. 47, comma 1, lett. a), della legge 18 giugno 2009, n. 69, un ulteriore fondamento positivo per avallare una lettura meno formalistica delle violazioni processuali, produttive di nullità, deducibili a fondamento del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., in ossequio al principio di strumentalità delle forme, come corroborato dai canoni di effettività, di proporzionalità e di ragionevolezza.

Muovendo dall'assunto per il quale, alla stregua della più recente interpretazione nomofilattica dell'art. 156, comma 3, c.p.c., lo scopo oggettivo dell'atto processuale - e, quindi, la sua funzione - è quello di contribuire ad attuare il giusto processo, la tesi in esame rileva che non tutte le violazioni delle norme endoprocessuali comportano la nullità degli atti, ma solo quelle che li rendono inidonei al raggiungimento dello scopo. Ne deriva che sono censurabili ex art. 360, n. 4, c.p.c. soltanto i vizi del procedimento che producono una lesione dei principi regolatori del giusto processo e, in particolare, del contraddittorio in senso forte e del diritto di difesa.

In quest'ottica, l'art. 360-bis c.p.c. si coordina perfettamente con l'art. 360, n. 4, c.p.c. in quanto in entrambi i casi si è in presenza di violazioni del canone del giusto processo e dei correlati principi regolatori. Di conseguenza, se la violazione è manifestamente infondata, la Corte di cassazione dichiara l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 360-bis, n. 2, c.p.c., mentre se la violazione non è manifestamente infondata, la Corte adotta una pronuncia di infondatezza ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c. (Picardi, *Manuale del processo civile*, cit. 458).

In definitiva, alla stregua di tale ricostruzione teorica, in forza della previsione dell'art. 360-bis, n. 2, c.p.c., mediante il ricorso per cassazione non è più possibile denunciare qualsivoglia nullità processuale, ma soltanto la violazione del c.d. ordine pubblico processuale. Tale requisito di ammissibilità dei ricorsi per cassazione implica, infatti, una concreta valutazione dell'interesse ad impugnare, così che non tutti gli *errores in iudicando* o *in procedendo* dovrebbero condurre alla cassazione del provvedimento impugnato, ma soltanto quelli che hanno determinato un concreto pregiudizio ai diritti di azione e di difesa delle parti (sulla stessa linea, si veda D'Ascola, *La riforma e le riforme del processo civile: appunti sul giudizio di Cassazione*, in *www.Judicium.it*).

In termini analoghi, un'altra parte della dottrina (Costantino, *Il nuovo processo di cassazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 310 e ss.) ha

evidenziato che il coordinamento degli artt. 360 e 360-bis c.p.c. induce a ritenere che il nuovo requisito di ammissibilità dei ricorsi per cassazione implichi una valutazione in concreto dell'interesse ad impugnare, nel senso che detto interesse deve essere apprezzato in relazione all'utilità che può concretamente derivare alla parte dall'eventuale accoglimento dell'impugnazione, così che questa è inammissibile allorché sia diretta all'emanazione di una pronuncia priva di rilievo pratico. Ne consegue che non tutti gli *errores in iudicando* o *in procedendo* dovrebbero condurre alla cassazione del provvedimento impugnato, ma soltanto quelli che hanno determinato un concreto pregiudizio ai diritti di azione e di difesa delle parti.

I principi su cui si fonda l'ipotesi ricostruttiva appena delineata sono condivisi dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Particolarmente significativa, a riguardo, è la soluzione adottata da **Sez. 3, n. 22341/2017, Frasca, Rv. 646020-03**, con la quale è stato chiarito che per dedurre la violazione di una norma del procedimento agli effetti dell'art. 360, n. 4, c.p.c. occorre rispettare il requisito di ammissibilità di cui all'art. 360, n. 2, c.p.c., ovvero è necessario che la censura di violazione della norma del procedimento venga evidenziata con caratteri tali da palesare che sono stati violati i principi regolatori del giusto processo.

Sebbene non si registrino altre pronunce che, come quella appena richiamata, valorizzano espressamente la lettura combinata dell'art. 360-bis, n. 2, c.p.c. con l'art. 156, comma 3, c.p.c., il principio che ne è alla base è stato applicato da un orientamento giurisprudenziale risalente e ampiamente condiviso, secondo il quale la denuncia di vizi di attività del giudice che comportino la nullità della sentenza o del procedimento ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c. non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce soltanto l'eliminazione del pregiudizio del diritto di difesa concretamente subito dalla parte che denuncia il vizio, solo allorché nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole rispetto a quella cassata.

Tale indirizzo interpretativo ha ottenuto significative conferme anche nel corso dell'anno in rassegna, attraverso l'esame di un'ampia casistica. Il principio di conservazione degli atti è stato, infatti, applicato all'ipotesi di vizio della sentenza di primo grado per avere il tribunale deciso la causa nel merito prima che le parti avessero definito il *thema decidendum* (**Sez. 2, n. 24402/2018, Carrato, Rv. 650652-01**), dell'omessa concessione dei termini ex art. 183, comma 6, c.p.c. (**Sez. 1, n. 02626/2018, Genovese, Rv.**

646877-01), dell'irritualità della notificazione di un atto a mezzo di posta elettronica certificata (Sez. 5, n. 03805/2018, La Torre, Rv. 647092-01), della violazione delle regole sulla difesa tecnica nel processo tributario (Sez. 5, n. 11435/2018, Greco, Rv. 648072-01), delle carenze determinanti la nullità dell'atto di precetto (Sez. 6-3, n. 19105/2018, Rubino, Rv. 650240-01) ed in relazione all'idoneità della comunicazione di cancelleria del provvedimento del giudice dell'esecuzione a determinare il decorso del termine per proporre opposizione agli atti esecutivi, ancorché inosservante dell'art. 45, comma 4, disp. att. c.p.c. (Sez. 3, n. 15193/2018, D'Arrigo, Rv. 649055-01; Sez. 3, n. 05172/2018, De Stefano, Rv. 648288-01; Sez. 3, n. 07898/2018, Sestini, Rv. 648309-01).

## 5. Principio di conservazione e inesistenza dell'atto processuale.

Secondo la definizione tradizionale, per atto processuale inesistente si intende l'atto mancante degli elementi necessari minimi perché sia riconoscibile come atto appartenente ad un determinato tipo e, come tale, improduttivo di qualsiasi effetto.

L'elaborazione della nozione di inesistenza e la sua delimitazione rispetto a quella di nullità costituisce ancora una delle questioni di maggiore interesse del diritto processuale civile, avendo risvolti non solo di carattere definitivo e sistematico, ma anche di natura pratica, per essere la sua soluzione di significativo impatto sull'effettività della tutela giurisdizionale.

Difatti, come confermato tanto dalla giurisprudenza di legittimità, quanto dalla prevalente dottrina, nel caso di atto c.d. inesistente non trova applicazione il meccanismo di convalidazione per raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c. (Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 443 e ss.; Oriani, *Nullità degli atti processuali*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma 1990, 8-9).

La questione se, alla luce del mutato quadro costituzionale e comunitario, conservi validità scientifica ed utilità pratica la distinzione tra nullità ed inesistenza dell'atto (e, segnatamente, della notificazione), pur essendo stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza interlocutoria Sez. 3, n. 06427/2015, Rossetti, non massimata, non ha ancora ottenuto una sistemazione definitiva.

Ciò non di meno, nel corso degli ultimi anni la Suprema Corte ha sensibilmente ridotto le fattispecie in cui ha ravvisato

l'inesistenza, con conseguente aumento delle ipotesi di nullità sanabile.

Le Sezioni Unite chiamate a risolvere la questione posta dall'ordinanza interlocutoria sopra richiamata, con la sentenza n. 14916/2016, Di Virgilio, Rv. 640603-01 hanno, infatti, enunciato il principio per il quale l'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga 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 della nullità. Tali elementi 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 (in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, *ex lege*, eseguita), restando, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, così da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa.

Dalle pronunce successive al richiamato arresto nomofilattico traspare un'attenzione sempre più consapevole ai principi di strumentalità delle forme e del giusto processo, in forza dei quali la categoria dell'inesistenza deve ritenersi configurabile soltanto nell'ipotesi di mancanza materiale dell'atto oppure nel caso in cui sia posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a qualificare un atto alla stregua del paradigma normativo di riferimento, ravvisandosi, invece, la nullità in tutte le altre ipotesi di carenze o di difformità dal modello legale.

In tale prospettiva, in materia di notificazione è stato chiarito che la notifica dell'atto di appello effettuata nei confronti dell'originario difensore revocato, anziché in favore di quello nominato in sua sostituzione, non è inesistente, ma nulla, anche ove la controparte abbia avuto conoscenza legale di detta sostituzione, sicché la stessa è rinnovabile ai sensi dell'art. 291 c.p.c. (**Sez. 6-5, n. 01798/2018, Manzon, Rv. 647104-01**).

Quanto ai vizi relativi al luogo della notificazione, **Sez. 3, n. 05663/2018, Rubino, Rv. 648293-01**, ha stabilito che il luogo in

cui la notificazione dell'impugnazione (nella specie, appello) viene eseguita non attiene agli elementi costitutivi essenziali dell'atto, sicché i vizi relativi alla sua individuazione, anche quando esso si riveli privo di alcun collegamento col destinatario, ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia *ex tunc*, o per raggiungimento dello scopo, a seguito della costituzione della parte intimata (anche se compiuta al solo fine di eccepire la nullità), o in conseguenza della rinnovazione della notificazione, effettuata spontaneamente dalla parte stessa oppure su ordine del giudice ex art. 291 c.p.c.

Con riferimento all'erronea individuazione del destinatario della notificazione, i giudici di legittimità hanno stabilito che quando sia intervenuta la pronuncia di fallimento della parte nelle more del giudizio di appello e l'evento non sia stato dichiarato nel corso di esso, la notifica del ricorso per cassazione, fatta presso il difensore di detta parte *in bonis*, anziché nei confronti del curatore del fallimento, non è inesistente – fattispecie che ricorre, in forza dei principi di strumentalità delle forme e del giusto processo, 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 - ma nulla, con la conseguenza che la stessa è suscettibile di rinnovazione, con effetto *ex tunc*, ai sensi dell'art. 291 c.p.c. (**Sez. 6-5, n. 08192/2018, Napolitano, Rv. 647573-01**).

## **6. Inammissibilità, improcedibilità e sanatoria.**

Assai controversa è l'applicabilità dei principi di strumentalità e di conservazione alle ipotesi di inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione o di decadenza sanzionate con l'inammissibilità o con l'improcedibilità, essendo ancora dibattuta l'autonomia concettuale di tali figure rispetto alla nullità e, quindi, la possibilità di estendere ad esse la disciplina di cui agli artt. 156 c.p.c. e ss., comprese le norme sulla sanatoria degli atti invalidi.

Gli autori che, valorizzando gli scarni riferimenti normativi – che soltanto in materia di impugnazione assumono sufficiente organicità -, hanno tentato di ricostruire le categorie giuridiche dell'inammissibilità e dell'improcedibilità convergono esclusivamente sulla loro riconduzione entro il *genus* dell'invalidità, sulla loro attinenza ai soli atti di parte (e, segnatamente, alle impugnazioni), sulla loro derivazione dalla mancanza di presupposti processuali o di elementi indispensabili, con riferimento

all'inammissibilità, ovvero dal successivo difetto di attività preliminari necessarie dell'impugnante, con riguardo all'improcedibilità, e sulla loro attitudine a comportare la definizione del processo in rito, senza pervenire ad una decisione di merito.

Assai variegati risultano, invece, gli esiti interpretativi con riferimento al delicato tema dei rapporti tra l'inammissibilità e la nullità.

Per una parte della dottrina (Fabbrini, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968), l'inammissibilità si distingue dalla nullità in quanto invalidità insanabile e assoluta e, quindi, rilevabile d'ufficio e consegue all'assenza di una delle seguenti condizioni specifiche fondamentali: l'esistenza astratta del potere di impugnazione; la legittimazione e capacità del soggetto; la regolarità dell'atto sotto il profilo del contenuto-forma. I motivi di nullità dell'atto introduttivo di un giudizio di impugnazione che non sia compreso nelle ipotesi di inammissibilità tipizzate di cui agli artt. 331, 366 e 398 c.p.c., sono, comunque, causa di inammissibilità, con la precisazione che il giudice dell'impugnazione, di fronte alla nullità dell'atto introduttivo, deve pronunciare l'inammissibilità, ma della nullità deve giudicare alla stregua dei principi generali.

In questa prospettiva la sanatoria della nullità di un atto è possibile solo a condizione che avvenga prima che il potere di cui l'atto è manifestazione risulti precluso per ragioni formali o sostanziali. Di conseguenza, nell'ambito dei mezzi di impugnazione, dato il sistema dei termini perentori, ogni sanatoria è impedita ove la fattispecie di recupero maturi oltre il termine per impugnare.

Anche altri autori (Cerino, Canova, Consolo, *Inammissibilità e improcedibilità: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 1993) hanno evidenziato che la coincidenza tra nullità formale e inammissibilità è esplicita solo nelle norme che prevedono espressamente tale ultima sanzione ma, comunque, ove manchi la previsione espressa di un'ipotesi di inammissibilità, una volta riscontrata la nullità dell'atto di impugnazione, la sussunzione nella sfera dell'inammissibilità si fonda su ragioni sistematiche desumibili essenzialmente dall'effetto di consunzione previsto per tutte le impugnazioni.

Secondo un'altra tesi (Tombari Fabbrini, *Inammissibilità e improcedibilità del ricorso per cassazione e possibili sanatorie per raggiungimento dello scopo*, in *Foro it.*, 1993, I, 3019 e ss.) le ipotesi di inammissibilità codificate, se non fossero espressamente previste,

sarebbero da ricondurre entro la categoria della nullità, perché imperniate direttamente o indirettamente su di un vizio di contenuto, ma alle ipotesi espressamente previste va aggiunta quella, pacificamente riconosciuta, dell'assenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione accomunate dall'inesistenza del potere di impugnare. Dalle norme sull'inammissibilità e sull'improcedibilità, osserva l'opinione in esame, si ricava un regime giuridico di maggiore rigore rispetto a quello della nullità, caratterizzato essenzialmente dalla rilevabilità d'ufficio e dalla insanabilità e non rinnovabilità dell'atto.

Di contrario avviso è, invece, la dottrina (Giovanardi, *Osservazioni sull'asserita autonomia concettuale della inammissibilità*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 665 e ss.) che ritiene che non vi sono dati positivi che consentono di attribuire carattere autonomo all'inammissibilità, mentre costituisce una petizione di principio negare che rispetto ad essa operi la disciplina della nullità.

Altri autori (Ciaccia Cavallari, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981; Poli, *Inammissibilità e improcedibilità*, in [www.Treccani.it](http://www.Treccani.it), 2016; Id., *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 447 e ss.) ritengono, infine, che l'inammissibilità non possa essere estesa oltre le ipotesi tassativamente previste e le ipotesi di nullità non sanabili retroattivamente (ovvero quelle derivanti dall'assenza dei presupposti processuali e di assenza o incertezza dei requisiti relativi all'*editio actionis*). Di conseguenza, ove la carenza del requisito di forma-contenuto dell'atto di impugnazione non sia espressamente sanzionata con l'inammissibilità e non dia luogo a nullità insanabile, deve trovare applicazione la disciplina generale in materia di nullità e, quindi, di sanatoria e di rinnovazione con efficacia retroattiva dell'atto nullo. Significativo, a riguardo, è l'art. 342 c.p.c. in materia di appello, il quale rinvia all'art. 163 c.p.c. per individuare gli elementi costitutivi dell'atto, ma solo per la mancata formulazione specifica dei motivi di appello prevede espressamente la sanzione dell'inammissibilità.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha assunto una posizione in merito alla problematica dei rapporti tra nullità ed inammissibilità affermando che tale ultima figura non costituisce la sanzione per un vizio dell'atto diverso dalla nullità, ma la conseguenza di particolari nullità dell'appello e del ricorso per cassazione, e non è comminata in ipotesi tassative, ma si verifica ogniqualvolta - essendo l'atto inidoneo al raggiungimento del suo scopo (nel caso dell'appello, evitare il passaggio in giudicato della

sentenza di primo grado) - non operi un meccanismo di sanatoria. Di conseguenza, essendo inapplicabile all'atto di citazione di appello l'art. 164, comma 2, c.p.c. (testo originario), per incompatibilità - in quanto solo l'atto conforme alle prescrizioni di cui all'art. 342 c.p.c. è idoneo a impedire la decadenza dall'impugnazione e quindi il passaggio in giudicato della sentenza -, l'inosservanza dell'onere di specificazione dei motivi, imposto dall'articolo 342 c.p.c., integra una nullità che determina l'inammissibilità dell'impugnazione, con conseguente effetto del passaggio in giudicato della sentenza impugnata, senza possibilità di sanatoria dell'atto a seguito di costituzione dell'appellato e senza che tale effetto possa essere rimosso dalla specificazione dei motivi avvenuta in corso di causa (Sez. 1, n. 18932/2016, Campanile, Rv. 641832-02).

Occorre, tuttavia, evidenziare che la S.C. ha più volte temperato il suddetto principio generale ammettendo la sanatoria anche nelle ipotesi di inammissibilità espressamente previste (Sez. 1, n. 00123/1992, Bibolini, Rv. 475678-01; Sez. 1, n. 02333/1993, Sensale, Rv. 481102-01; Sez. 2, n. 13620/2007, Schettino, Rv. 598101-01), così dimostrando, soprattutto nella più recente produzione, una maggiore apertura all'opzione ermeneutica che non esclude l'operatività dei meccanismi di conservazione degli atti anche con riferimento all'inammissibilità dell'impugnazione.

In questa prospettiva è stato enunciato il principio per il quale il vizio della *vocatio in ius* non determina la nullità dell'atto di appello, ma consente la rinnovazione o la sanatoria per raggiungimento dello scopo.

Si tratta di recenti pronunce che hanno superato la precedente impostazione (per cui si veda Sez. 2, n. 18868/2014, San Giorgio, Rv. 632084-01), secondo la quale l'omessa indicazione, nella copia notificata dell'atto di citazione in appello, della data dell'udienza di comparizione produce l'inammissibilità del gravame ed il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, trattandosi di nullità non suscettibile di sanatoria poiché ricollegata all'assenza di un elemento necessariamente richiesto dall'art. 342 c.p.c. attraverso il richiamo al precedente art. 163 c.p.c.

Ed infatti **Sez. 3, n. 13079/2018, Scoditti, Rv. 648711-01**, ponendosi in linea di continuità con un precedente *dictum* (Sez. 3, n. 22024/2009, Frasca, 610313-01), ha affermato 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, deve essere individuata ai sensi dell'art. 168-bis, comma 4, c.p.c.), il giudice, anche in appello, 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.

Sulla stessa linea **Sez. 2, n. 14488/2018, Cavallari, Rv. 648843-01**, ha stabilito che l'omessa indicazione della data dell'udienza di comparizione nella copia notificata dell'atto di citazione produce la nullità della citazione stessa poiché l'art. 342 c.p.c., nello stabilire i requisiti dell'appello, richiama l'art. 163 c.p.c. che tale indicazione impone, con la conseguenza che il giudice, nelle controversie introdotte successivamente alla data del 30 aprile 1995, non può ritenere inammissibile il gravame e passata in giudicato la decisione impugnata, ma deve disporre, ai sensi dell'art. 164 c.p.c., nel testo all'epoca vigente, la rinnovazione, entro un termine perentorio, della menzionata citazione, i cui vizi sono così sanati, e, qualora detta rinnovazione non avvenga, dichiarare l'estinzione del processo.

Particolarmente significativa, è, poi, **Sez. L, n. 02827/2018, Blasutto, Rv. 647400-01**, la quale, in continuità con Sez. 2, n. 13620/2007, Schettino, Rv. 598101-01, ha applicato il meccanismo di sanatoria ex art. 156, comma 3, c.p.c. al ricorso per cassazione caratterizzato da un vizio di forma-contenuto, ritenendo infondata l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso per cassazione, per recare una errata intestazione della parte contro cui è proposto, qualora esso sia stato notificato proprio al soggetto che era stato parte in causa nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata e che, resistendo nel grado di giudizio di legittimità, dopo avere proposto l'eccezione per il motivo sopra esposto, si sia difeso nel merito. Ogni nullità o irregolarità dell'atto di impugnazione rimane così sanata ai sensi dell'articolo 156 c.p.c., avendo l'atto medesimo raggiunto lo scopo cui era destinato e non potendovi essere incertezza circa il destinatario.

Nel senso dell'insanabilità dell'inammissibilità del ricorso per cassazione per vizio relativo alla procura, si è, invece, espressa **Sez. 3, n. 01255/2018, Frasca, Rv. 647579-01**, che ha chiarito che è

inammissibile il ricorso per cassazione allorquando la procura, apposta su foglio separato e non materialmente congiunta al ricorso, sia conferita con scrittura privata autenticata nella sottoscrizione dal difensore in violazione dell'art. 83, comma 3, c.p.c., dal momento che la norma non prevede un conferimento autonomo rispetto agli atti processuali a cui il mandato si riferisce (salvo che per la memoria di costituzione di nuovo difensore in sostituzione del precedente); nemmeno è possibile una sanatoria dell'atto mediante rinnovazione ai sensi dell'art. 182 c.p.c., poiché l'art. 365 c.p.c. prescrive l'esistenza di una valida procura speciale come requisito di ammissibilità del ricorso. (Sulla medesima linea rigoristica, si vedano anche **Sez. 3, n. 22256/2018, Fiecconi, Rv. 650592-01** e **Sez. 2, n. 12413/2017, Picaroni, Rv. 644082-01**, le quali hanno ribadito il principio di diritto enunciato da Sez. U, n. 2907/2014, Petitti, Rv. 629583-01).



## CAPITOLO I

### LA GIURISDIZIONE IN GENERALE

(DI ANGELO NAPOLITANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Regolamento preventivo di giurisdizione. – 3. Eccezione di difetto di giurisdizione e rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione – 4. La cd. *translatio iudicii*.

#### 1. Premessa.

La giurisdizione costituisce 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 controversia, 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.

Peraltro, nell'ipotesi 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).**

Ed è proprio con il principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, comma 2, Cost., che il rilievo della questione di giurisdizione potrebbe entrare in conflitto, considerata l'apparente assenza di preclusioni nel testo dell'art. 37 c.p.c.

Con riferimento al momento entro il quale 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 l. 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.

Rispetto alla seconda questione assumono sempre più rilievo le prescrizioni in tema di cd. giurisdizione-competenza che sono state dettate nei Regolamenti UE intervenuti in varie materie e che prevalgono, tra gli Stati membri, sulle disposizioni di diritto internazionale privato (ossia sui criteri dettati nel nostro sistema processuale dalla l. n. 218 del 1995).

## 2. Regolamento preventivo di giurisdizione.

L'ordinamento processuale offre alle parti anche uno strumento per poter sollevare, prima ancora di qualsiasi decisione, la questione dell'esistenza della *potestas iudicandi* in capo al giudice adito: il regolamento preventivo di giurisdizione.

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 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 correla 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.

In quanto evidenziato trova fondamento il consolidato principio, da ultimo ribadito da **Sez. U, n. 32727/2018, Lombardo, Rv. 652096-01**, per il quale 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.

Uno dei problemi più significativi posti dall'art. 41, comma 1, c.p.c. è l'individuazione del momento sino al quale può essere proposto alla S.C. il regolamento preventivo di giurisdizione, individuato in quello anteriore alla decisione della causa nel merito in primo grado.

Occorre ricordare, sul punto, che, secondo l'impostazione tradizionale, 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 rispetto alla proponibilità del regolamento preventivo di

giurisdizione la sentenza che si fosse limitata ad affermare la giurisdizione in capo al giudice adito.

La pronuncia della S.C. resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione ha efficacia cd. panprocessuale, ossia ha valenza 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” dall’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.

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**, ha 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 l. 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, ha 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.

Sul profilo processuale, poi, **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 procedura civile, 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, ha 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 costituiva una conseguenza automatica della proposizione dell'istanza di regolamento, mentre, per evitare i correlati abusi processuali (che, nella vigenza della pregressa previsione normativa erano "sanzionati" dalla giurisprudenza di legittimità attraverso condanne per responsabilità processuale aggravata), lo stesso art. 367 c.p.c. demanda oggi al giudice dinanzi



al quale si svolge la causa in primo grado di decidere se sospendere o meno il procedimento in corso per la proposizione del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, sulla scorta di una valutazione di non manifesta infondatezza dello stesso.

Sez. U, n. 04218/1996, Finocchiaro, Rv. 497431-01, proprio argomentando dalla formulazione dell'art. 367 c.p.c. in seguito alla l. 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, ha 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.

Ora, dunque, in seguito all'art. 61 della l. 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**, ha precisato 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**, ha 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 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**, ha stabilito che essa può essere formulata 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 ritenersi 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 ha 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**, ha 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.

### **3. Eccezione di difetto di giurisdizione e rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione.**

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.

La giurisprudenza tradizionale della Corte 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 c.p.c., 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 c.p.c. (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 esempio, 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 è compiuta, nell'anno in rassegna, da **Sez. U, n. 04997/2018, Lombardo, Rv. 647166-02**, secondo cui “le sentenze di merito che statuiscono 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, appare paradigmatica **Sez. U, n. 04361/2018, Scarano, Rv. 647315-01**, per la quale 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.

La tendenza che si evince dalla riferita evoluzione della giurisprudenza di legittimità sull'interpretazione dell'art. 37 c.p.c. è la dichiarata volontà di dare dello stesso 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 n. 24883/2008, l'art. 37, comma 1, c.p.c., nell'interpretazione tradizionale, basata sulla lettera della legge, non realizza, invero, un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e determina una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.).

#### **4. La cd. *Translatio iudicii*.**

Per lungo tempo la pronuncia declinatoria di giurisdizione era uno spettro per chi chiedeva giustizia, in quanto nell'ambito dei 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 l'art. 59 della l. n. 69 del 2009, che ha sancito l'operatività del principio della cd. *translatio iudicii* anche in materia di giurisdizione, limitatamente, peraltro, all'ipotesi di difetto cd. relativo di giurisdizione del giudice inizialmente adito.

Pertanto, 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 trasmigrazione di cause instaurate dinanzi a giudici italiani.

L'art. 59 della l. n. 69 del 2009 fa salva la regola generale della vincolatività dell'indicazione del giudice munito di giurisdizione per la sola ipotesi nella quale la stessa provenga dalla Corte di cassazione.

Nell'ipotesi, invece, di cd. *translatio* orizzontale, ossia quando un giudice di merito declini la propria giurisdizione, l'autorità giudiziaria indicata quale munita di giurisdizione ha la possibilità di richiedere una statuizione definitiva sulla questione alla S.C. proponendo il regolamento di giurisdizione cd. d'ufficio.

Con riferimento alle modalità di proposizione del regolamento di giurisdizione d'ufficio, Sez. U, n. 11143/2017, De Stefano, Rv. 644051-01, ha stabilito che, nel caso di *translatio iudicii* verso il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, alla quale la causa sia stata rimessa dopo la declinatoria di difetto 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.

Più recentemente, Sez. U, n. 05303/2018, Giusti, Rv. 647320-01, ha 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 ad una pronuncia declinatoria della giurisdizione, **Sez. U, n. 19045/2018, Giusti, Rv. 649753-01**, ha 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.

## CAPITOLO II

### IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

(DI STEFANIA BILLI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Attività negoziale della P.A. – 3. Indennità, canoni, altri corrispettivi e procedure di rimborso. – 4. Sovvenzioni e finanziamenti. – 5. Appalti. – 6. Rapporti concessori e procedure ad evidenza pubblica. – 7. Concessioni su beni. – 8. Domande nei confronti della P.A. di accertamento della titolarità o per la tutela possessoria su beni immobili. – 9. Domande risarcitorie. – 10. Enti pubblici economici. – 11. Lodo arbitrale. – 12. Società: rinvio. – 13. *Status* della persona: rinvio. – 14. Il rapporto di lavoro privatistico e quello presso le pubbliche amministrazioni.

#### 1. Premessa.

Le pronunce della S.C. in materia hanno fornito linee di demarcazione ancora più chiare tra le due giurisdizioni, in particolar modo nelle ipotesi di intreccio o sovrapposizione di diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Le decisioni più numerose, infatti, sono intervenute in tema di attività negoziale della P.A. in materia di concessioni e sulle domande risarcitorie.

#### 2. Attività negoziale della P.A.

Per le controversie inerenti alla formazione della volontà e alla scelta del contraente privato in base alle regole della cd. evidenza pubblica **Sez. U, n. 02144/2018, Giusti, Rv. 647037-02**, ha fatto applicazione del criterio generale di ripartizione che attribuisce al giudice amministrativo la cognizione degli atti che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica alla stipula del contratto, essendo devolute al giudice amministrativo tutte le controversie in cui l'attività della P.A. sia connotata da discrezionalità e rispetto alla quale il privato vanta una posizione di interesse legittimo. Restano affidate, viceversa, alla giurisdizione ordinaria le controversie che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento e riguardano la disciplina dei rapporti scaturenti dal contratto. La pronuncia è di rilievo, in quanto, pur ponendosi sul solco tracciato da Sez. U, n. 14188/2015, Mazzacane,



Rv. 635892-01, ha precisato che tale criterio di riparto resta invariato anche se, nel corso del rapporto contrattuale, la parte pubblica abbia assunto proprie determinazioni in attuazione di sopravvenienze normative.

Sulla stessa linea **Sez. U, n. 13701/2018, Berrino, Rv. 648787-01**, ha deciso sulla competenza a conoscere la domanda di accertamento circa l'interpretazione di alcune clausole di un contratto di compravendita stipulato tra una società commerciale e un comune. La pronuncia, resa con particolare riferimento ad accordi integrativi del contenuto di provvedimenti amministrativi di natura concessoria, ha ritenuto questa espressione di un potere discrezionale della P.A., sia pure dopo le modifiche apportate dall'art. 7 della l. 11 febbraio 2015, n. 15 all'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e, dunque, riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo.

Utilizzando il diverso criterio della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio **Sez. U, n. 22428/2018, Bisogni, Rv. 650457-01**, ha ritenuto appartenente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie attinenti all'attività di gestione dei rifiuti, prevista dall'art. 4 del d.l. 23 marzo 2008, n. 90, conv., con modif. in l. 14 luglio 2008, n. 123, anche se posta in essere con comportamenti della P.A. o dei soggetti alla stessa equiparati. Ciò si fonda presupposto che gli atti di gestione siano espressione dell'esercizio di un potere autoritativo della P.A. o di soggetti ad essa equiparati. Quando, viceversa, in giudizio sia dedotto un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale intesa a regolamentare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione, la controversia è del giudice ordinario.

Con specifico riguardo alla compravendita di bene sottoposto a vincolo archeologico, **Sez. U, n. 05097/2018, D'Ascola, Rv. 647319-01**, poi, ha affermato che l'eventuale inefficacia del vincolo, per inosservanza delle norme in tema di trascrizione e notificazione del relativo atto impositivo, integra un'ipotesi di carenza di potere in concreto, in quanto attinente non all'*an*, bensì al *quomodo* della potestà pubblica. Resta, pertanto, devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la posizione fatta valere dall'acquirente, che abbia subito l'esercizio del diritto di prelazione, sul presupposto di una tale inefficacia, in quanto esplicitiva di un interesse legittimo oppositivo e non di diritto soggettivo.

In tema di contratto di cessione a titolo gratuito di aree di privati al comune, **Sez. U, n. 05790/2018, Cirillo F.M., Rv. 647565-01** ha precisato, viceversa, che spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda diretta ad accertare l'esistenza di un comportamento omissivo della P.A e volta al mero accertamento della mancata verifica di una condizione sospensiva, cui le parti avevano rimesso il perfezionamento dell'atto negoziale. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in materia di urbanistica ed edilizia, sussiste, infatti, quando si faccia in concreto questione delle modalità di esercizio del potere pubblico spettante all'amministrazione stessa. Non è sufficiente, in altri termini, che il comportamento della P.A. sia semplicemente occasionato dall'esercizio del potere, ma occorre che si traduca, in virtù della norma attributiva, in una sua manifestazione e che, dunque, risulti necessario in relazione all'oggetto del potere e al raggiungimento del risultato da perseguire.

Le controversie relative alla validità e all'efficacia della cessione di un ramo d'azienda tra l'aggiudicatario di un appalto pubblico ed un soggetto terzo durante la fase di esecuzione dello stesso, secondo **Sez. U, n. 20347/2018, Berrino, Rv. 649945-01**, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. La pronuncia ha, infatti, chiarito che l'atto con il quale la P.A. dà il suo nulla-osta al subentro del cessionario nell'esecuzione dell'appalto non ha natura autoritativa, ma è deputato a verificare, su basi di parità, che la vicenda soggettiva del rapporto integri uno dei casi in presenza dei quali, ai sensi dell'art. 116 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto.

### **3. Indennità, canoni, altri corrispettivi e procedure di rimborso.**

La S.C. ha in materia di canoni concessori ulteriormente applicato le regole generali per i criteri di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa. In particolare, per le concessioni amministrative di beni pubblici, **Sez. U, n. 21597/2018, Cristiano, Rv. 650449-01**, ha chiarito che l'art. 133, comma 1, lett. b), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, come il previgente art. 5 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, mod. dall'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205, nell'attribuire la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fa espressamente salve le controversie aventi ad oggetto "*indennità, canoni od altri corrispettivi*". Ricadono, dunque, in

quella ordinaria ogni qualvolta abbiano ad oggetto diritti soggettivi a contenuto patrimoniale, nascenti dal rapporto concessorio, mentre, in quella del giudice amministrativo, qualora coinvolgano l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione dei canoni, delle indennità o degli altri corrispettivi. Da tale affermazione consegue che le controversie sull'*an* e sul *quantum* del canone pattuito convenzionalmente come corrispettivo della concessione d'uso di una struttura comunale, nonché di eventuali controcrediti della concessionaria pure previsti convenzionalmente, appartengono alla giurisdizione ordinaria, avendo ad oggetto diritti soggettivi a contenuto patrimoniale. La pronuncia si allinea al consolidato indirizzo espresso da Sez. U, n. 13940/2014, D'Ascola, Rv. 631198-01, Sez. U, n. 20939/2011, Rordorf, Rv. 618995-01, Sez. U, n. 13903/2011, Spirito, Rv. 617757-01, Sez. U, n. 24902/2011, D'Alonzo, Rv. 620168-01, quest'ultima resa sotto la disciplina anteriormente vigente e sopra richiamata.

Sulla traccia del suesposto principio, **Sez. 1, n. 16069/2018, Acierno, Rv. 649283-01**, ha confermato che la controversia relativa all'accertamento dell'illegittima determinazione unilaterale dell'aumento dei canoni riguardanti l'accesso a due strade private disposta autoritativamente dall'A.N.A.S. è attratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto, in applicazione dei criteri generali sopra riportati, si verte in tema di esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del dovuto.

Ampiamente utilizzato, sotto altro profilo, ai fini del riparto della giurisdizione, è il criterio del cd. *petitum* sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio. In proposito, **Sez. U, n. 21928/2018, Virgilio, Rv. 650603-01**, ha ritenuto di contenuto patrimoniale e, dunque, spettante alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il pagamento di somme a titolo di canone concessorio, dovuto per licenze di accesso alla rete stradale, il cui importo era stato determinato sulla base di provvedimenti presupposti, in assenza di un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali o di un esercizio di poteri discrezionali-valutativi.

Al medesimo criterio di riparto, fondato sulla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, ha fatto ricorso anche **Sez. U, n. 26249/2018, Acierno, Rv. 650872-01**, nelle controversie relative all'applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, ancorché instaurate prima

dell'entrata in vigore della l. 25 giugno 2005, n. 109, di conversione del d.l. 26 aprile 2005, n. 63, il cui art. 2 *sexies* attribuisce tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In tale materia **Sez. U, n. 31370/2018, Genovese, Rv. 651818-01**, ha altresì precisato che, ove si tratti di opposizione a cartella esattoriale relativa al suddetto prelievo, la previsione contenuta nell'art. 133, comma 1, lett. t), del d.lgs. n. 104 del 2010, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le relative controversie, deve essere interpretata alla luce del *principio di concentrazione delle tutele*. Occorre, in particolare, verificare se le domande, attraverso la proposizione di una sostanziale opposizione all'esecuzione, *ex art. 615 c.p.c.*, comportino una contestazione del *quantum* accertato dall'Autorità amministrativa nell'esercizio delle sue potestà pubbliche; in tal caso, il giudice amministrativo, diventa il *dominus* dell'intera controversia, ove caratterizzata dall'intreccio di posizioni di interesse legittimo e diritti soggettivi.

Sulla base del criterio del *petitum* sostanziale **Sez. U, n. 20350/2018, Di Virgilio, Rv. 650270-01**, ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione su una lite avente ad oggetto l'accertamento, in via riconvenzionale, del diritto di un comune al rimborso delle spese per la messa in sicurezza e bonifica ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 applicabile *ratione temporis*.

Analogamente le controversie inerenti atti o provvedimenti relativi al riconoscimento, da parte di un comune, della titolarità del diritto di sepoltura privata esercitato da tempo immemorabile su aree o porzioni di edificio in un cimitero pubblico sono state ricondotte alla giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 del 2010, in quanto rientranti nell'ambito della concessione amministrativa di beni soggetti al regime demaniale. In particolare, utilizzando anche in tal caso il criterio della natura della situazione giuridica fatta valere in giudizio, **Sez. U, n. 21598/2018, Doronzo, Rv. 650279-01**, ha ritenuto sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in una controversia nella quale era stata prospettata l'illegittimità del provvedimento con cui il comune aveva individuato il titolare originario del rapporto concessorio risalente da tempo immemorabile.

Diversamente è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, secondo **Sez. U, n. 22408/2018, Virgilio, Rv. 650455-01**, la cognizione delle controversie aventi ad oggetto la consegna delle somme prelevate dal ricavato dei tagli straordinari dei boschi,

depositate presso le Camere di Commercio e da queste tenute, ex art. 133 del r.d.l. 30 dicembre 1923, n. 3267, a disposizione dell'Amministrazione forestale. Quest'ultima, infatti, in base alla normativa citata, ha un diritto soggettivo perfetto alla consegna di dette somme da parte dell'ente che ne ha la veste di mero depositario, senza che risultino coinvolti provvedimenti autoritativi con profili di discrezionalità.

Con riguardo invece al recupero di importi da parte dello Stato, confermando l'orientamento espresso da Sez. U, n. 08076/2015, D'Ascola, Rv. 634939-01, **Sez. U, n. 22426/2018, Scrima, Rv. 650456-01**, ha affermato che l'opposizione ad ordinanza ingiunzione di pagamento per violazione della normativa urbanistica ed edilizia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in virtù di quanto previsto dall'art. 22 bis, comma 2, lett. c), della l. 24 novembre 1981, n. 689 e anche sul presupposto che detta azione costituisce l'esercizio di una posizione giuridica avente consistenza di diritto soggettivo, ad opera di chi deduce di essere stato sottoposto a sanzione in casi e modi non stabiliti dalla legge.

Appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, inoltre, le controversie relative alla riscossione delle somme occorse per la cd. esecuzione in danno, attraverso l'ingiunzione fiscale ex art. 2 del r.d. 14 aprile 1910 n. 639, secondo **Sez. U, n. 22756/2018, Bruschetta, Rv. 650464-01**, in conformità a quanto già sostenuto da Sez. U, n.15611/2006, Amatucci, Rv. 590815-01. In tali ipotesi, infatti, non è posto in discussione il provvedimento amministrativo, in quanto si tratta solo di accertare il diritto della P.A. al rimborso delle spese sostenute, venendo in evidenza un'obbligazione di diritto privato che trova esclusivo presupposto nell'inerzia dell'obbligato all'esecuzione dell'ordinanza contingibile e urgente e nel conseguente esercizio del potere sostitutivo della P.A.

Con riferimento, infine, ai corrispettivi, ad avviso di **Sez. U, n. 25938/2018, Giusti, Rv. 650871-01**, rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia instaurata dall'avvocato per recuperare il credito professionale vantato nei confronti del cliente per prestazioni rese innanzi al giudice tributario, trattandosi di contenzioso eterogeneo rispetto alla materia attribuita a quest'ultimo ex art. 2 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Con riguardo al tema dei compensi, secondo **Sez. U, n. 05303/2018, Giusti, Rv. 647320-01**, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo in applicazione della norma di cui all'art. 5 c.p.c. la controversia, avente ad oggetto il compenso per un incarico di collaborazione affidato da una commissione

parlamentare, instaurata prima del 20 dicembre 2005, data di entrata in vigore della deliberazione del Consiglio di Presidenza del Senato n. 180/2005, in materia di estensione della giurisdizione degli organi di autodichia agli atti e provvedimenti amministrativi non concernenti i dipendenti o le procedure di reclutamento del personale. La pronuncia ha chiarito che, in tal caso, si tratta del trattamento economico spettante ad un funzionario onorario, che ha natura indennitaria e non retributiva ed è, dunque, affidato alle libere e discrezionali determinazioni dell'autorità che procede alla investitura, di fronte alle quali il funzionario ha un mero interesse legittimo.

Si è affermato, da parte di **Sez. L, n. 21972/2018, Di Paolantonio, Rv. 650530-01**, che spettano infine in via esclusiva ai suoi organi di autodichia e, quindi, esulano dalla cognizione del giudice ordinario, le controversie inerenti al rapporto di lavoro del personale della Camera dei deputati, in forza dell'art. 12 del Regolamento della Camera del 18 febbraio 1971, norma che si sottrae al sindacato di costituzionalità e non è suscettibile di disapplicazione da parte del giudice ordinario. Ne consegue che, in conformità a quanto già affermato da ultimo da Sez. U, n. 11019/2004, Foglia, Rv. 573520-01, nelle predette controversie è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso le decisioni emanate da tali organi, la cui sottrazione al controllo giurisdizionale è un riflesso dell'autonomia degli organi costituzionali in cui sono inseriti.

#### **4. Sovvenzioni e finanziamenti.**

In materia di contributi, sovvenzioni e finanziamenti pubblici la S.C. utilizza un criterio di riparto analogo a quello applicato nell'ambito dell'attività negoziale della P.A. (si veda, *infra*, § 2). In particolare, **Sez. U, n. 08049/2018, Giusti, Rv. 647662-01**, ha chiarito che il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione da quella successiva alla concessione del contributo. Nella prima, infatti, si attribuisce alla P.A. il potere di riconoscere il beneficio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse primario, apprezzando discrezionalmente l'*an*, il *quid* ed il *quomodo* dell'erogazione, e al richiedente la posizione di interesse legittimo salvo il caso in cui il contributo o la sovvenzione siano riconosciuti direttamente dalla legge. Successivamente alla

concessione, viceversa, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario. In tale ultima ipotesi, infatti, la controversia riguarda la fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e l'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione. Nella specie la pronuncia ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario in tema di *riduzione dell'importo dei finanziamenti erogati in favore di un'impresa titolare di iniziative attuative del Patto territoriale* per spese non ritenute pertinenti al programma di investimento. Si è ritenuto che su tali atti la P.A. non eserciti alcuna discrezionalità, dovendosi soltanto uniformare ai principi della normativa vigente in favore delle attività produttive delle aree depresse del paese.

In applicazione dello stesso principio **Sez. U, n. 19042/2018, Bruschetta, Rv. 649794-02**, ha chiarito che appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative alla spettanza dei finanziamenti previsti dall'art. 1 del d.l. 22 ottobre 1992, n. 415, conv., con modif., in l. 19 dicembre 1992, n. 488, perché non si tratta di sovvenzioni riconosciute direttamente dalla legge sulla base di elementi da quest'ultima puntualmente indicati, essendo stato conferito alla P.A. il potere di regolamentare la concessione di tali agevolazioni. Ne consegue che, anche in tale ambito, la posizione del privato è da qualificare in termini di interesse legittimo, sia nella fase procedimentale anteriore all'emanazione del provvedimento attributivo del beneficio, sia a seguito dell'annullamento o della revoca dello stesso in sede di autotutela.

In tema di sovvenzioni pubbliche, secondo **Sez. U, n. 18241/2018, Giusti, Rv. 649626-01**, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia tra l'ente ammesso al finanziamento e l'ente pubblico sovventore avente ad oggetto un *atto di cd. definanziamento* adottato da quest'ultimo per vizi di legittimità originari dell'atto attributivo della sovvenzione. Posto che la contestazione attiene ai presupposti dell'esercizio del potere di autotutela decisoria da parte della P.A., il soggetto inciso vanta, nei confronti di questo, una situazione di diritto soggettivo.

Appartiene, viceversa, alla giurisdizione del giudice ordinario, secondo **Sez. 1, n. 26877/2018, Terrusi, Rv. 651507-01**, la controversia nella quale il privato richieda il riconoscimento di un contributo pubblico, prima concesso e successivamente revocato, qualora l'intervento dell'amministrazione, sul fondamento della normativa che disciplina la specifica sovvenzione abbia avuto ad

oggetto, in sede di revoca, soltanto la verifica della mancata ricorrenza di condizioni predeterminate dalla legge, nell'assenza di valutazioni discrezionali in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico alla concessione del contributo. In applicazione, dunque, dei criteri generali, va riconosciuta al privato una posizione di diritto soggettivo avverso tali atti adottati dall'amministrazione.

La questione relativa al contenuto dell'esercizio del potere di revoca risulta, poi, ripresa anche in tema di appalti (vedi *infra* § 5).

## 5. Appalti.

In materia **Sez. U, n. 13191/2018, Petitti, Rv. 648652-01**, ha dato applicazione al criterio generale di riparto che fissa come spartiacque per l'attribuzione della giurisdizione la delibera di aggiudicazione. In particolare, tutta la fase relativa all'aggiudicazione è di appannaggio del giudice amministrativo, incluse le controversie introdotte dall'aggiudicatario per ottenere l'accertamento del preteso inadempimento della P.A. ed il risarcimento del danno, anche qualora alla deliberazione di aggiudicazione non sia seguita la stipula della convenzione tra le parti. Si tratta, infatti, in tal caso di liti aventi ad oggetto atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonché relativi all'individuazione del contraente a seguito dell'aggiudicazione. Nella successiva fase contrattuale la giurisdizione spetta, invece, al giudice ordinario, quale giudice dei diritti, quando il rapporto ha esecuzione, in particolare, con la stipula ovvero con l'inizio della esecuzione del contratto, quale alternativa allo stipula dello stesso.

Analogo principio è stato espresso da **Sez. U, n. 24411/2018, Frasca, Rv. 651341-01**, in tema di affidamento di un pubblico servizio, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, che ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa esclusiva, indicata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, del d.lgs. n. 104 del 2010, concernente le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva. La pronuncia, dopo un'approfondita ricognizione della normativa e della giurisprudenza della S.C. sul punto, fissa le linee guida per i criteri di riparto. In particolare, ha ricondotto al giudice ordinario la cognizione a decorrere dall'effettiva esecuzione del contratto, anche se precedente alla stipula dello stesso. Nella medesima direzione **Sez. U, n. 32728/2018, Lamorgese, Rv. 652101-01**.



Fermo restando, dunque, il prioritario accertamento relativo alla posizione che la domanda è diretta a tutelare sotto il profilo del *petitum* sostanziale, si è affermata la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia vertente su un provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione adottato dalla P.A. dopo l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto. Quel provvedimento, secondo la S.C., non è riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo e può essere qualificato, alternativamente, come atto dichiarativo dell'intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest'ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione.

In tema, infine, di revisione dei prezzi di appalto di opere pubbliche, prima del 1 gennaio 1994, data in cui per effetto dell'art. 6, comma 19, della l. 24 dicembre 1993, n. 537, tutte le relative controversie sono state devolute in via esclusiva al giudice amministrativo, secondo **Sez. 1, n. 02508/2018, Terrusi, Rv. 646876-01**, la giurisdizione sulla questione se la revisione stessa sia o meno dovuta anche per i lavori eseguiti durante il periodo di proroga, eventualmente accordata dall'amministrazione, appartiene, in via di principio, al giudice amministrativo. Resta, tuttavia, salva l'ipotesi, devoluta invece al giudice ordinario, in cui l'amministrazione committente abbia eseguito pagamenti in acconto di un compenso revisionale riconosciuto con generico riferimento a tutti i lavori eseguiti per la realizzazione dell'opera appaltata, ivi compresi, dunque, quelli compiuti in regime di proroga.

Non è assoggettato, invece, alle regole dell'evidenza pubblica e, quindi, non sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 104 del 2010, nelle controversie relative al procedimento di stipulazione dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa, reso mediante buoni pasto cartacei, per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a. Tale appalto, secondo **Sez. U, n. 04899/2018, Frasca, Rv. 647563-02**, non rientra nella disciplina dei cd. settori speciali, a mente dell'art. 217 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, avendo un oggetto che, per sua natura, non rileva direttamente ai fini dell'espletamento del *servizio speciale*, incidendo solo in via indiretta sull'attività inerente al servizio speciale. Ne consegue che, a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'ente secondo la sistematica classificatoria di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario e ciò anche se Poste Italiane si sia volontariamente

vincolata, pur non essendovi tenuta, alle regole di evidenza pubblica, poiché la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico discende esclusivamente dalle sue caratteristiche oggettive e da quelle soggettive della stazione appaltante.

Per ogni ulteriore questione relativa al regime sostanziale degli appalti pubblici si rinvia al Capitolo... Appalti pubblici (Pepe).

## **6. Rapporti concessori e procedure ad evidenza pubblica.**

In materia di concessioni, la S.C. ha nuovamente ribadito il principio generale, già espresso da Sez. U, n. 14428/2017, Campanile, Rv. 644563-01, secondo cui la controversia che coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sull'intera economia del rapporto concessorio viene attratta nella sfera della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. Nella specie, **Sez. U, n. 08035/2018, Petitti, Rv. 647910-01**, nell'ambito della concessione del servizio di illuminazione di lampade votive di un cimitero municipale, in linea, peraltro, con quanto a suo tempo affermato da Sez. U, n. 09261/1998, Triola, Rv. 520490-01, ha ritenuto la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda con cui il privato chiedeva di accertarsi l'avvenuto rinnovo tacito della concessione per inidoneità della comunicazione del sindaco, nonché su quelle afferenti il pagamento di un indennizzo a seguito della successiva intervenuta risoluzione anticipata dal contratto, ovvero, in subordine, in caso di ritenuta tempestività della disdetta, di quelle risarcitorie conseguenti, anche, alla mancata rivalutazione dei canoni, in quanto aventi tutte quale presupposto la verifica dell'esercizio di poteri discrezionali.

Di rilievo, poi, quanto affermato da **Sez. U, n. 21450/2018, Berrino, Rv. 650277-01**, a proposito della procedura ad evidenza pubblica per la scelta dell'affittuario di un fondo agricolo di proprietà di un'azienda pubblica, ove esistano titolari del diritto di prelazione, legale o convenzionale. La pronuncia ha ritenuto la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in una controversia avente quale *petitum* sostanziale la contestazione dell'esercizio della prelazione, promossa nei confronti dell'ente pubblico e dei prelationari, ancorché fosse stato chiesto l'annullamento parziale degli atti del procedimento ad evidenza pubblica. Ciò sul presupposto che la lite investe posizioni di diritto soggettivo, quali il diritto di proprietà e la relativa titolarità, che discendono da rapporti di natura privatistica e che non sono suscettibili di degradazione od affievolimento per effetto dei

suddetti provvedimenti. Il principio trova conferma nell'orientamento espresso da Sez. U, Sentenza n. 03163/1981, Schermi, Rv. 413729-01, Sez. 3, n. 04923/1988, Morsillo G., Rv. 459743-01, Sez. U, n. 06493/2012, Spirito, Rv. 6221

## **7. Concessioni di beni.**

In tema di concessione ad uso esclusivo di beni demaniali, dando applicazione ai principi generali più volte richiamati, secondo **Sez. U, n. 02581/2018, Scrima, Rv. 647039-01** quando la pretesa azionata sia riferibile direttamente all'atto di concessione e l'Amministrazione concedente abbia espressamente previsto ed autorizzato il rapporto tra concessionario e terzo, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo. Qualora, invece, la controversia trovi la propria origine in un rapporto tra concessionario ed il terzo, sempre che la P.A. concedente resti totalmente estranea a tale rapporto derivato e non possa ravvisarsi alcun collegamento con l'atto autoritativo concessorio, da qualificarsi come mero presupposto, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

Con riguardo alla dismissione di immobili pubblici, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario l'azione ex art. 2932 c.c. intentata dal conduttore nei confronti dell'ente pubblico proprietario dell'immobile locato, a seguito della conclusione di un contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di detto cespite, quale conseguenza dell'esercizio del diritto di opzione riconosciuto dall'ente in favore del conduttore medesimo. **Sez. U, n. 19281/2018, D'Ascola, Rv. 649687-01**, ha chiarito, infatti, che la domanda è diretta a far valere il diritto soggettivo alla stipula coattiva del contratto di vendita, in forza dell'accertamento dell'avvenuto perfezionamento del contratto preliminare; né rileva, in senso contrario, il diniego frapposto dall'ente, basato sulla pretesa che il prezzo sia diverso da quello inizialmente proposto al conduttore, in virtù della riqualificazione dell'immobile disposta successivamente alla sua offerta in vendita. La circostanza che il prezzo sia divenuto definitivo rappresenta, infatti, un effetto secondario dell'accoglimento della predetta domanda e non modifica l'oggetto della controversia.

## 8. Domande nei confronti della P.A. di accertamento della titolarità o per la tutela possessoria su beni immobili.

Un'importante applicazione del criterio di ripartizione della giurisdizione fondato sul *petitum* sostanziale, identificato, non tanto, in vista della concreta pronuncia richiesta al giudice, quanto piuttosto in funzione dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, è stata fatta anche da **Sez. U, n. 29394/2018, Di Virgilio, Rv. 651345-01**, secondo cui l'omesso e, poi, denegato esercizio del potere amministrativo autoritativo, assume la valenza di questione pregiudiziale, da accertarsi da parte del giudice amministrativo, in via incidentale ai sensi dell'art. 8 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010). La lite si fondava, infatti, sull'impugnazione della mancata attribuzione da parte della regione di beni immobili pubblici ad un consorzio che per legge avrebbe dovuto essere assegnatario degli stessi, all'esito della gestione liquidatoria della cassa per il Mezzogiorno.

Sul diverso versante della tutela possessoria, ma sempre dando applicazione al suddetto principio del *petitum* sostanziale, **Sez. U, n. 32364/2018, Giusti, Rv. 651824-01**, ha ribadito, in conformità con quanto già espresso da Sez. U, n.10285/2012, Petitti, Rv. 622829-01, che le azioni possessorie sono esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. quando il comportamento della medesima non sia ricollegato ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale lesiva di beni, dei quali il privato vanta il possesso. Ne consegue che, ove risulti che l'oggetto della tutela invocata è la situazione possessoria senza alcun riferimento all'emissione di un atto autoritativo, la cognizione della lite appartiene al giudice ordinario. Per converso, qualora sia sollecitato in giudizio il controllo di legittimità dell'esercizio del potere è competente il giudice amministrativo.

In linea di continuità con i principi espressi nelle pronunce ora richiamate, **Sez. U, 32180/2018, Cirillo F.M., Rv. 651956-01**, ha affermato la ricorrenza della giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi di domanda risarcitoria conseguente ad uno sbancamento di una discarica comunale, nella quale non si era fatto alcun riferimento ad un provvedimento amministrativo, né all'esercizio di un potere discrezionale della P.A.

L'analisi delle pronunce sin qui eseguita porta a ritenere che all'interno della S.C. sia in corso un approfondimento del criterio

del *petitum* sostanziale, più volte richiamato e, in particolare, se esso debba ritenersi limitato alla domanda del ricorrente, come da tempo ritenuto (vedi, tra le altre Sez. U, n.19600/2012, Piccialli, Rv. 623972-01, Sez. U, n.12378/2008, Mensitieri, Rv. 603183-01, oppure e soprattutto in che limiti possa comprendere l'esame delle eccezioni del convenuto. Interessante a questo proposito **Sez. U, n. 21928/2018, Virgilio, Rv. 650603-01**, citata in tema di opposizione a decreto ingiuntivo.

## 9. Domande risarcitorie.

Molteplici sono state le pronunce mediante le quali la S.C. ha statuito in materia, tenuto conto della nota difficoltà di individuare il nesso causale tra l'esercizio del potere autoritativo e l'attività lesiva generatrice di danno.

In tema di immissioni acustiche provenienti da autostrada, secondo **Sez. 3, n. 02338/2018, Frasca, Rv. 647592-01**, la controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento proposta dai proprietari dominicali limitrofi nei confronti del concessionario della gestione della rete autostradale, appartiene al giudice ordinario, se la violazione della soglia ex art. 844 c.c. nell'esercizio del servizio pubblico non sia riconducibile in alcun modo al provvedimento amministrativo.

Sul principio del *petitum* sostanziale **Sez. U, n. 32780/2018, De Stefano, Rv. 652097-01**, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi di domanda di condanna al risarcimento dei danni del gestore unico del servizio idrico integrato, fondata sull'inadempimento contrattuale consistente nella fornitura di acqua potabile priva dei requisiti di legge e proposta in uno a quella di declaratoria di spettanza del canone in misura dimezzata per tutto il periodo di tale fornitura.

In tema di contributi statali, **Sez. U, n. 04359/2018, D'Ascola, Rv. 647322-01**, in linea con Sez. U, n. 00183/2001, Lupo, Rv. 546536-01, ha statuito che la domanda di risarcimento dei danni nei confronti di ente pubblico proposta da un privato, in qualità di destinatario di un contributo statale per il rifacimento di bene immobile, in concreto non erogato e quindi determinante, secondo la prospettazione della domanda, il dissesto definitivo del bene, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario. La S.C. ha osservato che il privato, destinatario di finanziamenti o sovvenzioni pubbliche, vanta nei confronti dell'autorità concedente una duplice posizione: di interesse legittimo, rispetto al potere

dell'Amministrazione di annullare i provvedimenti di attribuzione dei benefici per vizi di legittimità ovvero di revocarli per contrasto originario con l'interesse pubblico, nonché di diritto soggettivo, relativa alla concreta erogazione delle somme di denaro oggetto del finanziamento o della sovvenzione ed alla conservazione degli importi a tale titolo già riscossi. Il criterio per l'individuazione della giurisdizione è stato quello del *petitum* sostanziale, sopra enunciato, con conseguente attribuzione della competenza al giudice ordinario chiamato a verificare che il diritto all'erogazione fosse sussistente e che la pretesa fosse rimasta insoddisfatta per le ragioni esposte in ricorso.

In materia di risarcimento dei danni derivanti dall'illecita occupazione di un bene, **Sez. U, n. 09334/2018, Bisogni, Rv. 648266-01**, confermando Sez. U, n. 17110/2017, Manna F., Rv. 644919-01, ha affermato la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., quando il comportamento della P.A., cui si ascrive la lesione oggetto della domanda, sia la conseguenza di un originario provvedimento ablativo, espressione di un potere amministrativo in concreto esistente, riguardante l'individuazione e la configurazione dell'opera pubblica sul territorio, cui la condotta successiva, anche se illegittima, si ricollega in senso causale.

Sul presupposto che la tutela risarcitoria possa essere invocata davanti al giudice amministrativo soltanto quando il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto impugnato, **Sez. U, n. 02145/2018, Giusti, Rv. 647038-01**, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nell'ambito delle controversie nelle quali si faccia questione, anche a fini risarcitori, di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti a una dichiarazione di pubblica utilità, ancorché il procedimento nel cui ambito tali attività sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo o sia caratterizzato da atti illegittimi. Con tale pronuncia l'ampliamento della giurisdizione in favore del giudice amministrativo si fonda sul principio, che il risarcimento del danno non costituisce materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore, e di completamento, rispetto a quello demolitorio.

Significativa in tale direzione anche **Sez. U, n. 01654/2018, Bianchini, Rv. 647009-01**. In particolare, si è ritenuta la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario qualora sia stato annullato un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato e questi subisca la lesione di un diritto soggettivo, rappresentato dalla

conservazione dell'integrità del proprio patrimonio, per avere sopportato perdite o mancati guadagni a causa dell'operato della P.A.

La pronuncia si pone sul solco dell'indirizzo tracciato da Sez. U, n.17586/2015, Frasca, Rv. 636105-01 e ribadito da Sez. U, n. 19170/2017, Lombardo, non massimata, secondo cui, il privato, a seguito della nuova situazione determinatasi, per effetto del legittimo annullamento di un provvedimento ampliativo, denuncia la lesione, non già di un interesse legittimo pretensivo, quanto, invece, di una situazione di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio.

In materia di domande di risarcimento del danno nei confronti della P.A. a seguito dell'annullamento o sostituzione dell'originario provvedimento di concessione di un finanziamento, secondo **Sez. U, n. 16960/2018, Petitti, Rv. 649265-01**, spetta al giudice amministrativo la cognizione delle domande che si pongono in rapporto di causalità diretta con il successivo esercizio del potere discrezionale di riesame degli interessi valutati in sede di erogazione, mentre restano riservate alla cognizione del giudice ordinario le azioni risarcitorie fondate su comportamenti della P.A. che prescindono dall'esercizio di quel potere. In particolare, è stata attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno per l'annullamento del provvedimento concessorio e, quindi, la mancata erogazione della seconda rata di un finanziamento ex l. 27 marzo 1987, n. 120, a causa, sia della mancata conversione di decreti legge integrativi rilevanti ai fini della completa elargizione del contributo, sia del mutato apprezzamento in ambito parlamentare dell'applicazione e della *ratio* della l. n. 120 del 1987.

Il tema è, a ben vedere, ancora dibattuto, trattandosi di questioni dove spesso vi è un simultaneo ricorrere di diritti soggettivi ed interessi legittimi, come testimonia la questione sollevata dall'ordinanza interlocutoria **Sez. U, n. 22432/2018, Cosentino**. La pronuncia, chiedendo una relazione all'Ufficio del Massimario e del Ruolo, attesta la necessità di un approfondimento sui criteri di riparto della giurisdizione, sia nell'ipotesi di danno da lesione dell'affidamento sorto nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133 c.p.a., sia nei casi in cui l'affidamento non provenga dall'emanazione di un provvedimento amministrativo ampliativo della sfera giuridica del privato, ma derivi da un mero comportamento della P.A., idoneo ad ingenerare una ragionevole aspettativa di una futura emanazione di

questo. Si è posta, in altri termini la questione se l'indirizzo espresso da Sez. U, n. 04614/2011, Vittoria, Rv. 616481-01, Sez. U, n. 06594/2011, Fioretti, Rv. 616519-01, Sez. U, n. 06595/2011, Petitti, Rv. 616520 - 01, possa essere e, in quali limiti, essere superato.

Per altro verso si pone la questione, non sollevata nell'ordinanza interlocutoria ma connessa e, forse logicamente antecedente, se, ai fini della realizzazione della fattispecie costitutiva del diritto risarcitorio, sia sufficiente la dimostrazione che si è stati beneficiari del provvedimento favorevole, successivamente revocato o annullato, ovvero se questo possa acquistare rilevanza solo e se causativo dell'affidamento. In altri termini, la domanda è se sia o meno necessario un *quid pluris*, di modo da fare venire in rilievo una fattispecie complessa in cui l'emissione dell'originario provvedimento illegittimo favorevole si configura solo come uno dei fatti costitutivi, integratori della fattispecie.

In tema di danni da emotrasfusione, **Sez. U, n. 04233/2018, Scrima, Rv. 647562-01**, in conformità a quanto già espresso da Sez. U, n. 02050/2016, Frasca, Rv. 638221-01, ha ribadito che il rifiuto opposto dalla P.A. all'istanza di transazione del danneggiato non incide sul diritto soggettivo al risarcimento, ma sull'interesse all'osservanza della normativa secondaria concernente la procedura transattiva. L'impugnazione del diniego, pertanto, non rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, ma in quella del giudice amministrativo cui spetta decidere, nel merito, se l'atto negativo lede un vero e proprio interesse legittimo o un interesse semplice non giustiziabile.

**Sez. U, n. 33536/2018, Lamorgese, Rv. 652082-01**, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di tutela risarcitoria in forma specifica, avendo l'interessato chiesto l'annullamento della sanzione disciplinare inflitta dalla federazione sportiva, cioè una tutela riservata agli organi della giustizia sportiva. Sul punto la pronuncia ha affermato che il giudice amministrativo può conoscere, nonostante la riserva a favore della giustizia sportiva, delle sanzioni disciplinari inflitte a società, associazioni e atleti, in via incidentale e indiretta, al fine di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria proposta dal destinatario della sanzione.



## **10. Enti pubblici economici.**

Il consorzio per lo sviluppo industriale di un comune che, in forza di una legge regionale è stato trasformato in un consorzio di sviluppo economico locale, è, secondo **Sez. U, n. 05304/2018, Giusti, Rv. 647321-01**, per espressa previsione legislativa, un ente pubblico economico, con il compito di promuovere, nell'ambito dell'agglomerato industriale di competenza, le condizioni necessarie per la creazione e lo sviluppo di attività produttive nel settore dell'industria. Ne consegue che appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo, le controversie in ordine alle delibere dell'assemblea, con le quali è stato adeguato lo statuto dell'ente e sono stati nominati i componenti del consiglio di amministrazione, configurandosi in capo ai soggetti partecipanti allo stesso soltanto l'interesse legittimo alla legittimità degli atti emessi in base alla relativa disciplina.

## **11. Lodo arbitrale.**

Un'importante precisazione in materia è stata effettuata da **Sez. 1, n. 00646/2018, Sambito, Rv. 646589-01**, secondo cui, 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. Ne consegue che 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 sarebbe stata affidata, ove non fosse stata deferita in arbitri, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

## **12. Società: rinvio.**

Per l'individuazione dei criteri di riparto della giurisdizione nell'ambito di controversie riguardanti società si rinvia al Capitolo (Reggiani), mentre per le società a partecipazione pubblica si rinvia al Capitolo Rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni par. 2. (Billi).

## **13. Status della persona.**

In tema di questioni di giurisdizione relative a matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso genere si rinvia al Capitolo (Armone).

**14. Il rapporto di lavoro privatistico e quello presso le pubbliche amministrazioni.**

Per le relative questioni di giurisdizione si rinvia al Capitolo processo del lavoro (Armone).



## CAPITOLO III

### LA GIURISDIZIONE DEL TRIBUNALE DELLE ACQUE PUBBLICHE

(DI STEFANIA BILLI)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Criteri di riparto delle controversie tra tribunale delle acque e giudice ordinario - 3. Criteri di riparto tra tribunale delle acque pubbliche e giudice amministrativo.

#### 1. Premessa.

L'ambito della giurisdizione riservata ai tribunali delle acque pubbliche è delineato, unitamente alla disciplina processuale dei relativi giudizi, dal r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici).

Peraltro, i tribunali regionali hanno natura di organo specializzato dell'autorità giudiziaria ordinaria, sia in quanto l'art. 138, comma 2, di detto Testo Unico, prevede che il «tribunale è costituito da una sezione della corte d'appello»; sia perché l'art. 64, comma 2, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, stabilisce che «il tribunale regionale delle acque pubbliche costituisce una sezione della corte di appello presso la quale è istituito».

Pertanto, i tribunali regionali sono ritenuti organi specializzati della magistratura ordinaria, mentre il Tribunale Superiore delle acque pubbliche è giudice ordinario, quando giudica in appello sulle pronunce dei Tribunali regionali, ed è giudice speciale, quando giudica in unico grado, in tema di interessi legittimi.

Nel primo caso, a sensi dell'art. 142 T.U. acque, conosce in grado di appello tutte le cause decise in primo grado dagli otto Tribunali Regionali delle Acque Pubbliche aventi sede nelle Corti d'Appello di Torino, Milano, Venezia, Firenze, Roma, Napoli, Palermo e Cagliari sulle materie di loro competenza indicate negli artt. 140 e 141 T.U. acque, ossia: controversie intorno alla demanialità delle acque, circa i limiti dei corsi o bacini loro alvei e sponde; controversie aventi ad oggetto qualunque diritto relativo alle derivazioni e utilizzazioni di acqua pubblica; controversie di qualunque natura, riguardanti la occupazione totale o parziale, permanente o temporanea di fondi e le conseguenti indennità; controversie per risarcimenti di danni dipendenti da qualunque opera eseguita dalla pubblica amministrazione; ricorsi previsti dagli

artt. 25 e 29 del testo unico delle leggi sulla pesca approvato con r.d. 8 ottobre 1931, n. 1604.

Nel secondo caso, a sensi dell'art. 143 T.U. acque, quale organo di giurisdizione amministrativa il Tribunale Superiore delle acque pubbliche ha cognizione diretta sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti presi dalla amministrazione in materia di acque pubbliche; sui ricorsi, anche per il merito, contro i provvedimenti dell'autorità amministrativa indicati nell'art. 217 T.U. acque riguardanti l'esecuzione di opere idrauliche e nell'art. 221 in tema di contravvenzioni che alterino lo stato delle cose, nonché contro i provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa in materia di regime delle acque pubbliche; sui ricorsi in materia di diritti esclusivi di pesca.

## **2. Criteri di riparto delle controversie tra tribunale delle acque e giudice ordinario.**

In particolare, come ripetutamente affermato nella giurisprudenza della Corte, il riparto di giurisdizione tra l'Autorità giudiziaria ordinaria e dei Tribunali regionali delle acque pubbliche attiene all'oggetto delle controversie, rientrando nell'ambito delle competenze del giudice specializzato le sole cause che involgano questioni relative alla demanialità delle acque pubbliche, o al contenuto e ai limiti delle concessioni di utenze, o al diritto nei confronti dell'Amministrazione alla derivazione o alla utilizzazione delle acque, o quelle che, comunque, incidano pure indirettamente sugli interessi pubblici connessi al regime delle acque (v., tra le molte, **Sez. 1, n. 29356/2018, Sambito, Rv. 651586-01**).

Ai fini della discriminazione tra la competenza dell'autorità giudiziaria in sede ordinaria e quella dei tribunali regionali delle acque pubbliche, occorre aver riguardo all'oggetto della controversia, la quale rientra nella competenza del giudice specializzato solo quando involga questioni sulla demanialità delle acque pubbliche o sul contenuto o i limiti di una concessione di utenza, o sul diritto nei confronti dell'amministrazione alla derivazione o alla utilizzazione delle acque, o che incida comunque, direttamente o indirettamente, sugli interessi pubblici connessi al regime delle acque. Rientrano, invece, nella competenza degli organi ordinari dell'autorità giudiziaria le controversie tra privati che - pur ricollegandosi al presupposto della sussistenza, a favore di una o di entrambe le parti contendenti, di una concessione di acqua pubblica

- non investano la legittimità o la portata di quest'ultima e non tocchino, quindi, l'interesse della Pubblica Amministrazione, ma riflettano esclusivamente le modalità di attuazione e di esercizio dei diritti di uso delle acque, da osservarsi nei rapporti interni tra le parti, nonché gli obblighi reciproci che ne derivano, di modo che non sia necessaria un'indagine sul contenuto e sui limiti della concessione al fine di individuarne la portata e gli effetti e di stabilire se essa abbia o meno l'attitudine ad incidere, modificandoli, su rapporti preesistenti tra le parti. Con particolare riferimento, poi, alle azioni risarcitorie, la competenza del tribunale regionale delle acque pubbliche si profila solo quando i danni dipendano da qualunque opera eseguita dalla Pubblica Amministrazione e cioè quando la pretesa risarcitoria si fondi su di un comportamento commissivo od omissivo che coinvolga apprezzamenti tecnici circa la deliberazione, la progettazione e l'attuazione di opere idrauliche e comunque esprimano scelte dell'amministrazione per la tutela degli interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche, con la conseguenza che deve escludersi la competenza del tribunale regionale delle acque pubbliche in ordine ad una controversia tra privati avente ad oggetto una azione *negatoria servitutis* di acquedotto, oltre alla richiesta risarcitoria per i danni arrecati dal preteso titolare della servitù al proprietario dell'asserito fondo servente (Sez. 6-2, n. 02656/2012, Bianchini, Rv. 621848 - 01).

Quanto alle controversie involgenti una richiesta di risarcimento danni, opera il generale criterio, per il quale nelle controversie riguardanti il risarcimento dei danni derivanti da atti posti in essere dalla Pubblica Amministrazione, la ripartizione della competenza tra il giudice ordinario ed il Tribunale regionale delle acque pubbliche deve effettuarsi attribuendo a quest'ultimo le questioni che incidano, direttamente o indirettamente, sugli interessi pubblici connessi al regime delle acque - segnatamente, quelle di carattere tecnico relative alla distribuzione ed all'uso delle acque pubbliche ed ai diritti di derivazione o utilizzazione dell'utenza nei confronti della Pubblica Amministrazione - ed al primo la domanda risarcitoria occasionalmente connessa alle vicende relative al governo delle acque (Sez. 1, n. 01616/2016, Campanile, Rv. 638393-01).

Nell'ambito di tale indirizzo interpretativo, nell'anno in rassegna **Sez. 6-1, n. 32069/2018, Mercolino, Rv. 651969-01**, ha precisato, conformandosi a quanto statuito da Sez. U, n. 13358/2008, Mazziotti Di Celso, Rv. 603033-01, che ai sensi dell'art. 140, lett. d) ed e) del r. d. n. 1775 del 1933, sono devolute

alla competenza del Tribunale regionale delle acque pubbliche tutte le controversie aventi ad oggetto un'occupazione di fondi che si renda necessaria per la costruzione di un'opera idraulica di derivazione, di utilizzazione o di regolamentazione di acque pubbliche, senza distinzione tra occupazioni che siano formalmente e sostanzialmente legittime ed occupazioni che non lo siano, ancorché l'interessato, denunciando l'illegittimità, chieda il risarcimento del danno che ne sia conseguito.

Resta fermo che, in tema di riparto di competenza fra giudice ordinario e tribunale regionale delle acque pubbliche, non rientrano nella cognizione del giudice specializzato le controversie che, pur ricollegandosi al presupposto della sussistenza di una concessione di acqua pubblica, non investano la legittimità o la portata di quest'ultima e non tocchino, quindi, i relativi interessi pubblici, ma riguardino esclusivamente reciproci obblighi negoziali tra le parti, previsti da fonti contrattuali che semplicemente presuppongano l'attuazione e l'esercizio dei diritti di uso delle acque, di modo che non sia necessaria un'indagine sul contenuto e sui limiti della concessione al fine di individuarne la portata e gli effetti e di stabilire se essa abbia, o meno, l'attitudine ad incidere, modificandoli, sui rapporti tra le parti. (Sez. 6-3, n. 04699/2017, Tatangelo, Rv. 643136-01, in fattispecie nella quale la S.C., sul presupposto dall'assenza di competenza diretta in capo ai comuni sul rilascio delle concessioni in materia di acque pubbliche, ha ritenuto competente il giudice ordinario in merito ad un'azione di nullità di clausola di una convenzione-quadro, che prevedeva la realizzazione di un impianto idroelettrico con derivazione delle acque di un canale pubblico ed in base alla quale la società contraente si era impegnata a corrispondere al comune una "royalty" sul ricavato della vendita dell'energia prodotta).

### **3. Criteri di riparto tra tribunale delle acque pubbliche e giudice amministrativo.**

La giurisdizione di legittimità del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, ai sensi dell'art. 143 del r.d. n. 1775 del 1933, non è limitata, come ha precisato, tra le altre, Sez. U, n. 09534/2013, Segreto, Rv. 625801-01, ai soli giudizi impugnatori, ma si estende a quelli di accertamento e risarcitori, rientrando nella tutela giurisdizionale intesa a far valere la responsabilità della Pubblica Amministrazione per attività provvedimento illegittima, sia l'azione con cui il privato chieda l'annullamento del provvedimento

illegittimo, sia l'azione con cui invochi il risarcimento del danno, in forma specifica e per equivalente, con la conseguenza che al suddetto giudice può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento.

In virtù di tali canoni generali, **Sez. U, n. 33656/2018, Scarano, Rv. 651904-01**, ha precisato che appartiene alla giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche la controversia relativa all'impugnazione del decreto amministrativo con cui una Regione assoggetta alla valutazione d'impatto ambientale un progetto per la realizzazione di una mini centrale idroelettrica, atteso che, ai sensi dell'art. 143, comma 1, lett. a), del r.d. n. 1775 del 1933, sono devoluti alla cognizione di tale tribunale tutti i ricorsi avverso i provvedimenti che, pur costituendo esercizio di un potere non propriamente attinente alla materia, riguardino comunque l'utilizzazione del demanio idrico, incidendo in maniera diretta e immediata sul regime delle acque pubbliche. La pronuncia costituisce applicazione del consolidato principio per cui tutti i ricorsi avverso i provvedimenti che, per effetto della loro incidenza sulla realizzazione, sospensione o eliminazione di un'opera idraulica riguardante un'acqua pubblica, concorrono, in concreto, a disciplinare le modalità di utilizzazione di quell'acqua. Ne consegue che in tale ambito vanno ricompresi anche i ricorsi avverso i provvedimenti che, pur costituendo esercizio di un potere non strettamente attinente alla materia delle acque e inerendo ad interessi più generali e diversi ed eventualmente connessi rispetto agli interessi specifici relativi alla demanialità delle acque o ai rapporti concessori di beni del demanio idrico, riguardino comunque l'utilizzazione di detto demanio, così incidendo in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque (tra le tante v. Sez. U, n. 18977/2017, Pettiti, Rv. 645033-02; Sez. U, n. 09534/2013, Segreto, Rv. 625800-01). In sostanza, la giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche sussiste anche quando l'atto, ancorché proveniente da organi dell'amministrazione non preposti alla cura degli interessi del settore delle acque pubbliche, finisca tuttavia con l'incidere immediatamente sull'uso di queste ultime, in quanto interferisca con i provvedimenti relativi a tale uso, ad esempio autorizzando, impedendo o modificando i lavori relativi o determinando i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio ed alla realizzazione delle opere stesse (Sez. U, n. 24154/2013, Amatucci, Rv. 627994-01).



Inoltre, nello stesso anno in rassegna, **Sez. U, n. 15105/2018, Cirillo E., Rv. 649290-01**, ha affermato che, ai sensi dell'art. 143, comma 1, lett. a), del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, i provvedimenti riguardanti gli ambiti territoriali ottimali rientrano tra quelli riservati alla cognizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, in unico grado di legittimità, quando da essi discendano ricadute sulla organizzazione e sulla conduzione del sistema idrico integrato che, mirando a garantire la gestione di tale servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, abbiano incidenza diretta sul regime delle acque pubbliche e del loro utilizzo.

Ha affermato la giurisdizione del Tribunale Superiore delle acque pubbliche **Sez. U, n. 33656/2018, Scarano, Rv. 651964-01**, su una controversia relativa all'impugnazione di un decreto della Regione di assoggettabilità alla valutazione d'impatto ambientale relativo ad un progetto per la realizzazione di una mini centrale idroelettrica.

Da ultimo **Sez. U, n. 33538/2018, Di Virgilio, Rv. 652095-01**, ha affermato che la Regione, in sede di rilascio della concessione di derivazione idrica, ed a conoscenza della nuova classificazione conforme alle metodiche della Direttiva Quadro Acque, a fronte della precedente, meno rigorosa e non conforme ai dettami della Direttiva, deve applicare pedissequamente la nuova classificazione, in applicazione del principio di "non deterioration" prescritto dalla Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23/10/2000, sub art. 4, par.1, lett. a), punto I), e recepito con l'art.76, comma 4, lett. b), del d.lgs. 13 aprile 2006, n. 152. Tale principio è da ricondurre a quello più generale di precauzione, sancito dall'ordinamento comunitario come cardine della politica ambientale.

## 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. I limiti della giurisdizione erariale. - 6. Profili processuali.

#### 1. Premessa.

Gli argomenti di maggiore rilievo trattati dalla S.C. nel corso del 2018 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 di valore sistematico 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, quelle in *house providing*, si rinvia al capitolo XXVI del primo volume della rassegna.

#### 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 riguardo ai finanziamenti regionali a progetti formativi, **Sez. U, n. 03146/2018, Perrino, Rv. 647313-01**, ha ritenuto la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti per responsabilità erariale dell'assessore regionale e del dirigente del dipartimento formazione professionale per l'erogazione di somme aggiuntive, rispetto a quelle già disposte con l'approvazione del piano regionale dell'offerta formativa, trattandosi non di atti “politici”, come tali insindacabili in carenza di un parametro giuridico (norme di legge o principi dell'ordinamento) sulla cui base svolgere il sindacato giurisdizionale, ma di atti inerenti ad un procedimento, regolato con legge regionale, posto in essere nell'esercizio di funzioni amministrative connesse alla

programmazione e al versamento di finanziamenti per l'attività di formazione, secondo gli ordinari canoni di efficienza ed economicità della P.A.

Quest'ultima pronuncia si ricollega strettamente a **Sez. U, n. 10774/2018, Acerno, Rv. 647920-01**, per la quale la Corte dei conti può e deve verificare la compatibilità con i fini pubblici delle scelte amministrative effettuate dal concessionario di un servizio pubblico, ancorché nei limiti del controllo di ragionevolezza e di efficacia ed efficienza dei risultati, con la conseguenza che non rientra fra le scelte discrezionali insindacabili del concessionario la determinazione di omettere o differire la realizzazione degli interessi pubblici perseguiti dalla legge. Ciò è stato affermato riconoscendo la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità per danno erariale, promossa nei confronti dei concessionari del servizio pubblico di attivazione e conduzione della rete per la gestione telematica degli apparecchi per il gioco lecito, ex art. 110 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, che avevano omesso di azionare tempestivamente il servizio di collegamento telematico per il controllo dell'andamento del gioco.

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. Al riguardo, pare opportuno richiamare Sez. U, n. 06820/2017, Chiarini, Rv. 643280-01, la quale aveva già rilevato che la Corte dei conti poteva e doveva verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini propri dell'ente pubblico, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia ex art. 1, l. n. 241 del 1990, i quali assumono valore non sul piano della mera opportunità, ma della legittimità dell'azione amministrativa e consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione, onde evitare la deviazione di queste ultime dai fini istituzionali dell'ente e consentire l'accertamento della completezza dell'istruttoria, della non arbitrarietà e proporzionalità nella ponderazione e scelta degli interessi, nonché della logicità ed adeguatezza della decisione finale rispetto allo scopo da raggiungere. Nella controversia esaminata era stata confermata la decisione impugnata, che aveva escluso la rispondenza ai criteri di economicità ed efficienza dell'esternalizzazione, operata da un ente pubblico consortile, dei

compiti e servizi necessari alla propria attività ad un soggetto privo non solo di personale, ma anche di sede sociale.

Pertanto, **Sez. U, n. 14436/2018, De Stefano, Rv. 649490-01**, ha ribadito che, in caso di indebito conseguimento di un finanziamento pubblico, sussiste la giurisdizione della Corte dei conti sulla domanda risarcitoria formulata dall'ente pubblico finanziatore verso il privato che - non importa se in qualità di libero professionista o di dipendente del futuro percettore - abbia eseguito perizie o svolto analoghi incombeni preparatori indispensabili all'ottenimento di fondi pubblici, essendosi il rapporto di servizio instaurato in forza di tale condotta, immancabilmente sostitutiva o integrativa dell'istruttoria della P.A. interessata, che costituisce un indefettibile presupposto dell'erogazione poi rivelatasi non dovuta.

Con riferimento, invece, all'utilizzo di fondi pubblici da parte di partiti politici (nella specie, si trattava dei gruppi partitici dei consigli regionali), per **Sez. U, n. 21927/2018, Virgilio, Rv. 650450-01**, l'azione di responsabilità per la loro illecita gestione è attratta alla giurisdizione della Corte dei conti, sia perché a questi gruppi - pur in presenza di elementi di natura privatistica connessi alla loro matrice partitica - va riconosciuta natura essenzialmente pubblicistica, per la funzione strumentale al funzionamento dell'organo assembleare da essi svolta, sia in ragione dell'origine pubblica delle risorse e della definizione legale del loro scopo, senza che rilevi il principio dell'insindacabilità di opinioni e voti ex art. 122, comma 4, Cost., che non può estendersi alla gestione di contributi.

Questa pronuncia evidenzia come il giudizio di responsabilità della Corte dei conti arrivi a toccare praticamente ogni situazione nella quale ricorra un utilizzo improprio di denaro pubblico, a prescindere dall'eventuale coinvolgimento di soggetti investiti di funzioni *lato sensu* politiche.

Infine, con una decisione priva di precedenti specifici, **Sez. U, n. 33362/2018, Chindemi, Rv. 651902-01**, ha chiarito che attiene alla materia contabile e, quindi, alla giurisdizione della Corte dei conti, la controversia avente ad oggetto la responsabilità del tesoriere comunale per debito di gestione e, perciò, l'impugnazione del provvedimento di contestazione adottato dal Commissario straordinario del comune per le violazioni degli obblighi derivanti dalla convenzione di tesoreria.

### 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. 16014/2018, Lombardo, Rv. 649291-01**, ha affermato che la società concessionaria del servizio di riscossione delle imposte, in quanto incaricata, in virtù di una concessione contratto, di riscuotere denaro di spettanza dello Stato o di enti pubblici, del quale la stessa abbia il maneggio nel periodo compreso tra la riscossione ed il versamento, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia tra essa e l'ente impositore, che abbia ad oggetto la verifica dei rapporti di dare e avere e il risultato finale di tali rapporti, dà luogo ad un giudizio di conto.

Coerentemente, **Sez. U, n. 19654/2018, Scarano, Rv. 649978-01**, ha rilevato che, in tema di imposta di soggiorno, tra il gestore della struttura ricettiva (o "albergatore") ed il Comune si instaura un rapporto di servizio pubblico con compiti eminentemente contabili, che implicano il maneggio di denaro pubblico. Ne consegue che ogni lite con l'ente impositore concernente il controllo dei pagamenti dà origine ad un giudizio di conto, sul quale ricorre, pertanto, la giurisdizione della Corte dei conti.

### 4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico.

Occupandosi di pubblico impiego, **Sez. U, n. 29396/2018, Garri, Rv. 651317-01**, ha chiarito che rientra nella giurisdizione ordinaria e non in quella contabile la causa relativa allo svolgimento di mansioni superiori da parte di un pubblico dipendente e al conseguente trattamento economico, quando la domanda, benché proposta in epoca successiva al collocamento in quiescenza, non sia finalizzata al mero ricalcolo della pensione, ma diretta all'accertamento del diritto alle maggiori spettanze retributive per effetto delle mansioni svolte e, solo di riflesso, alla riliquidazione del trattamento pensionistico, per via dell'obbligo di versamento di maggiori contributi gravante sulla P.A.

La S.C. ha individuato, quindi, i confini della giurisdizione contabile in materia pensionistica.

Pertanto, secondo **Sez. U, n. 04237/2018, Tria, Rv. 647164-01**, vi è la giurisdizione ordinaria e non quella contabile sulla controversia relativa alla maggiorazione del trattamento

pensionistico spettante ai dipendenti in quiescenza dell'Ente Acquadotti Siciliani (EAS) in virtù della l.r. Sicilia n. 19 del 1991, il cui pagamento sia sospeso con delibera del Commissario liquidatore dell'Ente (del 14 novembre 2006). Ciò perché la materia del contendere ha ad oggetto l'applicazione di aumenti stipendiali destinati ad integrare il trattamento pensionistico, la cognizione dei quali spetta al giudice che, *ratione temporis*, è dalla legge designato a conoscere del rapporto d'impiego, dovendosi, nella specie, escludere la giurisdizione amministrativa ex art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, considerato che, ad incidere negativamente sulla posizione giuridica dei pensionati, è il provvedimento di sospensione dei pagamenti, adottato dopo il 30 giugno 1998.

Inoltre, per **Sez. U, n. 24670/2018, Bronzini, Rv. 650869-01**, appartiene alla giurisdizione della Corte dei conti, quale giudice della pensione, e non a quella amministrativa, la causa sulla domanda di un ufficiale della marina militare diretta a ottenere il computo nella base pensionistica dei maggiori emolumenti riconosciuti nel corso del rapporto di pubblico impiego, influenzando la relativa cognizione unicamente sull'entità del trattamento pensionistico e non sul detto rapporto.

Con una pronuncia volta a definire l'ambito del giudizio pensionistico, **Sez. U, n. 26252/2018, Di Virgilio, Rv. 650873-01**, ha affermato che la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia di pensioni dei pubblici dipendenti, ex artt. 13 e 62 del r.d. n. 1214 del 1934, ricomprende tutte le controversie nelle quali il rapporto pensionistico costituisca elemento identificativo del *petitum* sostanziale e, perciò, anche quelle funzionali alla pensione perché connesse al relativo diritto, come quelle riguardanti l'accertamento delle somme necessarie, quali contributi volontari, per ottenere la pensione e quelle relative alla conseguenziale domanda di ripetizione degli importi versati in eccedenza rispetto al dovuto, in quanto afferenti pure alla corretta quantificazione della pensione e non solo alla fondatezza dell'azione di ripetizione.

**Sez. U, n. 29395/2018, Garri, Rv. 651316-01**, ha chiarito che il giudizio sul ricalcolo della pensione di un pubblico dipendente, per effetto del riconoscimento del diritto alla perequazione automatica, in applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2015, rientra nella giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, che ricomprende tutte le cause connesse al diritto alla pensione dei pubblici dipendenti, attenendo all'accertamento della misura della pensione, in relazione ad

aumenti connessi per legge al periodico adeguamento al costo della vita.

Infine, **Sez. U, n. 29284/2018, Greco, Rv. 651315-01**, ha precisato che la controversia sulla ripetibilità, a mezzo trattenute da operare mensilmente sulla pensione di un pubblico dipendente, di importi indebitamente percepiti nel corso del rapporto di lavoro, non rientra nella giurisdizione della Corte dei conti, ma appartiene a quella del giudice del rapporto di pubblico impiego, da individuare - per situazioni soggettive relative a fatti materiali o atti successivi al 30 giugno 1998 - nel giudice ordinario.

## **5. I limiti della giurisdizione erariale.**

Varie pronunce hanno esaminato il profilo concernente le doglianze contro le decisioni contabili che possono essere portate all'attenzione delle Sezioni unite.

In primo luogo, **Sez. U, n. 01409/2018, Bianchini, Rv. 647007-01**, esprimendo una tendenza finalizzata a ridurre la portata del disposto dell'art. 17, comma 30 ter, del d.l. n. 78 del 2009, conv., con modif., dalla l. n. 102 del 2009, già evidente in Sez. U, n. 25042/2016, Scarano, Rv. 641777-01, ha confermato che non eccede i limiti esterni della giurisdizione erariale e, di conseguenza, non è impugnabile con ricorso per cassazione, la pronuncia della Corte dei conti che, interpretando i requisiti normativi della risarcibilità del danno all'immagine degli enti pubblici, riconnessi ai soli fatti costituenti delitti contro la P.A. accertati con sentenza passata in giudicato, abbia ritenuto integrata la fattispecie di danno erariale in seguito alla irrevocabilità della sentenza di cd. patteggiamento pronunciata, dopo l'entrata in vigore della l. n. 475 del 1999, per il delitto di cui all'art. 319 quater c.p., a carico di un funzionario pubblico.

Infatti, come chiarito da **Sez. U, n. 29285/2018, Greco, Rv. 651440-01**, che ha ben definito i confini del suo sindacato sulle decisioni della Corte dei conti, il ricorso per cassazione è consentito, in questi casi, esclusivamente per motivi inerenti alla giurisdizione, sicché il controllo della S.C. è circoscritto all'osservanza dei limiti esterni della giurisdizione, non estendendosi ad *errores in procedendo* o ad *errores in iudicando*, il cui accertamento rientra nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione, salve le ipotesi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento che ridondino in denegata giustizia.

Coerentemente, per **Sez. U, n. 08568/2018, Chindemi, Rv. 647912-01**, non ricorre eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera riservata alla P.A. qualora il giudice contabile non dichiari l'improponibilità del giudizio di responsabilità nei confronti dell'agente di riscossione, in pendenza della procedura di discarico per inesigibilità di cui agli artt. 19 e 20 del d.lgs. n. 112 del 1999, così come modificati dalla l. n. 190 del 2014. Infatti, deve tenersi conto che le nuove norme non hanno cambiato il rapporto tra il giudizio sul danno e il procedimento amministrativo appena menzionato, i quali restano indipendenti e autonomi, dovendo, semmai, l'asserito errore della Corte dei conti essere qualificato come *error in procedendo* o, eventualmente, *in iudicando*, in considerazione dell'incidenza sull'esito del giudizio della procedura agevolata introdotta dalla l. n. 190 del 2014, da ricomprendersi nei limiti interni della giurisdizione contabile, il controllo dei quali è sottratto al sindacato della Corte di cassazione.

Allo stesso modo, **Sez. U, n. 19280/2018, D'Ascola, Rv. 649755-01**, ponendosi nel solco tracciato da Sez. U, n. 7578/2006, Picone, Rv. 589170-01, sul presupposto che il processo di esecuzione civile richiede l'esistenza di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile, senza che possa discutersi dell'accertamento dell'esistenza dell'obbligazione, ha affermato che il giudizio di opposizione collegato all'esecuzione di una sentenza di condanna della Corte dei conti, avendo ad oggetto una controversia relativa ad un diritto soggettivo, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

D'altronde, è tradizionale insegnamento che tutte le questioni inerenti all'esecuzione delle sentenze della Corte dei conti siano riservate al giudice ordinario.

Con una decisione che ha toccato un aspetto peculiare del riparto di giurisdizione, **Sez. U, n. 15342/2018, Falaschi, Rv. 649492-01**, ha precisato che il difetto di giurisdizione per irregolare costituzione del giudice si determina solo ove detto difetto sia così grave da rivelare la totale carenza di legittimazione del giudice o dei singoli componenti del collegio, ovvero la loro assoluta inidoneità a fare parte di un organo giurisdizionale. Pertanto, è stato dichiarato inammissibile il ricorso ex art. 362 c.p.c. promosso avverso la decisione in grado di appello del giudice contabile, con il quale si era contestato che, dopo la declaratoria di nullità della statuizione di primo grado per violazione del diritto di difesa, l'azione di responsabilità erariale era stata decisa nel merito in unico grado in sede di gravame, senza rimessione della causa al primo giudice.



Inoltre, **Sez. U, n. 14438/2018, De Stefano, Rv. 649138-01**, ha ribadito che l'eccesso di potere giurisdizionale, che costituisce un aspetto dei "motivi attinenti alla giurisdizione" per i quali le sentenze di tutte le giurisdizioni speciali possono essere impugnate dinanzi alle Sezioni Unite della S.C., a norma dell'art. 362, comma 1, c.p.c., va inteso come esplicazione di una potestà riservata dalla legge ad un diverso organo, sia esso legislativo o amministrativo, e cioè come una usurpazione o indebita assunzione di potestà giurisdizionale, il che non si verifica ove la domanda di pensione ex art. 42, comma 1, d.P.R. n. 1092 del 1973, a seguito di dispensa dal servizio per superamento del periodo di comporta, sia respinta in base alla ritenuta insussistenza dei relativi presupposti.

Infine, secondo **Sez. U, n. 33366/2018, Tria, Rv. 651963-01**, in tema di responsabilità amministrativa, il conferimento di incarichi a soggetti esterni all'amministrazione con proroghe reiterate e genericamente motivate costituisce condotta sindacabile da parte della Corte dei conti sulla base dei parametri dell'efficacia, efficienza ed economicità, non venendo in questione il merito dell'azione amministrativa e non ricorrendo, perciò, una violazione dei limiti esterni alla giurisdizione contabile.

## 6. Profili processuali.

Con riguardo alle questioni concernenti il rito, **Sez. U, n. 25937/2018, Giusti, Rv. 651342-01**, ha affermato che, in tema di azione di responsabilità contro gli organi di gestione della RAI (nella specie, il direttore generale), ove la decisione di condanna in primo grado del giudice contabile sia stata appellata senza la proposizione di uno specifico motivo di gravame attinente alla giurisdizione, deve ritenersi formato il giudicato implicito sul punto, con conseguente inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione formulata durante il giudizio di impugnazione. Non rileva, quindi, quale *ius superveniens*, l'introduzione dell'art. 49 bis nel d.lgs. n. 177 del 2005 ad opera dell'art. 3 della l. n. 220 del 2015, che prevede la soggezione degli organi di gestione e di controllo della RAI alle ordinarie azioni civili di responsabilità stabilite per le società di capitali, atteso che, ai fini della verifica della sussistenza dei presupposti fondanti la giurisdizione, valgono le disposizioni vigenti all'epoca di compimento della condotta ipotizzata come illecita e che, per altro verso, il momento determinante la giurisdizione va fissato con riguardo sia alla legge sia allo stato di

fatto esistenti al tempo della proposizione della domanda, non rilevando eventuali sopravvenienze.

Per **Sez. U, n. 26256/2018, Cirillo F.M., Rv. 650874-01**, il ricorso per cassazione avverso le pronunce della Corte dei conti in grado di appello deve essere notificato al P.M. contabile, quale unico contraddittore necessario, nella persona del Procuratore generale della Corte dei conti. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso *de quo* sia nel caso di notifica al Procuratore regionale presso le sezioni giurisdizionali della medesima Corte, in ragione della differenza esistente tra detti uffici e la Procura generale, sia nell'eventualità di notifica al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, benché sia quest'ultimo, nella fase della discussione pubblica, a partecipare all'udienza come organo requirente.

Infine, **Sez. U, n. 20687/2018, De Stefano, Rv. 650276-01**, ha chiarito che, a seguito della declinatoria di giurisdizione da parte del giudice ordinario su azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica per il danno al patrimonio sociale, con affermazione della giurisdizione della Corte dei conti, la proposizione di un'azione contabile oltre tre mesi dopo il passaggio in giudicato di tale declinatoria esclude che il giudizio possa qualificarsi tempestivamente riproposto e preclude, dunque, al giudice adito per secondo il potere di sollevare il regolamento d'ufficio ex art. 17, commi 2 e 3, all. 1, del d.lgs. n. 174 del 2016.



## CAPITOLO V

### IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO

(DI STEFANIA BILLI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Giurisdizione nelle cause di scioglimento del matrimonio e di responsabilità genitoriale – 3. Giurisdizione nelle controversie transnazionali di carattere negoziale – 4. Controversie in tema di risarcimento dei danni – 5. Immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile – 6. Diritto dei cittadini stranieri e giurisdizione.

#### 1. Premessa.

Qualora venga in rilievo la giurisdizione di un giudice straniero in luogo di quella del giudice nazionale, sussiste un problema di eventuale difetto cd. assoluto di giurisdizione di quest'ultimo, non appartenendo la *potestas iudicandi* ad alcun giudice dell'ordinamento.

In tale situazione la questione di difetto giurisdizione del giudice italiano, ove fondata, comporta conseguenze molto diverse rispetto a quelle esaminate (v., *infra*, Cap. I), per il difetto cd. relativo di giurisdizione.

Sotto un primo profilo, infatti, non sembra, anche dall'esame della giurisprudenza della Corte, che su tale questione possa formarsi il cd. giudicato implicito sulla giurisdizione, venendo in rilievo l'improponibilità assoluta della domanda giudiziale dinanzi al giudice nazionale (che implica in sede di legittimità una pronuncia di cassazione senza rinvio ex art. 382 c.p.c.).

Appare coerente con tale generale assunto, la precisazione, compiuta di recente da **Sez. U, n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-03**, in virtù della quale, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, quando all'esito 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.

La giurisdizione intesa, sino ad anni relativamente recenti quale connotato della sovranità statale, aveva quali conseguenze una limitata rilevanza della litispendenza internazionale e la

necessità di delibazione, anche agli effetti cognitivi, delle decisioni straniere da parte di un giudice nazionale.

Questo sistema, come noto, si è evoluto sotto diversi profili, soprattutto a seguito dell'emanazione dei Regolamenti dell'Unione europea in materia processuale.

In estrema sintesi, nell'assetto attuale, si può ritenere che le norme di diritto internazionale privato, che individuano criteri cd. collegamento della giurisdizione con un determinato ordinamento, per le controversie connotate da elementi di estraneità, e dettate nel nostro sistema dalla l. n. 218 del 1995 trovano applicazione residuale, in una duplice direzione:

a) ove la controversia involga una questione di giurisdizione tra Stati appartenenti all'Unione Europea, trovano applicazione i criteri uniformi indicati, anche in via concorrente, dai Regolamenti che hanno disciplinato la materia (es. Reg. CE n. 2201/2003 in tema di giurisdizione e riconoscimento delle controversie sullo scioglimento del matrimonio e sulla responsabilità genitoriale; Reg. CE n. 44/2001, quindi sostituito dal Reg. n. 1215/2012, per le controversie in materia civile e commerciale);

b) anche nell'ipotesi nella quale non possano trovare applicazione tali Regolamenti, le norme di diritto internazionale privato sono derogate da eventuali Convenzioni internazionali intervenute tra gli Stati contraenti.

Nell'ipotesi di introduzione della causa dinanzi giudici di ordinamenti diversi si realizza il fenomeno della cd. litispendenza internazionale, la cui declaratoria è stata esclusa da **Sez. 3, n. 20841/2018, Rossetti, Rv. 650424-01**, nel caso in cui il giudizio precedentemente introdotto dinanzi al giudice straniero si sia concluso prima che il giudice italiano abbia emesso la propria decisione la quale è vincolata alla sentenza straniera per le questioni da quella già decise e che dovessero venire in rilievo nella causa dinanzi a lui proposta. La pronuncia ha anche chiarito il concetto di litispendenza internazionale che presuppone, sul piano oggettivo, l'identità di cause. Essa va, dunque, esclusa tra la domanda di risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito, proposta dinanzi al giudice straniero, e quella di risarcimento del danno non patrimoniale derivato dal medesimo fatto illecito, proposta dinanzi al giudice italiano (**Sez. 3, n. 20841/2018, Rossetti, Rv. 650424-02**).

## 2. Giurisdizione nelle cause di scioglimento del matrimonio e di responsabilità genitoriale.

Criterio principale, sia nelle convenzioni internazionali in materia che nel Reg. CE n. 2201/2003, per la determinazione della giurisdizione per le cause nelle quali si controverta della responsabilità genitoriale (nei suoi plurimi aspetti) ovvero in tema di sottrazione illecita di minori è quello della residenza abituale del minore.

Nella ricostruzione di tale nozione, **Sez. U, n. 32359/2018, Sambito, Rv. 651820-01**, ha evidenziato che, in materia di decadenza dalla potestà genitoriale, qualora i genitori risiedano in Stati diversi, la competenza giurisdizionale deve essere individuata con riferimento al criterio della residenza abituale del minore al momento della proposizione della domanda, il cui accertamento si risolve in una *quaestio facti*, con valutazione da svolgersi anche in chiave prognostica, che può essere effettuata direttamente dalla Suprema Corte sulla base dei dati emergenti dagli atti processuali, occorrendo valorizzare circostanze quali la frequenza della scuola ed il conseguimento di un ottimo rendimento scolastico in un determinato Stato, l'apprendimento della lingua, l'inserimento nel contesto sociale ed anche la entusiasta volontà del minore di rimanere in un certo luogo, accertata mediante l' ascolto del minore medesimo.

Fondamentali sono, inoltre, le precisazioni compiute da **Sez. U, n. 08042/2018, Acierno, Rv. 649686-01**, per la quale, al fine di accertare quale sia lo Stato in cui ha la residenza abituale un figlio di tenera età, nato da genitori non uniti in matrimonio che vivono in Paesi diversi, e di individuare in conseguenza il giudice nazionale dotato di giurisdizione al fine di assumere i provvedimenti riguardanti il minore, possono valorizzarsi indicatori di natura proiettiva, quali l'iscrizione del bambino presso l'asilo nido in un determinato Paese ed il godimento dell'assistenza sanitaria presso il sistema pediatrico del medesimo Stato.

**Sez. U, n. 30657/2018, Giusti, Rv. 651442-01**, ha chiarito, per altro verso, che, qualora nel giudizio di divorzio introdotto innanzi al giudice italiano siano proposte domande inerenti la responsabilità genitoriale (nella specie, con riferimento al diritto di visita) ed il mantenimento di figli minori non residenti abitualmente in Italia, ma in altro stato membro dell'Unione Europea (nella specie, la Germania), la giurisdizione su tali domande spetta, rispettivamente ai sensi degli artt. 8, par. 1, del Regolamento CE n.

2201 del 2003 e 3 del Regolamento CE n. 4 del 2009 (rispetto al quale la decisione si pone nel solco di Sez. U, n. 02276/2016, Nappi, Rv. 638227-01), all'autorità giudiziaria dello Stato di residenza abituale dei minori al momento della loro proposizione, dovendosi salvaguardare l'interesse superiore e preminente dei medesimi a che i provvedimenti che li riguardano siano adottati dal giudice più vicino al luogo di residenza effettiva degli stessi, nonché realizzare la tendenziale concentrazione di tutte le azioni li riguardano, attesa la natura accessoria della domanda relativa al mantenimento rispetto a quella sulla responsabilità genitoriale.

### **3. Giurisdizione nelle controversie transnazionali di carattere negoziale.**

Di notevole rilievo sono le precisazioni effettuate dalla S.C., anche nel 2018, sulle regole da applicare per l'individuazione del giudice competente in materia negoziale.

In tema di vendita internazionale di beni, ove trovi applicazione il Reg. UE n. 1215 del 12 dicembre 2012, ai fini dell'individuazione del foro competente, **Sez. U, n. 32362/2018, Rubino, Rv. 651823-01**, ha affermato l'applicazione del criterio del luogo di consegna materiale del bene. La pronuncia, pur ponendosi nel solco di un indirizzo consolidato della S.C, è significativa in quanto chiarisce espressamente entro quali confini può essere rilevante, in relazione all'art. 7, lett. b, del citato Reg. sostitutivo dell'art. 5, n. 1, lett. b) del Reg. CE 22 dicembre 2000, n. 44, l'inserimento nel contratto di una clausola, ricorrente nel commercio internazionale, cd. CIF (Incoterms 2010), che sposta il momento del trasferimento del rischio del perimento del bene dal compratore al venditore.

Nella fase successiva alla risoluzione del contratto **Sez. U, n. 04731/2018, De Chiara, Rv. 647165-01**, ha affermato che il giudice al quale spetta la giurisdizione sulla domanda proposta nei confronti di società estera, di restituzione delle somme già versate in dipendenza di un contratto successivamente sciolto, deve essere individuato sulla base del criterio generale del foro del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, trattandosi di obbligazione *ex contractu*, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a), del Reg. CE n. 44/2001.

La clausola contrattuale attributiva della competenza ad un giudice di un determinato Stato, ove abbia natura esclusiva ai sensi dell'art. 23 del Reg. CE n. 44/2001 (applicabile *ratione temporis*) è

idonea a derogare, non solo ai criteri generali della giurisdizione, ma anche a quelli speciali previsti dall'art. 6 del Regolamento citato: aderendo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, **Sez. U, n. 20349/2018, Di Virgilio, Rv. 649832-01**, ha affermato che il predetto art. 6, n. 1, deroga alla competenza generale del foro del domicilio del convenuto, previsto dall'art. 2 del Regolamento, ma non, invece, alla competenza esclusiva.

La domanda di garanzia impropria formulata, in un giudizio tra parti italiane, dal convenuto della causa principale nei confronti di un soggetto di diritto straniero, appartiene alla giurisdizione del giudice italiano secondo **Sez. U, n. 30420/2018, Cirillo E., Rv. 651318-02**. In applicazione dell'art. 6.2 della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, ratificata e resa esecutiva con l. 21 giugno 1971, n. 804, il garante estero può essere citato davanti al giudice presso il quale è stata proposta la domanda principale, senza che assumano rilevanza, né la distinzione tra garanzia propria e garanzia impropria, né l'estensione allo straniero chiamato in garanzia della domanda originariamente proposta dall'attore nei confronti del convenuto italiano. In tale ultimo caso si determina la connessione prevista dall'art. 6.1 della predetta Convenzione, in forza della quale sussiste la giurisdizione del giudice italiano sull'intera causa anche quando uno solo dei convenuti sia domiciliato nel territorio dello Stato.

#### **4. Controversie in tema di risarcimento dei danni.**

In tema di illeciti civili, **Sez. U, n. 27164/2018, Lamorgese, Rv. 651210-01**, ha statuito che, ai sensi dell'art. 5, n. 3, del regolamento CE n. 44 del 2001, e già dell'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, deve aversi riguardo al criterio di collegamento del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto, che, come precisato da CGUE, 11 gennaio 1990, C-220/88 e 16 luglio 2009, C-189/08, è quello in cui è sorto il danno, cioè il luogo in cui il fatto causale, generatore della responsabilità da delitto o da quasi delitto, ha prodotto direttamente i suoi effetti dannosi nei confronti della vittima immediata. Rileva, infatti, a questi fini, non solo il luogo dell'evento generatore del danno, ma anche il luogo in cui l'evento di danno è intervenuto, non, invece, il luogo dove si sono verificate o potranno verificarsi le conseguenze future della lesione del diritto della vittima.



L'affermazione conferma l'indirizzo espresso da Sez. U, n. 08076/2012, Spirito, Rv. 622522-01.

Restando nel tema delle domande risarcitorie per fatti illeciti commessi all'estero in danno di un cittadino italiano è significativa, poi, **Sez. 3, n. 20841/2018, Rossetti, Rv. 650424-03**, secondo cui la domanda di risarcimento del danno scaturente da fatto illecito avvenuto all'estero, commesso nei confronti di cittadino italiano da parte di un cittadino di altro Stato, è soggetta alla legge del luogo ove è avvenuto il fatto anche quando possa essere conosciuta dal giudice italiano secondo le regole sulla giurisdizione. In tal caso si deve escludere la violazione del diritto dell'Unione europea o quello costituzionale, ove la legge straniera porti a negare il risarcimento del danno non patrimoniale, ovvero a determinarlo in misura inferiore a quanto previsto dalla legge italiana.

## **5. Immunità Stati esteri dalla giurisdizione civile.**

Le Sezioni Unite hanno espresso, in materia, il generale principio secondo cui l'immunità di diritto internazionale dello Stato straniero dalla giurisdizione civile dello Stato italiano, ricorre anche nel caso di pretese a contenuto patrimoniale, sempre che il riconoscimento delle stesse richieda apprezzamenti ed indagini sull'esercizio, in atti o anche solo in comportamenti, dei poteri pubblicistici dello Stato o ente straniero (Sez. U, n. 19600/2008, Segreto, Rv. 604573-01, per la quale, di conseguenza, il giudice italiano è carente di giurisdizione sulla domanda nei confronti di uno Stato straniero per la detenzione di un immobile, assunta come illegittima, quando risulti che lo stesso sia adibito ad ufficio commerciale dell'ambasciata, poiché, in tal caso, esiste un effettivo rapporto di strumentalità necessaria con i poteri pubblicistici di esercizio del diritto di missione da parte dello Stato estero, che non può essere sottoposto ad apprezzamenti e valutazioni da parte del giudice italiano, al fine di rilevarne l'illegittimità fondante la domanda di risarcimento del danno.

Nel solco di tale orientamento, l'immunità di diritto internazionale dello Stato o dell'ente straniero della giurisdizione civile dello Stato italiano, secondo **Sez. U, n. 30527/2018, Falaschi, Rv. 651496-01**, ricorre anche nel caso di controversie a contenuto patrimoniale, quando tali enti agiscano come soggetti di diritto internazionale o come titolari di una potestà d'imperio nell'ordinamento di origine, ossia come enti sovrani. Tale immunità è, invece, esclusa nelle ipotesi in cui lo Stato o l'ente straniero si

pongano nelle medesime condizioni di cittadini italiani, avvalendosi di strumenti privatistici.

## 6. Diritto dei cittadini stranieri e giurisdizione.

La S.C. in materia ha fornito preziose indicazioni con riguardo alle controversie occasionate dagli imponenti fenomeni migratori. In particolare, **Sez. U, n. 31675/2018, Di Marzio M., Rv. 651889-01**, ha affermato che l'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, Reg. UE del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 603 del 2013, Dublino III, spetta all'amministrazione e, precisamente, all'Unità di Dublino, operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno e non al giudice ordinario, in virtù dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25. La pronuncia ha chiarito che, in linea di principio, la competenza spetta al paese di primo ingresso e che la normativa italiana affida alla P.A. la prima verifica della competenza tra i diversi Stati membri. Il controllo di tale provvedimento, poi, è devoluto al giudice ordinario.

In tal senso, infatti, **Sez. U, n. 08044/2018, Acierno, Rv. 647569-01**, nonché **Sez. U, n. 22412/2018, De Chiara, Rv. 650282-01**, hanno chiarito che la controversia, riguardante la procedura di determinazione dello Stato europeo competente e sul conseguente, eventuale, provvedimento di trasferimento emesso dalla P.A., ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario. Il principio opera anche per le situazioni antecedenti alla previsione espressa contenuta nell'art. 3, comma 3 bis, del d.lgs. cit., come introdotto dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con modif. dalla l. 13 aprile 2017, n. 46.

La situazione giuridica soggettiva dello straniero che chiede protezione internazionale ha, infatti, natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali, ai sensi dell'art. 2 Cost. e 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui giurisdizione spetta, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente, all'autorità giurisdizionale ordinaria.

Resta analogamente devoluta al giudice ordinario la giurisdizione riguardo, al *permesso di soggiorno per motivi umanitari, per particolare sfruttamento lavorativo*, introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109, in attuazione della Direttiva 2009/52/CE, vigente prima dell'introduzione del d.l. 4 ottobre

2018 n. 113, **Sez. U, n. 32044/2018, Tria, Rv. 652100-01**, la cui, in motivazione ha precisato che al potere amministrativo è affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria che si realizza nell'esercizio di una pura discrezionalità tecnica.

In tema **Sez. 1, n. 10291/2018, Acierno, Rv. 648896-01**, ha chiarito che anche l'opposizione avverso il diniego del questore di rilascio del permesso di soggiorno previsto dall'art. 22, comma 12-quater, del d.lgs. n. 286 del 1998 in favore del cittadino straniero vittima di sfruttamento lavorativo, spetta al giudice ordinario che ha la piena cognizione sulla sussistenza dei relativi presupposti. In proposito è stato chiarito che il parere espresso dal Procuratore della Repubblica ha carattere vincolante per il questore, ma non per l'autorità giurisdizionale.

Si rinvia al Capitolo sulla Tutela dei diritti dei cittadini stranieri per l'approfondito esame della materia sotto il profilo della disciplina sostanziale.

## **CAPITOLO VI**

### **LA COMPETENZA**

(DI MARIA ELENA MELE)

SOMMARIO: 1. Competenza per materia. - 1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace. - 1.2. Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa. - 1.3 Le controversie di competenza del Tribunale fallimentare. - 1.4. – Le controversie di competenza del Tribunale per i minorenni. - 1.5. Le controversie di competenza sezioni agrarie. - 1.6. Le controversie di competenza della Corte d'Appello. - 1.7. La competenza per la liquidazione dei compensi al difensore nel patrocinio a spese dello Stato. - 2. Competenza per valore (artt. 10 e ss. c.p.c.). - 3. La competenza per territorio. 3.1. Il foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione. - 3.2. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati. - 3.3. Il foro del consumatore. - 3.4. La competenza sui provvedimenti afferenti alla protezione internazionale dei richiedenti asilo. - 3.5. Il foro dell'esecuzione forzata (art. 26 c.p.c.). - 3.6. Il foro dell'espropriazione forzata in danno della P.A. (art. 26 bis c.p.c.). - 3.7. Foro stabilito per accordo delle parti (art. 28 c.p.c.). - 4. L'eccezione di incompetenza. - 5. Rilievo d'ufficio dell'incompetenza. - 6. Regolamento di competenza. Ammissibilità (artt. 42 e ss. c.p.c.). - 6.1. Il procedimento. - 6.2. Regolamento di competenza necessario di competenza. - 6.3. Regolamento di competenza d'ufficio.

#### **1. 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.**

**Sez. 6-2, n. 20051/2018, Lombardo, Rv. 650076-01**, ha tracciato la linea di demarcazione tra la competenza del giudice di pace e quella del Tribunale nelle cause relative alla recisione di siepe lungo il muro di confine. Confermando l'interpretazione data da Sez. 2, n. 00032/2006, Piccialli, Rv. 586969-01, ha ribadito che appartiene alla competenza del giudice di pace la domanda volta ad ottenere la recisione delle piante del vicino poste a distanza non legale a ridosso del muro di confine per la parte che superi “in

verticale”, l’altezza del muro, trattandosi di domanda riconducibile alla previsione dell’art. 892, ultimo comma, c.c., diversamente dalla domanda volta alla recisione dei rami protesi “in orizzontale”, invadenti l’altrui proprietà (regolata dall’art. 896 c.c.), rientrante nella competenza del giudice unico di tribunale.

## **1.2. Le controversie di competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.**

Più volte la Corte è intervenuta a chiarire il delicato problema concernente l’ambito di tale competenza. In via generale, **Sez. 1, n. 04706/2018, Di Marzio M., Rv. 647627-01**, ha precisato che dette sezioni specializzate sono investite di una peculiare competenza per materia e per territorio che si estende ad un bacino ben più ampio di quello del tribunale o della corte d’appello presso cui sono istituite, sicché hanno una propria competenza autonoma, diversa e più ampia da quella dell’ufficio giudiziario presso cui sono istituite, essendo competenti, in parte, riguardo a controversie per le quali il tribunale e la corte d’appello di appartenenza non lo sarebbero. **Sez. 6-1, n. 03399/2018, Dolmetta, Rv. 647049-01**, ha inoltre affermato che alle sezioni specializzate in materia di impresa sono riservate, ai sensi dell’art. 134, comma 1, lett. a), del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale), tutte le controversie sui diritti di proprietà industriale, titolati e non, e dunque anche quelle relative al marchio di fatto non registrato, atteso che tale segno risulta rafforzato dall’introduzione del predetto codice e gode ormai di una tutela giurisdizionale non diversa da quella del marchio registrato, come è dato evincere dall’art. 1 dello stesso decreto, contenente un richiamo generico ai marchi, tale da ricomprendere anche quelli non registrati, e 2, comma 4 secondo cui «sono protetti, ricorrendone i presupposti di legge, i segni distintivi diversi dal marchio registrato», del medesimo codice.

Appartengono, inoltre, alla cognizione delle sezioni specializzate in materia di impresa le azioni di responsabilità, da chiunque promosse, nei confronti degli amministratori di fatto di una società di capitali, dal momento che, da un lato, non vi sono ragioni per discriminare il caso della gestione di fatto di una società ai fini della definizione della competenza delle stesse e, dall’altro, depone in tal senso la formulazione letterale dell’art. 3, comma 2, lett. a), del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 che, richiamando tutti i «rapporti societari», va intesa come formula indicativa di una

nozione generale e non quale espressione meramente riassuntiva delle peculiari ipotesi citate nel testo della medesima norma. In questo senso si è espressa **Sez. 6-1, n. 20441/2018, Dolmetta, Rv. 650199-01**.

Al contrario, rientra nella competenza del Tribunale ordinario perché non ha natura di controversia societaria, la lite relativa all'acquisto di azioni dell'intermediario finanziario, nella quale il compratore lamenta, ai sensi del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 il mancato rispetto delle norme legali che disciplinano i servizi di investimento. **Sez. 6-1, n. 01826/2018, Nazzicone, Rv. 647880-01** ha infatti affermato che la competenza si determina in considerazione della domanda giudiziale, individuando la causa negoziale, come oggettivata nel negozio e prospettata nell'atto di citazione introduttivo. Per tale ragione, la Corte ha ritenuto sussistente la competenza delle sezioni ordinarie del tribunale, in relazione alla domanda diretta a conseguire la dichiarazione di nullità del contratto di acquisto di azioni per violazione delle norme che disciplinano i servizi di investimento, sebbene, in conseguenza di esso, l'attore fosse divenuto socio dell'intermediario finanziario.

### **1.3. Le controversie di competenza del tribunale per i minorenni.**

È stato ribadito che il tribunale per i minorenni resta competente a conoscere della domanda diretta ad ottenere la declaratoria di decadenza o la limitazione della potestà dei genitori ancorché, nel corso del giudizio, sia stata proposta, innanzi al tribunale ordinario, domanda di separazione personale dei coniugi o di divorzio, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c. come novellato dall'art. 3 della l. 10 dicembre 2012, n. 219. **Sez. 6-1, n. 20202/2018, Bisogni, Rv. 650198-01** ha ritenuto che l'interpretazione accolta risulta aderente al dato letterale della norma, in quanto rispettosa del principio della *perpetuatio jurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., nonché coerente con ragioni di economia processuale e di tutela dell'interesse superiore del minore (si tratta di principio già affermato da Sez. 6-1, n. 02833/2015, Bisogni, Rv. 634420-01).

### **1.4. Le controversie di competenza sezioni agrarie.**

**Sez. 6-3, n. 19331/2018, D'Arrigo, Rv. 650244-01**, ha dato continuità all'orientamento secondo cui 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. Per tale ragione, tale competenza ricorre non dolo nel caso in cui la questione attinente all'applicabilità delle norme speciali venga eccepita dal convenuto per il rilascio del fondo, ma anche nell'ipotesi in cui ne venga invocato dall'attore l'accertamento negativo.

### **1.5. Le controversie di competenza della Corte d'Appello.**

Nell'anno si registrano anche due interventi relativi alle peculiari competenze per materia attribuite alla Corte d'Appello in unico grado.

Tale competenza è stata innanzitutto affermata con riguardo al giudizio di riconoscimento di sentenza – pronunciata da giudice straniero – di adozione piena di minore, figlio biologico di una delle due *partners* di una coppia omogenitoriale femminile coniugata all'estero, da parte dell'altra. **Sez. 1, n. 14007/2018, Iofrida, Rv. 649527-01**, ha affermato che, poiché tale giudizio deve essere effettuato secondo il paradigma legislativo di diritto internazionale privato previsto negli artt. 64 e ss. della l. 31 maggio 1995, n. 218 non trovando applicazione, nella specie, la disciplina normativa relativa all'adozione internazionale, è competente la Corte d'Appello ai sensi dell'art. 41, comma 1, della l. n. 218 del 1995, che richiama i detti articoli 64 e seguenti, e non il tribunale per i minorenni ex artt. 41, comma 2, della medesima l. n. 218 del 1995.

Riguardo alla competenza della corte d'appello in unico grado, prevista dall'art. 19 della legge 22 ottobre 1971, n. 865 per l'opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione, **Sez. 6-1, n. 02693/2018, Micolino, Rv. 647367-01** ha ribadito che essa si estende anche alla domanda avente ad oggetto il riconoscimento dell'indennità aggiuntiva di cui all'art. 17, comma 2, della medesima legge in favore del fittavolo, colono, mezzadro o partecipante (nello stesso senso si era già espressa Sez. 1, n. 18450/2011, Macioce, Rv. 619562-01).

## **1.6. La competenza per la liquidazione dei compensi al difensore nel patrocinio a spese dello Stato.**

**Sez. 6-5, n. 13806/2018, Napolitano, Rv. 648695-01** ha affrontato la questione concernente la individuazione del giudice competente sulla liquidazione dei compensi al difensore per il ministero prestatore nel giudizio di cassazione nella disciplina di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 in tema di patrocinio a spese dello Stato statuendo che, ai sensi dell'art. 83 del suddetto decreto, come modificato dall'art. 3 della l. 24 febbraio 2005, n. 25 essa spetta al giudice di rinvio, oppure a quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato a seguito dell'esito del giudizio di cassazione. Pertanto, nell'ipotesi di cassazione con decisione "sostitutiva" nel merito, la competenza per tale liquidazione è demandata a quello che sarebbe stato il giudice del rinvio in mancanza di detta decisione.

## **2. 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, l'art. 12, comma 1, c.p.c. stabilisce che il valore delle cause relative all'esistenza, alla validità o alla risoluzione di un rapporto giuridico obbligatorio si determina in base a quella parte del rapporto che è in contestazione. In applicazione di tale principio, **Sez. 6-2, n. 21227/2018, Scalisi, Rv. 650351-01**, ha stabilito che, in relazione ad una controversia avente ad oggetto il riparto di una spesa approvata dall'assemblea di condominio, anche se il condomino agisce per sentir dichiarare l'inesistenza del suo obbligo di pagamento sull'assunto dell'invalidità della deliberazione assembleare, bisogna fare riferimento all'importo contestato, relativamente alla sua singola obbligazione, e non all'intero



ammontare risultante dal riparto approvato dall'assemblea di condominio, poiché, in generale, allo scopo dell'individuazione dell'incompetenza, occorre avere riguardo al *thema decidendum*, invece che al *quid disputandum*, per cui l'accertamento di un rapporto che costituisce la *causa petendi* della domanda, in quanto attiene a questione pregiudiziale della quale il giudice può conoscere in via incidentale, non influisce sull'interpretazione e qualificazione dell'oggetto della domanda principale e, conseguentemente, sul valore della causa.

Nell'ipotesi di domanda di risoluzione di un rapporto di locazione per morosità, **Sez. 3, n. 04921/2018, Iannello, Rv. 601182-01** (conformandosi a Sez. 2, n. 01467/2008, Malpica, Rv. 601182-01) ha statuito che il valore è rappresentato dall'ammontare dei canoni del residuo periodo della locazione che la domanda dell'attore mira a far cessare anticipatamente.

Il criterio posto dall'art. 12 c.p.c. subisce una deroga nell'ipotesi in cui il giudice sia chiamato ad esaminare, con efficacia di giudicato, le questioni relative all'esistenza o alla validità del rapporto che va, pertanto, interamente preso in considerazione ai fini della determinazione del valore della causa, come ribadito da **Sez. 6-2, n. 02850/2018, Manna, Rv. 647977-01** (la quale si è conformata sul punto all'indirizzo già espresso da Sez. 2, n. 02737/2012, Matera, Rv. 621591-01).

In tema di pretese creditorie della P.A., **Sez. 6-2, n. 18201/2018, Falaschi, Rv. 649655-01** ha affermato che, qualora non ricorra l'esercizio autoritativo di suoi poteri, il diritto fatto valere riguarda denaro e, quindi, il *petitum* mediato consiste nel conseguimento di un bene della vita rappresentato da una cosa mobile, ancorché tali pretese abbiano la loro fonte in un rapporto giuridico o di fatto concernente un immobile demaniale. Pertanto, agli effetti dell'art. 7, comma 1, c.p.c., la relativa domanda è riconducibile alla competenza generale sulle controversie relative a beni mobili del giudice di pace, purché la questione del rapporto presupposto non venga in rilievo neppure in via incidentale. In applicazione del principio, la S.C. ha dichiarato la competenza per valore del giudice di pace, poiché la domanda della P.A. aveva ad oggetto il pagamento di indennità di occupazione di un'area del demanio idrico e, dunque, di somme di denaro di ammontare compreso entro il limite di cui all'art. 7, comma 1, c.p.c.

**Sez. 6-1, n. 16424/2018, Terrusi, Rv. 649696-01**, è intervenuta a chiarire che nell'ipotesi in cui, nel medesimo processo, più soggetti propongano contro uno stesso convenuto una pluralità

di domande non altrimenti connesse, non si verifica un'ipotesi di cumulo soggettivo (art. 33 c.p.c.), il quale riguarda il caso in cui lo stesso attore convenga più persone davanti ad un unico giudice in deroga alle normali regole sulla competenza territoriale. Ricorre, invece, una fattispecie di cumulo oggettivo semplice (art. 104 c.p.c.), che ha come unica condizione l'osservanza dell'art. 10, comma 2, c.p.c., sicché, ove tra le domande cumulativamente proposte, ve ne siano alcune di valore indeterminato, sussiste senza dubbio la competenza per valore del tribunale sull'intera controversia. La Corte ha affermato tale principio con riferimento ad una fattispecie in cui più soggetti avevano promosso cumulativamente domande di accertamento dell'invalidità dei contratti di assicurazione da ciascuno stipulati con la stessa compagnia assicuratrice, formulando, unitamente ad altre domande, richieste risarcitorie di valore indeterminato.

In tema di esecuzione, **Sez. 3, n. 16920/2018, Iannello, Rv. 649438-01**, ha confermato l'orientamento espresso da Sez. 3, n. 19488/2013, Barreca, Rv. 627580-01, secondo il quale nei giudizi di opposizione all'esecuzione il valore della controversia ai fini della competenza si determina, ai sensi dell'art. 17 c.p.c., in base all'importo indicato nell'atto di pignoramento, atteso che non assume rilievo la circostanza che l'opposizione sia limitata ad una sola parte del credito azionato esecutivamente.

Nel caso di domanda di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo di esecuzione, **Sez. 2, n. 24362/2018, Cosentino, Rv. 650649-01**, ha poi precisato che il valore della causa va identificato, in analogia con il disposto dell'art. 17 c.p.c., con quello del credito azionato con l'atto di pignoramento.

### 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, il quale fa cioè riferimento ai soggetti della controversia, privilegiando la figura del convenuto e individuando come foro generale quello della sua residenza o domicilio o, in subordine, la dimora (o della sede della persona giuridica convenuta).

Con riguardo alle controversie in materia di obbligazioni, l'art. 20 c.p.c. individua 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. Diversamente, nelle ipotesi di incompetenza funzionale, questa 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 a diritti di obbligazione.

Con riguardo alle cause relative ai diritti di obbligazione, **Sez. 6-2, n. 11811/2018, Picaroni, Rv. 648827-01**, ha affermato che il luogo di adempimento dell'obbligo di consegnare un macchinario industriale da montare e collaudare deve essere individuato nel domicilio del compratore nell'ipotesi in cui le parti abbiano previsto che il venditore compia il montaggio ed il collaudo nello stabilimento del compratore medesimo. Tale luogo, invece, coincide con il domicilio del venditore qualora sia provata la

consegna della merce a vettori di volta in volta incaricati del trasporto ai sensi dell'art. 1510, comma 2, c.c. Nella specie, la Corte ha escluso che potessero qualificarsi come “macchinario industriale da montare e collaudare” delle centraline omologate presso il venditore e destinate ad essere incorporate in impianti a gas per autotrazione.

È stato, altresì, affrontato il problema della competenza in relazione alla materia dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per la circolazione dei veicoli. **Sez. 6-3, n. 12599/2018, Olivieri, Rv. 648747-01**, ha ritenuto che l'azione diretta di cui all'art. 149 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 promossa dal danneggiato nei confronti del proprio assicuratore, non muta la natura risarcitoria dell'obbligazione, ma comporta la sostituzione *ex lege* del soggetto debitore. A ciò consegue che al titolare della posizione passiva devono essere riferite le modalità di adempimento della prestazione che, in quanto avente ad oggetto un credito illiquido, ex art. 1182, comma 4, c.c. deve essere richiesto presso la sede legale della società assicuratrice del danneggiato-creditore, la quale, pertanto, assume esclusivo rilievo ai fini della individuazione della competenza territoriale.

**Sez. 3, n. 30977/2018, Fieconi, Rv. 651981-01**, sul presupposto secondo cui la filiale di una banca, la quale, ai sensi della direttiva 1977/780/CEE non ha personalità giuridica – non assume mai autonomia tale da localizzare a tutti gli effetti nella sua sede i rapporti che pone in essere, con esclusione totale della sede centrale, sicché l'attività da essa svolta deve essere imputata all'istituto di credito di cui la filiale costituisce articolazione periferica, ha evidenziato che ne deriva la carenza di autonoma legittimazione processuale della filiale, salvo che non venga citato in giudizio l'istitutore, in qualità di rappresentante della stessa o la filiale sia formalmente investita della legittimazione a resistere autonomamente in giudizio.

### **3.2. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati.**

**Sez. U n. 14842/2018, Cirillo F.M., Rv. 649491-01**, ha affrontato 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 statuendo che, mentre nell'ipotesi in cui 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, l. cit., nel caso in cui 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. Pertanto, in tale ipotesi 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.

### 3.3. Il cd. foro del consumatore.

L'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 individua nel luogo di residenza del consumatore il foro esclusivo delle controversie tra consumatore e professionista. In proposito **Sez. 6-3, n. 11389/2018, Positano, Rv. 648917-01**, ha ribadito che la residenza cui la norma ha riguardo è quella che il consumatore ha al momento della domanda e non quella che egli aveva al momento della conclusione del contratto. Tuttavia, ai fini dell'individuazione della stessa incide l'accertamento, devoluto al solo giudice del merito, del carattere fittizio dello spostamento di residenza del consumatore, compiuto per sottrarsi al radicamento della controversia, nonché quello relativo all'eventuale non coincidenza della residenza anagrafica con quella effettiva. Tale principio è stato affermato dalla Corte in un caso nel quale la presunzione di residenza derivante dai dati anagrafici risultava superata sulla base di elementi obiettivi, tra cui il luogo ove risultava avere sede lo studio professionale del difensore incaricato di curare la fase precontenziosa e contenziosa della lite.

Tale criterio opera anche nell'ipotesi di morte del consumatore dal momento che tale qualità – ai fini della determinazione della competenza per territorio – si trasmette agli eredi, non venendo meno, per effetto del decesso, né il rapporto di consumo, né le ragioni del peculiare regime di tutela ad esso correlato. Per tali ragioni, **Sez. 6-2, n. 18579/2018, Oricchio, Rv. 649657-01**, ha statuito che in caso di morte del consumatore, il relativo foro di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005 deve essere individuato sulla base del luogo di residenza o domicilio dei successori universali del defunto.

Si è altresì precisato che il foro del consumatore è esclusivo ed inderogabile, a meno che il professionista non dimostri che la

clausola di deroga in favore di altri fori sia stata oggetto di trattativa individuale tra le parti. In applicazione di tale principio, **Sez. 6-2, n. 01951/2018, Picaroni, Rv. 647976-01**, ha escluso che, in ipotesi di contratto concluso in forma orale, la mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza territoriale da parte del consumatore e la sua mancata presa di posizione di fronte al rilievo officioso dell'incompetenza del foro adito da parte del giudice potessero avere un valore equipollente al patto di deroga e alla trattativa individuale.

Più in generale **Sez. 6-3, n. 33163/2018, Positano, Rv. 652089-01**, ha statuito che la disciplina di tutela del consumatore posta dagli artt. 33 e ss. del d.lgs. n. 206 del 2005 prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione, sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, che di contratto singolarmente predisposto per lo specifico affare. L'art. 33, lett. t), del citato decreto, nello stabilire che si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che sanciscono a carico del consumatore deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, trova applicazione anche con riferimento alla clausola compromissoria.

### **3.4. Convenzione di deroga della competenza per territorio.**

In materia è stato riaffermato il principio (già espresso da Sez. 6-2, n. 18707/2014, Giusti, Rv. 633035-01) secondo il quale la designazione convenzionale di un foro territoriale, anche nell'ipotesi in cui coincida con uno di quelli previsti dalla legge, assume carattere di esclusività solo in caso di pattuizione espressa, la quale, pur non dovendo rivestire formule sacramentali, non può essere desunta in via di argomentazione logica da elementi presuntivi, ma deve risultare da una inequivoca e concorde manifestazione di volontà delle parti volta ad escludere la competenza degli altri fori previsti dalla legge (**Sez. 6-3, n. 01838/2018, Graziosi, Rv. 647575-01**).

Con riguardo all'ambito entro il quale la competenza territoriale stabilita dalla legge può essere derogata dalle parti, **Sez. 6-3, n. 05684/2018, Graziosi, Rv. 648284-01**, ha affermato che il rapporto tra il concessionario di un impianto di distribuzione di carburanti ed il terzo cui viene affidata la gestione dell'impianto, con comodato delle attrezzature e con patto di fornitura del carburante, integra un contratto atipico ma pur sempre unitario,

risultante dalla commistione di elementi del comodato e della somministrazione. Conseguentemente, non sussiste la competenza funzionale di cui agli artt. 21 e 447 bis c.p.c. prevista per il contratto di comodato e le parti possono convenzionalmente individuare il foro competente a dirimere le relative controversie.

Più in generale, **Sez. 6-3, n. 19714/2018, Scrima, Rv. 650285-01** ha chiarito che le modificazioni della competenza per ragioni di connessione non sono precluse nelle ipotesi di foro stabilito dalle parti, trattandosi di foro di origine pattizia e non legale, il quale dà luogo a un'ipotesi di competenza derogata, e non inderogabile, anche quando sia stabilito come esclusivo (art. 29 c.p.c.). In applicazione di tale principio, la Corte sulla premessa dell'irrelevanza, ai fini dell'art. 32 c.p.c., della distinzione tra garanzia propria e impropria, ha accolto il ricorso per regolamento necessario di competenza avverso l'ordinanza del tribunale che aveva declinato la propria competenza territoriale, con riguardo a una domanda di manleva, in considerazione delle clausole convenzionali di foro esclusivo contenute nei contratti stipulati dal convenuto con i terzi chiamati in causa.

#### **4. Eccezione di incompetenza.**

In numerose decisioni la Corte ha precisato modalità e termini per la proposizione della eccezione di incompetenza, soffermandosi, in particolare, sulla necessità di una specifica contestazione di tutti i cd. fori concorrenti in tema di obbligazione ai fini di una completa formulazione dell'eccezione di incompetenza territoriale. In particolare, occorre considerare **Sez. 6-3, n. 06380/2018, Scrima, Rv. 648441-01**, la quale, in caso di eccezione di incompetenza territoriale sollevata con riguardo a persona fisica, ha ribadito il principio secondo cui la mancata contestazione nella comparsa di risposta della sussistenza di entrambi i criteri di collegamento indicati dall'art. 18, comma 1, c.p.c. (cioè, sia della residenza, che del domicilio) comporta l'incompletezza dell'eccezione, rilevabile d'ufficio anche in sede di regolamento di competenza, sicché l'eccezione deve ritenersi come non proposta, con radicamento della competenza del giudice adito.

Analogo esito si ha nel caso in cui l'eccezione sia sollevata con riguardo ad una persona giuridica, come chiarito da **Sez. 6-2, n. 20597/2018, Falaschi, Rv. 650350-01**, e non sia contestata nella comparsa di risposta la sussistenza del criterio di collegamento indicato dall'art. 19, comma 1, ultima parte, c.p.c. (cioè

dell'inesistenza, nel luogo di competenza del giudice adito, di uno stabilimento e di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio con riferimento all'oggetto della domanda).

Nell'ipotesi di competenza territoriale derogabile, per la quale sussistano più criteri concorrenti, come in materia di diritti di obbligazione, **Sez. 6-2, n. 17311/2018, Falaschi, Rv. 649456-01**, ha ribadito che grava sul convenuto che eccepisce l'incompetenza del giudice adito (trattandosi di eccezione in senso proprio) l'onere di contestare specificamente l'applicabilità di ciascuno dei suddetti criteri e di fornire la prova delle circostanze di fatto dedotte a sostegno di tale contestazione. In mancanza, l'eccezione deve essere rigettata, restando, per l'effetto, definitivamente fissato il collegamento indicato dall'attore, con correlata competenza del giudice adito.

Diversa è invece l'ipotesi in cui la parte eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice adito invocando l'operatività di un foro convenzionale esclusivo. In tal caso, infatti, la stessa non è tenuta a contestare ulteriormente tutti i fori alternativamente concorrenti in materia di obbligazioni contrattuali, in quanto la pattuizione di un foro esclusivo ha proprio l'effetto di eliminare il concorso degli altri fori previsti dalla legge, i quali restano perciò inoperanti nei confronti delle controversie scaturenti dal contratto che contenga detta pattuizione (**Sez. 6-1, n. 15958/2018, Terrusi, Rv. 649544-02**).

Quanto ai termini entro i quali deve essere sollevata l'eccezione di incompetenza territoriale inderogabile ai sensi dell'art. 38 c.p.c., nel testo sostituito dalla l. n. 69 del 2009, **Sez. 6-3, n. 06734/2018, Dell'Utri, Rv. 648492-01**, ha ribadito il principio secondo il quale, ove il convenuto abbia proposto detta eccezione nella comparsa di risposta depositata direttamente all'udienza di prima comparizione, ai sensi dell'art. 183 c.p.c., anziché nel termine di cui all'art. 166 c.p.c. e, dunque, tardivamente, il potere di rilevazione ufficioso della stessa eccezione, o di una diversa eccezione di incompetenza territoriale inderogabile, deve essere esercitato necessariamente ed espressamente dal giudice nella detta udienza, restando, in mancanza, la competenza radicata avanti al giudice adito.

La possibilità di eccepire o rilevare d'ufficio l'incompetenza erariale senza limiti di tempo prevista dall'art. 9 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, deve ritenersi tacitamente abrogata dall'art. 38 c.p.c. (così come modificato dalla l. 26 novembre 1990, n. 353 e dalla l. 18 giugno 2009, n. 69). A tale conclusione **Sez. 6-3, n. 20493/2018**,



**Olivieri, Rv. 650479-01**, è pervenuta attraverso una interpretazione della norma compatibile con il regime generale sancito dalla citata norma speciale e conforme ai principi espressi dagli artt. 24 e 111 Cost., con la conseguenza che la questione di incompetenza ai sensi dell'art. 25 c.p.c. deve essere rilevata d'ufficio non oltre la prima udienza di trattazione.

## **5. Rilievo d'ufficio dell'incompetenza.**

Nell'ipotesi in cui il convenuto proponga tardivamente un'eccezione di incompetenza per materia o per territorio inderogabile o per valore, secondo il regime dell'art. 38 c.p.c. ed il giudice, senza avvedersi della tardività, la reputi infondata con un'ordinanza ex art. 187, comma 3, c.p.c., non preceduta da invito a precisare le conclusioni (nel rito ordinario) o da invito alla discussione (nel rito del lavoro ed assimilati), e dunque non impugnabile ai sensi dell'art. 42 c.p.c., egli non può successivamente in sede decisoria riesaminare la questione e dichiarare l'incompetenza, ostandovi la tardività dell'eccezione di parte; né tale potere gli si potrebbe riconoscere sulla base della rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza nei casi di cui all'art. 38, comma 3, c.p.c., in quanto la delibazione di infondatezza della relativa eccezione di parte, compiuta nella udienza di trattazione, ne ha determinato la definitiva preclusione, nonostante il disposto mutamento dell'originario rito locatizio in rito ordinario (**Sez. 6-3, n. 07339/2018, Frasca, Rv. 648493-01**).

Nel caso di opposizione a precetto proposta davanti al giudice di pace, **Sez. 6-3, n. 11816/2018, Frasca, Rv. 649022-01**, ha affermato che il rilievo dell'incompetenza per materia - sia d'ufficio sia ad istanza dell'opposto per essere l'opposizione riconducibile alla competenza del tribunale ex art. 617 c.p.c. - deve avvenire alla prima udienza di effettiva trattazione in applicazione dell'art. 38 c.p.c., con gli adattamenti richiesti dalle forme del giudizio davanti al giudice di pace; una volta verificatasi la preclusione, l'incompetenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice nella sentenza anche se qualifichi l'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. e neppure dalla parte opposta con un motivo di ricorso per cassazione avverso la medesima sentenza.

## 6. Regolamento di competenza.

La Corte è intervenuta ripetutamente a definire ambito e presupposti di tale mezzo di impugnazione.

La S.C. ha, in particolare, precisato che la proposizione del regolamento di competenza deve essere necessariamente sorretta dall'interesse all'impugnazione così che è inammissibile il regolamento esperito dalla parte all'esito di un giudizio risolto nel merito in suo favore, contro il rigetto dell'eccezione di incompetenza da essa proposta. Nella fattispecie esaminata da **Sez. 6-2, n. 20679/2018, Oricchio, Rv. 650078-01**, il giudice di primo grado, sebbene avesse rigettato l'eccezione di incompetenza territoriale spiegata dalla ricorrente, ne aveva accolto, nel merito, l'opposizione a decreto ingiuntivo.

In ordine alla individuazione dei provvedimenti avverso i quali è proponibile il mezzo di impugnazione in esame, **Sez. 6-3, n. 10540/2018, Olivieri, Rv. 648767-01**, ha ritenuto che è inammissibile il ricorso per regolamento di competenza avverso un provvedimento emesso su istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata per cassazione ex art. 373 c.p.c., trattandosi di atto di natura ordinatoria, privo di definitività e decisorietà, e costituendo la pronuncia ivi contenuta un'affermazione o negazione di competenza preliminare e strumentale alla decisione di merito.

Sempre in ragione della mancanza di natura decisoria, affermativa o negativa, della decisione sulla competenza, **Sez. 6-L, n. 03150/2018, Esposito, Rv. 646760-01**, ha escluso la proponibilità del regolamento di competenza in relazione all'ordinanza istruttoria con la quale il giudice detta i provvedimenti relativi alla istruzione della causa, essendo detto mezzo non utilizzabile, in assenza di un provvedimento decisorio impugnabile, al fine di ottenere una pronuncia preventiva su di essa.

L'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione del giudice, a norma dell'art. 53 c.p.c., invece, pur avendo natura decisoria, non è impugnabile con regolamento di competenza poiché non contiene né una statuizione sulla competenza, né un provvedimento di sospensione del giudizio, avendo ad oggetto esclusivamente la sostituzione della persona fisica del giudice nell'ambito del medesimo ufficio giudiziario. Inoltre, tale decisione difetta di definitività essendo suscettibile di riesame nel corso del processo in quanto il vizio causato dall'incompatibilità del giudice ricusato può convertirsi in motivo di nullità della sentenza da far valere in

appello. È quanto statuito da **Sez. 6-1, n. 02690/2018, Mercolino, Rv. 647335-01.**

È stato dichiarato inammissibile il regolamento di competenza proposto per violazione dell'art. 50 bis c.p.c. in quanto tale norma, nello stabilire quando il tribunale debba decidere in composizione collegiale, non attiene alla competenza, ma alla ripartizione degli affari all'interno del tribunale medesimo (**Sez. 6-2, n. 11716/2018, Abete, Rv. 648377-01**).

Analogamente, **Sez. 6-3, n. 16163/2018, Rubino, Rv. 649431-01**, ha affermato l'inammissibilità del regolamento di competenza attraverso il quale si contesti la violazione della ripartizione delle cause tra le varie sezioni di un tribunale dal momento che, secondo il consolidato orientamento della S.C., essa costituisce una distribuzione degli affari tra le articolazioni appartenenti ad un unico ufficio prevista per ragioni di organizzazione interna e non può mai dare luogo a questioni di competenza così che, ove ne siano stati violati i criteri, va disposta la trasmissione degli atti al Presidente del tribunale affinché provveda, con decreto non impugnabile, ai sensi dell'art. 83 ter disp. att. c.p.c.

Infine, **Sez. 6-L, n. 23062/2018, Esposito, Rv. 650901-01**, ha ribadito che la decisione con la quale il giudice di pace statuisca sulla propria competenza, ove non abbia natura meramente interlocutoria, ma costituisca una vera e propria sentenza, non è impugnabile col regolamento di competenza, ma può soltanto essere appellata, nei limiti e secondo le previsioni di cui all'art. 339 c.p.c.

Per altro verso, **Sez. 6, n. 20826/2018, Vincenti, Rv. 650489-01**, ha chiarito che in sede di regolamento di competenza non è consentito proporre ricorso incidentale, sicché l'intimato che voglia a propria volta contestare la competenza del giudice originariamente adito è tenuto a proporre un autonomo regolamento di competenza nel termine di cui all'art. 47, comma 2, c.p.c., il cui mancato rispetto preclude comunque ogni possibilità di conversione del ricorso incidentale in regolamento di competenza autonomo.

## **6.1. Il procedimento.**

Dando seguito all'orientamento già espresso da **Sez. 6-3, n. 25891/2010, Frasca, Rv. 615241-01, Sez. 6-3, n. 06380/2018, Scrima, Rv. 648441-02**, ha stabilito che il disposto di cui all'art. 47,

comma 5, c.p.c., per il quale le parti cui è stato notificato il ricorso per regolamento di competenza possono depositare in cancelleria, nei venti giorni successivi, scritture difensive, consente di considerare tale il controricorso. Inoltre, detto termine ha carattere ordinatorio e, pertanto, in difetto di opposizione della controparte, la scrittura difensiva depositata tardivamente può essere presa in considerazione anche agli effetti delle spese processuali.

Quanto ai termini per proporre l'istanza di regolamento di competenza ai sensi dell'art. 47, comma 2, c.p.c., **Sez. 6-2, n. 01471/2018, Criscuolo, Rv. 647349-01**, ha confermato l'orientamento per il quale gli stessi decorrono dalla comunicazione della decisione che, sebbene in forma di ordinanza, abbia pronunciato sulla competenza, salvo che il provvedimento non sia stato pronunciato in udienza, poiché in tal caso lo esso si considera legalmente conosciuto dal momento in cui è emesso e il termine per proporre regolamento di competenza decorre da quella medesima data.

**Sez. 6, n. 06174/2018, Picaroni, Rv. 648218-01**, ha precisato che in sede di regolamento di competenza possono essere contestate soltanto l'affermazione e l'applicazione di principi giuridici, sicché le questioni prospettate sotto il profilo del vizio di motivazione non possono essere esaminate.

## **6.2. Regolamento di competenza necessario.**

Come noto, il regolamento di competenza è definito "necessario" quando è l'unico mezzo di impugnazione esperibile, situazione che ricorre rispetto ai provvedimenti che decidano esclusivamente sulla competenza e non anche sul merito. In proposito, **Sez. 6, n. 15958/2018, Terrusi, Rv. 649544-01**, ha ribadito il consolidato indirizzo interpretativo per il quale, ad eccezione delle sentenze del giudice di pace, tali provvedimenti devono essere impugnati con istanza di regolamento di competenza e che tale caratteristica non viene meno se il giudice esamini anche questioni pregiudiziali di rito o preliminari merito, purché l'estensione sia strumentale alla pronuncia sulla questione di competenza.

Ai fini dell'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile, è stato precisato che 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 la sentenza di primo

grado che abbia dichiarato la nullità del decreto ingiuntivo opposto in quanto emesso da giudice territorialmente incompetente, atteso che la dichiarazione di nullità del provvedimento monitorio consegue necessariamente all'incompetenza del giudice adito (**Sez. 6-3, n. 16089/2018, Graziosi, Rv. 649430-01**).

Può essere impugnata solo con regolamento di competenza anche 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 (**Sez. 2, n. 21336/2018, Casadonte, Rv. 650034-01**, la quale ha di conseguenza dichiarato inammissibile l'appello proposto avverso tale pronuncia).

**Sez. 6-3, n. 08172/2018, Frasca, Rv. 648765-01** ha affermato che la competenza sull'esecuzione ai sensi dell'art. 26, ed ora dell'art. 26 bis c.p.c., si inserisce nel sistema della competenza in generale e, dunque, esige la garanzia della possibilità del controllo immediato tramite il regolamento di competenza. Tale controllo, sulla base delle argomentazioni desumibili dall'art. 187 disp. att. c.p.c. si estrinseca in prima battuta non già direttamente sul provvedimento del giudice dell'esecuzione negativo della propria competenza o affermativo di essa, bensì, essendo impugnabile tale provvedimento con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. attraverso l'impugnazione con il regolamento di competenza necessario della pronuncia del giudice dell'opposizione agli atti esecutivi di accoglimento o di rigetto dell'opposizione agli atti e, quindi, rispettivamente, di dissenso dalla valutazione del giudice dell'esecuzione negativa o affermativa della propria competenza sull'esecuzione forzata oppure di condivisione di quella valutazione, dovendosi tanto la sentenza di accoglimento che di rigetto intendersi impugnabili ai sensi dell'art. 187 disp. att. c.p.c., in quanto sentenze che decidono riguardo alla competenza sull'esecuzione forzata.

### **6.3. Regolamento di competenza d'ufficio.**

In ordine all'ambito di applicazione della previsione contenuta nell'art. 45 c.p.c., **Sez. U, n. 01202/2018, Manna A., Rv. 647312-01**, ha statuito che è inammissibile il regolamento di competenza d'ufficio nel caso in cui il secondo giudice, adito a seguito della riassunzione, neghi di essere competente per materia e ritenga che la competenza sia regolata soltanto per valore, atteso che, in tale ipotesi, non essendovi alcun giudice competente per

materia, l'eventuale decisione di accoglimento del regolamento da parte della Corte, ex art. 49, comma 2, c.p.c. produrrebbe nella sostanza il medesimo effetto di un regolamento di competenza d'ufficio *ratione valoris* non consentito dall'ordinamento, per insindacabile scelta di merito legislativo (tale principio è stato affermato nella fattispecie di una controversia, riassunta davanti alla sezione specializzata agraria del tribunale, a seguito di declinatoria di incompetenza adottata dal giudice di pace in una causa di opposizione a decreto ingiuntivo per pagamento di canoni enfiteutici sul rilievo non condiviso dal Tribunale specializzato della competenza *ratione materiae* di questo organo giudiziario).

Ancora, in tema di competenza territoriale derogabile, **Sez. 6-3, n. 02081/2018, Scoditti, Rv. 648028-01**, ha affermato che, se il provvedimento che dichiara l'incompetenza del giudice adito non è impugnato con regolamento di competenza, il giudice davanti al quale la causa è riassunta non può richiederlo d'ufficio ai sensi dell'art. 45 c.p.c. e la competenza si radica, per il solo fatto processuale della riassunzione, presso il giudice *ad quem*; pertanto, il provvedimento con cui quest'ultimo erroneamente declina la propria competenza, per materia o per territorio se inderogabile, è a propria volta impugnabile con il regolamento di competenza, affinché la Corte di cassazione possa individuare il giudice competente e non per contestare la mancata instaurazione del conflitto ex art. 45 c.p.c.

È stata ritenuta ammissibile l'istanza di regolamento di competenza d'ufficio proposta avverso l'ordinanza con la quale un tribunale aveva dichiarato la sua incompetenza in favore della sezione specializzata in materia di impresa di altro ufficio giudiziario in relazione ad un giudizio concernente un contratto di appalto pubblico di lavori non avente rilevanza comunitaria perché non sottoposto al cd. codice degli appalti, nell'arco temporale di vigenza di quest'ultimo. A fondamento della decisione, **Sez. 6-2, n. 31134/2018, Falaschi, Rv. 651794-01**, ha affermato che qualora una controversia rientrante fra quelle attribuite alla sezione specializzata in materia di impresa venga promossa non presso una sezione ordinaria del medesimo ufficio giudiziario nel quale è istituita, situazione che genererebbe un problema di ripartizione interna degli affari, ma dinanzi ad un differente tribunale, sorge una questione di competenza, con conseguente ammissibilità dell'istanza ex art. 45 c.p.c., poiché la legge riconosce a detta sezione specializzata una competenza per materia e territorio distinta e più

ampia rispetto a quella del proprio ufficio di appartenenza, che rende il tribunale in concreto adito anche “territorialmente” errato.

In ordine al momento in cui il regolamento di competenza deve essere proposto **Sez. 6-3, n. 20488/2018, Olivieri, Rv. 650298-01**, ha precisato che il giudice, indicato come competente da quello originariamente adito ed innanzi al quale la causa sia stata riassunta, può rilevare, a sua volta, la propria incompetenza non oltre la prima udienza di trattazione, essendogli altrimenti preclusa la possibilità di elevare il conflitto, senza che rilevi che una delle parti abbia riproposto eccezione di incompetenza nel giudizio di riassunzione, posto che la parte che dissente dalla declaratoria di incompetenza pronunciata dal giudice a quo non ha altro potere che quello di impugnarla.

Analogamente, **Sez. 6-3, n. 21944/2018, Sestini, Rv. 650614-01**, ha dichiarato inammissibile il conflitto di competenza elevato dal giudice dopo la prima udienza di trattazione, quando egli ha già concesso alle parti i termini di cui all’art. 183, comma 6, c.p.c.

È possibile che il regolamento di competenza d’ufficio sia prospettato oltre la prima udienza di trattazione nell’ipotesi in cui il giudice debba svolgere attività processuali, come assumere sommarie informazioni, strettamente funzionali alla valutazione sul se elevare il conflitto, nel qual caso la richiesta del regolamento deve seguire senza soluzione di continuità le dette attività processuali. In conformità a tale regola, **Sez. 6-3, n. 20445/2018, Scoditti, Rv. 650296-01**, ha ritenuto inammissibile il regolamento di competenza elevato d’ufficio dal giudice il quale, dopo avere rilevato la questione all’udienza ex art. 183 c.p.c., aveva differito a un momento successivo la relativa richiesta, disponendo una serie di rinvii finalizzati ad acquisire il fascicolo d’ufficio e la CTU espletata presso il giudice *a quo*, non esplicitamente motivati come strettamente funzionali all’elevazione del conflitto.

## 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 ed i difensori. – 5. Successione nel processo. – 6. Successione nel diritto controverso. 7. L’interesse ad agire. - 8. La legittimazione ad agire. - 9. I termini. – 9.1. La rimessione in termini. – 10. Le notificazioni – 11. Processo civile telematico. Rinvio.

#### 1. Il giudice. Astensione e ricusazione.

Connotato indefettibile del giusto processo è l’imparzialità del giudice per la realizzazione della quale, nel processo civile, sono disciplinati gli istituti dell’astensione e della ricusazione.

Nella recente elaborazione della Corte occorre in primo luogo considerare **Sez. 2, n. 27923/2018, Scarpa, Rv. 651462-02**, la quale ha chiarito che, ai fini della configurabilità dell’obbligo del giudice di astenersi, ai sensi dell’art. 51, n. 3, c.p.c., la “grave inimicizia” del componente di un Consiglio dell’Ordine (nella specie dei medici e degli odontoiatri) nei confronti di un incolpato deve essere reciproca e, pertanto, non è sufficiente ad integrarla la mera presentazione di una denuncia o, comunque, di un atto di impulso idoneo a dare inizio ad un procedimento giudiziale, né può, in linea di principio, originare dall’attività consiliare del componente stesso per questioni inerenti all’esercizio della professione, ma deve riferirsi a ragioni private di rancore o di avversione sorte nell’ambito di rapporti estranei ai compiti istituzionali.

In materia di ricusazione, poi, la Corte, ponendosi in linea di continuità con l’elaborazione degli anni precedenti, ha ribadito il principio (già affermato da Sez. 6-3, n. 21094/2017, Dell’Utri, Rv. 645706-01) per il quale, in difetto della relativa istanza, non è deducibile come motivo di nullità della sentenza una circostanza integrante motivo di astensione del giudice (**Sez. 1, n. 27924/2018, Acierno, Rv. 651123-01**).

Sempre con riferimento alla ricusazione del giudice, **Sez. 6-1, n. 02690/2018, Mercolino, Rv. 647335-01**, ha affermato che l’ordinanza di rigetto della relativa istanza, a norma dell’art. 53 c.p.c., non è impugnabile con regolamento di competenza poiché, pur avendo natura decisoria, non contiene né una statuizione sulla



competenza, né un provvedimento di sospensione del giudizio, avendo ad oggetto esclusivamente la sostituzione della persona fisica del giudice nell'ambito del medesimo ufficio giudiziario, precisando, al contempo, in continuità con un risalente orientamento (Sez. 3, n. 15780/2006, Finocchiaro, Rv. 592281 - 01), che tale decisione difetta di definitività, essendo suscettibile di riesame nel corso del processo in quanto il vizio causato dall'incompatibilità del giudice ricusato può convertirsi in motivo di nullità della sentenza da far valere in appello.

## 2. Ausiliari.

Nell'anno in rassegna la Corte ha in più occasioni rimarcato la natura pubblicistica del rapporto che si instaura tra l'amministrazione giudiziaria e il custode, derivante dal fatto che esso trae origine da un atto processuale di attribuzione di un ufficio.

Da tale premessa sono state tratte conseguenze applicative in relazione a diversi profili della disciplina degli ausiliari del giudice.

In particolare, con riferimento: a) alla determinazione del compenso che, secondo **Sez. 2, n. 17375/2018, Fortunato, Rv. 649348-01**, non è affidata alla contrattazione, ma è prerogativa dell'autorità giudiziaria, la quale non è vincolata ad eventuali accordi tra l'amministratore e le parti private; b) al corso della prescrizione che, secondo **Sez. 2, n. 22362/2018, Picaroni, Rv. 650321-01**, è decennale e decorre da ogni singolo giorno, a meno che nel provvedimento di conferimento sia stabilita una determinata periodicità nella corresponsione del compenso, dovendosi in tal caso, ritenere configurabile una prestazione periodica, con conseguente applicazione del termine quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, c.c.; c) alle spese di custodia, avendo **Sez. 2, n. 22362/2018, Picaroni, Rv. 650321-02**, chiarito che, in caso di custodia di beni oggetto di 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, così che la relativa indennità è dovuta dal soggetto indicato nel summenzionato provvedimento che non abbia provveduto al tempestivo ritiro del bene. Inoltre, ai fini della cessazione del rapporto pubblicistico, non è necessaria la comunicazione al custode del provvedimento di restituzione, poiché tanto l'abrogato art. 84, comma 2, disp. att. c.p.p.,

applicabile *ratione temporis* nella fattispecie esaminata, quanto il successivo art. 150, comma 4, del d.P.R. n. 115 del 2002 collegano l'estinzione dell'obbligo di anticipazione dell'erario alla comunicazione di tale provvedimento al solo avente diritto.

## 2.1. Il diritto al compenso.

Numerose sono le pronunce sul compenso spettante agli ausiliari del giudice registratesi nell'anno in rassegna.

E' stato, innanzitutto, confermato il principio (per il quale si veda già Sez. 2, n. 23133/2015, Bianchini, Rv. 637277-01), secondo il quale l'obbligo di pagare il compenso per la prestazione eseguita dal consulente tecnico d'ufficio ha natura solidale per essere la sua attività finalizzata all'interesse comune di tutte le parti (**Sez. 6-2, n. 03239/2018, Criscuolo, Rv. 647979-01**), precisandosi che nei rapporti interni tra i condebitori vi è solo una presunzione di eguaglianza che fa salva la possibilità di individuare un diverso criterio di riparto delle quote dell'obbligazione solidale (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di appello che in un giudizio di divisione ereditaria aveva ripartito l'obbligo di pagamento del compenso nei rapporti interni tra i condividenti in misura proporzionale alle rispettive partecipazioni alla massa comune).

Per quanto riguarda la liquidazione, **Sez. 2, n. 14292/2018, Bellini, Rv. 648838-02**, ha chiarito che, ai fini della determinazione del compenso al consulente tecnico, l'unicità o la pluralità degli incarichi dipende dall'unicità o dalla pluralità degli accertamenti e delle indagini tecnico-peritali, a prescindere dalla pluralità delle domande, delle attività e delle risposte, definibili unitarie o plurime soltanto in ragione della loro autonomia ed autosufficienza e, pertanto, dell'interdipendenza delle indagini che connota l'unitarietà dell'incarico e dell'onorario, confermando la decisione che aveva ritenuto unitario l'incarico avente ad oggetto l'analisi dei bilanci e della documentazione contabile-amministrativa di due società, indagine che, benché svolta da diverse e multiformi prospettive, non implicava per ciascuna di esse la liquidazione di un compenso autonomo, non potendosi riconoscere corrispettivi ulteriori per ogni quesito concernente il medesimo bilancio.

Con specifico riferimento ai criteri di liquidazione degli onorari degli ausiliari del giudice normativamente previsti, **Sez. 2, n. 14292/2018, Bellini, Rv. 648838-01**, ha escluso che essi si pongano in contrasto con l'art. 36 Cost., non essendo tale norma utilizzabile quale parametro di determinazione del compenso in ragione del

carattere occasionale dell'attività dei consulenti di ufficio, insuscettibile di controllo con la retribuzione, e della natura pubblicistica dell'incarico conferito che impedisce di considerarli come semplici lavoratori.

Di interesse è anche **Sez. 2, 08538/2018, Dongiacomo, Rv. 648011-01**, che ha ammesso il ricorso al criterio equitativo nel caso di liquidazione del compenso all'amministratore-custode di beni sottoposti a sequestro preventivo nell'ambito di un procedimento penale, ove l'incarico si sia esaurito o si sia comunque concluso in epoca antecedente all'entrata in vigore delle tabelle professionali approvate in attuazione dell'art. 8 del d.lgs. 4 febbraio 2010, n. 14, con il d.P.R. 7 ottobre 2015, n. 177.

Occorre, inoltre, segnalare **Sez. 2, n. 27914/2018, Scarpa, Rv. 651176-01**, la quale ha chiarito che in caso di affidamento al c.t.u. di un incarico unitario per la stima di un bene complesso come l'azienda, il compenso deve essere liquidato sulla base del disposto di cui all'art. 3 del d.m. 30 maggio 2002 (relativo a perizia o consulenza tecnica in materia di valutazione di patrimoni), e non secondo criteri corrispondenti a ciascuno dei singoli beni che compongono l'azienda stessa, alla stregua degli artt. 11 e 13 del medesimo d.m., poiché, nella valutazione dei patrimoni, l'unicità dell'incarico e, di conseguenza, del compenso, non è esclusa dalla pluralità delle verifiche.

Va, infine, evidenziato che nell'anno in rassegna è stato nuovamente applicato il principio espresso da Sez. 6-2, n. 18331/2015, D'Ascola, Rv. 636792-01, secondo il quale, in caso di perizia depositata dopo la scadenza del termine concesso dal giudice, è legittima, ove non sia possibile l'individuazione della parte di incarico svolta tempestivamente, la riduzione di un terzo dell'onorario ai sensi dell'art. 52, ultima parte, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, dovendosi ritenere che l'esclusione del compenso per "il periodo successivo alla scadenza del termine", prevista dalla suddetta norma, osti al riconoscimento di vacanze computabili oltre il numero massimo calcolabile per i giorni compresi nel termine fissato, ma non consenta di acquisire la prestazione senza remunerazione, determinandosi, diversamente, una sanzione diversa per due situazioni identiche, quali la riduzione di solo un terzo per gli onorari a tariffa variabile e la cancellazione del compenso per gli onorari a tempo di prestazioni comunque validamente effettuate dopo la scadenza, che abbiano portato non alla revoca dell'incarico, ma all'acquisizione della relazione (**Sez. 6-2, n. 22158 2018, Criscuolo, Rv. 650943-01**).

## **2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari.**

In materia di opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso, **Sez. 2, n. 1470/2018, Criscuolo M., Rv. 647379-01**, ha chiarito che il ricorso introduttivo di tale giudizio, nel regime introdotto dall'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, come già nella vigenza della l. 8 luglio 1980, n. 319, non è un atto di impugnazione, ma l'atto introduttivo di un procedimento contenzioso nel quale il giudice adito ha il potere-dovere di verificare la correttezza della liquidazione in base ai criteri legali a prescindere dalle prospettazioni dell'istante con il solo obbligo di non superare la somma richiesta, in applicazione dell'art. 112 c.p.c. e di regolare le spese secondo il principio della soccombenza.

E' stato, inoltre, precisato che il provvedimento del magistrato con cui viene liquidato all'ausiliario un acconto non è autonomamente impugnabile, mancando nel d.P.R. n. 115 del 2002 previsioni circa il controllo di tale statuizione ed avendo la stessa ad oggetto una mera anticipazione di carattere provvisorio e, quindi, modificabile con ulteriori provvedimenti di acconto e con quello di liquidazione finale (**Sez. 2, n. 15509/2018, Orilia, Rv. 649175-01**).

Con specifico riferimento all'opposizione avverso il provvedimento di liquidazione dei compensi al perito nominato in un giudizio penale, la Corte, in continuità con il principio, già affermato da Sez. 2, n. 4739/2011, Giusti, Rv. 616721-01, ha ribadito che l'avviso dell'udienza camerale deve essere notificato anche all'imputato, parte del processo al quale l'attività dell'ausiliario è riferita, e al suo difensore, posto che il maggiore onere derivante dalla richiesta di riforma del provvedimento impugnato ha una ricaduta nei suoi confronti, sicché, in difetto di tale adempimento il provvedimento emesso in camera di consiglio è nullo per violazione del principio del contraddittorio (**Sez. 2, n. 08221/2018, Besso Marcheis, Rv. 647873-01**), precisando, tuttavia, che se il procedimento si trova in una fase in cui sussista il segreto sugli atti di indagine o sull'iscrizione della notizia di reato, il decreto, pur comunicato al beneficiario e provvisoriamente esecutivo non può essere opposto ai sensi dell'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, occorrendo a tal fine che il segreto cessi, in modo tale che il relativo ricorso di opposizione possa essere notificato, oltre che al Ministero della Giustizia e al Pubblico Ministero, anche all'indagato o all'imputato (**Sez. 2, n. 09102/2018, Dongiacomo, Rv. 648080-01**).

Sempre in materia di opposizione avverso il provvedimento di liquidazione emesso in seno al procedimento penale, **Sez. 2, n. 22030/2018, Orilia, Rv. 650072-01**, ha affermato che il termine di cento giorni entro cui l'ausiliario deve presentare, a pena di decadenza ai sensi dell'art. 71 del d.P.R. n. 115 del 2002, la domanda di liquidazione del compenso, decorre dalla data di deposito della relazione.

### **3. Litispendenza e continenza.**

Si ha litispendenza quando tra più cause vi è identità dei soggetti, del *petitum* e della *causa petendi*. Ne deriva che la stessa non è configurabile tra una causa di manleva, proposta dai soggetti convenuti in via di regresso dall'INAIL, contro la società assicuratrice della responsabilità civile, e la causa di manleva, pendente dinanzi ad altro giudice, proposta contro la stessa società assicuratrice dagli stessi soggetti convenuti in un giudizio introdotto dal lavoratore infortunato, già indennizzato dall'INAIL, per il risarcimento del cd. danno differenziale, posto che le due domande di manleva hanno un *petitum* e una *causa petendi* diversi (**Sez. 6-L, n. 03152/2018, Ghinoy, Rv. 646761-01**).

Allo stesso modo, in caso di contemporanea pendenza di un giudizio di opposizione all'esecuzione minacciata o promossa per la realizzazione di un determinato diritto e di altro giudizio di accertamento del medesimo diritto tra le stesse parti, deve escludersi una situazione di litispendenza (o eventualmente di continenza) allorché l'opposizione all'esecuzione riguardi il profilo strettamente processuale della promovibilità dell'esecuzione forzata, essendo in tal caso diverse le rispettive *causae petendi*, rispettivamente ravvisabili nel rapporto giuridico da cui sorge il diritto di credito per il cui accertamento è stata proposta la domanda introduttiva del giudizio di cognizione e nell'insussistenza delle condizioni che determinano la soggezione del debitore all'azione esecutiva (**Sez. 2, n. 10511/2018, Criscuolo, Rv. 648393-01**).

La litispendenza non viene meno, secondo **Sez. 3-6, n. 3306/2018, Cirillo, Rv. 650424-01**, per il fatto che in una delle cause vi sia la presenza anche di altre parti.

Nell'anno in rassegna ha ottenuto ulteriore conferma il principio (enunciato da Sez. U, n. 27846/2013, Petitti, Rv. 628456-01 e ribadito da Sez. 6-1, n. 19056/2017, Marulli, Rv. n. 64568401) per il quale, ove la stessa causa venga proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito è tenuto a dichiarare la

litispendenza, anche se la controversia iniziata in precedenza sia stata già decisa in primo grado e penda davanti al giudice dell'impugnazione, senza che sia possibile la sospensione del processo instaurato per secondo, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. o dell'art. 337, comma 2, c.p.c., a ciò ostando l'identità delle domande formulate nei due diversi giudizi (**Sez. 6-3, n. 15981/2018, Olivieri, Rv. 649429-01**).

Quanto, invece, alla litispendenza internazionale, la S.C. ha ribadito che tale istituto postula l'identità di cause sul piano oggettivo, così che deve ritenersi esclusa tra la domanda di risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito proposta dinanzi al giudice straniero e la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale derivato dal medesimo fatto illecito proposta davanti al giudice italiano (**Sez. 3, n. 20841/2018, Rossetti, Rv. 650424-02**), ed è stato chiarito che non può essere dichiarata la litispendenza internazionale ai sensi dell'art. 27 del Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, quando il giudizio precedentemente introdotto dinanzi al giudice straniero si sia concluso prima che il giudice italiano abbia emesso la propria decisione la quale è vincolata alla sentenza straniera per le questioni da quella già decise e che dovessero venire in rilievo nella causa dinanzi a lui proposta (**Sez. 2, n. 03846/2018, Matera, Rv. 647805-01**).

#### 4. Le parti ed i difensori.

Sulla legittimazione processuale in genere occorre segnalare **Sez. 2, n. 03846/2018, Dongiacomo, Rv. 647805-01**, la quale, ponendosi in continuità con l'elaborazione precedente (Sez. 2, n. 09319/2009, Oddo, Rv. 607664-01), ha ribadito che la parte del rapporto sostanziale controverso che sia stata rappresentata in giudizio da altri, non perde la propria legittimazione processuale. Di conseguenza, non spettando al rappresentante negoziale o processuale la qualità di parte sostanziale, non è nulla l'impugnazione proposta nei confronti del rappresentato, invece che solo, od anche, del suo rappresentante, che pure era stato, nel precedente grado, parte formale del procedimento in quanto fornito di procura generale notarile.

Numerose sono le pronunce in tema di ministero del difensore e di rappresentanza tecnica emesse nell'anno 2018.

Con specifico riguardo ai doveri e alle facoltà correlate all'esercizio del *munus*, vanno segnalate **Sez. 6-3, n. 13797/2018**,

**Vincenti, Rv. 649215-01**, che, con riferimento al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 89 c.p.c., ha ribadito, in linea con Sez. 3, n. 07119/2015, Cirillo F.M., Rv. 635193-01, che la speciale esimente di cui all'art. 598 c.p., con la quale il legislatore ha inteso garantire alle parti del processo e ai rispettivi difensori la più ampia libertà espressiva nell'esercizio del diritto di difesa, è subordinata alla duplice condizione che le espressioni offensive attengano in modo diretto e immediato all'oggetto della controversia ed abbiano rilevanza funzionale per le argomentazioni svolte a sostegno della tesi prospettata o per l'accoglimento della domanda proposta; e **Sez. 6-3, n. 10546/2018, Vincenti, Rv. 648768-01**, che, rispetto all'istanza di rinvio dell'udienza di discussione per grave impedimento del difensore ex art. 115 disp. att. c.p.c., in continuità con il principio già espresso da Sez. 6-3, n. 22094/2014, De Stefano, Rv. 632913-01, ha evidenziato l'essenzialità, ai fini dell'ottenimento del differimento, che l'istanza contenga il riferimento all'impossibilità di sostituzione del difensore mediante delega conferita ai sensi dell'art. 9, comma 2, della l. 31 dicembre 2012, n. 247.

Ancora, è stato confermato che, nell'esercizio del potere pubblicistico di certificazione dell'autografia della sottoscrizione della procura alle liti, il difensore riveste la qualità di pubblico ufficiale, così che l'autentica della procura può essere contestata solo con la querela di falso (**Sez. 6-1, n. 19785/2018, Sambito, Rv. 650194-01**).

Per quanto concerne più specificamente la procura alle liti, nell'anno in rassegna la giurisprudenza di legittimità ha affrontato questioni relative sia al contenuto e agli effetti, che ai requisiti di forma-contenuto e alla nullità e all'inefficacia di tale atto di designazione, anche con riferimento alla procura estera e alla procura nel processo civile telematico.

La procura è l'atto formale con il quale la parte conferisce ad un procuratore legalmente esercente il potere di rappresentarla nel processo e, quindi, lo *ius postulandi*.

Quanto all'estensione di tale potere, in linea con il principio enunciato da Sez. U, n. 4909/2016, Scarano, Rv. 639107-01, è stato ribadito che la procura alle liti conferita in termini ampi e omnicomprensivi è idonea, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa processuale attuativa dei principi di economia processuale, di tutela del diritto di azione nonché di difesa della parte di cui agli artt. 24 e 11 Cost., ad attribuire al difensore il potere di esperire tutte le iniziative atte a

tutelare l'interesse del proprio assistito, ivi compresa la chiamata in garanzia cd. impropria (**Sez. 3, n. 20898/2018, Rossetti, Rv. 650438-01**).

Sulla stessa linea si è posta **Sez. 5-6, n. 16372/2018, Mocci, Rv. 649372-01**, la quale ha riaffermato il principio, già enunciato da Sez. L, n. 40/2003, Putaturo Donati, Rv. 559446-01, secondo cui il conferimento in primo grado di procura speciale alle liti mediante la formula “per il presente giudizio” o “per la presente procedura”, senza specificazioni ulteriori, deve intendersi riferito all'intero giudizio, articolato nei suoi diversi gradi e consente, quindi, di ritenere la procura validamente conferita anche per il grado di appello.

La procura può, inoltre, contenere il conferimento al difensore di un autonomo potere di nominare altro difensore, il quale integra un autonomo mandato *ad negotia* in forza del quale i procuratori designati dal difensore non sono suoi sostituti, ma rappresentanti processuali della parte (**Sez. 2, n. 20432/2018, Oliva, Rv. 649847-01**, la quale conferma un orientamento risalente, da ultimo espresso da Sez. 3, n. 1756/2012, Amendola, Rv. 621422-01).

A proposito dei requisiti di forma-contenuto necessari ai fini della validità del mandato alle liti, si è nuovamente precisato che è valida la procura conferita al difensore in calce alla copia notificata del decreto ingiuntivo anche se priva di data certa, quando sia depositata all'atto della sua costituzione in giudizio, così da poterne ritenere implicitamente l'anteriorità rispetto a tale momento, come prescritto dall'art. 125, comma 2, c.p.c. (**Sez. 2, n. 28106/2018, Besso Marcheis, Rv. 651179-01**, che si pone in linea di continuità con Sez. 3, n. 12528/2010, Chiarini, Rv. 613008-01).

Costituisce, invece, un presupposto di validità della costituzione in giudizio in caso di procura alle liti conferita al medesimo difensore da più parti, l'assenza di conflitto di interessi tra le stesse, con la conseguenza che - poiché il difensore non può svolgere contemporaneamente attività difensiva in favore di soggetti portatori di istanze confliggenti, investendo siffatta violazione valori costituzionalmente garantiti come il diritto di difesa e il principio del contraddittorio - la contrapposizione, tanto attuale, quanto virtuale, tra gli interessi delle parti conferenti la procura dà luogo all'inammissibilità della costituzione in giudizio (**Sez. 1, n. 07363/2018, Falabella, Rv. 648113-01**, la quale si conforma all'indirizzo espresso da Sez. 3, n. 15884/2013, Carluccio, Rv. 626953-01).



Parimenti inammissibile è, secondo **Sez. L, n. 28146/2018, Amendola F., Rv. 651515-01**, il ricorso per cassazione allorquando la procura, apposta su foglio separato materialmente congiunto al ricorso ai sensi dell'art. 83, comma 2, c.p.c., contenga espressioni incompatibili con la specialità della richiesta e dirette piuttosto ad attività proprie di altri giudizi e fasi processuali (nella specie la procura, spillata di seguito al ricorso non conteneva alcun riferimento alla sentenza impugnata, né recava alcuna data e risultava conferita “per tutte le fasi e gradi del presente giudizio”).

La mancanza nella copia notificata del ricorso per cassazione della firma del difensore munito di procura speciale e dell'autenticazione, ad opera del medesimo, della sottoscrizione della parte che ha conferito non determinano, invece, l'invalidità del ricorso, purché la copia stessa contenga elementi, quali l'attestazione dell'ufficiale giudiziario che la notifica è stata eseguita ad istanza del difensore del ricorrente, idonei ad evidenziare la provenienza dell'atto dal difensore munito di mandato speciale. In applicazione di tale principio, **Sez. 5, n. 01981/2018, Stalla, Rv. 646701-01** ha ritenuto ammissibile il ricorso perché proveniente dal difensore munito di mandato speciale, come risultante dall'originale, che, in quanto tale, aveva richiesto la notificazione dello stesso ricorso all'ufficiale giudiziario presso la corte d'appello, come dallo stesso attestato.

Per quanto concerne, infine, l'ipotesi di procura inesistente, va segnalata **Sez. 3, n. 13055/2018, Frasca, Rv. 649105-01**, la quale, in conformità al principio già enunciato da Sez. 6-1, n. 27530/2017, Valitutti, Rv. 646776-02, ha affermato che, in 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 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, con conseguente ammissibilità della condanna del medesimo difensore a pagare le spese del giudizio. Nella specie, è stata ritenuta attività direttamente riferibile al legale l'aver proposto ricorso nonostante il soggetto non fosse più in vita, restando privo di rilievo il fatto che la procura potesse essere stata effettivamente rilasciata dalla parte anteriormente al proprio decesso e prima della pronuncia della sentenza impugnata.

Con specifico riferimento alla procura rilasciata all'estero, la sottoscrizione della stessa non può essere autenticata dal difensore italiano della parte, giacché tale potere di autenticazione non si estende oltre i limiti del territorio nazionale, né è sufficiente che la procura rilasciata all'estero sia semplicemente legalizzata, perché deve essere autenticata da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge dello Stato estero ad attribuirle pubblica fede (**Sez. 1, n. 16050/2018, Fraulini, Rv. 649564-01**), e ad essa deve essere allegata, a pena di nullità agli effetti dell'art. 12 della l. 31 maggio 1995, n. 218, la sua traduzione e quella relativa all'attività certificativa svolta dal notaio con riferimento all'attestazione che la firma è stata apposta in sua presenza da persona di cui egli abbia accertato l'identità, applicandosi agli atti prodromici il principio generale della traduzione in lingua italiana a mezzo di esperto (**Sez. 6-2, n. 08174/2018, Falaschi, Rv. 648221-01**).

Peculiare interesse rivestono, poi, le pronunce in materia di procura come documento informatico o trasmessa per via telematica.

**Sez. 2, n. 30927/2018, Giannaccari, Rv. 651536-01**, in linea con **Sez. U, n. 10266/2018, Cirillo E., Rv. 648132-01**, ha affermato la piena validità ed efficacia del ricorso (o controricorso) per cassazione munito di procura alle liti controfirmata dal difensore con firma digitale in formato "PAdES" e **Sez. 3, n. 15200/2018, Porreca, Rv. 649305-01**, ha stabilito che nell'ipotesi di citazione, comprensiva di procura, formata in originale cartaceo, successivamente scansionata e notificata via posta elettronica certificata, non sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 18, comma 5, del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, che è diretto a stabilire quando la procura, che sia stata rilasciata su un documento nativo informatico ovvero nativo analogico, si debba considerare apposta in calce all'atto telematico cui si riferisce, e neppure le norme regolamentari emesse dalla Direzione generale per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia in data 16 aprile 2014, atteso che tali norme si riferiscono alla diversa ipotesi cui l'atto da notificare sia un documento originale informatico e non un documento nativo analogico (in cui l'originale è cartaceo) comprensivo della procura e notificato a mezzo PEC, al quale non si applica la disciplina del processo telematico, ma solo quella relativa alla PEC.

## 5. Successione nel processo.

Il venir meno di una parte del processo per morte o per altra causa dà luogo alla prosecuzione del processo da parte o nei confronti del successore universale che subentra nel complesso dei poteri, facoltà e doveri che caratterizzavano la posizione della parte deceduta o estinta.

Con riferimento all'individuazione del soggetto che succede a titolo universale nel processo alla parte estinta o deceduta, è stato ribadito nell'anno in rassegna l'ormai consolidato principio per il quale l'estinzione della società di persone per effetto della cancellazione dal registro delle imprese dà luogo alla successione ex art. 110 c.p.c. di tutti i soci (**Sez. 3, n. 20840/2018, Gianniti, Rv. 650423-03**).

## 6. Successione nel diritto controverso.

Nell'anno 2018 le pronunce sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso ai sensi dell'art. 111 c.p.c. hanno riguardato per lo più la posizione processuale del successore a titolo particolare.

Innanzitutto è stato chiarito che questi non è terzo, bensì l'effettivo titolare del diritto in contestazione - tanto da poter essere destinatario dell'impugnazione proposta dall'avversario del cedente e da poter resistere alla medesima senza che tale suo diritto possa essere condizionato dal suo mancato intervento nelle fasi pregresse del giudizio - così come è legittimato a proporre impugnazione avverso la sentenza anche pronunciata nei confronti del dante causa non estromesso, assumendo la stessa posizione di quest'ultimo, mentre è esclusa l'esperibilità da parte sua dell'opposizione di terzo ordinaria ex art. 404 c.p.c. (**Sez. 2, n. 21492/2018, Giannaccari, Rv. 650314-02**).

Ciò non di meno, in linea con Sez. 3, 1535/2010, Segreto, Rv. 611191-01, è stato ribadito che il successore a titolo particolare per atto tra vivi di una delle parti del processo, pur potendo spiegare intervento volontario ai sensi dell'art. 111, comma 3, c.p.c., non diviene litisconsorte necessario (**Sez. 2, 14480/2018, Casadonte, Rv. 648977-01**).

Se, tuttavia, interviene o è chiamato in causa in primo grado, nel giudizio di impugnazione il successore a titolo particolare è, insieme all'alienante non estromesso, litisconsorte necessario, così che se la sentenza è appellata da uno soltanto o nei confronti di uno soltanto di essi, deve essere disposta l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., dovendosi in difetto

rilevare, anche d'ufficio, in sede di legittimità, il difetto di integrità del contraddittorio con rimessione della causa al giudice del merito per l'eliminazione del vizio (**Sez. 1, n. 15905/2018, Valitutti, Rv. 649280-01**).

Per quanto concerne la chiamata in causa del successore a titolo particolare nel diritto controverso, di particolare interesse è **Sez. L, 12436/2018, Patti, Rv. 648955-01**, secondo cui integra violazione dell'art. 111 c.p.c. l'esclusione della chiamata in causa, ancorché per la prima volta in grado di appello, da parte della lavoratrice illegittimamente licenziata e reintegrata nel posto di lavoro dopo il trasferimento del ramo d'azienda cui già era stata addetta, della società cessionaria in considerazione della qualità di questa di successore a titolo particolare della cedente nella generalità dei rapporti preesistenti e, dunque, di parte del processo, in una posizione processuale e sostanziale non distinta da quella del suo dante causa; ne consegue la legittimazione della cessionaria ad intervenire o ad essere chiamata in causa, senza i limiti di cui all'art. 344 c.p.c. né il rispetto delle condizioni prescritte dall'art. 269 c.p.c.

Tra le applicazioni giurisprudenziali più significative dell'art. 111 c.p.c. nell'anno 2018 va segnalata **Sez. 5, n. 15869/2018, Castorina, Rv. 647100-01**, la quale ha chiarito che in tema di riscossione dei tributi, per effetto della cancellazione d'ufficio delle società del gruppo Equitalia dal registro delle imprese, a decorrere dalla data del 1° luglio 2017, in virtù dell'art. 1, comma 1, del d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. nella l. 1 dicembre 2016, n. 225, la successione a titolo universale, prevista dal comma 3 di tale disposizione, in favore dell'Agenzia delle Entrate-riscossione, non costituisce successione nel processo ai sensi dell'art. 110 c.p.c., bensì successione nei rapporti giuridici controversi ex art. 111 c.p.c., poiché, in ragione del "venir meno" della parte, è stato individuato sul piano normativo il soggetto giuridico destinatario del trasferimento delle funzioni precedentemente attribuite alla stessa, sicché i giudizi pendenti proseguono, con il subentro del successore, senza necessità di interruzione.

Inoltre, **Sez. 1, n. 07152/2018, Di Marzio M., Rv. 647841-01**, ha ricondotto entro tale fattispecie la successione al Ministero dell'economia e delle Finanze dell'Agenzia del Demanio istituita con d.lgs. n. 300/1999, così confermando la permanenza della legittimazione del Ministero quale parte originaria nei giudizi aventi ad oggetto beni immobili facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato promosse nei suoi confronti anteriormente al 1° gennaio 2001, data di istituzione dell'Agenzia.

In modo analogo, **Sez. L, n. 15085/2018, Blasutto, Rv. 649353-01**, ha chiarito che il trasferimento delle competenze relative alla gestione ed utilizzazione dei beni mobili, immobili e delle aziende confiscate alla criminalità organizzata ai sensi della l. 31 maggio 1965, n. 575, che restano devoluti allo Stato a seguito della definitività dei provvedimenti ablatori, è stato operato in favore dell'Agenzia del Demanio dal d.lgs. 3 luglio 2003, n. 173, solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del detto d.lgs. (29 luglio 2003), e ha dato luogo ad un fenomeno di successione a titolo particolare in posizioni attive e passive specificamente determinate, già facenti capo ai competenti dipartimenti ed uffici della P.A., regolato dall'art. 111 c.p.c.; ne consegue che, nei giudizi promossi per il pagamento delle differenze retributive maturate dai dipendenti delle aziende confiscate nel periodo antecedente alla suddetta data, sussiste la legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Altre applicazioni di interesse dei principi che regolano la successione a titolo particolare nel diritto controverso si sono avute in materia di opposizione agli atti esecutivi (**Sez. 3, n. 09060/2018, Tatangelo, Rv. 648488-01**), di azione intesa ad ottenere la corresponsione dell'indennità ex art. 1053 c.c. (**Sez. 2, n. 09543/2018, Chiesi, Rv. 648153-01**) e di azione a difesa della servitù (**Sez. 2, n. 03851/2018, Dongiacomo, Rv. 647806-01**).

Nell'anno in rassegna ha, infine, ottenuto conferma il principio, già affermato dalla precedente giurisprudenza di legittimità (per la quale, vedi Sez. 1, n. 05759/2016, Scaldaferrì, Rv. 639273-01; Sez. 1, n. 11638/2016, Acierno, Rv. 639906-01), secondo il quale il successore a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. può tempestivamente impugnare per cassazione la sentenza di merito, ma non può intervenire nel giudizio di legittimità, salvo che non sia costituito il dante causa, altrimenti determinandosi un'ingiustificata lesione del suo diritto di difesa (**Sez. 5, n. 33444/2018, Iofrida, Rv. 652035-01**).

## **7. L'interesse ad agire.**

Ai sensi dell'art. 100 c.p.c. per agire o resistere in giudizio è necessario che la parte vi abbia un interesse, da intendersi quale interesse giuridicamente rilevante ad ottenere un'utilità concreta dall'emanazione della pronuncia.

Le diverse pronunce sul tema registratesi nel corso del 2018 si sono per lo più soffermate a chiarire la portata applicativa dei

requisiti dell'attualità e nella concretezza che devono indefettibilmente connotare tale condizione dell'azione.

Come evidenziato da **Sez. L, n. 18819/2018, Amendola, Rv. 649879-01**, l'interesse ad agire può, infatti, ritenersi sussistente quando la parte, attraverso l'azione giurisdizionale, possa conseguire un risultato concretamente rilevante, non altrimenti ottenibile se non mediante il processo e l'intervento necessario di un giudice. La concretezza dell'interesse ad agire è misurata dall'idoneità del provvedimento richiesto a soddisfare l'interesse sostanziale protetto. In ossequio al principio di economia processuale 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.

Quanto al requisito dell'attualità, l'interesse deve, invece, essere collegato ad una posizione giuridica già sorta in capo all'interessato e tale che la sua effettiva esistenza escluda il carattere meramente potenziale della lesione, onde evitare che la tutela venga richiesta in vista di situazioni future o meramente ipotetiche.

Costituisce principio acquisito quello per il quale tale condizione dell'azione 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.

Con riguardo a tale ultima declaratoria, correlata al sopravvenuto venir meno dell'interesse ad agire, va segnalata **Sez. 1, n. 04092/2018, Bisogni, Rv. 647149-01**, secondo cui nel giudizio di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, la morte del coniuge fa cessare la materia del contendere sia nel giudizio sullo *status*, che in quello relativo alle domande accessorie, compreso il giudizio sulla richiesta di assegno divorzile, non assumendo alcun rilievo, in senso contrario, l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza non definitiva di divorzio, posto che l'obbligo di corresponsione di tale assegno è personalissimo e non trasmissibile agli eredi, trattandosi di posizione debitoria inscindibilmente legata da uno *status* personale che può essere accertata solo in relazione alla persona cui detto *status* si riferisce.

Ancora, in materia di cessazione della materia del contendere **Sez. U, n. 08980/2018, Frasca, Rv. 650327-01**, ha chiarito che nel caso in cui nel corso del giudizio di legittimità le parti definiscano la controversia con un accordo convenzionale, la Corte deve dichiarare cessata la materia del contendere, con conseguente venir

meno dell'efficacia della sentenza impugnata, non essendo inquadrabile la situazione in una delle tipologie di decisione indicate dagli artt. 382, comma 3, 383 e 384 c.p.c. e non potendosi configurare un disinteresse sopravvenuto delle parti per la decisione sul ricorso e, quindi, una inammissibilità sopravvenuta dello stesso.

Non determina, invece, una carenza sopravvenuta dell'interesse ad agire per l'accertamento dell'obbligo del terzo, né l'improcedibilità della relativa domanda, il sopravvenuto fallimento del debitore (**Sez. 3, n. 09624/2018, Frasca, Rv. 648425-01**).

Ciò in quanto, pur determinandosi l'improcedibilità del processo esecutivo, permane l'interesse ad ottenere ed utilizzare l'accertamento del credito del debitore esecutato verso il terzo pignorato a favore del creditore procedente nel processo esecutivo divenuto improseguibile. Nel rapporto fra debitore esecutato fallito e terzo pignorato suo debitore la prosecuzione del giudizio con il coinvolgimento del curatore fallimentare, previa riassunzione nei suoi confronti, si presenta utile nella misura in cui il suo esito positivo si risolve nell'acquisizione alla massa fallimentare dell'accertamento del credito, giacché nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo il relativo accertamento dell'esistenza del credito certamente dà luogo a cosa giudicata fra *debitor debitoris* e debitore esecutato.

Sul presupposto che l'interesse ad impugnare deve sussistere non solo nel momento in cui l'azione è proposta, ma anche al momento della decisione, atteso che è in relazione a tale momento ed alla domanda originariamente formulata, che esso deve essere valutato, **Sez. 1, n. 26641/2018, Vella, Rv. 651464-01**, ha affermato l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza ex 2932 c.c. - con la quale è stato disposto il trasferimento della proprietà di un immobile in favore dei promissari acquirenti, che abbiano contemporaneamente impugnato la sentenza del tribunale fallimentare perché, in sede di formazione dello stato passivo, non era stato loro riconosciuto il privilegio ex art. 2775-bis c.c. per il credito relativo alla mancata esecuzione del contratto preliminare - determina la cessazione della materia del contendere in relazione a tale giudizio, per sopravvenuto difetto di interesse, con conseguente dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

Un sopravvenuto venir meno dell'interesse ad agire è stato intravisto da **Sez. 6-5, n. 14782/2018, Manzon, Rv. 649019-01**, nella rinuncia al ricorso per cassazione, la quale, ove non sussistano i requisiti di cui all'art. 390, ultimo comma, c.p.c., sebbene non sia

idonea a determinare l'estinzione del processo, dà luogo ad una pronuncia di inammissibilità del ricorso.

Una deroga al requisito dell'attualità dell'interesse ad agire giustificata dal principio di economicità è, invece, introdotta dal *dictum*, ribadito nell'anno 2018 da **Sez. 1, n. 19320/2018, Terrusi, Rv. 649683-02**, secondo il quale all'assicuratore convenuto in giudizio dall'assicurato per il pagamento dell'indennità assicurativa è consentita la pre-costituzione del titolo nei riguardi dell'obbligato in via di regresso o in surroga, in via preventiva e in previsione dell'esito positivo dell'azione intrapresa dal danneggiato contestualmente all'accertamento del presupposto della responsabilità. L'assicuratore può, infatti, agire nella stessa sede a tutela del proprio diritto di surrogazione anche in difetto del previo pagamento di detta indennità, chiamando in causa il terzo responsabile o corresponsabile del danno al fine di ottenere nei confronti di questo una sentenza condizionale di condanna alla rivalsa di quanto sarà condannato a pagare all'assicurato a titolo di indennità.

Quanto al requisito della concretezza dell'interesse ex art. 100 c.p.c. vanno, innanzitutto, segnalate le pronunce che ne hanno esaminato la portata con riferimento azioni di mero accertamento. Così **Sez. L, n. 21903/2018, Mancino, Rv. 650264-01**, che ne ha negato la ricorrenza in caso di domanda di mero accertamento della natura professionale dell'infortunio e della sussistenza del nesso di causalità tra infortunio e prestazione lavorativa in assenza di una inabilità permanente residua indennizzabile, risolvendosi in tal caso la domanda in una richiesta di accertamento di meri fatti incompatibile con la funzione del processo che può essere utilizzato solo a tutela di diritti sostanziali e deve concludersi con il raggiungimento di un effetto giuridico tipico, cioè con l'affermazione o con la negazione del diritto dedotto in giudizio e non per gli effetti giuridici futuri che da tale accertamento si vorrebbero ricavare.

**Sez. 6-1, n. 21646/2018, Falabella, Rv. 650473-01**, ha, invece, ritenuto sussistente l'interesse del correntista ad agire, prima della chiusura del conto corrente, per l'accertamento della nullità delle clausole anatocistiche e dell'entità del saldo parziale ricalcolato depurato dalle appostazioni illegittime con ripetizione delle somme illegittimamente riscosse dalla banca, anche in difetto di rimesse solutorie eseguite dal correntista, 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 materia di azione di nullità e di simulazione, hanno valorizzato l'imprescindibile condizione della sussistenza di un diritto dipendente dalla rispettiva declaratoria, **Sez. 2, n. 26062/2018, Tedesco, Rv. 650779-01**, in materia di accertamento dell'invalidità di una disposizione testamentaria e **Sez. 6-3, n. 29271/2018, Cirillo F.M., Rv. 651506-01**, in materia di azione di simulazione promossa dal terzo.

Sulla stessa linea si è posta **Sez. 5, n. 27601/2018, Zoso, Rv. 650966-01**, che ha ritenuto configurabile in relazione all'impugnazione del preavviso di fermo amministrativo emesso ex art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 per crediti tributari un interesse ex art. 100 c.p.c. al controllo della legittimità sostanziale della pretesa impositiva, a nulla rilevando che detto atto non compaia esplicitamente nell'elenco degli atti impugnabili contenuto nell'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

L'esistenza di un interesse inteso quale possibilità di conseguire un'utilità giuridicamente apprezzabile costituisce, inoltre, il presupposto di legittimità dell'opposizione, da parte del creditore opposto, alla rinuncia agli atti del giudizio da parte dell'opponente nel procedimento di opposizione all'esecuzione e **Sez. 3, n. 20893/2018, Chiarini, Rv. 650422-01**, ha ritenuto tale interesse sussistente nel caso in cui il creditore opposto abbia formulato domanda di condanna della controparte al risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c. che, di regola, non può essere azionata in un separato giudizio.

Vanno, poi, segnalate **Sez. 2, n. 24239/2018, Sabato, Rv. 650647-01**, che ha chiarito che al destinatario di una sentenza di condanna all'adempimento di obblighi di fare che abbia eseguito il comando giudiziale deve riconoscersi la possibilità di esperire, al di fuori dal processo di esecuzione, un'azione di accertamento della corretta attuazione del titolo esecutivo, ove l'avente diritto all'esecuzione sollevi, in via solo stragiudiziale, incertezze mediante contestazioni circa la corrispondenza dell'attuazione spontanea al precetto contenuto nella sentenza di condanna; e **Sez. 1, n. 09087/2018, Vella, Rv. 648889-01**, che, in materia di accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall., ha chiarito che il decreto con cui venga dichiarata l'inammissibilità della domanda di omologa dello stesso accordo – contestualmente all'emissione della

sentenza dichiarativa di fallimento, avverso la quale venga proposto reclamo ex art. 18 l. fall. – non può essere autonomamente impugnato, difettandone l'interesse ex art. 100 c.p.c. in quanto meramente duplicativo delle censure proposte con detto reclamo, giacché tale impugnazione assorbe l'intera controversia relativa alla crisi di impresa.

Occorre, infine, considerare che **Sez. 2, n. 17893/2018, D'Ascola, Rv. 649387-01** e **Sez. 3, n. 17019/2018, Saija, Rv. 649441-02**, nel fare applicazione del principio enunciato da Sez. U, n. 04090/2017, Di Iasi, Rv. 643111-01 (secondo il quale 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), hanno ritenuto, rispettivamente, insussistente l'interesse suddetto nel caso in cui un perito aveva svolto, per conto di una compagnia di assicurazioni, un'attività continuativa per molti anni con le medesime modalità e con regolamentazione uniforme, essendo la remunerazione per il singolo incarico collegata unicamente al numero dei sinistri periziati, con accettazione delle parcelle mediante il sistema informatico della compagnia, indipendentemente dal contenuto concreto della prestazione; ed illegittima la condotta processuale dell'attore il quale, dopo avere 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.

Espressione dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. è anche l'interesse ad impugnare, il quale postula la soccombenza nel suo aspetto sostanziale, correlata al pregiudizio che la parte subisca a causa della decisione da apprezzarsi in relazione all'utilità giuridica che può derivare al proponente il gravame dall'eventuale suo accoglimento. In applicazione di tale principio, **Sez. 3, n.**

**13395/2018, Spaziani, Rv. 649038-02**, ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto insussistente l'interesse ad impugnare la declaratoria d'inammissibilità di una domanda riconvenzionale, sul presupposto che alla caducazione di tale statuizione non sarebbe conseguito automaticamente il rigetto, bensì l'esame nel merito di tale domanda, che avrebbe potuto condurre anche all'accoglimento della stessa, ponendo quindi il ricorrente nella medesima posizione processuale in cui si era venuto a trovare per effetto della riproposizione di tale domanda in un successivo giudizio.

## **8. La legittimazione ad agire.**

La legittimazione ad agire e a contraddire consiste nella titolarità del potere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale così come prospettato dalla parte.

Nell'anno in rassegna la S.C. è intervenuta a chiarire la portata applicativa di tale nozione in diversi ambiti.

In materia successoria, **Sez. 2, n. 06747/2018, Picaroni, Rv. 647856-01**, ha affermato che la legittimazione a chiedere la pronuncia di indegnità spetta a coloro che sono potenzialmente idonei a subentrare all'indegno nella delazione ereditaria e, quindi, anche al coerede che potrebbe beneficiare dell'accrescimento della propria quota qualora i successibili per diritto di rappresentazione in luogo del suddetto indegno non possano o non vogliano accettare l'eredità.

In materia di diritti reali vanno segnalate **Sez. 2, n. 11823/2018, Criscuolo, Rv. 648357-01**, secondo cui nelle azioni reali di *negatoria servitutis* ai sensi dell'art. 949 c.c., la legittimazione attiva compete non soltanto al proprietario, ma anche al titolare di un diritto reale di godimento sul fondo servente diverso da quello di proprietà; e **Sez. 2, n. 27162/2018, Scarpa, Rv. 651018-01**, in virtù del quale il generale potere ex art. 1137 c.c. di impugnare le deliberazioni condominiali in relazione alle spese necessarie per le parti comuni dell'edificio compete al proprietario della singola unità immobiliare, mentre non spetta all'utilizzatore di un'unità immobiliare in leasing, essendo lo stesso titolare non di un diritto reale, ma di un diritto personale derivante da un contratto ad effetti obbligatori che rimette il perfezionamento dell'effetto traslativo ad una futura manifestazione unilaterale di volontà del conduttore.

Con riferimento alla revocatoria ordinaria **Sez. 3, 06130/2018, Vincenti, Rv. 648462-01**, ha chiarito che il socio accomandatario della s.a.s. attrice, estinta per cancellazione dal

registro delle imprese nel corso del giudizio di primo grado che sia anche cessionario del credito con atto anteriore all'instaurazione dell'azione revocatoria, è legittimato ad agire (nella specie, intervenendo in secondo grado), in quanto titolare della *legitimatio ad causam* in quanto successore della società attrice in revocatoria ordinaria, oltre ad essere dotato di interesse ad agire nel merito (art. 100 c.p.c.) con riferimento alla medesima azione revocatoria, in qualità di cessionario del credito oggetto di tutela revocatoria, e quindi portatore di interesse attuale e concreto ad un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non con l'intervento del giudice, costituendo tale requisito una condizione che deve sussistere sino al momento della decisione.

Ancora, con riferimento al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, **Sez. 6-2, n. 15567/2018, Scalisi, Rv. 649093-01**, ha precisato che le parti di tale giudizio possono essere soltanto colui il quale ha proposto la domanda di ingiunzione e colui contro il quale tale domanda è diretta escludendo in relazione ad una controversia condominiale avente ad oggetto la gestione di un servizio nell'interesse comune, la legittimazione dei singoli condomini a proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del condominio.

Ad analoghe conclusioni è giunta **Sez. L, n. 29424/2018, Calafiore, Rv. 651710-01**, secondo cui nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale, la cui struttura processuale è assimilabile a quella del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la legittimazione attiva spetta esclusivamente al destinatario della cartella e non ad altri, restando irrilevanti le posizioni di eventuali terzi, ancorché responsabili in solido con l'ingiunto sul piano del diritto sostanziale, nella specie confermando la sentenza impugnata, che aveva escluso la legittimazione del cessionario d'azienda a proporre opposizione avverso la cartella esattoriale notificata al cedente e avente per oggetto suoi debiti contributivi.

In materia di sanzioni amministrative per violazione delle norme relative all'assunzione dei lavoratori, **Sez. 6-L, n. 23663/2018, Fernandes, Rv. 650902-01**, ha chiarito che la sanzione pecuniaria prevista per l'inosservanza del divieto di assunzione di lavoratori subordinati senza il tramite dell'ufficio di collocamento va posta a carico dell'amministratore dell'ente che con la sua condotta ha determinato l'illecito, in quanto tale condotta, esigendo per sua natura il dolo o la colpa, è addebitabile solo a una persona fisica, salva la responsabilità solidale meramente patrimoniale dell'ente rappresentato, solidarietà che, non

dipendendo da un'obbligazione unitaria, non determina il litisconsorzio necessario fra il legale rappresentante e l'ente. Ne consegue che ove l'opposizione sia stata proposta dalla persona fisica nella qualità di rappresentante *pro tempore* dell'ente, quest'ultimo non ha legittimazione a impugnare la sentenza neanche qualora sia una nuova persona fisica a rappresentarlo, giacché il precedente rappresentante conserva la propria legittimazione, che spetta esclusivamente a chi abbia assunto qualità di parte nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata.

Ancora, in materia fallimentare, **Sez. 6-1, n. 24789/2018, Dolmetta, Rv. 651346-01**, ha affermato che l'art. 87 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 come modificato dall'art. 3 del d.l. n. 8 luglio 2002, n. 138 (conv. nella l. 8 agosto 2002, n. 178), nel prevedere che il concessionario possa, per conto dell'ente pubblico titolare del credito, presentare il ricorso per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l.fall., individua il soggetto legittimato ad agire, in nome proprio e per conto del titolare del credito stesso, per il compimento delle attività processuali di natura esecutiva, funzionali alla riscossione coattiva delegata, integrando la fattispecie uno dei casi fatti salvi dall'art. 81 c.p.c., così realizzandosi, con la cura della riscossione coattiva per conto del titolare, il perseguimento anche di un interesse proprio del concessionario, ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

Di particolare interesse sono, poi, le pronunce che hanno affrontato il problema dell'onere della prova della *legitimatio ad causam*.

Interessanti indicazioni ha fornito **Sez. 2, n. 06745/2018, Scalisi, Rv. 638371-01**, precisando che il figlio che aziona in giudizio un diritto del genitore, del quale afferma essere erede *ab intestato*, ove non sia stato contestato il rapporto di discendenza con il *de cuius*, al fine di dare prova della sua legittimazione ad agire, non deve ulteriormente dimostrare l'esistenza di tale rapporto, producendo l'atto dello stato civile attestante la filiazione, essendo sufficiente che egli, in quanto chiamato all'eredità a titolo di successione legittima, abbia accettato, anche tacitamente, l'eredità, circostanza che può ricavarsi dall'esercizio stesso dell'azione.

Ancora, a proposito della prova della qualità di erede, **Sez. 6-3, n. 11276/2018, Scrima, Rv. 648916-01**, ha affermato che colui che, assumendo di essere erede di una delle parti originarie del giudizio, intervenga in un giudizio civile pendente tra altre persone, ovvero lo riassuma a seguito di interruzione, o proponga impugnazione, deve fornire la prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., oltre che del decesso della parte originaria, anche della sua qualità di

erede di quest'ultima; a tale riguardo la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà di cui agli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 non costituisce di per sé prova idonea di tale qualità, esaurendo i suoi effetti nell'ambito dei rapporti con la P.A. e nei relativi procedimenti amministrativi, dovendo tuttavia il giudice, ove la stessa sia prodotta, adeguatamente valutare, anche ai sensi della nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c., come novellato dall'art. 45, comma 14, della l. 18 giugno 2009, n. 69, in conformità al principio di non contestazione, il comportamento in concreto assunto dalla parte nei cui confronti la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà viene fatta valere, con riferimento alla verifica della contestazione o meno della predetta qualità di erede e, nell'ipotesi affermativa, al grado di specificità di tale contestazione, strettamente correlato e proporzionato al livello di specificità del contenuto della dichiarazione sostitutiva suddetta.

## 9. I termini.

Nell'anno in rassegna si sono registrate significative pronunce tanto sui termini legali, quanto su quelli giudiziali.

Con riferimento al computo dei primi, occorre segnalare **Sez. 6-5, n. 01543/2018, Cirillo E., Rv. 647000-01**, che ha chiarito che i termini ad anno si calcolano secondo il calendario comune, ovvero secondo il calendario gregoriano non *ex numero sed ex numeratione dierum*, sicché il *dies a quo* va escluso dal calcolo e la scadenza si ha all'ultimo istante del giorno, mese ed anno corrispondente a quello in cui il fatto si è verificato.

Ancora, **Sez. L, n. 24408/2018, Spena, Rv. 650580-01**, ha precisato che nel procedimento per accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis c.p.c. l'art. 155, comma 5, c.p.c. trova applicazione al termine per il deposito in cancelleria della dichiarazione di contestazione delle conclusioni del c.t.u., trattandosi di atto processuale che si svolge fuori dall'udienza

Quanto, invece, ai termini giudiziali va considerata **Sez. 3, n. 18522/2018, Frasca, Rv. 649735-01**, secondo la quale il giudice non può fissare i termini di cui all'art. 195, comma 3, c.p.c. in modo che ricadano durante il periodo di sospensione feriale, se il processo è soggetto a tale termine e salva rinuncia delle parti ad avvalersene, non potendo operare la proroga automatica degli stessi in modo da rispettare la sospensione. L'atto adottato in violazione della sospensione è affetto da nullità soltanto nel caso in cui l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato per la parte

una lesione del diritto di difesa con riflessi sulla decisione di merito e, nel caso di atto adottato in udienza, tale nullità deve essere eccepita in udienza dalla parte presente o che avrebbe dovuto esservi atteso che quella sede rappresenta ex art. 157, comma 2, c.p.c., la prima difesa possibile.

La sospensione feriale dei termini ex artt. 1 e 3 della l. 7 ottobre 1969, n. 742 e 92 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, non è stata, infine, ritenuta operante nella controversia volta ad accertare la sussistenza o meno dell'obbligo di iscrizione nella gestione commercianti ai fini del versamento della relativa contribuzione, che rientra nella materia del lavoro e della previdenza, le cui esigenze di speditezza e concentrazione giustificano l'applicazione della deroga (**Sez. 6-L, n. 19079/2018, Doronzo, Rv. 649888-01**).

### **9.1. La rimessione in termini.**

La rimessione in termini, sia alla stregua dell'art. 184-bis c.p.c. che, più ampiamente, della clausola generale dell'art. 153, comma 2, c.p.c., introdotta dalla l. n. 69 del 2009, richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte, perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà.

Nell'anno 2018 la S.C. ha tenuto fermo il precedente approccio interpretativo improntato alla rigorosa delimitazione della nozione di causa non imputabile ai soli fattori estranei alla volontà della parte e connotati da assolutezza.

In applicazione di tale nozione, **Sez. 3, n. 17729/2018, D'Ovidio, Rv. 649726-01**, ha cassato la sentenza impugnata, poiché la rimessione in termini accordata sulla "ragionevole" possibilità che gli uffici di cancelleria fossero stati trovati chiusi nel sabato antecedente la Pasqua non era risultata provata e la scelta discrezionale di depositare l'atto l'ultimo giorno utile imponeva di informarsi degli orari e di regolarsi di conseguenza.

Sulla medesima linea si è posta **Sez. 6-2, n. 03782/2018, Picaroni, Rv. 647980-01**, secondo cui il diritto alla rimessione in termini non può essere riconosciuto in presenza di una incertezza interpretativa delle norme processuali ad opera della Corte di cassazione, non determinando essa, in assenza di un orientamento consolidato, alcun mutamento imprevedibile della precedente interpretazione e, quindi, alcun affidamento incolpevole della parte. (Nella specie la S.C. ha dichiarato tardivo, per violazione del termine di cui all'art. 327, comma 1, c.p.c., l'atto di appello proposto con atto di citazione relativo ad un giudizio di

opposizione a ordinanza ingiunzione in assenza, al momento dell'introduzione del giudizio di secondo grado, di una interpretazione consolidata circa l'applicabilità del rito ordinario).

Ancora, **Sez. I, n. 14839/2018, Blasutto, Rv. 648999-01**, ha chiarito che nelle controversie di lavoro in grado di appello, la mancata notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza determina l'improcedibilità dell'impugnazione, nel caso in cui l'appellante abbia ricevuto comunicazione dell'udienza di discussione, fissata ex art. 435 c.p.c., e, partecipando a detta udienza, non adduca alcun giustificato impedimento al fine di essere rimesso in termini ai sensi dell'art. 153 c.p.c.

La Corte ha, invece, ritenuto sussistenti i presupposti ex art. 153, comma 2, c.p.c. per il riconoscimento del rimedio restitutorio al ricorrente per cassazione che, al fine di poter produrre l'avviso di ricevimento del piego raccomandato contenente la copia del ricorso per cassazione spedita per la notificazione a mezzo posta ai sensi dell'art. 149 c.p.c. o della raccomandata con la quale l'ufficiale giudiziario dà notizia al destinatario dell'avvenuto compimento delle formalità di cui all'art. 140 c.p.c., oltre il termine dell'udienza di discussione ex art. 379 c.p.c., ove lo stesso ricorrente dimostri di essersi tempestivamente attivato nel richiedere all'amministrazione postale un duplicato dell'avviso stesso secondo quanto stabilito dall'art. 6, comma 1, della l. 20 novembre 1982, n. 890 (**Sez. 6-2, n. 18361/2018, D'Ascola Rv. 649461-01**). Analogamente la rimessione in termini è stata ritenuta concedibile al fine di formulare motivi aggiunti a sostegno dell'opposizione a sanzione amministrativa ove l'opponente dimostri che i documenti da porre a sostegno di tali motivi siano stati resi accessibili dall'amministrazione oltre il termine per la proposizione del ricorso (**Sez. 2, n. 15049/2018, Federico, Rv. 649071-01**).

Occorre, altresì, segnalare **Sez. 1, n. 30512/2018, Iofrida, Rv. 651875-01**, secondo la quale l'istituto della rimessione in termini, astrattamente applicabile anche al giudizio di cassazione, presuppone, tuttavia, la sussistenza in concreto di una causa non imputabile, riferibile ad un evento che presenti il carattere dell'assolutezza - e non già un'impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà - e che sia in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza in questione. (Nel caso di specie, è stata esclusa la rimessione in termini invocata dalla ricorrente, che, nell'impugnare tardivamente per cassazione la sentenza che aveva dichiarato lo stato di adottabilità delle figlie minori - benché la decisione fosse stata regolarmente comunicata all'indirizzo pec del



suo difensore - allegava la difficoltà a conoscerla, in ragione del proprio stato di detenzione, del suo essere apolide di fatto e della scarsa dimestichezza con la lingua italiana).

Dalla rimessione in termini vanno distinti l'allungamento del termine giudiziale disposto dal giudice, ancorché su richiesta di parte, che si avveda di aver concesso un termine per la notificazione del ricorso e del decreto eccessivamente breve (ritenuto legittimo da **Sez. 1, n. 12473/2018, Tricomi L., Rv. 649031-01**), nonché la proroga per mancato funzionamento di un ufficio giudiziario accertato con d.m. ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. 9 aprile 1948, n. 437 (**Sez. 1, n. 16056/2018, Acierno, Rv. 649532-01**, che ha stabilito che in caso di mancato funzionamento di un ufficio giudiziario, all'adozione del d.m. che lo accerta ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 437 del 1948, prorogando di quindici giorni, a decorrere dalla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, i termini di decadenza previsti per il compimento di atti giudiziari presso quell'ufficio che scadano nei giorni di mancato funzionamento o nei cinque giorni successivi, consegue che gli atti posti in essere entro il termine di proroga devono considerarsi sempre tempestivi, anche se posti in essere in data anteriore alla pubblicazione del provvedimento ministeriale).

Di particolare interesse è, infine, **Sez. 5, n. 31745/2018, Mondini, Rv. 651780-01**, secondo cui nel processo tributario il ricorso in riassunzione depositato presso la segreteria di una Commissione diversa da quella in cui avrebbe dovuto essere effettuato non consente la rimessione in termini fondata sugli adempimenti successivi del personale, poiché il controllo sulla regolarità degli atti e dei documenti inseriti nel fascicolo di parte di cui all'art. 74 disp. att. c.p.c. è funzionale alla regolarità del processo e non a prevenire ovvero a rimediare ad errori di individuazione della sede processuale da parte dell'interessato.

## 10. Le notificazioni.

Tra le numerose pronunce in materia di notificazione emesse nell'anno in rassegna, devono essere, innanzitutto, segnalate **Sez. U, n. 17533/2018, Tria, Rv. 649751-01** e **Sez. U, n. 33208/2018, Conti, Rv. 652237-01**, con le quali la Corte ha risolto le questioni di massima di particolare importanza relative all'incidenza sulla validità del procedimento notificatorio dell'esecuzione della notifica parte di un ufficiale giudiziario diverso da quello competente per legge e alla validità della notificazione a persona sottoposta allo

speciale programma di protezione previsto per i collaboratori di giustizia presso il domicilio eletto dal collaboratore ex art. 12, comma 3-bis, del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8.

La prima delle suddette pronunce ha chiarito che in tema di notificazioni, la violazione delle norme di cui agli artt. 106 e 107 del d.P.R. 15 dicembre 1959, n. 1229, costituisce una semplice irregolarità del comportamento del notificante, la quale non produce alcun effetto ai fini processuali e, quindi, non configura una causa di nullità della notificazione, derivando dalla violazione di norme di organizzazione del servizio svolto dagli ufficiali giudiziari non incidente sull'idoneità della notificazione ad assolvere alla propria funzione nell'ambito del processo, e può, eventualmente, rilevare soltanto ai fini della responsabilità disciplinare o di altro tipo del singolo ufficiale giudiziario che ha eseguito la notificazione. Tale soluzione interpretativa è stata reputata dalle Sezioni Unite conforme al principio di tassatività delle nullità processuali ed ai principi del giusto processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost., e coerente con l'art. 6 della CEDU come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, il quale postula l'attribuzione di una maggiore rilevanza allo scopo del processo costituito dalla una decisione di merito, il quale impone di discostarsi da interpretazioni suscettibili di ledere il diritto di difesa della parte o che, comunque, ispirate ad un eccessivo formalismo.

Quanto alla seconda delle suddette questioni, **Sez. U, n. 33208/2018, Conti, cit.**, ha stabilito che il notificante che abbia appreso dell'esistenza di un domicilio eletto dal collaboratore di giustizia o testimone ai sensi dell'art. 12, comma 3-bis, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 può legittimamente notificare presso tale domicilio gli atti processuali, potendo il notificatario far valere con le forme processuali di rito l'eventuale mancata conoscenza dell'atto allo stesso notificato a mezzo dell'addetto alla sua ricezione, individuato dalla struttura di protezione che lo ha in carico, avvalendosi della documentazione rilasciata dal Servizio centrale di protezione.

Un altro importante aspetto sul quale la Corte si è soffermata nell'anno in rassegna è quello dell'onere di riattivazione del procedimento notificatorio nel caso in cui la notificazione non si perfezioni per cause non imputabili al notificante.

Occorre considerare, a riguardo, **Sez. 5, n. 30245/2018, Fraulini, Rv. 651559-01**, secondo cui, premesso che il rischio della notificazione ricade sul notificante, laddove la notifica sia effettuata in prossimità della scadenza dei termini di impugnazione e non si

perfezioni per cause imputabili al notificante – quale deve ritenersi la circostanza che il destinatario non era conosciuto nel luogo indicato dal richiedente – si determina il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

Ancora, occorre ricordare **Sez. 3, n. 29039/2018, Di Florio, Rv. 651662-01**, secondo cui in caso di notificazione di un atto di impugnazione tempestivamente consegnato all'ufficiale giudiziario, qualora la notificazione non si sia perfezionata per l'avvenuto trasferimento del difensore domiciliatario, e l'ufficiale giudiziario abbia appreso, già nel corso della prima tentata notifica, il nuovo domicilio del procuratore, il procedimento notificatorio non può ritenersi esaurito ed il notificante non incorre in alcuna decadenza, a nulla rilevando che la notifica si perfezioni successivamente allo spirare del termine per proporre gravame, atteso che non può ridondare a danno del notificante la violazione, da parte dell'ufficiale giudiziario, del dovere di provvedere alla contestuale prosecuzione del procedimento notificatorio presso il luogo in cui egli abbia appreso che si trovi il notificatario.

Sullo stesso tema, **Sez. 6-3, n. 20700/2018, Scarano, Rv. 650482-01**, ha chiarito che in caso di notifica di atti processuali non andata a buon fine per ragioni non imputabili al notificante, questi, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve riattivare il processo notificatorio con immediatezza e svolgere con tempestività gli atti necessari al suo completamento, ossia senza superare il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa.

Nell'anno in rassegna è stato, inoltre, ribadito il principio generale, positivizzato nell'art. 149 c.p.c., della scissione temporale del perfezionamento della notificazione tra notificante e notificatario.

In materia di procedimento monitorio, **Sez. L, n. 25716/2018, Marchese, Rv. 650945-01**, ha, a riguardo, affermato che, a seguito delle statuizioni della Corte costituzionale (sentenze n. 477 del 2002 e n. 28 del 2004), la notificazione del decreto ingiuntivo deve ritenersi perfezionata, per il notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario, in virtù di un principio di portata generale, posto a tutela dell'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo del procedimento notificatorio per la parte sottratta alla sua disponibilità.

Con riferimento alla notificazione in mani proprie, ovvero alla forma notificatoria che meglio realizza la garanzia di effettiva conoscenza dell'atto da parte del destinatario, deve essere segnalata **Sez. 2, n. 09257/2018, Fortunato, Rv. 648089-01**, la quale ha chiarito che tale notifica è sempre valida, a prescindere dalla circostanza che la consegna del piego non sia avvenuta nei luoghi ove essa deve essere effettuata, prevalendo il fatto che l'atto sia stato comunque ricevuto dal destinatario.

Alcune pronunce hanno, poi, affrontato la questione della presunzione di preventiva ricerca senza esito del destinatario scaturente dalla consegna dell'atto ad una delle persone e presso uno dei luoghi di cui all'art. 139 c.p.c.

Con specifico riferimento alle persone indicate nel comma 2 di tale disposizione, **Sez. 5, n. 30393/2018, Varrone, Rv. 651563-01**, ha affermato che la presunzione circa la qualità di addetto alla casa del consegnatario non può essere vinta mediante la produzione di una certificazione anagrafica, le cui risultanze non sono di per sé idonee ad escludere l'esistenza di un rapporto di parentela con il destinatario della notifica.

Sullo stesso tema **Sez. 2, n. 24681/2018, Grasso Giu., Rv. 650658-01** ha, inoltre, chiarito che la notificazione mediante consegna a una delle persone enumerate nell'art. 139 c.p.c. deve essere necessariamente eseguita nei luoghi nella norma stessa indicati, giacché la certezza che la persona legata da rapporti di famiglia o di collaborazione con il destinatario provveda a trasmettergli l'atto ricevuto può ritenersi pienamente raggiunta soltanto se la consegna avvenga in un luogo comune al consegnatario e al destinatario e nel quale, quindi, si presuma che costoro abbiano degli incontri quotidiani. Ne consegue, quindi, la nullità della notificazione per mancanza di tale certezza, qualora dalla relazione dell'ufficiale giudiziario espressamente risulti che l'atto sia stato consegnato a una delle dette persone, ma in un luogo diverso da quelli previsti dalla norma; al contrario, la mancata precisazione nella relata del luogo della consegna stessa non determina la nullità della notificazione, dovendo presumersi, in assenza di annotazioni contenute nella relata, che la notificazione sia stata eseguita in uno dei luoghi prescritti, sicché la omessa annotazione si risolve in una mera irregolarità formale non influente sulla validità della notifica, né sulla efficacia (di atto pubblico) della relata con riguardo al luogo di consegna.

Ancora in tema di notificazione ex art. 139 c.p.c., **Sez. 5, n. 18716/2018, Guida, Rv. 649621-01** ha affermato che la validità

della notificazione a persona di famiglia non postula un rapporto di stabile convivenza con il destinatario, essendo sufficiente che il consegnatario sia legato ad esso da un vincolo di parentela comportante diritti e doveri reciproci e, con questi, la presunzione che l'atto sarà da essi subito consegnato al destinatario. Ne consegue che nel caso in cui la persona di famiglia reperita dall'ufficiale giudiziario presso la casa di abitazione del destinatario accetti di ricevere l'atto senza riserve, la validità della notificazione può essere esclusa soltanto se il destinatario, il quale neghi di avere ricevuto l'atto, dia la dimostrazione che la presenza in casa del familiare era del tutto occasionale e momentanea, non essendo invece sufficiente ad inficiare la validità della notifica dell'atto da lui ricevuto la prova di una diversa residenza anagrafica.

Quanto, infine, alla prova della qualità di persona di famiglia, di addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda, di vicina di casa di chi ha ricevuto l'atto, merita di essere segnalata **Sez. L, n. 08418/2018, Boghetich, Rv. 648194-01**, secondo la quale detta qualità si presume *iuris tantum* dalle dichiarazioni recepite dall'ufficiale giudiziario nella relata di notifica, incombendo sul destinatario dell'atto, che contesti la validità della notificazione, l'onere di fornire la prova contraria e, in particolare, di provare l'inesistenza di un rapporto con il consegnatario comportante una delle qualità suddette ovvero l'occasionalità della presenza dello stesso consegnatario.

Per quanto concerne la portata del rifiuto di ricevere l'atto notificato, nell'annualità in esame la Corte ha ribadito che lo stesso è equiparabile alla notificazione effettuata in mani proprie soltanto se sia certa l'identificazione dell'autore del rifiuto con il destinatario dell'atto, non essendo consentita un'analogia equiparazione nel caso in cui il rifiuto sia stato opposto da un soggetto del tutto estraneo, ma anche ove l'*accipiens* sia un congiunto o un addetto alla casa pur abilitati da norme diverse alla ricezione dell'atto (**Sez. 6-5, n. 09779/2018, Conti, Rv. 647735-01**).

Ancora, a proposito del rifiuto di ricevere l'atto notificato a mezzo del servizio postale, **Sez. 5, n. 16237/2018, Condello, Rv. 649198-01** ha chiarito che l'annotazione dell'agente postale sull'avviso di ricevimento dalla quale risulti il rifiuto senza ulteriore specificazione circa il soggetto – destinatario oppure persona diversa abilitata a ricevere il plico – che ha in concreto opposto il rifiuto, può legittimamente presumersi riferita al rifiuto di ricevere il plico o di firmare il registro di consegna opposto dal destinatario,

con conseguente completezza dell'avviso e, dunque, legittimità e validità della notificazione.

Per quanto riguarda la notificazione presso il domiciliatario, di sicuro interesse è **Sez. 6-2, n. 14455/2018, Carrato, Rv. 649091-01**, secondo la quale è valida la notificazione dell'atto di appello effettuata presso il procuratore nel domicilio eletto nel giudizio di primo grado e non revocato, senza che assuma rilevanza l'avvenuto trasferimento, nell'ambito della medesima circoscrizione, del domicilio del procuratore stesso che sia *medio tempore* sopravvenuto e sia stato comunicato al competente Consiglio dell'Ordine, ma non alla controparte.

Sempre in materia di notificazione presso il domiciliatario, **Sez. L, n. 09315/2018, Garri, Rv. 626067-01**, ha, inoltre, chiarito che è valida e produttiva di effetti la notificazione effettuata a mezzo del servizio postale presso il domicilio dichiarato per il giudizio mediante consegna del plico al portiere, a nulla rilevando che il difensore destinatario della notifica ex artt. 136 e 170 c.p.c. abbia nel frattempo comunicato al proprio ordine professionale la variazione dello studio, attestando la relata di notifica la conservazione di un vincolo funzionale con lo studio professionale risultante dagli atti, tale da autorizzare la presunzione che il difensore medesimo sia stato informato del contenuto dell'atto notificato.

Ancora, occorre considerare, a riguardo, **Sez. 2, n. 08537/2018, Scarpa, Rv. 648010-01**, che ha precisato che la notificazione presso il procuratore domiciliatario della parte è validamente eseguita con la consegna di copia dell'atto ad un collega di studio, ove lo stesso abbia ricevuto tale copia senza riserva alcuna. Spetta, pertanto, al procuratore destinatario della detta notificazione che ne contesti la ritualità dimostrare l'inesistenza di ogni relazione di collaborazione professionale con il summenzionato collega e la casualità della sua presenza nel proprio studio.

Per quanto concerne la notificazione alle persone giuridiche, di sicuro interesse è il principio enunciato da **Sez. 1, n. 16854/2018, Campese, Rv. 649541-01**, secondo il quale la notifica del ricorso per la dichiarazione di fallimento, eseguita dall'ufficiale giudiziario tramite il servizio postale in favore del socio illimitatamente responsabile di una società di persone, anche in qualità di rappresentante di quest'ultima, è ammissibile ai sensi dell'art. 145 c.p.c. (che, invero, richiama gli artt. 140 e 143 c.p.c.) e deve perciò ritenersi valida, nei riguardi tanto del socio che dell'ente da lui

rappresentato, rilevando in tal senso, da un lato, l' idoneità della notifica in parola all'instaurazione del contraddittorio con la persona giuridica - cui è pertanto assicurato l'esercizio del diritto di difesa - e, dall'altro lato, la connotazione non esclusiva, ma meramente alternativa, del procedimento notificatorio semplificato di cui all'art. 15, comma 3, l. fall., che non esclude, sussistendone i presupposti, l'impiego delle forme ordinarie.

Ancora, con riferimento alla notifica ex art. 145 c.p.c., **Sez. 1, n. 27299/2018, Vella, Rv. 651465-01**, ha affermato che la notificazione del decreto di fissazione dell'udienza prefallimentare, ai sensi dell'art. 145 c.p.c., come modificato dall'art. 2 della l. 28 dicembre 2005, n. 263 (applicabile *ratione temporis*), è correttamente effettuata nei confronti della persona fisica del legale rappresentante indicato in atti; infatti, la predetta riforma ha previsto, non più in via residuale ma alternativa, la possibilità di notificare, l'atto destinato ad un ente, direttamente alla persona che lo rappresenta (purché ne siano indicati nell'atto qualità, residenza, domicilio o dimora), senza previo tentativo di notificazione all'ente presso la sede legale, secondo le modalità disciplinate, per le persone fisiche, dagli artt. 138, 139 e 141 c.p.c.

Merita, infine, di essere richiamata **Sez. 1, n. 06654/2018, Genovese, Rv. 648138-01**, secondo la quale in tema di notificazioni ad una persona giuridica, è valida quella eseguita presso la sede a mezzo del servizio postale, ai sensi dell'art. 149 c.p.c., non essendovi alcuna previsione di legge ostativa al riguardo, con la precisazione che, laddove l'art. 145, comma 3, c.p.c. consente la notifica alla società con le modalità previste dagli artt. 140 e 143 c.p.c., deve ritenersi parimenti ammissibile la notifica compiuta con gli avvisi di deposito di cui all'art. 8, comma 2, della legge 20 novembre 1982, n. 890, che costituiscono modalità sostanzialmente equivalenti alla notificazione ex art. 140 c.p.c., ovvero solo nei casi in cui sia specificato il nominativo ed il recapito del legale rappresentante e risulti impossibile poterlo consegnare presso la sede legale della società per l'assenza di persone che possano riceverlo.

Nell'anno in rassegna si sono, inoltre, registrate diverse pronunce in materia di notificazione a mezzo del servizio postale cui va data evidenza per la novità dei profili che hanno messo in luce.

Occorre, innanzitutto, considerata, a riguardo, **Sez. 6-2, n. 18472/2018, Cosentino, Rv. 649863-01**, la quale, con specifico riferimento alla comunicazione a mezzo di raccomandata semplice

dell'avvenuta notifica di un atto con consegna del plico a persona diversa dal destinatario, ha chiarito che l'attestazione di invio di tale raccomandata con l'indicazione del solo numero e non del nome e dell'indirizzo del detto destinatario copre con fede privilegiata soltanto l'avvenuta spedizione di una raccomandata con il menzionato numero, con la conseguenza che la prova dell'invio al destinatario presso il suo indirizzo va fornita da chi è interessato a fare valere la ritualità della notifica, producendo la relativa ricevuta di spedizione o tramite altro idoneo mezzo di prova. (Nella specie, veniva in rilievo una vicenda anteriore all'abrogazione dell'art. 7, comma 6, l. 20 novembre 1982, n. 890 ad opera dell'art. 1, comma 97-bis, lett. f), l. 23 dicembre 2014, n. 190, come modificato dall'art. 1, comma 461, l. 27 dicembre 2017, n. 205).

Ancora, con riferimento al profilo della tempestività della notificazione di un atto eseguita a mezzo posta, inclusa l'ipotesi in cui l'atto sia stato depositato presso l'ufficio postale per assenza del destinatario e sia stata spedita la lettera raccomandata contenente l'avviso di tentata notificazione, **Sez. 3, n. 15374/2018, Guizzi, Rv. 649056-01**, ha precisato che occorre fare riferimento esclusivamente ai dati risultanti dall'avviso di ricevimento, essendo soltanto tale documento idoneo a fornire la prova dell'esecuzione della notificazione, della data in cui è avvenuta e della persona cui il plico è stato consegnato. (Nella fattispecie, la S.C. ha ribadito che, ai sensi dell'art. 8, comma 4, l. n. 890 del 1982, la notificazione si perfeziona decorsi dieci giorni dalla data di spedizione della raccomandata, risultante appunto dall'avviso di ricevimento, restando irrilevanti sia la data di eventuale ritiro del plico, se successiva alla scadenza di tale termine, sia la data in cui l'ufficiale postale abbia annotato sul plico la compiuta giacenza).

Inoltre, **Sez. 5, 14574/2018, Giudicepietro, Rv. 648777-01-02**, ha chiarito che nell'ipotesi di smarrimento o distruzione dell'avviso di ricevimento, l'unico atto idoneo a provare l'avvenuta notificazione è, ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. 29 maggio 1982, n. 655, il duplicato rilasciato dall'Ufficio postale, che, peraltro, non deve essere sottoscritto dalla persona alla quale il piego era stato consegnato, assumendo rilevanza il registro di consegna attestante l'avvenuta ricezione dell'avviso originario, del quale il duplicato deve essere una riproduzione fedele, contenendo tutte le indicazioni proprie dello stesso, compresa l'indicazione del soggetto che ha ricevuto l'atto. La stessa pronuncia ha, inoltre, affermato che in tema di notificazione a mezzo posta, il duplicato dell'avviso di ricevimento, alla medesima stregua dell'originale, ha natura di atto



pubblico e, pertanto, fa piena prova ex art. 2700 c.c. in ordine alle dichiarazioni delle parti ed agli altri fatti che l'agente postale, mediante la sottoscrizione apposta sull'avviso di ricevimento, attesta essere avvenuti in sua presenza, sicché il destinatario che intenda contestare l'avvenuta notificazione è tenuto a proporre querela di falso nei confronti di detto atto.

Occorre infine segnalare **Sez. 6-3, n. 03292/2018, Scarano, Rv. 647614-01**, la quale ha precisato che in tema di notificazioni a mezzo posta, il relativo servizio si basa su di un mandato *ex lege* tra colui che richiede la notificazione e l'ufficiale giudiziario che la esegue, eventualmente avvalendosi, quale ausiliario, dell'agente postale, nell'ambito di un distinto rapporto obbligatorio, al quale il notificante rimane estraneo. Ne consegue che, in caso di ritardo nella consegna dell'avviso di ricevimento relativo alla notifica di atti giudiziari effettuati a mezzo posta, nei confronti del richiedente la notifica risponde, ai sensi dell'art. 1228 c.c., esclusivamente l'ufficiale giudiziario, non anche l'agente postale del quale costui si avvalga.

Per quanto riguarda le notificazioni nei confronti delle amministrazioni dello Stato, particolarmente rilevante è il principio espresso da **Sez. 3, n. 28528/2018, D'Arrigo, Rv. 651657-01**, per il quale, in materia di notificazione dell'impugnazione del preavviso di fermo amministrativo ex art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, poiché detta impugnazione ha natura di ordinaria azione di accertamento negativo della pretesa creditoria, segue le regole generali del rito ordinario di cognizione, con la conseguenza che ad essa è applicabile la previsione di cui al combinato disposto dell'art. 144, comma 1, c.p.c. e dell'art. 11, comma 1, del r.d. del 30 ottobre del 1933, n. 1611, in forza del quale l'atto introduttivo del giudizio nei confronti di un'amministrazione dello Stato deve essere notificato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria competente, con esclusione della deroga prevista dagli artt. 6, comma 9, e 7, comma 8, del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 in forza della quale nei soli giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione e di opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada il ricorso introduttivo è notificato all'autorità amministrativa che ha emanato l'atto impugnato, la quale può stare in giudizio personalmente o avvalendosi di propri funzionari delegati. (Nella specie, la S.C. ha rilevato la nullità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio ed ha, quindi, cassato la sentenza impugnata con rinvio ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c. al giudice di primo grado cui ha

demandato la rinnovazione della notificazione dell'atto di citazione in ossequio all'enunciato principio di diritto).

Occorre, altresì, considerare alcune pronunce in materia di notificazione all'estero che hanno affrontato aspetti di particolare interesse.

Secondo **Sez. 3, n. 28509/2018, D'Arrigo, Rv. 651339-01**, in ipotesi di notificazione di un atto giudiziario in uno Stato membro dell'Unione europea, il notificante ha l'onere di provare la traduzione dell'atto, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento CE n. 1393 del 2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, in una lingua compresa dal destinatario oppure nella lingua ufficiale dello Stato di destinazione. Questa dimostrazione può essere fornita anche attraverso l'attestazione dell'ufficiale giudiziario italiano, ma tale dichiarazione, in quanto relativa ad una notificazione che si perfeziona all'estero, non fa fede fino a querela di falso e può essere vinta dalla prova contraria. L'accertamento della carenza di traduzione non determina l'invalidità del procedimento notificatorio, ma impone soltanto l'assegnazione, anche officiosa, di un termine per la sua regolarizzazione, nonché il rilievo di non decorrenza, per il destinatario, del termine perentorio dalla ricezione dell'atto, con conseguente impossibilità di ritenere tardiva l'attività processuale da lui eventualmente compiuta in presenza di una preclusione non verificatasi.

Va inoltre richiamata **Sez. 6-2, n. 22000/2018, Carrato, Rv. 650355-01**, la quale ha chiarito che, in tema di notifica di verbale di accertamento di violazione amministrativa a persona residente in altro Stato membro dell'Unione europea, la validità della procedura di cui all'art. 14 del Regolamento del 13 novembre 2007, n. 1393 del Parlamento europeo e del Consiglio, che consente agli Stati membri, in virtù del criterio del reciproco affidamento, di avvalersi direttamente del servizio postale, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o altro mezzo equivalente, non può essere condizionata all'applicazione all'estero di ulteriori modalità stabilite dalle leggi nazionali in materia di notifica tramite posta, dovendosi osservare le sole disposizioni dello Stato membro di destinazione che siano dettate in modo speciale per la concreta esecuzione dei singoli atti previsti dalla sua legislazione. Tale procedura è applicabile a tutti gli organi, ivi compresi i Comuni, che siano legittimati nell'ordinamento interno di ogni Stato membro a porre in essere le attività notificatorie. (Fattispecie relativa a notifica di verbale di accertamento effettuata a mezzo posta dal Comune di

Firenze nei confronti di cittadino tedesco residente in Germania ai sensi dell'art. 201 del codice della strada).

**Sez. 3, n. 22554/2018, Saija, Rv.650855-01** ha poi affermato che in tema di notificazione di atti giudiziari all'estero a mezzo del servizio postale ai sensi della Convenzione relativa alla notifica all'estero di atti giudiziari in materia civile o commerciale, adottata a L'Aja il 15 novembre 1965, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica n. 42 del 6 febbraio 1981, deve ritenersi invalida la notifica effettuata in Germania con trasmissione diretta a mezzo posta, atteso che tale paese, pur avendo ratificato detta Convenzione, si è opposto, ai sensi degli artt. 10 e 21 della stessa, alla trasmissione degli atti mediante consegna "diretta".

Occorre, infine, considerare **Sez. 2, n. 11299/2018, Bellini, Rv. 648097-01**, la quale, in materia di notificazione per pubblici proclami, ha precisato che la mancanza dei presupposti di fatto in forza dei quali è autorizzata la notificazione per pubblici proclami, previsti dall'art. 150 c.p.c., è sindacabile dal giudice del merito, con la conseguenza che il convenuto contumace in primo grado può denunziarne in sede di gravame l'effettiva insussistenza, nella specie confermando la decisione della corte territoriale che aveva ritenuto nulla la notificazione per pubblici proclami della citazione in primo grado perché l'appellata conosceva generalità e recapiti degli appellanti, con alcuni dei quali era in trattative per dividere un compendio immobiliare.

## **11. Processo civile telematico. Rinvio.**

Per un approfondimento sulla problematica delle notifiche a mezzo posta elettronica certificata e, più in generale, sulle questioni il processo civile telematico, in considerazione del crescente numero di decisioni emesse dalla S.C. sulle questioni processuali emerse sull'applicazione della relativa disciplina speciale, si rinvia all'apposita rassegna tematica ragionata e completa di tutta la giurisprudenza di legittimità sull'argomento predisposta dall'Ufficio del Massimario (a cura di Ileana Fedele), rassegna che è stata aggiornata sino alla data del 19 febbraio 2019.

## 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. sancisce il potere/dovere del giudice, da esercitarsi anche d'ufficio, di liquidare le spese del procedimento al termine dello stesso.

La norma è interpretata da lungo tempo in senso ampio nella giurisprudenza della Corte di legittimità che ha ritenuto la stessa applicabile a qualsiasi provvedimento che, nel risolvere contrapposte pretese, definisce il procedimento, indipendentemente dalla natura e dal rito del procedimento medesimo (v., tra le altre, Sez. 1, n. 19979/2008, Genovese, Rv. 605090-01).

##### 1.1. Il principio di soccombenza.

Regola generale, sull'assunto per il quale una tutela giurisdizionale effettiva postula che la parte che ha ragione non possa essere tenuta a sopportare in via definitiva il carico delle spese processuali, è quella secondo cui deve essere condannata alle spese la parte soccombente.

A riguardo, occorre considerare, su un piano generale, che, agli effetti del regolamento delle spese processuali, la soccombenza può essere determinata non soltanto da ragioni di merito, ma anche da ragioni di ordine processuale, non richiedendo l'art. 91 c.p.c., per la statuizione sulle spese, una decisione che attenga al merito, bensì una pronuncia che chiuda il processo davanti al giudice adito (**Sez. 3, n. 22257/2018, Fiecconi, Rv. 650593-01**).

Inoltre, ove il processo si articoli in più gradi, la soccombenza deve essere vagliata secondo il cd. principio di globalità. In virtù di tale assunto si segnala, ad esempio, nell'anno in rassegna, **Sez. 3, n. 09064/2018, Iannello, Rv. 648466-01**, secondo cui il giudice di appello, allorché riformi in tutto o in parte

la sentenza impugnata, deve procedere d'ufficio, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, ad un nuovo regolamento delle spese processuali, il cui onere va attribuito e ripartito tenendo presente l'esito complessivo della lite poiché la valutazione della soccombenza opera, ai fini della liquidazione delle spese, in base ad un criterio unitario e globale, mentre, in caso di conferma della sentenza impugnata, la decisione sulle spese può essere modificata soltanto se il relativo capo della sentenza abbia costituito oggetto di specifico motivo d'impugnazione.

Costituisce espressione del principio di globalità nella liquidazione delle spese processuali anche **Sez. 2, n. 15506/2018, Orilia, Rv. 649258-01**, secondo cui il giudice del rinvio, 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.

Sulla concreta individuazione della parte soccombente, si registrano parimenti diverse pronunce di rilievo nell'anno in considerazione.

In particolare è stato ribadito il consolidato principio per il quale poiché, ai fini della distribuzione dell'onere delle spese del processo tra le parti, essenziale criterio rivelatore della soccombenza è l'aver dato causa al giudizio, la soccombenza non è esclusa dalla circostanza che, una volta convenuta in giudizio, la parte sia rimasta contumace o abbia riconosciuto come fondata la pretesa che aveva prima lasciato insoddisfatta, così da renderne necessario l'accertamento giudiziale (**Sez. 1, n. 13498/2018, Scaldaferrì, Rv. 649328-01**). Rispetto alla situazione speculare, ossia quella inerente la vittoria in giudizio della parte rimasta contumace, **Sez. 6-3, n. 16164/2018, Amendola A., Rv. 649432-01**, ha evidenziato che la condanna alle spese processuali, a norma dell'art. 91 c.p.c., ha il suo fondamento nell'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 pronunciata in favore del contumace vittorioso, poiché questi, non avendo espletato alcuna attività processuale, non ha sopportato spese al cui rimborso abbia diritto. Ne consegue, 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.

Sotto un distinto profilo, la S.C. ha riaffermato il principio per il quale il rimborso delle spese processuali sostenute da colui che sia legittimamente intervenuto *ad adiuvandum* è posto, senza che occorra che la sua presenza sia stata determinante ai fini dell'esito favorevole della lite per l'adiuvato, a carico della parte la cui tesi difensiva, risultata infondata, abbia determinato l'interesse all'intervento (cfr. **Sez. 2, n. 11670/2018, Rv. 648325-01**, la quale ha condannato la parte soccombente al pagamento delle spese anche in favore dei condomini intervenuti in un giudizio instaurato dal condominio del quale erano parte per la difesa di diritti connessi alla loro partecipazione al condominio stesso).

Nel corso dell'anno è stato inoltre confermato, sempre in tema di processo soggettivamente cumulato, l'assunto in virtù del quale le spese processuali sostenute dal terzo chiamato in causa dal convenuto, che sia risultato totalmente vittorioso nella causa intentatagli dall'attore, sono legittimamente poste, in base al criterio della soccombenza, a carico del chiamante, la cui domanda di garanzia o di manleva sia stata giudicata infondata (**Sez. 1, n. 014195/2018, Fichera, Rv. 647422-01**, in fattispecie nella quale la Corte ha chiarito che la domanda di manleva, spiegata dal convenuto con la chiamata in causa di un terzo, non necessariamente deve essere valutata "manifestamente infondata" o "palesamente arbitraria" ai fini della condanna del chiamante al rimborso delle spese processuali sostenute dal chiamato).

La Corte di legittimità ha inoltre ribadito l'orientamento, ormai consolidato nella propria giurisprudenza, per il quale 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 cui 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. 3, n. 13055/2018, Frasca, Rv. 649105-01**, fattispecie nella quale la S.C. ha ritenuto che l'inesistenza in vita del soggetto al momento della proposizione del ricorso connoti l'attività del legale come attività direttamente a lui riferibile, restando privo di rilievo il fatto che la procura potesse essere stata effettivamente rilasciata dalla parte anteriormente al proprio decesso e prima della pronuncia della sentenza impugnata).

## **1.2. Liquidazione delle spese.**

Sotto un primo aspetto, anche nell'anno in rassegna, la S.C. è stata chiamata ad individuare la tipologia di spese che devono intendersi liquidate dal giudice, a prescindere da un espresso riferimento alle stesse nel dispositivo della decisione.

Occorre in primo luogo segnalare **Sez. 1, n. 13693/2018, Campese, Rv. 648785-02**, la quale, ponendosi nel solco della precedente giurisprudenza di legittimità, ha affermato il principio in virtù del quale il rimborso cd. forfettario delle spese generali costituisce una componente delle spese giudiziali, la cui misura è predeterminata dalla legge, e compete automaticamente al difensore, anche in assenza di allegazione specifica e di apposita istanza, che deve ritenersi implicita nella domanda di condanna al pagamento degli onorari giudiziali che incombe sulla parte soccombente. Sul piano della tutela esecutiva, si è precisato che ove nel dispositivo di una sentenza sia contenuta la condanna alle spese con la distrazione in favore dell'avvocato, ma senza la previsione espressa del cd. rimborso forfettario a titolo di spese generali, il procuratore distrattario è legittimato ad azionare il titolo in sede esecutiva senza dover impugnare la sentenza, fermo restando che la somma dovuta per tale voce di tariffa può essere, tuttavia, riconosciuta solo ove la sentenza distingue gli esborsi dai diritti e dagli onorari, risultando altrimenti carenti i requisiti di liquidità e di certezza che devono caratterizzare il diritto di credito oggetto di un titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c. (**Sez. L, n. 03970/2018, Rivero, Rv. 647445-01**).

Allo stesso modo è stato ribadito l'indirizzo interpretativo per il quale le spese di registrazione della sentenza, in quanto conseguenti alla pronuncia, devono ritenersi rientranti tra le spese di lite, senza che nel provvedimento di condanna della parte soccombente sia necessaria un'espressa statuizione al riguardo (**Sez. 2, n. 25680/2018, Tedesco, Rv. 650832-01**).

Sempre in tema di liquidazione delle spese, ai fini della determinazione del valore della causa, è stato ribadito il consolidato assunto in omaggio al quale, nell'ipotesi di rigetto della domanda, nei giudizi per pagamento di somme o risarcimento di danni, il valore della controversia, ai fini della liquidazione degli onorari di avvocato a carico dell'attore soccombente, è quello corrispondente alla somma da quest'ultimo domandata, dovendosi seguire soltanto il criterio del *disputatum*, senza che trovi applicazione il correttivo del *decisum* (**Sez. 2, n. 28417/2018, Criscuolo, Rv. 651045-02**). Inoltre, nel valore della controversia, deve essere "computato" anche quello delle domande riconvenzionali eventualmente proposte (cfr. **Sez. 3, n. 30840/2018, Guizzi, Rv. 651861-01**).

E' stato altresì precisato, da parte di **Sez. 3, n. 11742/2018, Rossetti, Rv. 648611-01**, che nell'ipotesi in cui il convenuto, chiamando in causa un terzo, domandi nei suoi confronti non solo l'estensione dell'accertamento del rapporto principale, ma anche l'accertamento dell'esistenza del rapporto di garanzia (chiamata in garanzia oggettivo-soggettiva), il valore della causa, ai fini della liquidazione delle spese a carico del soccombente, deve essere determinato secondo il valore dell'oggetto del contendere tra le parti principali, atteso che in tale ipotesi unico diventa l'accertamento richiesto al giudice nei confronti di tutte le parti e, per effetto di tale estensione oggettiva e soggettiva, si viene a creare un litisconsorzio necessario.

Quanto ai parametri cui occorre fare riferimento in sede di liquidazione delle spese, nell'ipotesi di variazione degli stessi in corso di causa, nel solco del generale principio enunciato da Sez. U, n. 17405/2012, Rordorf, Rv. 623533-01 (confermata nell'anno in rassegna da **Sez. 6-3, n. 17577/2018, Rossetti, Rv. 649689-01**), si è affermato che i parametri previsti dal d.m. n. 37 del 2018, cui devono essere commisurati i compensi dei professionisti, vanno applicati ogni qual volta la liquidazione giudiziale intervenga in un momento successivo alla data di entrata in vigore del predetto decreto a condizione che a tale data non sia stata ancora completata la prestazione professionale, ancorché essa abbia avuto inizio e si sia in parte svolta nella vigenza della pregressa regolamentazione, atteso che l'accezione omnicomprensiva di "compenso" evoca la nozione di un corrispettivo unitario per l'opera complessivamente prestata (**Sez. L, n. 27233/2018, Mancino, Rv. 651261-01**). Tuttavia, è stato precisato, da parte di **Sez. 2, n. 01018/2018, Grasso Giu., Rv. 647642-01**, che i parametri previsti dal d.m. n. 55 del 2014 il quale non prevalgono, invece, su quelli dettati dal d.m. n.



140 del 2012 per ragioni di mera successione temporale, bensì nel rispetto del principio di specialità, in quanto il d.m. n. 140 del 2012 è volto a regolare la materia dei compensi tra professionista e cliente, mentre il d.m. n. 55 del 2014 detta i criteri che il giudice deve applicare nel regolare le spese di causa.

Resta peraltro fermo il potere del giudice, nella liquidazione delle spese giudiziali, di scendere al di sotto o salire al di sopra dei limiti risultanti dall'applicazione delle massime percentuali di scostamento, purché ne dia apposita e specifica motivazione (cfr., con riguardo ai parametri di cui al d.m. n. 55 del 2014, **Sez. 6-2, n. 11601/2018, Cosentino, Rv. 648532-01**).

## **2. Compensazione delle spese.**

Tema oggetto di costante dibattito, involgendo uno dei più importanti poteri discrezionali del giudice, è quello afferente la possibilità, riconosciuta dall'art. 92, comma 2, c.p.c. di compensare le spese processuali, anche in ipotesi differenti da quella della cd. soccombenza reciproca.

Nella materia si sono susseguiti, come noto, diversi interventi normativi su tale disposizione volti a restringere il potere del giudice, ovvero: a) la l. n. 263 del 2005, ha imposto al giudice il dovere di motivare circa la sussistenza dei “giusti motivi” posti a fondamento della decisione di compensare le lite; b) la l. n. 69 del 2009 ha ristretto la possibilità di compensazione delle spese processuali all'ipotesi in cui ricorrano “gravi ed eccezionali ragioni”; c) il d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. n. 162 del 2014, aveva novellato lo stesso art. 92, comma 2, c.p.c. limitando la possibilità di compensare le spese ad alcuni casi tassativi indicati dallo stesso.

Peraltro, proprio nel 2018, la Corte Costituzionale è intervenuta con una pronuncia di carattere additivo, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2, c.p.c., nel testo modificato dall'art. 13, comma 1, del d.l. n. 132 del 2014, conv., con modif., nella l. n. 162 del 2014, 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 gravi ed eccezionali ragioni (Corte Cost. n. 77/2014).

Ne deriva che deve ritenersi che, fermi i rapporti esauriti, il giudice possa compensare le spese di lite per “gravi ed eccezionali ragioni” anche nei procedimenti per i quali trovava applicazione l'art. 92, comma 2, c.p.c. nell'ultima formulazione successiva alle

modifiche introdotte dalla novella di cui al d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. n. 162 del 2014.

Nel delimitare l'ambito del relativo potere giudiziale, **Sez. 6-L, n. 23059/2018, Esposito L., Rv. 650923-01**, ha chiarito che le "gravi ed eccezionali ragioni" richieste per giustificare la compensazione totale o parziale, ai sensi dell'art. 92, comma 2, c.p.c., non sono determinabili *a priori* ma devono essere specificate in via interpretativa dal giudice del merito, con un giudizio censurabile in sede di legittimità, in quanto fondato su norme giuridiche. (Fattispecie nella quale la Corte di cassazione ha ritenuto illogica, erronea e non conforme al principio di lealtà ex art. 88 c.p.c. la compensazione delle spese processuali giustificata con il pagamento pressoché integrale degli importi dovuti dall'ingiunto, effettuato in esito all'emissione del provvedimento monitorio e prima della pronuncia di primo grado sul giudizio di opposizione, trattandosi di comportamento non caratterizzato da spontaneità ed inidoneo ad esonerare la parte opposta dall'onere di impugnazione della eventuale pronuncia di accoglimento dell'opposizione proposta).

Con riguardo, invece, alla compensazione delle spese processuali, ai sensi dell'art. 92 c.p.c. (nella formulazione, applicabile *ratione temporis*, modificata dall'art. 2, comma 1, lett. (a), della l. n. 263 del 2005), il giudice è tenuto ad indicare, ove non sussista soccombenza reciproca, i giusti motivi posti a fondamento della stessa che non possono essere costituiti dal riferimento alla natura o al modesto valore della controversia ovvero risolversi nell'uso di motivazioni illogiche o meramente apparenti (**Sez. 6-5, n. 25594/2018, Napolitano, Rv. 650982-01**), dovendosi ritenere insufficiente a tal fine il mero richiamo alla buona fede della parte soccombente, elemento che può assumere rilievo per escludere la responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., ma che non giustifica di per sé la pronuncia di compensazione (**Sez. L, n. 20617/2018, Di Paolantonio, Rv. 650123-01**).

### 3. Distrazione delle spese.

La Corte, anche nell'anno in rassegna, ha fornito puntuali indicazioni nella materia della distrazione delle spese in favore del difensore, prevista dall'art. 93 c.p.c.

In proposito si segnala, in primo luogo, **Sez. 6-3, n. 21281/2018, D'Arrigo, Rv. 650491-01**, la quale ha precisato che, se la parte è assistita da più difensori, la distrazione delle spese

processuali ai sensi dell'art. 93 c.p.c. richiede l'attestazione che nessuno di essi abbia riscosso gli onorari oggetto della richiesta, pur evidenziando che tale dichiarazione può essere resa anche da uno solo dei difensori, se munito di procura ad agire disgiuntamente, ma deve essere necessariamente riferita all'intero collegio difensivo.

La natura eccezionale della previsione dettata dall'art. 93 c.p.c. impedisce, inoltre, che nel giudizio di legittimità possa essere chiesta la distrazione delle spese in favore di altro avvocato costituito nei giudizi di merito (**Sez. L, n. 27397/2018, Bellé, Rv. 651050-01**).

Occorre considerare, poi, l'importante precisazione fornita da **Sez. 3, n. 13367/2018, Olivieri, Rv. 648796-01**, nel senso che l'accordo transattivo tra il difensore della parte vincitrice in primo grado, dichiaratosi antistatario, e la parte soccombente avente ad oggetto i soli compensi professionali del primo, non può ritenersi esteso anche al rapporto oggetto della controversia tra le parti processuali e non denota alcuna acquiescenza alla sentenza di primo grado, in quanto il procuratore ha partecipato alla stipula dell'atto solo in qualità di procuratore antistatario, essendo titolare di un autonoma pretesa a conseguire direttamente la prestazione dalla parte processuale soccombente e non avendo alcuna procura *ad negotia* idonea a vincolare stragiudizialmente la propria assistita.

Su un piano più generale, anche nell'anno in rassegna, la Corte ha ribadito il consolidato assunto per il quale, in tema di condanna al pagamento delle spese processuali, il debitore non ha interesse a criticare il relativo capo della sentenza per il solo fatto che tale condanna sia stata pronunciata a favore del difensore della sua controparte, anziché della stessa parte rappresentata dal difensore, atteso che l'art. 93 c.p.c. attiene ai rapporti tra la parte e il suo difensore, onde il rispetto, o meno, di detta disposizione normativa non incide in alcun modo sulla posizione giuridica dell'altra parte che, rimasta soccombente, venga condannata a pagare le spese del giudizio, atteso che la sua situazione processuale non può ritenersi aggravata perché il pagamento è stato disposto direttamente nei confronti del difensore e non della parte personalmente (**Sez. 2, n. 30945/2018, Bellini, Rv. 651539-01**).

#### 4. Responsabilità processuale cd. aggravata.

Nell'anno in rassegna si sono poi registrati diversi interventi significativi sull'art. 96 c.p.c., con importanti precisazioni effettuate anche dalle Sezioni Unite.

Quanto alle condotte sintomatiche dello stato soggettivo di mala fede o colpa grave ai fini della sussistenza della responsabilità ex art. 96, comma 1, c.p.c., **Sez. 6-3, n. 04136-2018, Graziosi, Rv. 647994-01**, ha precisato che le stesse non si ravvisano soltanto nella consapevolezza della infondatezza *in jure* della domanda, ma anche nella omessa deduzione di circostanze fattuali dirimenti ai fini della corretta ricostruzione della vicenda controversa.

Diverse sono state le ipotesi nelle quali la Corte è stata poi chiamata a confrontarsi con l'abusiva proposizione di ricorsi per cassazione.

Sul punto, si è precisato che costituisce abuso del diritto di impugnazione, integrante colpa grave, la proposizione di un ricorso per cassazione basato su motivi manifestamente infondati, in ordine a ragioni già formulate nell'atto di appello, espresse attraverso motivi inammissibili, poiché pone in evidenza il mancato impiego della doverosa diligenza ed accuratezza nel reiterare il gravame (**Sez. 1, n. 29462/2018, Caiazzo, Rv. 651481-01**). In sostanza, non è di per sé abusiva la proposizione di un ricorso per cassazione infondato in diritto ove al contempo lo stesso non appalesi consapevolezza della non spettanza della prestazione richiesta o evidenzi un grado di imprudenza, imperizia o negligenza accentuatamente anormali (**Sez. 2, n. 27646/2018, Scalisi, Rv. 651031-01**).

Inoltre, si è ritenuto, da parte di **Sez. 1, n. 02040/2018, Nazzicone, Rv. 646863-01**, che, in tema di condanna ex art. 96 c.p.c., integra la "colpa grave" – quale stato soggettivo che si concreta nel mancato doveroso impiego di quella diligenza che consenta di avvertire agevolmente l'ingiustizia della propria domanda – la proposizione di un ricorso per revocazione di una sentenza della Corte di cassazione ove si prospetti come vizio revocatorio un preteso *error in iudicando* commesso dalla Corte stessa, in presenza di una consolidata e costante giurisprudenza che esclude l'errore di giudizio dai vizi revocatori di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c. per le sentenze di legittimità.

E' indirizzo costante, sul piano più squisitamente processuale, che la domanda di condanna dell'altra parte per responsabilità ai sensi dell'art. 96 c.p.c. non soggiace alle

preclusioni, poiché proprio in corso di causa può “emergere” la condotta della controparte posta a fondamento della stessa (cfr., sulla proponibilità di detta domanda in sede di precisazione delle conclusioni, **Sez. 3, n. 14911/2018, Cigna, Rv. 649302-01**). 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.

Per altro verso, è stato ribadito il principio secondo cui 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, solo ove il danneggiato alleggi 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 (**Sez. 3, n. 19179/2018, Rubino, Rv. 649732-01**). Si è quindi ritenuto che la domanda di risarcimento del danno derivato dall’incauta trascrizione di un pignoramento, ai sensi dell’art. 96, comma 2, c.p.c., può essere proposta in via autonoma solo se non sia stata proposta opposizione all’esecuzione, né poteva esserlo, ovvero quando, proposta opposizione all’esecuzione, il danno patito dall’esecutato sia insorto successivamente alla definizione di tale giudizio, e sempre che si tratti di danno nuovo ed autonomo e non mero aggravamento del pregiudizio già insorto prima della definizione del giudizio di opposizione all’esecuzione (**Sez. 3, n. 28527/2018, Rossetti, Rv. 651656-01**).

Nel 2018, inoltre, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno enunciato fondamentali principi in ordine all’interpretazione del comma 3 dell’art. 96 c.p.c., introdotto dalla l. n. 69 del 2009, secondo cui *“in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell’art. 91, il giudice, anche d’ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”*.

In particolare, **Sez. U, n. 22405/2018, Campanile, Rv. 650462-01**, ha affermato che la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. è volta a salvaguardare finalità pubblicistiche, correlate all’esigenza di una sollecita ed efficace definizione dei giudizi, nonché interessi della parte vittoriosa ed a sanzionare la violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall’art. 88 c.p.c., realizzata attraverso un vero

e proprio abuso della *potestas agendi* con un'utilizzazione del potere di promuovere la lite, di per sé legittimo, per fini diversi da quelli ai quali esso è preordinato, con conseguente produzione di effetti pregiudizievoli per la controparte. Ne consegue che la condanna, al pagamento della somma equitativamente determinata, non richiede né la domanda di parte né la prova del danno, essendo tuttavia necessario l'accertamento, in capo alla parte soccombente, della mala fede (consapevolezza dell'infondatezza della domanda) o della colpa grave (per carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta consapevolezza), venendo in considerazione, a titolo esemplificativo, la pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, la manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame ovvero la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione (in termini analoghi v. anche **Sez. U, n. 09912/2018, Falaschi, Rv. 648130-02**).



## CAPITOLO IX

### IL PROCESSO LITISCONSORTILE

(DI ANGELO NAPOLITANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica. – 2.1. Diritti reali. – 2.2. Comunione legale dei beni. – 2.3. Lavoro. – 2.4. Persone, famiglia e successioni. – 3. Litisconsorzio necessario in fase di gravame. – 3.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione – 4. Conseguenze del rilievo del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame – 5. 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 – 6. Litisconsorzio facoltativo.

#### 1. Premessa.

La perimetrazione delle caratteristiche dei rapporti sostanziali che danno vita, in sede contenziosa, a processi litisconsortili, è da sempre uno dei temi più complessi, sotto il profilo teorico e pratico, del diritto processuale civile, anche in ragione della circostanza che l'art. 102, comma 1, c.p.c. costituisce poco più che una norma in bianco, lasciando assolutamente indeterminati i presupposti di applicazione dell'istituto, in quanto non indica in quali casi la decisione deve essere assunta necessariamente nei confronti di più parti.

A riguardo, la S.C. ha da lungo tempo chiarito che il litisconsorzio necessario sussiste, oltre che nei casi tipicamente previsti dalla legge (art. 247 c.c., in tema di disconoscimento della paternità; art. 2900 c.c. in tema di azione surrogatoria; art. 784 c.c. in tema di scioglimento delle comunioni), quando la situazione sostanziale dedotta in giudizio ha natura plurisoggettiva e deve essere decisa in maniera unitaria nei confronti di ogni soggetto che ne sia partecipe, onde la sentenza che non avesse effetti nei confronti di tutti sarebbe *inutiliter data*, cioè non darebbe, a chi l'ha proposta, la tutela che egli richiede (Sez. 1, n. 04720/1993, Carbone V., Rv. 481970-01).

Le definizioni astratte che possono essere date del litisconsorzio necessario, tuttavia, finiscono per avere uno scarso valore euristico, e di conseguenza qualsiasi lavoro ricostruttivo dell'istituto non può che passare attraverso un'attenta analisi casistica della giurisprudenza.



Quanto alla funzione del litisconsorzio necessario e agli effetti della violazione della regola di cui al primo comma dell'art. 102 c.p.c., la Corte di cassazione ha avuto peraltro modo di precisare che *“la funzione dell'istituto è quella di tutelare chi ha proposto la domanda e non potrebbe conseguire quanto richiesto se la sentenza non producesse effetti nei confronti di tutti i litisconsorti, e non invece quella di tutelare il diritto di difesa dei litisconsorti pretermessi, già sufficientemente protetti dall'inefficacia, nei loro confronti, di una pronuncia emessa a seguito di un giudizio cui essi siano rimasti estranei”* (così, testualmente, Sez. 1, n. 04714/2004, Rordorf, Rv. 570877-01).

D'altra parte, la S.C. ha anche chiarito che non si verifica un'ipotesi di litisconsorzio necessario quando la situazione plurisoggettiva non è dedotta in giudizio, ma è oggetto di una mera cognizione incidentale ai sensi dell'art. 34 c.p.c., in quanto pregiudiziale alla situazione che diviene oggetto del processo (Sez. 1, n. 14102/2003, Salvago, Rv. 567084-01).

Il tema del litisconsorzio necessario è anche strettamente legato al diritto di difesa, in quanto la mancata estensione del contraddittorio a soggetti che sono parti necessarie dei rapporti sostanziali coinvolti nel giudizio comporta la nullità dell'intero processo e la rimessione della causa al primo giudice.

Esso, inoltre, interseca un altro valore costituzionale, ossia quello della ragionevole durata del processo, enunciato dall'art. 111, comma 2, Cost.

Dichiarare la nullità di un intero giudizio per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti di una parte, si pone, infatti, in antitesi con l'obiettivo di assicurare una ragionevole durata dello stesso, sicché si pone il problema di stabilire in quali casi sia eventualmente possibile definirlo senza farlo regredire alla fase o al grado in cui il contraddittorio avrebbe dovuto essere integrato.

Nell'ambito del litisconsorzio necessario, si suole distinguere, poi, il litisconsorzio sostanziale da quello processuale.

In particolare, il litisconsorzio sostanziale si realizza quando l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione per via giurisdizionale di un rapporto giuridico non può farsi che tra più soggetti, contitolari dell'unico rapporto giuridico o titolari di un rapporto giuridico dipendente rispetto a quello dedotto in giudizio e trattato insieme con quest'ultimo, in primo grado, in *simultaneus processus*.

Il litisconsorzio processuale, invece, prescinde dalle caratteristiche del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, e si ha

nei casi in cui la legge vuole che un determinato accertamento giurisdizionale si svolga nel contraddittorio tra più soggetti (**Sez. 5, n. 06285/2018, Bernazzani, Rv. 647465-01; Sez. 3, n. 02348/2018, Scoditti, Rv. 647929-01**).

## **2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica.**

La riconduzione delle fattispecie che si presentano nella prassi al fenomeno del litisconsorzio sostanziale o processuale è il frutto di un'operazione necessariamente casistica con una scarsa efficacia predittiva, in quanto non vi sono indici sicuri, a livello normativo, che consentano di affermare con certezza se un rapporto plurisoggettivo dia necessariamente luogo ad un litisconsorzio necessario in primo grado, e ad una causa inscindibile nei gradi di impugnazione.

Di seguito, pertanto, a partire dalle pronunce dell'anno in corso, saranno esaminate alcune tra le fattispecie più ricorrenti nelle quali si pone, nella prassi, il problema in esame.

### **2.1. Diritti reali.**

Un settore del diritto civile "sensibile" al tema del litisconsorzio necessario è quello dei diritti reali, con peculiare riguardo alle ipotesi di comunione e condominio che implicano, per definizione, la titolarità di una posizione giuridica soggettiva di carattere unitario in capo a più soggetti, ove ricorre litisconsorzio necessario quando l'azione esercitata tenda ad ottenere delle modificazioni materiali alla *res* oggetto dell'altrui diritto.

Così, **Sez. 2, n. 03575/2018, D'Ascola, Rv. 647798-01**, ha affermato che la domanda di un terzo estraneo al condominio, volta all'accertamento, con efficacia di giudicato, della proprietà esclusiva su di un bene condominiale ed al conseguente rilascio dello stesso in proprio favore, si deve svolgere in contraddittorio con tutti i condòmini, stante la loro condizione di comproprietari dei beni comuni e la portata delle azioni reali, che incidono sul diritto *pro quota* o esclusivo di ciascun condòmino, avente pertanto reale interesse a contraddire.

Anche con riferimento ad una sanzione amministrativa relativa al disboscamento non autorizzato di un fondo, consistente non nell'obbligo di pagare una somma di denaro, ma nell'ordine di rimessione in pristino dello stato dei luoghi emesso nei confronti dei comproprietari del fondo e dell'autore materiale della condotta,

al relativo giudizio di opposizione devono prendere parte, quali litisconsorti necessari, tutti i soggetti tenuti ad adempiere al suddetto obbligo di *facere* risultando altrimenti la pronuncia *inutiliter data*, in quanto non eseguibile nei confronti di coloro che non sono stati chiamati in causa (**Sez. 2, n. 30767/2018, Dongiacomo, Rv. 651535-01**).

**Sez. 2, n. 04685/2018, Scarpa, Rv. 647846-01**, ha affermato, inoltre, che nel giudizio promosso per conseguire la rimozione di una costruzione, illegittimamente realizzata in un'unità immobiliare in danno delle parti comuni di un edificio condominiale, sono litisconsorti necessari tutti i comproprietari di tale unità, indipendentemente dal fatto che solo uno od alcuni di essi ne siano stati gli autori materiali.

**Sez. 2, n. 15619/2018, Scalisi, Rv. 649178-01**, ha ritenuto, poi, che la domanda diretta all'accertamento dell'usucapione di un bene richiede la presenza in causa di tutti i comproprietari in danno dei quali l'usucapione si sarebbe verificata perché comporta l'accertamento di una situazione giuridica (usucapione e proprietà esclusiva) confliggente con quella preesistente (comproprietà degli altri) della quale il giudice può solo conoscere in contraddittorio con ogni interessato.

Analogamente, in tema di servitù, l'azione per l'osservanza della limitazione legale della proprietà prevista dall'art. 913 c.c. per lo scolo delle acque, la quale miri ad ottenere, oltre all'accertamento dell'aggravamento della condizione del fondo inferiore in conseguenza di opere abusivamente costruite su quello superiore, la demolizione di tali opere, si sostanzia in una *actio negatoria* di servitù di scolo che, poiché diretta alla rimozione di opere realizzate nel fondo altrui, determina, ove la piena proprietà di questo appartenga a più soggetti (comproprietari o usufruttuario e nudo proprietario), un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti di tutti costoro (**Sez. 2, n. 17664/2018, Chiesi, Rv. 649385-01**).

Peraltro, anche quando si rivendichi la proprietà di un immobile per usucapione, l'azione deve essere proposta unicamente nei confronti di chi possiede il bene all'atto della domanda, e non anche dei precedenti danti causa, che non hanno veste di litisconsorti necessari (**Sez. 6-2, n. 24260/2018, Cosentino, Rv. 651231-01**).

In tema di domanda di rivendica di un bene proposta da uno o più soggetti che assumono di esserne i comproprietari, la necessità di integrazione del contraddittorio dipende dal comportamento del convenuto. Infatti, qualora egli si limiti a negare

il diritto di comproprietà degli attori, non si richiede la citazione in giudizio di altri soggetti, non essendo in discussione la comunione del bene; qualora, al contrario, eccepisca di esserne il proprietario esclusivo, la controversia ha ad oggetto la comunione di esso, cioè l'esistenza del rapporto unico plurisoggettivo, e il contraddittorio deve svolgersi nei confronti di tutti coloro dei quali si prospetta la contitolarità (litisconsorzio necessario), affinché la sentenza possa conseguire un risultato utile che, invece, non avrebbe in caso di mancata partecipazione di alcuni, non essendo essa a loro opponibile (**Sez. 2, n. 24234/2018, Giannaccari, Rv. 650646-01**).

Invece, in tema di enfiteusi, **Sez. 2, n. 26520/2018, Oliva, Rv. 650786-01**, ha stabilito che la devoluzione del fondo enfiteutico può essere separatamente richiesta nei confronti di ciascuno dei coenfiteuti, non ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Ne deriva pertanto che la pronuncia di devoluzione è utilmente resa nei limiti delle quote dei concessionari evocati in giudizio e non si estende all'enfiteuta che non ne sia stato parte, né pregiudica i suoi diritti sull'intero fondo.

Sul piano probatorio, peraltro, colui che eccepisca la non integrità del contraddittorio ha l'onere, qualora questa non possa essere rilevata direttamente dagli atti o in base alle prospettazioni delle parti, non solo di indicare i soggetti che rivestono la qualità di litisconsorti necessari asseritamente pretermessi, ma anche di provare i presupposti di fatto e di diritto dell'invocata integrazione e, quindi, i titoli in forza dei quali essi assumono tale qualità. Pertanto, la Suprema Corte ha deciso che la parte che deduce la mancata integrazione del contraddittorio con riferimento a eredi del *de cuius* deve dimostrare l'avvenuta accettazione dell'eredità da parte loro (**Sez. 2, n. 11318/2018, Scalisi, Rv. 648831-01**).

Con riferimento al conferimento del bene immobile in un *trust*, **Sez. 3, n. 13388/2018, Scoditti, Rv. 649036-01**, ha affermato che il contraddittorio nell'ambito di un'azione revocatoria ordinaria avente ad oggetto l'atto di dotazione del *trust* deve essere esteso al beneficiario (che dunque deve essere evocato in giudizio insieme con il *settlor* e con il *trustee*) solo nel caso in cui l'atto di dotazione sia stato posto in essere a titolo oneroso, in quanto solo in questo caso lo stato soggettivo del terzo beneficiario rileva quale elemento costitutivo della fattispecie. La pronuncia si segnala in quanto fa dipendere la necessità dell'estensione del contraddittorio ai beneficiari del *trust* dall'analisi dello scopo perseguito dall'atto di segregazione patrimoniale, andando dunque oltre la verifica della natura dell'atto di dotazione.

Per quanto riguarda, poi, il giudizio di scioglimento di una comunione ereditaria, **Sez. 6-2, n. 14406/2018, Criscuolo, Rv. 649089-01**, ha chiarito che, ove una quota abbia costituito oggetto di cessione, la qualità di litisconsorte necessario spetta ai cessionari della quota e non agli eredi cedenti.

Il tema del litisconsorzio si interseca con l'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c., sulla *legitimatio ad causam* in caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso.

Nell'ambito di un'azione di rivendica di un immobile il cui atto di trasferimento era stato trascritto dopo la notificazione dell'atto di citazione al venditore convenuto ma prima della trascrizione della domanda giudiziale, **Sez. 2, n. 14480/2018, Casadonte, Rv. 648977-01**, ha affermato che, in tema di trasferimento del diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie e, pertanto, sono ininfluenti le vicende attinenti a posizioni giuridiche attive o passive successive all'inizio della causa. Pertanto, l'acquirente del diritto contestato, pur potendo spiegare intervento volontario ex art. 111 c.p.c., non diviene litisconsorte necessario e la sentenza che non abbia disposto nei suoi confronti l'integrazione del contraddittorio è validamente emessa. Tale pronuncia, in conformità al disposto dell'art. 111 c.p.c., esclude che vi sia litisconsorzio necessario tra l'acquirente della *res litigiosa* e il venditore convenuto in giudizio prima della conclusione dell'atto di compravendita; però occorre rilevare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 111 c.p.c. e 2653, comma 1, n. 1 c.c., la sentenza sulla domanda di rivendica immobiliare trascritta dopo la trascrizione dell'atto di compravendita, pur *utiliter data* tra le parti, non ha effetti nei confronti dell'acquirente, nel senso che è inopponibile a quest'ultimo, con la conseguenza che l'attore che volesse ancora conseguire la restituzione della *res* contesa deve riproporre la domanda di rivendica contro l'avente causa chiedendo l'accertamento del suo diritto anche nei confronti di lui, fermo restando l'effetto dell'interruzione del corso dell'usucapione nei confronti di quest'ultimo a far data dalla trascrizione della domanda contro il suo dante causa, ai sensi dell'art. 2653, comma 1, n. 5 c.c.

## 2.2. Comunione legale tra coniugi.

Un altro ambito del diritto civile nel quale si pongono ricorrenti questioni in tema di litisconsorzio necessario è quello della comunione legale tra coniugi.

Già in passato la S.C. aveva ritenuto che il coniuge rimasto estraneo all'atto di acquisto non è litisconsorte necessario nelle controversie relative alla validità o all'efficacia del titolo di acquisto (Sez. 1, n. 13941/1999, Losavio, Rv. 532094-01).

In particolare, in tema di simulazione, Sez. 2, 11428/1992, Triola, Rv. 479036-01, ha statuito che il coniuge dell'acquirente di un immobile non è litisconsorte necessario nella causa intentata dall'alienante, qualora sia rimasto estraneo alla stipulazione. Tale orientamento è stato ribadito, nell'anno in rassegna, da **Sez. 6-3, n. 11033/2018, Rubino, Rv. 648914-01**, secondo la quale, il coniuge dell'acquirente di un immobile, che sia rimasto estraneo alla stipulazione dell'atto di compravendita, non è litisconsorte necessario nel giudizio promosso dal venditore per l'accertamento della simulazione del contratto, perché l'inclusione del bene nella comunione legale ai sensi dell'art. 177 c.c. costituisce un effetto *ope legis* dell'efficacia e validità del titolo di acquisto.

Analogamente, in tema di azione di annullamento del contratto, si era affermato che il coniuge, in regime di comunione legale, del soggetto acquirente di un bene immobile non è litisconsorte necessario se alla conclusione del contratto è rimasto estraneo, perché non è parte di tale contratto, dei cui effetti è solo beneficiario *ope legis*, né intestatario del bene acquistato (Sez. 2, n. 11773/1992, Spadone, Rv. 479215-01).

Anche con riferimento al giudizio di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di prestare il consenso, ex art. 2932 c.c., la S.C. ha precisato che non sussiste la necessità di una integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge del promittente venditore il cui consenso sia stato pretermesso, non ricorrendo una situazione sostanziale caratterizzata da un rapporto unico ed inscindibile con pluralità di soggetti, e non rivestendo quindi il coniuge che non abbia partecipato all'atto la qualità di litisconsorte necessario (Sez. 2, n. 20867/2004, Bognanni, Rv. 577865-01). Peraltro, ove si consideri che la vendita di beni immobili della comunione legale è un atto di straordinaria amministrazione, per il cui compimento è necessario il consenso di entrambi i coniugi in comunione legale, dovrà ritenersi che anche la sentenza che tiene luogo del contratto definitivo di vendita dovrebbe essere

pronunciata in esito ad un giudizio che abbia visto la partecipazione di entrambi i coniugi (Sez. 2, n. 05191/2002, Mazzacane, Rv. 553656-01).

### **2.3. Lavoro.**

Altro settore nel quale si pone di frequente il problema di valutare la sussistenza di ipotesi di litisconsorzio necessario è quello relativo ai rapporti di lavoro.

Con riferimento agli infortuni sul lavoro, **Sez. L, n. 16026/2018, Bellè, Rv. 649356-01**, ha affermato che la domanda di accertamento della responsabilità del datore di lavoro proposta, per quanto di competenza, anche nei confronti dell'INAIL, determina un litisconsorzio cd. processuale finalizzato ad evitare contrasti di giudicato, con conseguente necessità di integrare il contraddittorio ex art. 331 c.p.c., salva l'applicazione del principio di raggiungimento dello scopo nell'ipotesi di successiva costituzione del litisconsorte pretermesso, sia pure a seguito di notificazione tardiva dell'impugnazione, ritualmente proposta nei confronti dell'altro contraddittore. **Sez. L, n. 15521/2018, Di Paolantonio, Rv. 649323-01**, ha ritenuto - sul generale assunto per il quale il litisconsorzio necessario ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, allorché la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio deve essere necessariamente decisa in maniera unitaria nei confronti di tutti i soggetti che ne sono partecipi, onde non privare la decisione dell'utilità connessa all'esperimento dell'azione proposta - che l'azione volta alla rideterminazione della ripartizione del fondo per la retribuzione di risultato di cui all'art. 61 del c.c.n.l. del 1996 per i dirigenti non medici del comparto Sanità deve essere proposta nei confronti di tutti i dirigenti professionali, tecnici, amministrativi, perché la variazione in aumento chiesta da alcuni determina di necessità la riduzione del *quantum* spettante ad altri, atteso che l'ammontare complessivo del fondo rappresenta il limite massimo non superabile dall'azienda sanitaria.

Parimenti, in tema di selezioni concorsuali di cui si contesti la legittimità del procedimento, il giudizio deve svolgersi in contraddittorio con gli altri partecipanti solo se il soggetto pretermesso domandi l'accertamento giudiziale del suo diritto ad essere inserito nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede, ecc.). Invece, l'integrazione del contraddittorio

nei confronti di tutti i controinteressati non è necessaria quando l'attore si limiti a domandare il risarcimento del danno, o comunque faccia valere pretese compatibili con i risultati della selezione, dei quali non deve attuarsi la rimozione (**Sez. L, n. 18807/2018, De Felice, Rv. 649876-01**).

#### **2.4. Persone, famiglia e successioni.**

In tema di procedimento per lo stato di adottabilità, il titolo II della l. 4 maggio 1983, n. 184, nel testo novellato dalla l. 28 marzo 2001, n. 149, che riflette anche principi sovranazionali (artt. 3, 9, 12, 14, 18, 21 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con l. 27 maggio 1991 n. 176; artt. 9 e 10 della Convenzione Europea sui diritti del fanciullo, stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con l. 20 marzo 2003, n. 77; art. 24 della Carta di Nizza), attribuisce ai genitori del minore una legittimazione autonoma, connessa ad un'intensa serie di poteri, facoltà e diritti processuali atti a fare assumere loro la veste di parti necessarie e formali dell'intero procedimento di adottabilità e, quindi, di litisconsorti necessari pure nel giudizio di appello, quand'anche in primo grado non si siano costituiti, con conseguente necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti, ove non abbiano proposto il gravame; a tal fine non è sufficiente la sola notificazione, attuata d'ufficio, del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione dell'appello, posto che tale iniziativa officiosa non consente anche la conoscenza del contenuto dell'altrui ricorso ed il compiuto esercizio del loro diritto di difesa (**Sez. 1, n. 18148/2018, Sambito, Rv. 649903-01**).

Nell'ambito del diritto di famiglia, **Sez. 1, n. 04099/2018, Acierno, Rv. 647061-01**, ha chiarito che nei giudizi aventi ad oggetto la limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale, il genitore è litisconsorte necessario, munito del pieno potere di agire, contraddire e impugnare le decisioni che producano effetti provvisori o definitivi sulla titolarità o sull'esercizio della predetta responsabilità, sicché è ammissibile il reclamo proposto da un genitore contro la sentenza che lo aveva dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale.

Quanto ai giudizi di separazione e a quelli afferenti la regolamentazione delle condizioni di affidamento dei figli minori di genitori non coniugati, **Sez. 1, n. 03638/2018, Mercolino, Rv. 647057-01**, ha escluso che il P.M. assuma la posizione di parte necessaria, essendo il suo potere normativamente previsto come



obbligatorio ma senza alcun potere, né di iniziativa, né di impugnativa della decisione, sicché la sua mancata partecipazione non comporta una lesione del contraddittorio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo e tale da giustificare la rimessione degli atti al primo giudice, ex art. 354 c.p.c. La nullità che consegue dal suo mancato intervento, dunque, pur essendo rilevabile d'ufficio, si converte in motivo di gravame, ex art. 161 c.p.c.

Ancora, in ambito successorio, **Sez. 2, n. 18502/2018, Bellini, Rv. 649593-01**, ha affermato che, in tema di legato di cosa dell'onerato che sia coerede, qualora il beneficiario eserciti l'azione di rivendica del bene non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario nei confronti di tutti gli eredi, dovendo la domanda essere proposta solo contro il suddetto onerato, sicché la sentenza, anche se emessa senza la partecipazione al giudizio degli altri successori, non è *inutiliter data*.

### **3. Litisconsorzio necessario in fase di gravame.**

Ai fini della corretta instaurazione del processo litisconsortile è sufficiente la *vocatio in ius* di almeno uno dei litisconsorti necessari, in quanto, poi, sarà il giudice a disporre l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui fissato (art. 102, comma 2, c.p.c.).

Questa regola generale vale anche nei giudizi di impugnazione.

A tal proposito, infatti, la S.C. ha precisato che è escluso, in ogni caso, che l'omessa notificazione dell'impugnazione ad un litisconsorte necessario determini l'inammissibilità del gravame, in quanto la proposizione della stessa almeno ad uno di essi conserva l'effetto di impedire il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, ma rende necessaria l'integrazione del contraddittorio per ordine del giudice, in mancanza della quale si verifica una nullità rilevabile d'ufficio nei gradi successivi (**Sez. 6-3, n. 19910/2018, De Stefano, Rv. 650290-01**).

Con riferimento alle parti nei cui confronti deve essere instaurato il contraddittorio in sede di impugnazione nel caso di cessione del diritto controverso avvenuta nel precedente grado di giudizio, **Sez. 1, n. 02048/2018, De Marzo, Rv. 646864-01**, ha affermato che il giudizio di impugnazione svoltosi senza integrare il contraddittorio nei confronti dell'alienante del diritto controverso, ma con la partecipazione del successore a titolo particolare, è valido quando il primo, non impugnando la sentenza, abbia dimostrato il

suo disinteresse al gravame e l'altra parte, senza formulare eccezioni al riguardo, abbia accettato il contraddittorio nei confronti del successore. Tali elementi, infatti, integrano i presupposti per l'estromissione dal giudizio del citato alienante, estromissione che, sebbene non formalmente dichiarata, fa cessare la qualità di litisconsorte necessario in capo alla parte originaria.

In senso contrario, sul punto, peraltro, occorre considerare **Sez. 1, n. 15905/2018, Valitutti, Rv. 649280-01**, la quale ha affermato che il successore a titolo particolare per atto tra vivi di una delle parti del processo può intervenire volontariamente nel processo o esservi chiamato, senza che ciò comporti automaticamente l'estromissione dell'alienante o del dante causa, potendo questa essere disposta dal giudice solo se le altre parti vi consentano, con la conseguenza che, nel giudizio di impugnazione contro la sentenza, il successore intervenuto in causa e l'alienante non estromesso sono litisconsorti necessari e che, se la sentenza è appellata da uno solo soltanto o contro uno soltanto dei medesimi, deve essere ordinata, anche d'ufficio, l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'altro, a norma dell'art. 331 c.p.c., dovendosi, in difetto, rilevare, anche d'ufficio, in sede di legittimità, il difetto di integrità del contraddittorio con rimessione della causa al giudice di merito per la eliminazione del vizio.

In omaggio al principio di conservazione degli atti per avvenuto raggiungimento dello scopo, **Sez. 6-5, n. 03789/2018, Cirillo E., Rv. 647118-01**, ha affermato che, in tema di rettifica del reddito di una società di persone, l'inosservanza della regola del litisconsorzio necessario tra la stessa ed i soci non spiega effetti quando le pronunce rese sui vari ricorsi siano sostanzialmente identiche ed adottate dallo stesso collegio nel contesto di una trattazione unitaria. Ne deriva che la riunione dei giudizi può avvenire in sede di gravame, atteso che il rinvio al giudice di primo grado non sarebbe giustificato dalla necessità di salvaguardare il contraddittorio e si porrebbe in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo.

In termini più ampi, l'art. 331 c.p.c. pone da sempre significativi problemi interpretativi quanto all'individuazione delle cause inscindibili e dipendenti, differenti da quelle afferenti fattispecie di litisconsorzio necessario, nelle quali il gravame deve essere necessariamente incardinato nei confronti di più parti.

Con riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 331 c.p.c., **Sez. 5, n. 04597/2018, Delli Priscoli, Rv. 647273-01**, ha affermato che l'onere di integrare il contraddittorio trova

applicazione non solo nelle ipotesi di cause inscindibili, cioè di litisconsorzio necessario sostanziale, ma anche quando vi siano cause dipendenti che, riguardando due o più rapporti scindibili ma logicamente interdipendenti o dipendenti da un presupposto di fatto comune, come quelli dedotti in giudizio attraverso chiamate in causa, meritano, per esigenze di non contraddizione, l'adozione di soluzioni uniformi nei confronti delle diverse parti che abbiano partecipato al giudizio di primo grado.

Il litisconsorzio necessario processuale può verificarsi anche in seguito ad un intervento adesivo volontario, ex art. 105 c.p.c., sicché esso, pur dando luogo a una causa sostanzialmente scindibile, determina la necessità, in grado di appello, di estendere il contraddittorio all'interventore, con la conseguenza che, ove l'atto di impugnazione non sia notificato anche a lui ed il giudice non abbia ordinato l'integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c., si verifica la nullità, rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di cassazione, dell'intero processo di secondo grado e della sentenza che lo ha definito (**Sez. 2, n. 11156/2018, Penta, Rv. 648033-01**).

Sulla stessa scia, **Sez. 1, n. 04722/2018, Valitutti, Rv. 647631-01**, ha a sua volta affermato che, con la chiamata in causa del terzo quale unico responsabile, si realizza un'ipotesi di dipendenza di cause, in quanto la decisione della controversia fra l'attore ed il convenuto, essendo alternativa rispetto a quella fra l'attore ed il terzo, si estende necessariamente a quest'ultima, sicché i diversi rapporti processuali diventano inscindibili, legati da un nesso di litisconsorzio necessario processuale (per dipendenza di cause o litisconsorzio alternativo) che, permanendo la contestazione in ordine all'individuazione dell'obbligato, non può essere sciolto nemmeno in grado d'impugnazione.

Sempre in tema di chiamata in causa del terzo, **Sez. 6-2, n. 05876/2018, Scalisi, Rv. 648826-01**, ha chiarito che, nel caso di chiamata in garanzia, l'impugnazione, esperita esclusivamente dal terzo chiamato in garanzia avverso la sentenza che abbia accolto sia la domanda principale di condanna contro il convenuto, sia la domanda di garanzia proposta dal convenuto, giova anche al soggetto garantito, senza necessità di una sua impugnazione incidentale, e senza che rilevi la definizione della garanzia come propria o impropria, che ha valore puramente descrittivo e che è priva di effetti ai fini dell'applicazione degli artt. 32, 108 e 331 c.p.c., dovendosi, in ogni caso, ravvisare una ipotesi di litisconsorzio necessario processuale non solo se il convenuto abbia scelto di estendere l'efficacia soggettiva, nei confronti del terzo chiamato,

dell'accertamento relativo al rapporto principale, ma anche quando abbia allargato l'oggetto del giudizio, chiedendo l'accertamento nei confronti di un terzo dell'esistenza di un rapporto di garanzia con la conseguente richiesta di una prestazione a carico del garante.

Invece, si è stabilito che la chiamata in garanzia esercitata dal convenuto in primo grado dà luogo ad una causa scindibile in appello al ricorrere di tre condizioni: quando la domanda del convenuto spiegata contro il terzo appartenga al novero delle garanzie improprie; quando il chiamato non abbia contestato in primo grado la fondatezza della domanda proposta contro il chiamante; quando l'attore in primo grado, poi appellante, non abbia svolto alcuna domanda nei confronti del chiamato (**Sez. 2, n. 24574/2018, Abete, Rv. 650654-01**).

### **3.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione.**

Vi sono, inoltre, casi di litisconsorzio necessario in sede di impugnazione espressamente previsti dalla legge. Tra questi, occorre considerare quello regolato in materia fallimentare dall'art. 18, comma 6, l. fall., nel testo novellato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e poi dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, secondo cui il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento deve essere notificato al curatore ed alle altre parti che abbiano partecipato al giudizio davanti al tribunale, sicché, nel caso di mancata notifica del ricorso nei confronti di una di esse, il giudice del gravame deve disporre l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., con la conseguenza che, in caso di omissione, la S.C. deve cassare, anche d'ufficio, la sentenza impugnata e rimettere la causa al giudice del reclamo affinché provveda all'integrazione del contraddittorio e alla rinnovazione del giudizio (**Sez. 1, n. 05907/2018, Fichera, Rv. 647437-01**).

In una fattispecie peculiare, relativa al procedimento di opposizione alla liquidazione dei compensi al perito nominato in un giudizio penale, ex art. 170 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, **Sez. 2, n. 08221/2018, Besso Marcheis, Rv. 647873-01** ha affermato che l'avviso della udienza camerale deve essere notificato anche all'imputato, parte del processo al quale l'attività dell'ausiliario è riferita, e al suo difensore, atteso che il maggior onere derivante dalla richiesta riforma del provvedimento impugnato ha una "ricaduta" nei suoi confronti, sicché, in difetto di tale adempimento,

il provvedimento emesso in camera di consiglio è nullo per violazione del principio del contraddittorio.

Sulla stessa scia, **Sez. 6-2, n. 31072/2018, D'Ascola, Rv. 651907-01**, ha ritenuto che la notifica dell'opposizione al decreto di liquidazione, ex art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, eseguita ai difensori delle parti del giudizio presupposto e non alle parti personalmente, determina la nullità della notifica, sanabile con l'ordine del giudice di rinnovare la notificazione dell'impugnazione.

In una fattispecie relativa al procedimento di liquidazione degli usi civici, **Sez. 2, n. 21552/2018, Giannaccari, Rv. 650172-01** ha escluso che il reclamo contro la decisione del commissario degli usi civici debba essere notificato, oltre a coloro che hanno interesse nella causa principale ad opporsi alla riforma della stessa, ai sensi dell'art. 4 della l. 10 luglio 1930, n. 1078, anche ai garanti, poiché la domanda di garanzia impropria è fondata su un titolo diverso da quello dell'accertamento degli usi civici e, pertanto, non ricorrendo un'ipotesi di inscindibilità della causa, non sussiste un litisconsorzio necessario.

Il litisconsorzio che dà vita ad una causa inscindibile in sede di impugnazione può anche riguardare una causa riunita ad altre nello stesso processo. In tal caso, la riunione di procedimenti non fa venir meno l'autonomia delle cause riunite nello stesso processo. Pertanto, poiché le vicende processuali proprie di uno soltanto dei procedimenti riuniti non rilevano in ordine all'altro, o agli altri procedimenti, l'inammissibilità dell'appello proposto riguardo ad uno dei processi riuniti, a causa della mancata ottemperanza all'ordine di integrazione del contraddittorio, non ha alcun effetto per l'altro appello, tempestivamente notificato (**Sez. 5, n. 18649/2018, Fasano, Rv. 649712-01**).

#### **4. Conseguenze del rilievo del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame.**

In generale, quando risulta integrata la violazione delle norme sul litisconsorzio necessario, non rilevata né dal giudice di primo grado, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, né da quello di appello, che non ha provveduto a rimettere la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., resta viziato l'intero processo e s'impone, in sede di giudizio di cassazione, l'annullamento, anche d'ufficio, delle pronunce emesse ed il conseguente rinvio della causa al giudice di prime cure, a norma

dell'art. 383, comma 3, c.p.c. (**Sez. 6-3, n. 06644/2018, Tatangelo, Rv. 648481-01**).

L'eccezione di difetto del contraddittorio per violazione del litisconsorzio necessario può essere sollevata per la prima volta in sede di legittimità, a condizione che l'esistenza del litisconsorzio risulti dagli atti e dai documenti del giudizio di merito e la parte che la deduca ottemperi all'onere di indicare nominativamente le persone che devono partecipare al giudizio, di provare la loro esistenza e i presupposti di fatto e di diritto che giustificano l'integrazione del contraddittorio (**Sez. 2, n. 23634/2018, Federico, Rv. 650383-01**).

Si è stabilito, inoltre, che, nel caso in cui il giudizio di appello sia stato introdotto in violazione dell'art. 331 c.p.c. e la relativa nullità non sia stata rilevata né dalle parti né dal giudice, tale violazione può essere fatta valere dalle parti (compresa quella che introdusse l'appello), con ricorso principale o incidentale avverso la sentenza conclusiva del gravame, soltanto qualora la violazione abbia riguardato una situazione di litisconsorzio necessario iniziale (art. 102 c.p.c.) o di litisconsorzio necessario processuale determinata dall'ordine del giudice (art. 107 c.p.c.), atteso che in tali casi, a differenza di ogni altra ipotesi di violazione dell'art. 331 c.p.c. (e, dunque, di litisconsorzio necessario processuale da inscindibilità o da dipendenza), non può operare la regola dell'art. 157, comma 3, c.p.c., trattandosi di violazioni rilevabili d'ufficio dalla Corte di cassazione, circostanza che esclude che la parte abbia perduto il potere di impugnare (**Sez. 3, n. 21381/2018, Frasca, Rv. 650325-02**).

L'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i litisconsorti presuppone che le parti del processo siano ben individuate, anche nel caso in cui per l'alto numero delle persone cui deve essere notificato l'atto introduttivo di un giudizio debba farsi ricorso alla notificazione per pubblici proclami, ex art. 150 c.p.c.

Ne deriva che è onere del notificante procedere alla specifica individuazione di ciascuno di essi, comportando il mancato assolvimento di quest'onere l'inesistenza della notifica e della *vocatio in ius* e, quindi, la mancata integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 331 c.p.c. (**Sez. L, n. 08558/2018, Marchese, Rv. 648338-01; Sez. 2, n. 10168/2018, D'Ascola, Rv. 648352-02**).

**5. 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.**

In virtù dell'ordine logico delle questioni devolute in sede di impugnazione, la tempestività del ricorso, in quanto condiziona l'ammissibilità di quest'ultimo, è pregiudiziale rispetto all'ordine di integrazione del contraddittorio (**Sez. 5, n. 30100/2018, Fracanzani, Rv. 651556-01**).

Oltre a questa ipotesi, la giurisprudenza della S.C. ha enucleato altri casi in cui, alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.), è possibile definire il giudizio d'impugnazione senza disporre preliminarmente l'integrazione del contraddittorio.

A tal proposito, già Sez. U, n. 06826/2010, Macioce, Rv. 612077-01, aveva stabilito che nel giudizio di cassazione, il rispetto del principio della ragionevole durata del processo impone, in presenza di un'evidente ragione d'inammissibilità del ricorso (nella specie, per la palese inidoneità del quesito di diritto), di definire con immediatezza il procedimento, senza la preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti notificato, trattandosi di un'attività processuale del tutto ininfluenza sull'esito del giudizio.

Ancora precedentemente, **Sez. U, n. 26373/2008, Fioretti, Rv. 605610-01**, in un caso in cui il ricorso per cassazione era inammissibile in quanto affetto da alcuni vizi, tra i quali il difetto di autosufficienza, aveva più diffusamente esplicitato il principio, affermando che il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo (derivante dall'art. 111, comma 2, Cost. e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) 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 certamente 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, espresso dall'art. 101 c.p.c. da effettive garanzie di difesa (art. 24 Cost.) e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità (art. 111, comma 2, Cost.), dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti.

Nel caso deciso da Sez. 3, n. 18410/2009, Talevi, Rv. 609119-01, invece, l'integrazione del contraddittorio era stata considerata inutile in quanto le domande originarie che avevano generato un litisconsorzio necessario non erano più oggetto del processo, evidentemente perché le statuizioni su di esse, intervenute nei precedenti gradi del giudizio, non erano state impugnate.

Nel solco tracciato dai citati arresti, si colloca **Sez. 2, n. 12515/2018, Manna, Rv. 648755-01**, secondo la quale 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 cassazione *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.

Poco prima, **Sez. 2, n. 11287/2018, Falaschi, Rv. 648501-01**, aveva ribadito che nel giudizio di cassazione, il rispetto del principio della ragionevole durata del processo impone, in presenza di un'evidente ragione d'inammissibilità del ricorso o qualora questo sia *prima facie* infondato, di definire con immediatezza il procedimento, senza la preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti dei litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti notificato, trattandosi di un'attività processuale del tutto ininfluenza sull'esito del giudizio e non essendovi, in concreto, esigenze di tutela del contraddittorio, delle garanzie di difesa e del diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità.

Sulla base della stessa esigenza di tutela del principio della ragionevole durata del processo, anche se specularmente rispetto all'ultimo arresto citato, **Sez. 2, n. 26631/2018, Criscuolo, Rv. 650787-01**, ha affermato che nell'ipotesi in cui il litisconsorte necessario pretermesso intervenga volontariamente in appello,



accettando la causa nello stato in cui si trova, e nessuna delle altre parti resti privata di facoltà processuali non già altrimenti pregiudicate, il giudice di appello non può rilevare d'ufficio il difetto di contraddittorio, né è tenuto a rimettere la causa al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., ma deve trattenerla e decidere sul gravame, risultando altrimenti violato il principio fondamentale della ragionevole durata del processo, il quale impone al giudice di impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione della controversia.

Occorre, tuttavia, evidenziare che, anche se l'arresto testé citato fa riferimento al principio della ragionevole durata del processo, l'intervento volontario in appello del litisconsorte pretermesso in primo grado, che accetti il processo nello stato e nella fase in cui si trovi, e che in nulla leda i diritti di difesa delle altre parti, determina, in realtà, una sanatoria degli atti processuali nulli compiuti prima del suo intervento, secondo il disposto dell'art. 156, comma 3, c.p.c.

Una peculiare declinazione del principio della ragionevole durata del processo allo scopo di "sterilizzare" il vizio dell'integrità del contraddittorio la si riscontra, invece, nell'arresto della **Sez. 2, n. 26992/2018, Giannaccari, Rv. 651013-01**, secondo il quale in tema di limiti soggettivi del giudicato, gli artt. 1306 e 1310 c.c., che, con riferimento alle obbligazioni solidali, e quindi a un rapporto scindibile, prevedono che i condebitori i quali non abbiano partecipato al giudizio tra il creditore e altro condebitore possano opporre al primo la sentenza favorevole al secondo (ove non basata su ragioni personali), costituiscono espressione di un più generale principio, operante *a fortiori* con riguardo a rapporti caratterizzati da inscindibilità, secondo cui alla parte non impugnante si estendono gli effetti derivanti dall'accoglimento dell'impugnazione proposta da altre parti nei confronti di una sentenza sfavorevole ad esse.

Tale pronuncia, infatti, ha posto rimedio alla mancata partecipazione, nel giudizio in sede di impugnazione, di litisconsorti necessari, che tuttavia furono presenti nei gradi precedenti. affermando che se, nel giudizio di impugnazione, svoltosi senza la partecipazione di qualche litisconsorte necessario, la sentenza sia stata riformata *in melius* rispetto ai litisconsorti, e tra questi vi sia stato qualcuno che, oltre a non aver impugnato la sentenza sfavorevole, non abbia partecipato al giudizio in fase di gravame, la sentenza non è *inutiliter data* e può essere opposta dal litisconsorte pretermesso alla controparte soccombente.

## 6. Litisconsorzio facoltativo.

Nell'ambito dei processi soggettivamente complessi (o con pluralità di parti), si distinguono quelli nei quali il rapporto giuridico è unitario ed inscindibile (verificandosi in tal caso il litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 c.p.c.), rispetto a quelli in cui lo stesso processo ha ad oggetto più rapporti giuridici, variamente connessi tra di loro.

Si tratta dei casi, disciplinati dall'art. 103 c.p.c., di cd. cumulo semplice, in cui l'esistenza di una delle connessioni di cui al comma 1 dell'art. 103 c.p.c. consente il *simultaneus processus*.

A differenza dell'art. 102 c.p.c., lo scopo del litisconsorzio facoltativo è quello di realizzare l'economia processuale: il *simultaneus processus* consente la trattazione congiunta delle varie cause riunite, e quindi gli elementi ad esse comuni sono trattati ed istruiti una sola volta, e sono poi utilizzati per la decisione di tutte le cause cumulate.

Nell'anno in rassegna, la S.C. ha affermato, tra l'altro, che l'obbligazione di pagamento della provvigione al mediatore, da parte delle due parti dell'affare, dà luogo ad una fattispecie di litisconsorzio facoltativo proprio (per comunanza di titolo), e dunque a cause scindibili in appello. Pertanto, ove entrambe le parti dell'affare siano risultate soccombenti in primo grado, l'appello proposto da una sola delle parti non giova all'altra nei cui confronti, in difetto d'impugnazione incidentale, la sentenza sfavorevole passa in giudicato, con l'ulteriore conseguenza che nei confronti di detta parte, quale che sia l'esito dell'appello tra le restanti parti, non ha luogo il regolamento delle spese, né per il primo grado (ostandovi il giudicato), né per il secondo (non avendo detta parte assunto la relativa qualità nel giudizio di appello) (**Sez. 6-2, n. 30730/2018, Grasso Giu., Rv. 651632-01**).

Tra le fattispecie di litisconsorzio facoltativo vi è l'obbligazione solidale passiva, che non dà luogo, in sede di impugnazione, a cause inscindibili, in quanto non fa sorgere un rapporto unico, neppure sotto il profilo della dipendenza di cause, bensì rapporti giuridici distinti, anche se fra loro connessi, in virtù dei quali è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, potendo il creditore ripetere da ciascuno dei debitori l'intero suo credito.

Se questo principio astratto può dirsi consolidato nella giurisprudenza della S.C., tuttavia il suo valore euristico appare ridimensionato se si guarda alla decisione dei singoli casi di specie.

La stessa giurisprudenza che declama il principio della scindibilità delle cause che originano da rapporti obbligatori con solidarietà dal lato passivo, infatti, afferma, d'altro canto, che vi è *“litisconsorzio processuale necessario nei casi in cui le cause siano tra loro dipendenti, ovvero quando le distinte posizioni dei coobbligati presentino obiettiva interrelazione, alla stregua della loro strutturale subordinazione anche sul piano del diritto sostanziale, sicché la responsabilità dell'uno presupponga la responsabilità dell'altro”* (Sez. 3, n. 20860/2018, Iannello, Rv. 650428-01).

Tuttavia, in altre decisioni, la S.C. appare più categorica nell'escludere che le obbligazioni solidali possano dar vita, sul piano processuale, a forme di litisconsorzio necessario.

Si è, infatti, affermato che l'obbligazione solidale, pur avendo ad oggetto un'unica prestazione, dà luogo non ad un rapporto unico ed inscindibile, ma a rapporti giuridici distinti, anche se fra loro connessi, e, potendo il creditore ripetere da ciascuno dei condebitori l'intero suo credito, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, il quale può utilmente svolgersi nei confronti di uno solo dei coobbligati, sicché la mancata impugnazione, da parte di un coobbligato solidale, della sentenza di condanna pronunciata verso tutti i debitori solidali (che, pur essendo formalmente unica, consta di tante distinte pronunce quanti sono i coobbligati con riguardo ai quali essa è stata emessa), così come il rigetto dell'impugnazione del singolo, comporta il passaggio in giudicato della pronuncia concernente il debitore non impugnante (o il cui gravame sia stato respinto) esclusivamente con riferimento a lui, pure qualora lo stesso sia stato convenuto nel giudizio di appello ex art. 332 c.p.c., mentre il passaggio in giudicato di detta pronuncia rimane, poi, insensibile all'eventuale riforma ed annullamento delle decisioni inerenti agli altri coobbligati (Sez. 2, n. 24728/2018, Scarpa, Rv. 650662-01).

Sez. 6-2, n. 00688/2018, Abete, Rv. 647345-01, ha affermato che nel caso di molteplici negozi strutturalmente distinti, ma funzionalmente collegati, si è in presenza di un contratto o di un rapporto unico, allorché i contraenti originari abbiano prescelto più strumenti negoziali per disciplinare i loro interessi, mentre, nel caso in cui nella vicenda intervengano altri soggetti, come parti di ulteriori negozi, retti da una loro autonoma causa, si è in presenza di contratti oggettivamente e soggettivamente differenziati, rispetto ai quali può configurarsi, al più, un collegamento genetico e funzionale, per stabilire se e come gli effetti degli uni influenzino quelli degli altri. In tale ultima evenienza, la parziale diversità

soggettiva dei contraenti implica che, sul piano della validità ed efficacia, il nesso di reciproca interdipendenza tra i negozi collegati al massimo determina una connessione per il titolo, idonea a dar corpo ad una delle ipotesi di litisconsorzio facoltativo cd. proprio ex art. 103, comma 1, c.p.c.

Quando i processi soggettivamente complessi non riflettono casi di litisconsorzio necessario, dando luogo così a cause scindibili, ad essi si applicano, in sede di impugnazione, gli artt. 326, comma 2, e 332 c.p.c., volti rispettivamente a favorire l'accelerazione del passaggio in giudicato dei capi di sentenza relativi a rapporti giuridici non investiti dall'impugnazione originaria, e ad agevolare il *simultaneus processus* tra l'impugnazione originariamente proposta e quelle potenzialmente proponibili dalle altre parti che non siano state destinatarie dell'impugnazione originaria. In un giudizio svoltosi con pluralità di parti in causa scindibile, la proposizione del ricorso per cassazione nei confronti di talune soltanto delle parti processuali non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti delle altre parti del giudizio di merito non destinatarie dell'impugnazione, a nulla rilevando che il ricorso sia notificato anche a queste ultime, atteso che la notificazione prevista dall'art. 332 c.p.c. non contiene una *vocatio in ius*, ma ha valore di semplice *litis denuntiatio*, volta a far conoscere ai destinatari l'esistenza di una impugnazione, al fine di consentire loro di proporre l'impugnazione in via incidentale nello stesso processo, qualora essa non sia esclusa o preclusa (**Sez. 2, n. 10171/2018, Tedesco, Rv. 648167-01**).

Inoltre, sempre in tema di impugnazioni relative a cause scindibili, si è stabilito che, qualora il ricorso per cassazione non sia stato notificato ad una delle parti vittoriose nel giudizio di appello, non deve essere ordinata l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 332 c.p.c. se, alla data in cui dovrebbe essere disposta l'integrazione, detta parte sia decaduta dalla facoltà di proporre impugnazione incidentale, per decorso del termine di cui all'art. 327 c.p.c. (**Sez. L, n. 11835/2018, Cinque, Rv. 648389-01**, che per un refuso dice che la necessità di disporre la notificazione alla parte vittoriosa non evocata in giudizio cessa quando questa non possa più proporre impugnazione incidentale tardiva, mentre nell'ambito di cause scindibili le parti nei confronti delle quali sia disposta la notificazione sono legittimate a proporre impugnazione incidentale solo se tempestiva rispetto al termine lungo o a quello breve per impugnare o se non abbiano fatto acquiescenza, argomentando, a contrario, ex art. 334 c.p.c., e come d'altronde affermato da Sez. 1, n. 12942/2003, Macioce, Rv. 566566-01).



## CAPITOLO X

### LE PROVE

(DI ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. Il principio di non contestazione. – 2. Il disconoscimento delle scritture private, delle fotocopie e delle riproduzioni meccaniche. – 3. La querela di falso. – 4. La confessione. – 5. Il giuramento. – 6. La prova testimoniale. – 6.1. L'incapacità a testimoniare. – 6.2. Le modalità di articolazione della prova testimoniale. – 7. La consulenza tecnica d'ufficio.

#### 1. Il principio di non contestazione.

Come è noto, i fatti “non specificamente contestati dalla parte costituita” non hanno bisogno di essere provati, secondo quanto previsto dall'art. 115 c.p.c. Questa *regola iuris* è vincolante per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato, al punto che una eventuale prova articolata per dimostrare fatti pacifici dovrebbe essere dichiarata irrilevante.

In termini generali, si ritiene che i fatti allegati possano essere considerati pacifici, allorquando la controparte: a) li abbia esplicitamente ammessi, b) abbia impostato la propria linea difensiva su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento o c) si sia limitata a contestare espressamente e specificamente alcune circostanze, con ciò implicitamente riconoscendo le altre (in tal guisa evidenziando il proprio disinteresse ad un accertamento degli altri fatti).

Nel rito del lavoro (sul punto si rinvia al capitolo XVII), **Sez. L, n. 05949/2018, Cavallaro, Rv. 647513-01**, ha nuovamente affermato che il convenuto ha l'onere di contestare specificamente i conteggi elaborati dal ricorrente, ai sensi degli artt. 167, comma 1, e 416, comma 3, c.p.c., occorrendo a tal fine una critica precisa, che involga puntuali circostanze di fatto - risultanti dagli atti ovvero oggetto di prova - idonee a dimostrare l'erroneità dei conteggi.

Tuttavia, opportunamente **Sez. L, n. 21675/2018, Bellè, Rv. 650250-01**, ha precisato che, al mutare delle circostanze che hanno comportato la mancata contestazione dei fatti costitutivi del diritto, deve essere consentita la possibilità di negare i fatti precedentemente non contestati, purché, nell'ambito del processo del lavoro, la modifica dell'atteggiamento difensivo avvenga con modalità coerenti con la dinamica processuale del relativo rito, per

cui, come le sopravvenienze devono essere allegare nella prima occasione processuale utile, anche la conseguente contestazione dovrà essere tempestivamente operata nella prima difesa.

L'onere di contestazione, alla stregua di quanto nuovamente evidenziato da **Sez. 3, n. 03022/2018, Fanticini, Rv. 647939-01**, concerne le sole allegazioni in punto di fatto della controparte e non anche i documenti da essa prodotti, rispetto ai quali vi è soltanto l'onere di eventuale disconoscimento, nei casi e modi di cui all'art. 214 c.p.c., o di proporre - ove occorra - querela di falso, con la conseguenza che gli elementi costitutivi della domanda devono essere specificamente enunciati nell'atto, restando escluso che le produzioni documentali possano assurgere ad una funzione integrativa di una domanda priva di specificità, con l'effetto (inammissibile) di demandare alla controparte (e anche al giudice) l'individuazione, tra le varie produzioni, di quelle che l'attore ha pensato di porre a fondamento della propria domanda, senza esplicitarlo nell'atto introduttivo.

**Sez. 3, n. 11744/2018, Porreca, Rv. 648612-02**, ha ribadito che la carenza di titolarità, attiva o passiva, del rapporto controverso è rilevabile di ufficio dal giudice, se risultante dagli atti di causa. Invero, così come confermato da **Sez. 2, n. 20721/2018, Falaschi, Rv. 650018-01**, le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotta dall'attore hanno natura di mere difese e possono pertanto essere proposte in ogni fase del giudizio.

Già in passato le Sezioni Unite della Corte avevano statuito che le contestazioni, da parte del convenuto, circa la titolarità del rapporto controverso dedotto dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti (Sez. U, n. 02951/2016, Curzio, Rv. 638372 - 01).

Questo indirizzo si inserisce nel solco di un orientamento della S.C. orientato ad un allargamento del novero delle mere difese. Si pensi, nel contesto di un contratto stipulato da *falsus procurator*, alla deduzione del difetto o del superamento del potere rappresentativo e della conseguente inefficacia del contratto, da parte dello pseudo rappresentato (Sez. U, n. 11377/2015, Giusti, Rv. 635537 - 01).

## **2. Il disconoscimento delle scritture private, delle fotocopie e delle riproduzioni meccaniche.**

La parte che contesti la verità della data indicata in un testamento olografo, ex art. 602, comma 3, c.c., deve proporre domanda di accertamento negativo di tale elemento essenziale ed è onerata dell'onere della relativa prova, anche laddove la difformità sia dovuta ad errore materiale del testatore, che non emerga da elementi intrinseci della scheda testamentaria (Sez. 2, n. 22197/2017, Federico, Rv. 645432 - 01). Parimenti, la parte che contesti l'autenticità del testamento olografo deve proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura, e grava su di essa l'onere della relativa prova, secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo (Sez. U, n. 12307/2015, Travaglino, Rv. 635554 - 01; conf. Sez. 2, n. 00109/2017, Oricchio, Rv. 642186 - 01). In coerenza con tale impostazione, **Sez. 6 - 2, n. 18363/2018, D'Ascola, Rv. 649462-01**, ha precisato che la parte contro cui l'azione di impugnativa è esercitata non ha l'onere di dichiarare di volersi avvalere del detto testamento, non essendo applicabile il procedimento di verifica delle scritture private di cui all'art. 216, comma 2, c.p.c.

In tema, **Sez. 6 - 2, n. 00711/2018, Criscuolo, Rv. 647974-01**, ha chiarito che il giudizio di verifica di un testamento olografo deve necessariamente svolgersi con un esame grafico espletato sull'originale del documento per rinvenire gli elementi che consentono di risalire, con elevato grado di probabilità, al reale autore della sottoscrizione; tuttavia, una volta verificati sul documento originale i dati che l'ausiliario reputi essenziali per l'accertamento dell'autenticità della grafia (ad esempio, l'incidenza pressoria sul foglio della penna), il prosieguo delle operazioni può svolgersi su eventuali copie o scansioni, e ciò a prescindere dal fatto che l'originale sia stato prodotto da una delle parti.

Alla parte, nei confronti della quale 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, non massimata**).

In tale contesto **Sez. 3, n. 32219/2018, Sestini, Rv. 651950-01**, ha affermato che la mancata produzione del documento in originale non esonera la parte dall'onere di proporre querela avverso la fotocopia non disconosciuta, salvi il grado di probatorietà che gli accertamenti in tal caso possono raggiungere e la possibilità di acquisire l'originale, ove ritenuto necessario, in relazione alla natura del falso dedotto.

Senza tralasciare che, come precisato da **Sez. 1, n. 05115/2018, Nazzicone, non massimata**, la parte che sostenga la non autenticità della propria apparente sottoscrizione di scrittura privata, che non sia stata riconosciuta e che non debba ritenersi legalmente riconosciuta, può assumere l'iniziativa del processo per sentire accertare, secondo le ordinarie regole probatorie, la non autenticità di detta sottoscrizione, nonché per sentir accogliere tutte quelle domande che postulino tale accertamento.

Quanto alle modalità ed ai termini entro i quali 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 dichiararsi di non riconoscere la scrittura o la sottoscrizione del suo dante causa).

Per “prima risposta successiva” deve intendersi il primo atto processualmente rilevante compiuto alla presenza di entrambe le parti; ne consegue che, a titolo meramente esemplificativo, non può intendersi come prima risposta il mero deposito di note difensive autorizzate, proprio perché effettuato in assenza della controparte (di questo avviso è **Sez. 3, n. 06187/2009, Spagna Musso, Rv. 607085 - 01**). 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, Atripaldi, Rv. 605961 - 01**; conf. **Sez. 3, n. 12303/2016, Sestini, Rv. 640299 - 01**).

In questo contesto occorre considerare **Sez. 6 - 1, n. 15780/2018, Di Marzio M., 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 qualificata l'omesso deposito della memoria sopra indicata. Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello che, prodotta la scrittura nel secondo termine di cui all'art. 183 c.p.c., aveva ritenuto tardivo il disconoscimento effettuato all'udienza successiva allo spirare dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., anzichè nella memoria di cui al terzo termine di cui all'art. 183 c.p.c. che il convenuto non aveva depositato.

Nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, è con tale atto che si dà inizio non a un processo autonomo, ma a una fase di quello già iniziato con la notificazione del ricorso e del pedissequo decreto, che si configura essa stessa come la prima risposta del debitore, dopo che questi sia stato messo in grado di esaminare i documenti depositati in cancelleria e posti a fondamento dell'istanza (**Sez. 2, n. 07465/2018, Sabato, non massimata**). In definitiva, l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo configura la prima risposta del debitore (Sez. 1, n. 00186/1980, Sensale, Rv. 403579 – 01).

In ordine alla scrittura privata prodotta per la prima volta in grado d'appello dall'appellante, per **Sez. 3, n. 06674/2018, Scarano, Rv. 648297-01**, deve considerarsi tempestivo il disconoscimento effettuato dall'appellato con atto di costituzione in sede di gravame, in quanto primo atto giudiziale successivo alla produzione in argomento, essendo al tal fine irrilevante l'intervenuta precedente celebrazione di un certo numero di udienze di rinvio.

**Sez. 2, n. 04053/2018, Scalisi, Rv. 647808-01**, ribadisce l'orientamento ormai consolidato secondo cui, nel silenzio della norma in merito ai modi e ai termini in cui debba avvenire, il disconoscimento della conformità all'originale delle copie fotografiche o fotostatiche che, se non contestate, acquistano, ai sensi dell'art. 2719 c.c., la stessa efficacia probatoria dell'originale, è soggetto alla disciplina di cui agli artt. 214 e 215 c.p.c. e, pertanto,

deve anch'esso avvenire, in modo formale e specifico, nella prima udienza o risposta successiva alla produzione.

Parimenti, seguendo l'indirizzo prevalente, **Sez. 2, n. 00882/2018, Giusti, Rv. 646669-01**, ha affermato che l'art. 2719 c.c., che esige l'espreso disconoscimento della conformità con l'originale delle copie fotografiche o fotostatiche, si applica tanto al disconoscimento della conformità della copia al suo originale quanto al disconoscimento dell'autenticità di scrittura o di sottoscrizione. Conseguentemente, la copia fotostatica non autenticata si ha per riconosciuta, tanto nella sua conformità all'originale quanto nella scrittura e sottoscrizione, se la parte comparsa non la disconosce, in modo specifico ed inequivoco, alla prima udienza o nella prima risposta successiva alla sua produzione.

Opportunamente **Sez. 2, n. 17902/2018, Tedesco, Rv. 649259-01**, ha chiarito che, ove al disconoscimento di scrittura privata, ritualmente e tempestivamente proposto in primo grado, non facciano seguito né una regolare istanza di verifica, né un'espressa statuizione del giudice circa il valore probatorio del documento medesimo - sebbene esso, di fatto, non venga comunque utilizzato -, la parte che ha operato il detto disconoscimento non ha l'onere di reiterarlo in appello, poiché la mancata richiesta di verifica equivale, secondo la presunzione legale, ad una dichiarazione di non volersi avvalere della scrittura stessa come mezzo di prova.

Ad analoghe conclusioni si è pervenuti in relazione alla registrazione su nastro magnetico di una conversazione, la quale, come sostenuto anche da **Sez. 3, n. 01250/2018, Rossetti, Rv. 647355-01**, può costituire fonte di prova, ex art. 2712 c.c., se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta, né che abbia avuto il tenore risultante dal nastro, e sempre che almeno uno dei soggetti, tra cui la conversazione si svolge, sia parte in causa; il disconoscimento, da effettuare nel rispetto delle preclusioni processuali degli artt. 167 e 183 c.p.c., deve essere chiaro, circostanziato ed esplicito e concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra la realtà fattuale e quella riprodotta. Va ricordato, peraltro, che Sez. 3, n. 09526/2010, Talevi, Rv. 612453 - 01, ha ritenuto che, ai fini della tempestività, deve intendersi la prima udienza o la prima risposta successiva al momento in cui la parte onerata del disconoscimento sia stata posta in condizione, avuto riguardo alla particolare natura dell'oggetto prodotto, di rendersi immediatamente conto del contenuto della riproduzione,

con la conseguenza che potrà reputarsi tardivo il disconoscimento di una riproduzione visiva soltanto dopo la visione relativa e quello di una riproduzione sonora soltanto dopo la sua audizione o, se congruente, la rituale acquisizione della sua trascrizione.

A riguardo, **Sez. 2, n. 09977/2018, Grasso Gia., Rv. 648158-01**, ha chiarito che la fotografia costituisce prova precostituita della sua conformità alle cose e ai luoghi rappresentati, sicché chi voglia inficiarne l'efficacia probatoria non può limitarsi a contestare i fatti che la parte che l'ha prodotta intende con essa provare, ma ha l'onere di disconoscere tale conformità.

Quanto alle modalità, anche il disconoscimento di una scrittura privata ai sensi dell'art. 214 c.p.c., pur non richiedendo formule sacramentali, deve comunque rivestire (come già visto in tema di disconoscimento della conformità all'originale) i caratteri della specificità e della determinatezza e non risolversi in espressioni di stile: pertanto, secondo **Sez. 2, n. 01537/2018, Carrato, Rv. 647080-01**, la parte che intenda negare l'autenticità della propria sottoscrizione è tenuta a specificare, ove più siano i documenti prodotti, a quali di questi si riferisca.

Sul piano probatorio, **Sez. 2, n. 00887/2018, Criscuolo, Rv. 647300-01**, ha precisato che, allorché sia proposta istanza di verifica della scrittura privata, il giudice non è tenuto a disporre necessariamente una consulenza tecnica grafologica per accertare l'autenticità della scrittura, qualora possa desumere la veridicità del documento attraverso la sua comparazione con altre scritture incontestabilmente provenienti dalla medesima parte e ritualmente acquisite al processo.

**Sez. 3, n. 20814/2018, Iannello, Rv. 650418-01**, traendo spunto dal dettato normativo, ha ricordato che l'onere del disconoscimento della scrittura privata, di cui all'art. 215, comma 1, n. 2, c.p.c., grava esclusivamente sul soggetto che appare essere l'autore della sottoscrizione e non già su colui che contesta l'opponibilità del documento, siccome non recante alcuna sottoscrizione a lui riferibile. Ne consegue che, quando il contenuto della scrittura privata *inter alios* venga contestato, il documento non viene in rilievo come prova legale e la corrispondenza a verità o meno del suo contenuto, dimostrabile con ogni mezzo di prova, è affidata al libero apprezzamento del giudice. In particolare, le dichiarazioni scritte provenienti da terzi estranei alla lite su fatti rilevanti non possono esplicare efficacia probatoria nel giudizio, se non siano convalidate attraverso la testimonianza ammessa e assunta nei modi di legge, ma possono unicamente assumere valore

d'indizio, l'utilizzazione del quale costituisce non già un obbligo del giudice del merito, bensì una facoltà, il cui mancato esercizio non può formare oggetto di utile censura in sede di legittimità, sia sotto il profilo della violazione dell'articolo 115 del codice di procedura civile, sia sotto quello dell'omesso esame su punto decisivo della controversia (in questi termini **Sez. 2, n. 04310/2018, Grasso Giu., Rv. 647811-01**).

Da non confondere con quella ora analizzata è l'ipotesi, presa in considerazione da **Sez. 2, n. 30948/2018, Federico, Rv. 651540-01**, concernente la produzione in giudizio di una scrittura privata priva di firma da parte di chi avrebbe dovuto sottoscriverla che, pur equivalendo a sottoscrizione, non può determinare identico effetto nei confronti della controparte, neppure quando questi non ne abbia impugnata la provenienza. Le scritture prive della sottoscrizione non rientrano, infatti, nel novero delle scritture private aventi valore giuridico formale e non producono, quindi, effetti sostanziali e probatori. Ne consegue che la parte, contro la quale esse siano state prodotte, non ha l'onere di disconoscere l'autenticità ai sensi dell'art. 215 c.p.c., norma che si riferisce al solo riconoscimento della sottoscrizione, questa essendo, ai sensi dell'art. 2702 c.c., il solo elemento grafico in virtù del quale - salvi i casi diversamente regolati (artt. 2705, 2707, 2708 e 2709 c.c.) - la scrittura diviene riferibile al soggetto dal quale proviene e può produrre effetti a suo carico (di questo stesso avviso è Sez. 6-2, n. 03730/2013, Carrato, Rv. 625155-01).

Il disconoscimento, ai sensi dell'art. 2719 c.c., della conformità tra una scrittura privata e la copia fotostatica, prodotta in giudizio non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata, previsto dall'art. 215, comma 1, n. 2, c.p.c., in quanto, mentre quest'ultimo, in mancanza di verifica, preclude l'utilizzabilità della scrittura, la contestazione di cui all'art. 2719 c.c. non impedisce al giudice di accertare la conformità della copia all'originale anche mediante altri mezzi di prova, comprese le presunzioni. Il principio è stato, nel corso di quest'anno, ribadito da **Sez. 5, n. 14950/2018, Fasano, Rv. 649366-01**. Ne consegue che, come precisato da **Sez. 5, n. 12737/2018, Condello, Rv. 648402-01**, l'avvenuta produzione in giudizio della copia fotostatica di un documento, se impegna la parte contro la quale il documento è prodotto a prendere posizione sulla conformità della copia all'originale, tuttavia non vincola il giudice all'avvenuto disconoscimento della riproduzione, potendo egli apprezzarne l'efficacia rappresentativa.

In proposito, va ricordato che la parte contro la quale sia prodotta la copia fotostatica non autenticata di un documento proveniente da essa o dal suo autore può disconoscere o la sua conformità all'originale ovvero l'autenticità della scrittura o della sottoscrizione. Ciascuno dei due disconoscimenti, però, produce effetti diversi: la contestazione della conformità della copia all'originale, infatti, tendendo esclusivamente ad impedire che alla prima sia riconosciuta la stessa efficacia probatoria del secondo, non preclude, come si è visto in precedenza, alla parte che ha prodotto la copia la possibilità di accertare la conformità *aliunde*; il disconoscimento dell'autenticità della scrittura in copia o della sottoscrizione apposta sulla stessa, invece, preclude definitivamente l'utilizzabilità del documento come mezzo di prova, salva la produzione dell'originale da parte di chi intenda avvalersene, onde accertarne la genuinità all'esito della procedura di verifica ex art. 216 c.p.c. (così Sez. 5, n. 01525/2004, Oddo, Rv. 569752 – 01; conf. **Sez. 2, n. 04053/2018, Scalisi, Rv. 647808-01**). Pertanto, in caso di disconoscimento dell'autenticità della sottoscrizione di scrittura privata prodotta in copia fotostatica, la parte che l'abbia esibita in giudizio e intenda avvalersi della prova documentale rappresentata dall'anzidetta scrittura deve produrre l'originale, al fine di ottenerne la verifica nel rispetto delle preclusioni istruttorie (v., in tal senso, **Sez. 2, n. 10895/2018, Criscuolo, non massimata**).

Peraltro, ove la copia fotostatica o fotografica riguardi un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, la parte interessata deve necessariamente produrre in giudizio detto atto in originale o in copia autenticata al fine della prova della sua esistenza e del suo contenuto, mentre potrà servirsi della prova per testimoni o per presunzioni soltanto se abbia dedotto e previamente dimostrato la perdita incolpevole del documento originale (in questi termini Sez. 2, n. 00212/1985, Albanese, Rv. 438436 – 01; conf. **Sez. 5, n. 12737/2018, Condello, Rv. 648402-01**).

In tema di procedimento incidentale di verifica di scrittura privata disconosciuta ex art. 216, comma 1, c.p.c., la relativa istanza non può essere formulata in via preventiva, in quanto la validità di prova legale della scrittura va acquisita al perfezionarsi di una fattispecie articolata ed integrata, secondo una rigida scansione dei tempi processuali, dal disconoscimento della scrittura e dal comportamento dell'altra parte che attivi il procedimento di verifica che si concluda per la stessa

positivamente; il disconoscimento in questione deve, invece, necessariamente precedere temporalmente ogni comportamento della parte che abbia in astratto interesse a far valere in causa il documento prodotto. Il principio è stato di recedente ripreso da **Sez. L, n. 07993/2018, Nobile, Rv. 648182-01**, in una fattispecie in cui correttamente la sentenza di merito, a fronte del disconoscimento di sottoscrizioni apposte in calce ad annotazioni, contenute in alcuni quaderni, sulle ore di lavoro prestate, aveva ritenuto non ritualmente proposta, da parte della lavoratrice, l'istanza di verifica contenuta nel ricorso introduttivo della lite. Pertanto, la relativa contestazione, ove venga dedotta preventivamente, a fini solo esplorativi e senza riferimento circoscritto al determinato documento, ma con riguardo ad ogni eventuale produzione in copia che sia stata o possa essere effettuata da controparte, non preclude l'utilizzazione della copia come mezzo di prova (così Sez. 5, n. 16232/2004, Cultrera, Rv. 575966-01), a meno che non venga ribadita successivamente alla produzione del documento e con espresso riferimento ad esso.

Anche 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. In applicazione del principio, **Sez. 2, n. 27633/2018, Sabato, Rv. 651376-01**, ha ritenuto inefficace il disconoscimento della conformità all'originale della copia fotostatica della notificazione in forma esecutiva della sentenza impugnata operato attraverso la mera contestazione della "conformità della fotocopia prodotta all'originale" (conf. Sez. 6-5, n. 29993/2017, Manzoni, Rv. 646981 – 01).

### **3. La querela di falso.**

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, non massimata**).

L'atto con il quale viene proposta querela di falso in corso di causa deve contenere, ai sensi dell'art. 221, comma 2, c.p.c., a pena di nullità insanabile, l'indicazione degli elementi e delle prove della falsità (non potendo nuovi elementi essere dedotti dalla parte successivamente), salvo che, come chiarito da **Sez. 2, n. 10874/2018, Carrato, Rv. 648241-01**, tale falsità sia rilevabile *ictu oculi* dal documento impugnato e non occorran particolari indagini per accertarla. Secondo **Sez. 6 - 5, n. 06220/2018, Luciotti, Rv. 647329-01**, la formulazione in tal senso dell'art. 221 c.p.c. indica in modo non equivoco che il giudice di merito davanti al quale essa sia stata proposta è tenuto a compiere un accertamento preliminare per verificare la sussistenza o meno dei presupposti che ne giustificano la proposizione, finendosi diversamente per dilatare i tempi di decisione del processo principale, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2, Cost.

Non possono essere adottati nuovi ed ulteriori elementi di falsità successivamente alla proposizione della querela.

L'obbligo di indicazione degli elementi e delle prove della falsità può essere assolto con qualsiasi tipo di prova che sia idoneo all'accertamento del falso, anche per mezzo di presunzioni e dell'istanza di esibizione, e non implica 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, Sensale, 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).

**Sez. 2, n. 27402/2018, Sabato, Rv. 650938-01**, ha confermato (cfr. altresì Sez. 1, n. 11223/2014, Bisogni, Rv. 631252-01), quanto all'intervento obbligatorio del P.M., che, ai fini della validità del procedimento per querela di falso non sono necessarie né la presenza alle udienze né la formulazione delle conclusioni da parte di un rappresentante di tale ufficio, essendo sufficiente che il P.M., mediante l'invio degli atti, sia informato del giudizio e posto in condizione di sviluppare l'attività ritenuta opportuna.

Come è noto, 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, Calabrese, 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 quella 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. Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza della corte d'appello, che aveva dichiarato inammissibile la querela di falso proposta da un istituto di credito, al fine di dimostrare la non corrispondenza tra il modulo bancario sottoscritto dal cliente e la specifica operazione che quest'ultimo intendeva effettuare.

Per **Sez. 6 - 1, n. 19785/2018, Sambito, Rv. 650194-01**, la certificazione dell'autografia della sottoscrizione della procura alle liti da parte del difensore può essere contestata soltanto con la querela di falso, poiché la dichiarazione della parte con la quale questa assume su di sé gli effetti degli atti processuali che il difensore è destinato a compiere, pur trovando fondamento in un negozio di diritto privato (mandato), è tuttavia destinata ad esplicare i propri effetti nell'ambito del processo, con la conseguenza che il difensore, con la sottoscrizione dell'atto processuale e con l'autentica della procura, compiendo un negozio di diritto pubblico, riveste la qualità di pubblico ufficiale.

Vi è un caso in cui va necessariamente proposta la querela di falso. Invero, il disconoscimento non costituisce mezzo processuale idoneo a dimostrare l'abusivo riempimento del foglio in bianco, sia che si tratti di riempimento *absque pactis*, sia che si tratti di riempimento *contra pacta*, dovendo, invece, essere proposta la querela di falso se si sostenga che nessun accordo per il riempimento sia stato raggiunto dalle parti (*absque* o *sine pactis*), ed essere fornita la prova (con gli ordinari rimedi inerenti i vizi della volontà) di un accordo dal contenuto diverso da quello del foglio

sottoscritto se si sostenga che l'accordo raggiunto fosse, appunto, diverso (così Sez. 3, n. 25445/2010, Amatucci, Rv. 614986-01; conf. Sez. 3, n. 05417/2014, Vincenti, Rv. 630010-01).

Il sottoscrittore che assuma, con querela di falso, che la sottoscrizione era stata apposta su un foglio firmato in bianco ed abusivamente riempito, ha l'onere di provare sia che la firma era stata apposta su foglio non ancora riempito, sia che il riempimento era avvenuto *absque pactis* (cfr. Sez. 3, n. 03155/2004, Amatucci, Rv. 570241-01), pur potendo siffatta prova essere fornita per il tramite di presunzioni (sul punto Sez. 3, n. 01691/2006, Frasca, Rv. 587849-01).

In questo contesto **Sez. 3, n. 00899/2018, Rossetti, Rv. 647124-01**, ha avuto il merito di chiarire ulteriormente che, nel caso di sottoscrizione di documento in bianco, il riempimento *absque pactis* consiste in una falsità materiale realizzata trasformando il documento in qualcosa di diverso da quel che era in precedenza, mentre il riempimento *contra pacta* (o abuso di biancosegno) consiste in un inadempimento derivante dalla violazione del *mandatum ad scribendum*, il quale può avere un contenuto sia positivo che negativo; ne deriva che anche la violazione di un accordo sul riempimento avente contenuto negativo (quale è quello che prevede, a carico di chi riceve il documento, l'obbligo di non completarlo) integra un abuso di biancosegno, la cui dimostrazione non onera la parte che lo deduca alla proposizione di querela di falso.

**Sez. L, n. 27000/2018, Bellè, Rv. 651244-01**, ha avuto l'occasione di chiarire che, per quanto anche l'esistenza di copie autentiche di un atto pubblico tra loro difformi imponga la proposizione della querela di falso contro quelle ritenute contraffatte, quale strumento imprescindibile per neutralizzarne il valore probatorio, tale principio trova applicazione solo quando le parti eseguano produzioni tra loro contrapposte, e non quando si tratti di copie prodotte dalla stessa parte processuale proprio al fine di sopperire a carenze del documento depositato in precedenza. In siffatta ultima evenienza, il giudice è tenuto a procedere al raffronto comparativo tra esse e, in applicazione del principio generale di conservazione degli atti giuridici, ad accedere, ove possibile e sempre che non sia proposta querela di falso, all'interpretazione che renda logicamente compatibili i rilevati profili di difformità.

#### 4. La confessione.

L'ammissione, che ha una valenza meramente indiziaria (e, come tale, è liberamente valutabile ed apprezzabile dal giudice per la formazione del proprio convincimento), si verifica quando il difensore (non munito di mandato speciale) esplicitamente riconosce come veri i fatti allegati in giudizio dalla controparte. Tuttavia, alle ammissioni contenute negli scritti difensivi sottoscritti dal procuratore *ad litem* può essere attribuito valore confessorio (confessione spontanea) riferibile alla parte, allorquando quegli scritti rechino anche la sottoscrizione della parte stessa (Sez. 1, n. 15062/2005, Celentano W., Rv. 585318-01), anche se poi si discute se a tal fine sia sufficiente che la firma sia apposta a margine del documento o se sia necessario che la stessa sia presente in calce all'atto (per Sez. 3, n. 26686/2005, Fantacchiotti, Rv. 585896-01, al fine di riconoscere la valenza di confessione spontanea, occorre che la comparsa, affinché possa produrre tale efficacia probatoria, sia stata sottoscritta dalla parte personalmente, con modalità tali che rivelino inequivocabilmente la consapevolezza delle specifiche dichiarazioni dei fatti sfavorevoli contenute nell'atto). In questo contesto si inserisce **Sez. 2, n. 23634/2018, Federico, Rv. 650383-02**, la quale ha confermato la sentenza gravata che aveva negato valore confessorio alle dichiarazioni contenute nella comparsa di risposta di una parte, sottoscritta dal solo difensore e depositata in diverso giudizio.

In quest'ottica, le dichiarazioni contenute nella comparsa di risposta, contenenti affermazioni relative a fatti sfavorevoli al proprio rappresentato e favorevoli all'altra parte, non hanno efficacia di confessione, ma possono soltanto fornire elementi indiziari (valutabili, secondo Sez. 2, n. 07015/2012, Matera L., Rv. 622155-01, agli effetti dell'art. 2729 c.c.), qualora l'atto sia sottoscritto dal difensore e non dalla parte personalmente, atteso che la confessione giudiziale spontanea può essere manifestata efficacemente solo da chi abbia il potere di disporre del diritto controverso e quindi non dal difensore, a meno che questi non sia munito d'apposito mandato in tal senso, che si aggiunga alla procura alle liti.

Non vi è dubbio che non possa attribuirsi valore confessorio agli atti processuali contenenti la sottoscrizione della parte nella procura apposta in calce o a margine di quell'atto; sebbene, infatti, il mandato defensionale debba considerarsi un tutto unico con il testo dell'atto, alla parte non può tuttavia attribuirsi manifestazione

alcuna di volontà in ordine alle affermazioni contenute in detto testo, laddove dalla dichiarazione non emerga l'elemento soggettivo della consapevolezza e volontà di ammettere e riconoscere la verità di un fatto a sé sfavorevole e favorevole all'altra parte, quale non può ravvisarsi nel semplice conferimento del mandato.

**Sez. 6 - 2, n. 09436/2018, Falaschi, Rv. 648227-01**, ha ribadito il principio consolidato per cui la disposizione dell'art. 232 c.p.c. non ricollega automaticamente alla mancata risposta all'interrogatorio, per quanto ingiustificata, l'effetto della confessione, ma dà solo la facoltà al giudice di ritenere come ammessi i fatti dedotti con tale mezzo istruttorio, imponendogli, però, nel contempo, di valutare ogni altro elemento di prova.

Pertanto, come ha ribadito **Sez. 6 - 2, n. 04837/2018, Abete, Rv. 648210-01**, la sentenza nella quale il giudice ometta di prendere in considerazione la mancata risposta all'interrogatorio formale non è affetta da vizio di motivazione, atteso che l'art. 232 c.p.c., a differenza dell'effetto automatico di *ficta confessio* ricollegato a tale vicenda dall'abrogato art. 218 del codice di rito del 1865, riconnette a tale comportamento della parte soltanto una presunzione semplice che consente di desumere elementi indiziari a favore della avversa tesi processuale (prevedendo che il giudice possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio "*valutato ogni altro elemento di prova*").

Secondo **Sez. 2, n. 02956/2018, Sabato, Rv. 647796-01**, la rinuncia all'interrogatorio formale può essere anche tacita e desumibile dal contegno della parte richiedente successivamente all'ammissione (ad esempio, ove siano state rassegnate le conclusioni), nonché intervenire anche durante l'espletamento del mezzo istruttorio, quale manifestazione dell'intento di non proseguire nell'ulteriore acquisizione di altre dichiarazioni della controparte, senza alcuna incidenza su quelle già assunte. Essendo soltanto la parte deferente interessata all'espletamento dell'interrogatorio formale della controparte, essa può rinunciarvi liberamente senza necessità di assenso delle controparti o del giudice e tale potere è speculare all'impossibilità per la parte di chiedere il proprio interrogatorio formale.

Per quanto l'art. 292 c.p.c., soprattutto a seguito degli interventi additivi della Corte costituzionale, assicuri al contumace una tutela estremamente garantista, **Sez. 3, n. 10157/2018, Spaziani, Rv. 648314-01**, ne ha delimitato l'ambito applicativo, affermando che il principio secondo cui il provvedimento di rinvio d'ufficio di un'udienza istruttorio non deve essere notificato alla

parte contumace, non prevedendolo l'art. 292 c.p.c. né l'art. 82, comma 3, disp. att. c.p.c., trova applicazione anche quando oggetto di tale rinvio sia l'udienza fissata per l'espletamento dell'interrogatorio formale dello stesso contumace; pertanto, qualora la controparte abbia ritualmente provveduto alla notificazione dell'ordinanza ammissiva dell'interrogatorio, il giudice può valutare, ai sensi dell'art. 232 c.p.c., la mancata presentazione alla nuova udienza del contumace, il quale ha gli elementi per venire a conoscere la relativa data.

## 5. Il giuramento.

**Sez. 2, n. 27410/2018, Oliva, Rv. 651026-01**, ha ribadito (cfr. altresì Sez. 2, n. 15494/2001, Schettino, Rv. 550947-01, e Sez. 2, n. 04275/1995, Calfapietra, Rv. 491825-01) che il giuramento deferito da una parte all'altra conserva il carattere della decisorietà anche se, da esso, possa dipendere la decisione soltanto parziale della causa, cioè quando venga deferito per decidere un punto particolare della controversia, dotato di una propria autonomia, perché relativo ad uno dei capi della domanda ovvero ad uno dei momenti necessari dell'*iter* da seguire per la decisione, rispetto al quale il giuramento esaurisce ogni indagine.

D'altra parte, come è stato confermato da **Sez. 2, n. 27086/2018, Criscuolo, Rv. 651016-01**, il giuramento, decisorio o suppletorio, non può vertere sull'esistenza o meno di rapporti o di situazioni giuridiche, né può deferirsi per provocare l'espressione di apprezzamenti od opinioni né, tantomeno, di valutazioni giuridiche, dovendo la sua formula avere ad oggetto circostanze determinate che, quali fatti storici, siano state percepite dal giurante con i sensi o con l'intelligenza (conf. Sez. 2, n. 10184/2013, Manna F., Rv. 626140 – 01).

**Sez. 2, n. 30446/2018, Besso Marcheis, Rv. 651528-01**, ha precisato che la risoluzione consensuale di un contratto preliminare riguardante il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* e, pertanto, non può essere provata mediante deferimento di giuramento decisorio, inammissibile ai sensi dell'art. 2739 c.c.

In tema di giuramento decisorio non comportano nullità la mancata verbalizzazione della formula e l'omessa pronuncia della parola "giuro", atteso che detta nullità, ipotizzabile solo nei casi tipizzati dalla legge a norma dell'art. 156 c.p.c., non è prevista dagli

artt. 238 e 239 c.p.c., sempre che l'atto presenti tutti i requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo per il quale è stato introdotto, a norma dell'art. 156, comma 3, c.p.c. In applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 19264/2018, Varrone, Rv. 649706-01**, ha condiviso la decisione del giudice di merito secondo cui, al di là della differente formula usata - «è vero», in luogo di «giuro» - il giuramento era stato correttamente svolto.

## 6. La prova testimoniale.

In tema di decadenza dalla prova testimoniale, **Sez. 6 - 1, n. 09840/2018, De Chiara, Rv. 647898-01**, prima, e **Sez. 6 - L, n. 19529/2018, Fernandes, Rv. 650203-01**, poi, hanno affermato che spetta esclusivamente al giudice di merito, in base al disposto degli artt. 208 c.p.c. e 104 disp. att. c.p.c., valutare se sussistano giusti motivi per revocare l'ordinanza di decadenza della parte dal diritto di escutere i testi per mancata comparizione all'udienza a tal fine fissata, ovvero per mancata intimazione degli stessi, esulando dai poteri della S.C. accertare se l'esercizio di detto potere discrezionale sia avvenuto in modo opportuno e conveniente.

### 6.1. L'incapacità a testimoniare.

L'incapacità a deporre prevista dall'art 246 c.p.c. si verifica solo quando il teste è titolare di un interesse personale, attuale e concreto, che lo coinvolga nel rapporto controverso, alla stregua dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., tale da legittimarlo a partecipare al giudizio in cui è richiesta la sua testimonianza, con riferimento alla materia in discussione, non avendo, invece, rilevanza l'interesse di fatto a un determinato esito del processo - salva la considerazione che di ciò il giudice è tenuto a fare nella valutazione dell'attendibilità del teste - né un interesse, riferito ad azioni ipotetiche, diverse da quelle oggetto della causa in atto, proponibili dal teste medesimo o contro di lui, a meno che il loro collegamento con la materia del contendere non determini già concretamente un titolo di legittimazione alla partecipazione al giudizio. Il principio è stato ribadito da **Sez. 2, n. 00167/2018, Orilia, Rv. 646617-01**, e da **Sez. 1, n. 13684/2018, Cirese, non massimata**.

In quest'ottica, **Sez. 1, n. 10112/2018, Di Marzio M., Rv. 648554-01**, ha affermato che il dipendente dell'intermediario finanziario che abbia dato corso all'operazione impugnata

dall'investitore ha un interesse riflesso e di mero fatto all'esito della causa e non può, pertanto, essere ritenuto incapace a testimoniare.

Essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, la nullità derivante dalla incapacità a testimoniare è configurabile come una nullità relativa (art. 157, co. 2, c.p.c.) e, in quanto tale, deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova.

Tendenzialmente l'eccezione viene sollevata subito dopo che il teste ha dichiarato, all'inizio dell'escussione, di versare in un determinato tipo di rapporti con una delle parti (il giudice, prima di procedere alla deposizione vera e propria, deve, infatti, ai sensi dell'art. 252 c.p.c., interrogare il teste sulla sua professione e sui suoi rapporti personali - di parentela, di affari, di dipendenza, di società, ecc. - con le parti). Per Sez. 3, n. 05454/2005, Frasca, Rv. 581370 - 01, l'inosservanza potrebbe essere denunciata, al più tardi, al momento della acquisita conoscenza della nullità ove successiva, dovendosi in siffatta ultima evenienza, ai fini della tempestività dell'eccezione, non solo affermare la tardività della conoscenza della nullità, ma specificare le circostanze della avvenuta tardiva conoscenza. Diversamente, dovrà intendersi sanata ai sensi dell'art. 157, secondo comma, c.p.c., senza che la preventiva eccezione di incapacità a testimoniare, proposta a norma dell'art. 246 c.p.c., possa ritenersi comprensiva dell'eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa, ed assunta nonostante la previa opposizione (Sez. 1, n. 08358/2007, Rordorf, Rv. 596021-01).

Il principio di inconciliabilità della veste di testimone con quella di parte, enunciato con riferimento alle persone fisiche, ha un portata minore per quel che concerne le persone giuridiche; conseguentemente, ferma restando l'incapacità a testimoniare della persona fisica che per statuto abbia la rappresentanza legale della società, la relativa eccezione di nullità della testimonianza deve essere proposta al più tardi dopo la sua assunzione o all'udienza successiva, in caso di mancata presenza del procuratore della parte interessata. In applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 19498/2018, Oliva, Rv. 649994-01**, ha cassato la sentenza perché il giudice del merito aveva dedotto d'ufficio l'incapacità a testimoniare del rappresentante legale della società senza la necessaria e tempestiva eccezione della controparte.

La difficoltà ad inquadrare giuridicamente il condominio porta con sé, come corollario, la difficoltà a riconoscere talvolta la veste di testimone all'amministratore. In questo contesto si inserisce **Sez. 3, n. 02332/2018, Guizzi, non massimata**, a mente della quale, nel processo di accertamento della responsabilità da cose in

custodia per danni da infiltrazioni d'acqua originate da parti comuni di un edificio condominiale, l'amministratore del condominio non è incapace a testimoniare, posto che i soggetti potenzialmente responsabili in solido sono i singoli condomini e non il condominio o il suo amministratore.

## **6.2. Le modalità di articolazione della 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. La disposizione in esame ha il duplice scopo di consentire all'avversario di formulare i capitoli di prova contraria indicando i propri testimoni e di dare modo al giudice di valutare se la prova richiesta sia concludente e pertinente (cfr. Sez. 1, n. 02201/2007, Del Core, Rv. 594920-01).

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 tradursi in un'inammissibile sanatoria della genericità e delle deficienze dell'articolazione probatoria (cfr. n. 03280 del 2008, D'Ascola, Rv. 601895-01; conf. **Sez. 2, n. 14364/2018**, cit.).

Le nullità (si pensi all'esame di testi su circostanze non dedotte nei capitoli di prova) o decadenze derivanti dalla violazione delle disposizioni contenute negli artt. 244 e ss. c.p.c. hanno tendenzialmente natura relativa e sono sanate per acquiescenza delle parti, in quanto sono stabilite dalla legge a tutela dei loro interessi, e non per motivi di ordine pubblico (cfr. Sez. U, n. 21670/2013, Petitti, Rv. 627450-01). Pertanto, ai sensi dell'art. 157, comma 2, c.p.c., vanno denunciate dalla parte interessata nella prima istanza o difesa successiva al loro verificarsi (o alla conoscenza delle nullità stesse), intendendosi per istanza, ai fini della norma citata, anche la richiesta di un provvedimento ordinatorio di mero rinvio (Sez. U, n. 00264/1997, Evangelista, Rv. 501703-01). In quest'ottica, le nullità e le decadenze stabilite riguardo alla prova testimoniale dall'articolo 244 del c.p.c., possono essere rilevate, secondo **Sez. 6 - 3, n. 01294/2018, Scoditti, Rv. 647508-01**, solo dalle parti, le quali



possono prestarvi acquiescenza con l'esperimento del mezzo di prova.

Tuttavia, il giudice, in ordine ai vizi della prova testimoniale relativi alla modalità di capitolazione, può sempre rilevare di ufficio la inammissibilità di una prova che verta su apprezzamenti e valutazioni del teste piuttosto che su fatti specifici a conoscenza dello stesso: infatti, poiché il giudice non può legare il suo convincimento ai giudizi dei testi, la predetta prova resterebbe comunque inutilizzabile anche in assenza di una eccezione di parte (v. Sez. 2, n. 08620/1996, Fantacchiotti, Rv. 499866-01).

Parimenti, la mancanza di indicazione specifica dei fatti nella deduzione della testimonianza, in quanto requisito di rilevanza della prova, è, come ribadito da **Sez. 6 - 3, n. 01294/2018, Scoditti, Rv. 647508-01**, rilevabile d'ufficio dal giudice e rende inammissibile la testimonianza medesima.

Non può essere invocata la lesione dell'art. 6, primo comma, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo al fine di censurare la valutazione sulla ammissibilità di mezzi di prova concretamente effettuata dal giudice nazionale in applicazione del regime processuale interno, spettando esclusivamente a quest'ultimo valutare gli elementi di prova già acquisiti e la rilevanza di quelli di cui una parte chiede la ammissione. In applicazione di questo principio, **Sez. 6 - L, n. 17004/2018, Doronzo, Rv. 649636-01**, ha ritenuto non pertinente il richiamo all'art. 6 CEDU al fine di censurare la sentenza del giudice del merito in ordine alla ritenuta superfluità della prova testi, peraltro congruamente motivata, sul rilievo che l'istruttoria avesse già consentito di raccogliere tutti gli elementi necessari alla decisione.

Come si è visto in tema di interrogatorio formale, ma con disciplina parzialmente difforme, qualora la parte che abbia indicato un teste richieda la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni, tale inequivoco comportamento ne manifesta la volontà di rinunciare all'audizione del teste stesso e, se la controparte aderisce alla richiesta di remissione della causa al collegio, anch'essa pone in essere una condotta adesiva alla rinuncia al teste. Tale rinuncia, come chiarito da **Sez. 1, n. 10797/2018, Ceniccola, Rv. 648126-01**, acquista efficacia per effetto del consenso del giudice implicitamente espresso con il provvedimento di chiusura dell'istruttoria e di remissione della causa in decisione, per cui compete solo al collegio, con giudizio non sindacabile in sede di legittimità, ordinare la riapertura della istruttoria, revocando l'ordinanza del giudice istruttore.

## 7. 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. Ne consegue che, qualora la c.t.u. sia richiesta per acquisire documentazione che la parte avrebbe potuto produrre, l'ammissione da parte del giudice comporterebbe lo snaturamento della funzione assegnata dal codice a tale istituto e la violazione del giusto processo, presidiato dall'art. 111 Cost., sotto il profilo della posizione paritaria delle parti e della ragionevole durata (Sez. 1, n. 21487/2017, Ceniccola, Rv. 645410 - 01).

Il divieto per il consulente tecnico di ufficio di compiere indagini esplorative può, in particolare, essere superato, secondo **Sez. 1, n. 15774/2018, Nazzicone, Rv. 649471-01**, soltanto quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi esclusivamente con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche, essendo, in questo caso, consentito al consulente di acquisire anche ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza. Al contrario, il divieto è pienamente operante quando l'onere della prova sia a carico di una parte e non si rientri nella sopraindicata fattispecie eccezionale e derogatoria. Nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso la decisione del giudice del merito che, a fronte di una consulenza tecnica volta ad accertare se, nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario, gli interessi sugli importi risultanti a debito del cliente fossero stati calcolati ad un tasso convenzionalmente determinato dalle parti, aveva ritenuto che il c.t.u. non potesse acquisire direttamente i contratti bancari, non ritualmente prodotti dalle parti.

In particolare la consulenza tecnica d'ufficio costituisce un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione

richiede nozioni tecnico-scientifiche, e non un mezzo di soccorso volto a sopperire all'inerzia delle parti; essa, tuttavia può eccezionalmente costituire fonte oggettiva di prova, per accertare quei fatti rilevabili unicamente con l'ausilio di un perito. A titolo esemplificativo, ciò avviene in materia di accertamenti relativi alla paternità e alla maternità, costituendo la c.t.u., in siffatta evenienza, lo strumento più idoneo, avente margini di sicurezza elevatissimi, per l'accertamento del rapporto di filiazione; essa, pertanto, in tal caso, non è un mezzo per valutare elementi di prova offerti dalle parti, ma costituisce strumento per l'acquisizione della conoscenza del rapporto di filiazione (**Sez. 1, n. 05491/2018, Valitutti, non massimata**).

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. In applicazione di tale principio, **Sez. 3, n. 11742/2018, Rossetti, non massimata** sotto questo profilo, ha ritenuto che correttamente il giudice *a quo* non avesse dato ingresso alla richiesta consulenza, atteso che, in tema di prelazione agraria, la dimostrazione della forza lavoro posseduta dal prelaionario non è una circostanza impossibile a dimostrarsi, se non con il ricorso a una consulenza tecnica d'ufficio.

Tendenzialmente, in presenza di irregolarità della c.t.u. (si pensi alla omessa comunicazione alle parti dell'inizio o della ripresa delle operazioni peritali), si è al cospetto di nullità relative, con la conseguenza che le stesse devono essere eccepite, a pena di decadenza, nella prima udienza (ivi compresa quella di mero rinvio), istanza o difesa successiva al deposito della relazione, del quale, ai sensi del comma 2 dell'art. 157 c.p.c., sia data comunicazione nelle forme di legge al difensore della parte interessata (così si è espressa Sez. L, n. 08347/2010, De Renzis, Rv. 612740-01). In particolare, 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. In quest'anno il principio è stato nuovamente affermato da **Sez. 3, n. 15747/2018, Fieconi, Rv. 649414-01**.

Per **Sez. 6 - 2, n. 04257/2018, Scarpa, Rv. 647982-01**, non costituisce, tuttavia, motivo di nullità della consulenza il fatto che l'ausiliario abbia attinto elementi di giudizio anche dalle cognizioni e dalle percezioni di un proprio collaboratore, nel rispetto del contraddittorio e sotto il controllo delle parti tempestivamente avvertite e poste in grado di muovere le loro osservazioni, ferma restando la necessità che l'operato del collaboratore non sostituisca integralmente quello del consulente, ma questi elabori il proprio documento peritale in modo da farvi contenere anche autonome considerazioni.

L'eccezione di nullità, pur non richiedendo formule particolari, deve essere chiara ed esplicita, sì da consentire al giudice di desumere l'effettivo pregiudizio derivatone al diritto di difesa della parte, e non può essere proposta in modo del tutto generico. Tale principio è stato ribadito da **Sez. 1, n. 05491/2018, Valitutti**, cit., in una fattispecie in cui nel verbale dell'udienza immediatamente successiva al deposito della relazione peritale la difesa della parte ricorrente si era limitata a contestare genericamente il *modus operandi* degli accertamenti tenuto dal c.t.u. ed i risultati, senza eccepire in alcun modo la nullità della consulenza sotto il profilo indicato, per cui l'eccezione proposta solo in appello doveva considerarsi tardiva.

Tutte le altre irritalità nell'espletamento della consulenza (si pensi alla partecipazione ad un sopralluogo, senza autorizzazione giudiziale, in luogo del c.t.u., di un suo collaboratore o di un c.t.p. diverso da quello ritualmente nominato) ne determinano una nullità solo nel caso in cui procurino in concreto (e, quindi, sulla base di specifiche doglianze) una lesione del diritto di difesa.

Peraltro, **Sez. 3, n. 20829/2018, Scarano, Rv. 650420-01**, ha avuto il merito di chiarire che i rilievi delle parti alla consulenza tecnica di ufficio, ove non integrino eccezioni di nullità relative al suo procedimento, come tali disciplinate dagli artt. 156 e 157 c.p.c., costituiscono argomentazioni difensive, sebbene non di carattere tecnico giuridico, che possono essere svolte nella comparsa conclusionale, sempre che non introducano in giudizio nuovi fatti costitutivi, modificativi od estintivi, nuove domande o eccezioni o nuove prove, e purché il breve termine a disposizione per la memoria di replica, comparato con il tema delle osservazioni, non si traduca, con valutazione da effettuarsi caso per caso, in un'effettiva lesione del contraddittorio e del diritto di difesa, spettando al giudice sindacare la lealtà e correttezza di una siffatta condotta della parte alla stregua della serietà dei motivi che l'abbiano determinata.

In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la sentenza impugnata che aveva considerato le doglianze mosse alla CTU, per la prima volta in sede di comparsa conclusionale, "altre e diverse" da quelle già costituenti oggetto di giudizio, e pertanto nuove, con conseguente decadenza della parte dalla facoltà di prospettarle.

In tema di consulenza tecnica d'ufficio, poiché lo svolgimento delle relative operazioni inerisce ad attività processuale, il giudice non può fissare i termini di cui all'art. 195, comma 3, c.p.c. in modo che ricadano durante il periodo di sospensione feriale, se il processo è soggetto alla detta sospensione e salva rinuncia delle parti ad avvalersi di essa, non potendo operare, peraltro, la proroga automatica degli stessi termini, in modo da rispettare la sospensione, in quanto non prevista l'integrazione di un atto compiuto dal giudice e con il quale abbia disconosciuto l'efficacia della sospensione feriale. Peraltro, anche in siffatta evenienza **Sez. 3, n. 18522/2018, Olivieri, Rv. 649735-01**, ha affermato che l'atto adottato in violazione della sospensione è affetto da nullità soltanto nel caso in cui l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato, per la parte, una lesione del diritto di difesa con riflessi sulla decisione di merito, che, nel caso di atto adottato in udienza, a pena di decadenza e conseguente sanatoria, deve essere eccepita in udienza dalla parte presente o che avrebbe dovuto esservi, atteso che quella sede rappresenta, ex art. 157, comma 2, c.p.c., la prima difesa possibile.

Rappresenta ormai un principio consolidato, ribadito da **Sez. 3, n. 02061/2018, Guizzi, non massimata**, quello per cui, allorché ad una consulenza tecnica d'ufficio siano mosse critiche puntuali e dettagliate da un consulente di parte, il giudice che intenda disattenderle ha l'obbligo di indicare nella motivazione della sentenza le ragioni di tale scelta, senza che possa limitarsi a richiamare acriticamente le conclusioni del proprio consulente, ove questi, a sua volta, non si sia fatto carico di esaminare e confutare i rilievi di parte.

## 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. La concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. - 5. Il regime giuridico delle ordinanze istruttorie. - 6. Le preclusioni istruttorie. - 7. La rimessione in termini. - 8. Gli interventi volontari. – 9. La natura giuridica dei provvedimenti del giudice istruttore. – 10. La fase decisoria. – 11. La deliberazione. – 12. La condanna generica. – 13. La decisione a seguito di trattazione orale. – 14. L'ultrattività del mandato alla lite. – 15. La correzione dei provvedimenti giudiziali. – 16. La tutela del contumace. – 17. La sospensione del processo. – 18. L'interruzione del processo. – 19. 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, e la controparte possa esercitare pienamente il proprio diritto di difesa. Ne deriva, come chiarito da **Sez. 6 - 3, n. 06618/2018, Graziosi, Rv. 648477-01**, che, ove l'azione esercitata concerne l'inadempimento contrattuale, l'attore è onerato di allegare non solo l'inadempimento in quanto tale, ma anche le specifiche circostanze che lo integrano, in caso contrario incorrendo nella violazione dell'onere di allegazione.

Per quanto riguarda l'allegazione in giudizio di nuovi fatti costitutivi del diritto fatto valere, è nota la distinzione fra diritti cd. autoindividuati e diritti cd. 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). 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.

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. La domanda introduttiva di un giudizio relativo ad un diritto cd. eterodeterminato (si pensi al diritto al risarcimento del danno da responsabilità medica) richiede – ai fini dell'individuazione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti ragione della domanda ai sensi dell'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c. – l'espressa indicazione di quelli, tra i fatti storici oggetto della pregressa narrazione, sui quali è fondata la *causa petendi*, non essendo sufficiente la mera attività narrativa senza alcuna esplicitazione in merito all'essere quei fatti "ragione della domanda". In questi termini si è espressa **Sez. 3, n. 10577/2018, Frasca, Rv. 648595-01**. Nel senso, peraltro, che anche in tema di diritti cd. eterodeterminati è ammessa la modifica in corso di causa della domanda originaria, mediante l'allegazione di un diverso fatto costitutivo, che ne comporti la sostituzione con una nuova domanda ad essa alternativa, purché abbia ad oggetto il medesimo bene della vita e siano rispettate le preclusioni processuali previste dall'art. 183 c.p.c., cfr., di recente, **Sez. 3, n. 18956/2017, Scoditti, Rv. 645380** (sulla problematica v., peraltro, *infra*, § 3).

Avuto riguardo al profilo della *editio actionis*, **Sez. 6 - 1, n. 09610/2018, Ferro, Rv. 648278-01**, ha reputato non affetta da nullità per indeterminatezza dell'oggetto o della *causa petendi*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 163, comma 3, nn. 3 e 4, e 164, comma 4, c.p.c. la citazione contenente la domanda di revocatoria fallimentare di pagamenti costituiti da rimesse in conto corrente bancario, benché priva dell'indicazione dei singoli versamenti solutori, qualora siano specificamente indicati i conti correnti e la domanda si riferisca a tutte le rimesse operate su quei conti in un determinato periodo di tempo (con indicazione anche dell'importo globale delle stesse), essendo, in siffatta evenienza, sufficientemente specificati gli elementi idonei a consentire alla banca l'individuazione delle domande contro di essa proposte.

Quanto al regime giuridico di tale nullità, come è noto, per effetto della disciplina di cui all'art. 164, comma 2, c.p.c. (applicabile anche in appello ai sensi dell'art. 359 c.p.c.) i vizi relativi alla *vocatio in ius* possono essere sanati con effetto *ex tunc* e quelli relativi alla

*editio actionis* con effetto *ex nunc* (Sez. 6 - L., n. 23667/2018, Esposito L., Rv. 650579-01).

Sez. 3, n. 06673/2018, Scarano, Rv. 648296-01, ha ribadito che i vizi riguardanti la *editio actionis* sono rilevabili d'ufficio dal giudice e non sono sanati dalla costituzione in giudizio del convenuto, essendo questa inidonea a colmare le lacune della citazione stessa, che compromettono lo scopo di consentire non solo al convenuto di difendersi, ma anche al giudice di emettere una pronuncia di merito, sulla quale dovrà formarsi il giudicato sostanziale; ne consegue che non può farsi applicazione degli artt. 156, comma 3, e 157 c.p.c., essendo la nullità in questione prevista in funzione di interessi che trascendono quelli del convenuto.

Sez. 3, n. 09798/2018, D'Arrigo, Rv. 648468-01, partendo dal presupposto per cui il difetto della determinazione della cosa oggetto della domanda e dell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che ne costituiscono la ragione determina la nullità della domanda, sanabile ex art. 164, comma 5, c.p.c., ha precisato che, qualora, però, il giudice non assegni d'ufficio un termine per integrare la domanda riconvenzionale incompleta e tale termine non sia richiesto dal convenuto, la nullità può essere dedotta come motivo d'appello.

Peraltro, Sez. 2, n. 01881/2018, Sabato, Rv. 647087-01, ha altresì affermato che, in mancanza di deduzione in appello di tale *error in procedendo* del giudice di primo grado - concernente la violazione dell'art. 164 c.p.c. -, il relativo vizio non è rilevabile in sede di legittimità, essendo intervenuto sulla questione il giudicato interno.

Con riferimento ai vizi della *vocatio in ius*, Sez. 3, n. 13079/2018, Scoditti, Rv. 648711-01, ha avuto modo di ribadire 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.



Come ha chiarito **Sez. 3, n. 29839/2018, D'Arrigo, Rv. 651664-01**, in caso di inosservanza dei termini minimi a comparire di cui all'art. 163 bis c.p.c., la fissazione della nuova udienza, ai sensi dell'art. 164, comma 3, c.p.c., deve essere disposta dal giudice facendo riferimento, quale *dies a quo* del nuovo termine, alla data della notificazione dell'atto di citazione, che segna il momento a partire dal quale il convenuto, acquisita la conoscenza legale dell'atto, ha diritto al termine per approntare una congrua difesa, dovendosi invece escludere - perché non trova riscontro nella legge e perché in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo - la necessità che il giudice provveda all'assegnazione, *ex novo*, dell'intero termine di comparizione, senza tener conto del tempo già trascorso. Almeno in parte difforme è la posizione di **Sez. 6 - 2, n. 02853/2018, Scalisi, Rv. 647978-01**, secondo cui, ai fini del calcolo dei termini minimi a comparire di cui all'art. 163 bis c.p.c., occorre fare riferimento al giorno dell'udienza indicata nella medesima citazione, fermo restando che, in caso di inosservanza dei predetti termini, la nullità di tale citazione non è sanata quando essi risultino rispettati per effetto dell'avvenuto differimento della summenzionata udienza a norma dell'art. 168 bis, commi 4 e 5, c.p.c.

## **2. Il difetto di rappresentanza o di autorizzazione.**

La previsione secondo cui il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione "può" assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, dev'essere interpretata, anche alla luce della modifica apportata dall'art. 46, comma 2, della l. 18 giugno 2009, n. 69, nel senso che il giudice "deve" promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalla causa del predetto difetto (così **Sez. 6 - 2, n. 15933/2018, Criscuolo M., non massimata**).

Peraltro, **Sez. 2, n. 24212/2018, Sabato, Rv. 650641-01**, ha avuto modo di chiarire (richiamando Sez. U, n. 04248/2016, D'Ascola, Rv. 638746 - 01) che, 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. In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha ritenuto che si fosse al cospetto di una nullità insanabile in un caso in cui era stato il convenuto a sollevare la questione di nullità della procura, non sanata spontaneamente dall'attore nella successiva evoluzione processuale, essendosi egli limitato a discutere di alcuni profili giuridici.

Sulla delicata questione della possibilità di regolarizzare *ex post* la mancanza assoluta della procura *ad litem*, sussiste allo stato un contrasto all'interno della giurisprudenza della Corte.

Invero, mentre per **Sez. 5, n. 19399/2018, Dell'Orfano, Rv. 649721-01**, nel processo tributario (come in quello civile), 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. nella formulazione introdotta dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009 (in base al quale il giudice che accerti un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione è tenuto a promuovere la sanatoria, assegnando un termine alla parte che non vi abbia provveduto di sua iniziativa, con effetti *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti dalle decadenze processuali), troverebbe applicazione anche qualora la procura mancasse del tutto, restando irrilevante la distinzione tra nullità e inesistenza della stessa.

L'ambito applicativo dell'istituto si è, comunque, di molto ampliato.

Invero, per **Sez. L, n. 06041/2018, Cavallaro, Rv. 647527-01**, l'art. 182, comma 2, c.p.c., come modificato dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009, si applica anche al giudizio d'appello. Il principio è stato enunciato in una fattispecie in cui la sentenza impugnata aveva erroneamente dichiarato inammissibile l'impugnazione proposta da una società dopo la messa in liquidazione, in forza della procura rilasciata in primo grado, senza concedere termine per la costituzione a mezzo del liquidatore quale nuovo rappresentante.

Sulla questione si registra, tuttavia, un contrasto nell'attuale giurisprudenza di legittimità, in quanto **Sez. 2, n. 10885/2018, Giannaccari, Rv. 648173-01**, ha invece affermato il principio per il quale l'art. 182, comma 2, c.p.c. nella formulazione introdotta

dall'art. 46, comma 2, l. n. 69 del 2009, trova applicazione anche qualora la procura manchi del tutto, dovendo ritenersi irrilevante la distinzione tra nullità e inesistenza della stessa.

Per altro verso occorre considerare **Sez. 1, n. 05259/2018, Di Virgilio, Rv. 647638-01**, per la quale anche nel procedimento prefallimentare è applicabile l'art. 182, comma 2, c.p.c., trattandosi 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 (Sez. U, n. 26338/2017, D'Ascola, Rv. 645818-01).

### **3. La mutatio e la emendatio libelli.**

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, non massimata**).

**Sez. U, n. 12310/2015, Di Iasi, Rv. 635536-01**, ha 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. Ne consegue l'ammissibilità della modifica, nella memoria ex art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda formulata ex art. 2932 c.c. con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo. Nel solco di questa impostazione si è inserita **Sez. 6 - 1, n. 13091/2018, Falabella, Rv. 649542-01**, la quale ha 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 prima, sempre in tema di intermediazione finanziaria, **Sez. 1, n. 03254/2018, Genovese, Rv. 646882-01**, aveva affermato che la parte che abbia modificato in sede di memoria, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, la propria domanda di nullità del contratto di acquisto degli strumenti finanziari, in quella di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, in conseguenza delle difese proposte dal convenuto, di ogni genere e tipo, non incorre in una inammissibile *mutatio libelli*, ove la domanda così modificata riguardi la medesima vicenda sostanziale dedotta in lite o sia ad essa collegata, perché, in tal modo non si determina né la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, né il sostanziale allungamento dei tempi processuali di definizione della lite. Ugualmente, partendo dalla premessa per cui la modificazione della domanda ex art. 183 c.p.c. è consentita purché rimangano immutate le parti del giudizio nonché la vicenda sostanziale oggetto dello stesso, **Sez. 3, n. 22540/2018, Guizzi, Rv. 650853-01**, ha escluso, in un giudizio per risarcimento danni da sinistro stradale proposto contro il proprietario del veicolo ed il relativo assicuratore, che fosse "nuova" la domanda con la quale il terzo trasportato aveva fatto valere la responsabilità solidale ex art. 2054, comma 1, c.c., rispetto all'originaria domanda, dallo stesso trasportato proposta nei confronti delle medesime parti, tesa a far valere una responsabilità fondata sul contratto di trasporto.

L'introduzione di una domanda in aggiunta a quella originaria costituisce domanda "nuova", come tale implicitamente vietata dall'art. 183 c.p.c., atteso che il confine tra quest'ultima e la domanda "modificata" - che, invece, è espressamente ammessa nei limiti dell'udienza e delle memorie previste dalla norma citata - va identificato nell'unitarietà della domanda, 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. In questi termini si è espressa **Sez. 3, n. 16807/2018, Graziosi, Rv. 649420-01**, applicando sul piano pratico le direttive prospettate dalle Sezioni Unite. E così, secondo **Sez. 2, n. 00882/2018, Giusti, Rv. 646669-02**, nell'ipotesi di versamento di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, la parte non inadempiente, che abbia agito per l'esecuzione del contratto, può, in sostituzione della originaria pretesa, legittimamente chiedere, nel

corso del giudizio, il recesso dal contratto a norma dell'art. 1385, comma 2, c.c. senza incorrere nelle preclusioni derivanti dalla proposizione dei *nova*, poiché tale modificazione dell'originaria istanza costituisce legittimo esercizio di un perdurante diritto di recesso rispetto alla domanda di adempimento. Come è noto, Sez. U, n. 00553/2009, Travaglino, Rv. 606608 – 01, ha, invece, escluso che si possa passare, nel corso del medesimo giudizio, da una originaria domanda di risoluzione del contratto per inadempimento ad una domanda volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra.

Con lo scopo di delineare i confini del divieto, **Sez. 3, n. 23167/2018, Di Florio, Rv. 650600-01**, ha precisato che la questione relativa alla novità, o meno, 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. Ne consegue che, se l'attore invoca, a sostegno della propria pretesa, un presidio normativo ulteriore rispetto a quello originariamente richiamato, fermi i fatti che ne costituiscono il fondamento, ciò non determina alcuna *mutatio libelli*, restando invariato il diritto soggettivo del quale è richiesta la tutela (conf. Sez. 1, n. 09333/2016, Terrusi, Rv. 639621 – 01). Nella stessa prospettiva, **Sez. 2, n. 14815/2018, Cavallari, Rv. 648850-02**, per la quale la mera indicazione di ulteriori vizi della cosa appaltata rispetto a quelli indicati in citazione non integra una modifica inammissibile del *petitum* o della *causa petendi*, ove dedotta nel termine dell'articolo 183, comma 6, c.p.c., permanendo un chiaro e stabile collegamento con la questione concreta oggetto del contendere.

L'obiettivo di tradurre in concreto il *dictum* delle Sezioni Unite è stato perseguito altresì da **Sez. 6 - 2, n. 11282/2018, Orilia, Rv. 649212-01**, la quale, traendo le mosse dalla possibilità di mutare, ex art. 183 c.p.c., anche gli elementi costitutivi della domanda, ma solo ove ricorrano le condizioni indicate dalla richiamata, fondamentale sentenza delle Sezioni Unite n. 12310 del 2015 e non siano avanzate, quindi, delle pretese aggiuntive, ha escluso (sia pure con riferimento ad un giudizio cui si applicava l'art. 183 c.p.c., nel testo previgente alla riforma della l. 14 maggio 2005, n. 80) che l'attore, proposte delle domande di accertamento della proprietà di un fondo, di incorporazione delle costruzioni ex art. 934 c.c. e di

pagamento di somme in data successiva al passaggio in giudicato di una sentenza che aveva accertato l'esistenza su tale fondo di un'enfiteusi in favore di terzi, possa chiedere, nella prima udienza di trattazione, la devoluzione del fondo enfiteutico.

Di grande impatto è inoltre la decisione **Sez. U, n. 22404/2018, Scrima, Rv. 650451-01**, secondo cui, 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. Poco prima **Sez. 2, n. 17482/2018, Casadonte, Rv. 649452-01**, aveva enunciato un principio di segno contrario, sostenendo che la domanda di adempimento contrattuale e quella di arricchimento senza causa si differenziano strutturalmente e tipologicamente, integrando la seconda, rispetto alla prima originariamente formulata, una domanda nuova, con la conseguenza che nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo al creditore opposto, che riveste la posizione sostanziale di attore, è consentito avanzare con la comparsa di costituzione e risposta domanda di arricchimento senza causa soltanto qualora l'opponente abbia introdotto nel giudizio, con l'atto di citazione, un ulteriore tema di indagine che possa giustificare tale esigenza. E' vero, però, che 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 (per un approfondimento si rinvia al cap. XXII), salvo il caso in cui, per effetto di una riconvenzionale formulata dall'opponente, egli si venga a trovare a sua volta in una posizione processuale di convenuto, cui 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* (**Sez. 1, n. 16564/2018, Nazzicone, Rv. 649670-01**).

**Sez. 6 - 3, n. 25631/2018, Rossetti, Rv. 651369-01**, si segnala, poi, per aver circoscritto, 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. Seguendo tale percorso argomentativo, la S.C. ha quindi cassato la sentenza di merito che, in un giudizio avente ad oggetto il risarcimento dei danni da inadempimento contrattuale, aveva ritenuto che l'esistenza e l'ammontare del danno andassero valutati con esclusivo riferimento alla data di introduzione del giudizio, non rilevando eventuali pregiudizi sopravvenuti.

Un ulteriore apporto nel delimitare la linea di confine è stato fornito da **Sez. 2, n. 32146/2018, Criscuolo, Rv. 651641-01**, secondo cui esorbita dai limiti di una consentita *emendatio libelli* il mutamento della *causa petendi* che consista in una vera e propria modifica dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, tale da introdurre nel processo un tema di indagine e di decisione nuovo perché fondato su presupposti diversi da quelli prospettati nell'atto introduttivo del giudizio, così da porre in essere una pretesa diversa da quella precedente.

### **3.1. Controversie anteriori alla novella di cui alla l.n.353 del 1990**

Nel decidere una controversia sottoposta al regime normativo antecedente alla novella del codice di procedura civile introdotta dalla l. 26 novembre 1990, n. 353, **Sez. 2, n. 27644/2018, Oliva, Rv. 651187-01**, ha ribadito, ponendosi nel solco già tracciato da Sez. 3, n. 20949/2015, Rossetti, Rv. 637572 – 01, che, per quanto in precedenza la novità della domanda in primo grado non fosse eccezione riservata alla parte, essendo rilevabile anche su iniziativa del giudice, questo potere officioso, tuttavia, non era illimitato, poiché si esauriva allorquando la parte, che avrebbe potuto avere interesse ad impedire l'ingresso della domanda, avesse dichiarato di accettare il contraddittorio o tenuto un comportamento implicante accettazione; tale comportamento, peraltro, non poteva essere ravvisato nel mero silenzio o nel difetto di reazione, persino prolungato nel tempo, alla domanda nuova, dovendo estrinsecarsi in un atteggiamento difensivo inequivoco concretantesi in una contestazione specifica riferita al merito della pretesa e non semplicemente affidata a formule di stile.

**Sez. 2, n. 30699/2018, Cosentino, Rv. 651595-01**, richiamando Sez. 2, n. 15185/2001, Rv. 550737-01, in una

fattispecie sottoposta alla disciplina anteriore all'entrata in vigore delle modifiche al rito civile recate dalla l. n. 353 del 1990, ha affermato che la domanda proposta all'udienza di precisazione delle conclusioni deve ritenersi ritualmente introdotta in giudizio, per accettazione implicita del contraddittorio, qualora la parte nei cui confronti essa è rivolta non ne abbia eccepito nella stessa udienza la preclusione, non essendo utile allo scopo l'opposizione fatta in comparsa conclusionale.

#### **4. La concessione dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.**

Si tende a sostenere che il giudice potrebbe rifiutare la concessione dei termini in oggetto nel caso in cui ritenesse la causa matura per la decisione, dovendo in particolare decidere questioni pregiudiziali (quali, a titolo esemplificativo, il difetto di giurisdizione, l'incompetenza, l'improcedibilità o la inammissibilità per tardività della domanda). Tuttavia, nella giurisprudenza della Corte di cassazione è stato più volte ribadito che la concessione dei termini istruttori rappresenta un momento non ineliminabile della scansione temporale del processo (Sez. 3, n. 16571/2002, Preden, Rv. 558690-01; Sez. 2, n. 14110/2013, Carrato, Rv. 626456-01).

Qualora le parti (di comune accordo, se entrambe costituite, o la sola parte costituita) richiedano la sola concessione dei termini per modificare e precisare le domande o le eccezioni e per le repliche, e non anche i termini per l'articolazione dei mezzi istruttori, la concessione appare doverosa, in quanto il giudice non può pronunciarsi sulle richieste istruttorie (eventualmente in precedenza formulate) prima che le parti abbiano cristallizzato il *thema decidendum* (peraltro, il secondo termine di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. comporta una evidente commistione tra deduzioni assertive ed istruttorie).

Nel caso, invece, in cui le parti richiedano solo i termini per le articolazioni istruttorie, anche per prova contraria, ritenendo già adeguatamente sviluppato il *thema decidendum*, in capo al giudice residua la discrezionalità di non concedere i termini invocati, nell'eventualità in cui ritenesse, in base all'art. 187 c.p.c., la causa matura per la decisione senza bisogno di istruttoria. Ciò di regola avverrà allorquando la controversia abbia natura meramente documentale o implichi la soluzione di questioni di mero diritto.

Se nessuna delle parti richiede i termini (o alcuni di essi), le prove già indicate nei rispettivi atti introduttivi possono essere



ammesse direttamente all'udienza di trattazione (così Sez. 1, n. 16993/2004, Piccininni, Rv. 576248-01).

Specularmente, la richiesta (formulata nel corso dell'istruttoria) della parte di fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni e l'adesione alla stessa ad opera della controparte (seguita dall'effettiva fissazione di tale udienza da parte del giudice) implicano tacitamente la rinuncia alle prove non ancora espletate (in questi termini si sono espresse, dapprima, Sez. 2, n. 12241/2002, Elefante, Rv. 556952-01, e, poi, **Sez. 1, n. 10797/2018, Ceniccola, Rv. 648126-01**).

Già nella vigenza dell'art. 184 c.p.c. - nel testo modificato dall'art. 18 della l. n. 353 del 1990 - la concessione del relativo termine non era rimessa alla discrezionalità del giudice, ma conseguiva automaticamente alla richiesta proveniente dalla parte, ove funzionale alla corretta estrinsecazione del diritto di difesa; ne conseguiva che il giudice di merito non poteva negare il termine per le istanze e produzioni istruttorie sul rilievo che la causa fosse di natura documentale e, nel contempo, rigettare la domanda per carenza delle prove documentali che la parte avrebbe potuto produrre nel termine ingiustamente negato. Questo principio è stato ribadito di recente da **Sez. 2, n. 22376/2018, Bellini, Rv. 650367-01**, e poi da **Sez. 1, n. 23314/2018, Di Marzio M., Rv. 650758-02**, la quale ultima ha ritenuto nulla una sentenza che aveva deciso la domanda nel merito, senza che nel corso del giudizio fosse stata data alla parte la possibilità di formulare le sue richieste istruttorie per l'omessa concessione del termine per la produzione di documenti e l'indicazione di nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'art. 184 c.p.c. (nella formulazione introdotta con la l. n. 534 del 1995).

In proposito, Sez. 1, n. 07474/2017, Falabella, Rv. 644828, ha avuto modo di chiarire che, in virtù del combinato disposto degli artt. 187, comma 1, c.p.c. e 80-bis disp. att. c.p.c., in sede di udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione della causa ex art. 183 c.p.c., la richiesta della parte di concessione di termine ai sensi del comma 6 di detto articolo non preclude al giudice di esercitare il potere di invitare le parti a precisare le conclusioni ed assegnare la causa in decisione, atteso che ogni diversa interpretazione delle norme suddette, comportando il rischio di richieste puramente strumentali, si porrebbe in contrasto con il principio costituzionale della durata ragionevole del processo, oltre che con il *favor* legislativo per una decisione immediata della causa desumibile dall'art. 189 c.p.c.

Peraltro, con riferimento all'attuale formulazione dell'art. 183, comma 6, c.p.c., **Sez. 1, n. 02626/2018, Genovese, Rv. 646877-01**, ha chiarito che i vizi dell'attività del giudice che possono comportare la nullità della sentenza o del procedimento, rilevanti ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., non sono posti a tutela di un interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma a garanzia dell'eliminazione del pregiudizio concretamente subito dal diritto di difesa in dipendenza del denunciato *error in procedendo*, sicchè, quando venga dedotto il vizio della sentenza di primo grado per avere il tribunale deciso la causa con riferimento ad una questione preliminare di merito senza aver prima assegnato i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., il ricorrente non può limitarsi a dedurre tale violazione, ma, a pena di inammissibilità, deve specificare quale sarebbe stato il fatto rilevante sul quale il giudice di primo grado si sarebbe dovuto pronunciare e quali prove sarebbero state dedotte ove fosse stata consentita la chiesta appendice scritta.

Nell'ipotesi in cui il primo giudice abbia omesso di concedere alla parte il termine per l'articolazione di nuovi mezzi di prova ed il deposito di documenti (articoli 183 e 184 c.p.c.), la parte stessa, nel proporre appello, non può limitarsi a chiedere nuovamente la concessione del suddetto termine, ma, in forza del combinato disposto degli articoli 342 e 163 c.p.c. deve, a pena di decadenza, articolare i nuovi mezzi di prova e depositare i documenti (in questi termini si è espressa **Sez. 3, n. 17046/2018, Pellecchia, non massimata**). Inoltre, come ribadito da **Sez. 2, n. 24402/2018, Carrato, Rv. 650652-01**, qualora venga dedotto il vizio della sentenza di primo grado per avere il tribunale deciso la causa nel merito prima ancora che le parti abbiano definito il *thema decidendum* e il *thema probandum*, l'appellante che faccia valere tale nullità non può limitarsi a dedurre detta violazione, ma deve specificare quale sarebbe stato il *thema decidendum* sul quale il giudice di primo grado si sarebbe dovuto pronunciare, ove fosse stata consentita la richiesta appendice 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.

Dal canto suo, il giudice d'appello, qualora ritenga sussistente il vizio lamentato, deve rimettere in termini la parte, consentendole l'espletamento delle attività deduttive e probatorie non esercitate in primo grado e pronunciare nel merito (non configurandosi una delle ipotesi, tassativamente previste dall'art. 354 c.p.c., di rimessione della causa al primo giudice; cfr. **Sez. 1, n. 09169/2008**,

Petitti, Rv. 602466 – 01; conf. **Sez. 2, n. 24402/2018, Carrato, Rv. 650652-01**).

## **5. Il regime giuridico delle ordinanze istruttorie.**

Le ordinanze con cui il giudice istruttore o il collegio decidono in ordine alle richieste di ammissione delle prove e dispongono sull'istruzione della causa sono di norma revocabili, anche implicitamente, e non pregiudicano il merito della decisione della controversia, non essendo pertanto idonee ad acquistare efficacia di giudicato. Per **Sez. 3, n. 30161/2018, Scarano, Rv. 651665-02**, tali ordinanze non spiegano alcun effetto preclusivo, in quanto qualsiasi questione può essere nuovamente trattata in sede di decisione e diversamente deliberata.

In tema di giudizi introdotti in primo grado in epoca anteriore al 30 aprile 1995 e, quindi, non assoggettati al regime introdotto dalla l. n. 353 del 1990, la mancata proposizione del reclamo ex art. 178 c.p.c. avverso l'ordinanza che respinge l'istanza di ammissione di una prova non impedisce, come ribadito da **Sez. 2, n. 27415/2018, Scarpa, Rv. 651028-03**, il successivo controllo del collegio sull'ordinanza stessa, purché la parte interessata abbia riproposto la questione in sede di precisazione delle conclusioni, restando, in caso contrario, la cennata questione preclusa anche in sede di impugnazione.

## **6. Le preclusioni istruttorie.**

Un importante principio in tema di preclusioni (già affermato da Sezioni Unite: n. 10531 del 2013, Rv. 626194 – 01) è stato ripreso da **Sez. 2, n. 27998/2018, Fortunato, Rv. 651039-01**, secondo cui il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte (ed è ammissibile anche in appello), dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati *ex actis*, poiché il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe sviato ove pure le questioni rilevabili d'ufficio fossero soggette ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto. Questa pronuncia si pone in consapevole contrasto con altro orientamento, per il quale l'eccezione in senso lato (si pensi a quella di interruzione della prescrizione) può essere rilevata d'ufficio dal giudice (in qualsiasi stato e grado del processo) solo sulla base di elementi probatori

ritualmente acquisiti agli atti (Sez. U, n. 15661/2005, Roselli, Rv. 583491-01; conf. Sez. 3, n. 18602/2013, Scrima, Rv. 627483-01). L'esercizio di detto potere presupporrebbe, cioè, secondo tale indirizzo, la regolare e tempestiva acquisizione degli elementi probatori e documentali nel momento difensivo successivo a quello in cui è stata sollevata l'eccezione di prescrizione (Sez. L, n. 02035/2006, Vidiri, Rv. 587230-01).

Sembra inserirsi nel solco di questo secondo, più rigoroso, orientamento, **Sez. 2, n. 27405/2018, Varrone, Rv. 651025-01**, la quale, in relazione all'opzione difensiva del convenuto consistente nel contrapporre alla pretesa dell'attore fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto sul quale la predetta pretesa si fonda, distingue il potere di allegazione da quello di rilevazione. Secondo la S.C., mentre il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (pertanto, soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), il secondo spetta alla parte (ed è soggetto, perciò, alle preclusioni stabilite per le attività di parte) solo qualora la manifestazione della sua volontà sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nell'ipotesi di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente indichino come indispensabile l'iniziativa di parte; in ogni altro caso, si deve ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito, senza che, peraltro, ciò comporti un superamento del divieto di scienza privata del giudice o delle preclusioni e decadenze imposte, atteso che il generale potere-dovere di rilievo d'ufficio delle eccezioni facente capo al giudice si traduce semplicemente nell'attribuzione di rilevanza, ai fini della decisione di merito, a determinati fatti, purché la richiesta della parte non sia strutturalmente necessaria o espressamente prevista, essendo, però, in entrambe le situazioni necessario che i predetti fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultino legittimamente acquisiti al processo e provati.

Poiché gli artt. 163 e 167 c.p.c., a differenza di quanto previsto dall'art. 420, comma 5, c.p.c. nel rito del lavoro, non comminano alcuna sanzione (*recte*, non prevedono alcuna decadenza) nel caso di violazione del precetto, non sussiste un obbligo di indicare le prove sin dagli atti introduttivi. A conferma di tale impostazione si pone l'esclusione dell'aggettivo "nuovi", riferito ai mezzi di prova, contenuto *ante* riforma nell'art. 184 c.p.c.

Pertanto, per poter richiedere la concessione dei termini istruttori, non è necessario aver formulato in precedenza richieste istruttorie (così Sez. 1, n. 18150/2002, Losavio, Rv. 559341-01, in motivazione).

In base all'art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., le parti, con la seconda memoria, devono, a pena di preclusione, porre in essere l'attività istruttoria che non abbiano già compiuto in precedenza. Da ciò consegue che le prove non richieste ed i documenti non prodotti con la predetta memoria non possono essere, rispettivamente, richieste e prodotti successivamente. Le preclusioni istruttorie di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 183, comma 6, c.p.c. riguardano sia le prove costituende che quelle precostituite.

Le parti possono formulare istanze istruttorie nei limiti di quanto tempestivamente dedotto (cioè prima dello spirare delle preclusioni assertive). Da ciò deriva che potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui una parte, pur avendo offerto di provare una circostanza entro il termine delle preclusioni istruttorie, non sia ammessa a fornire tale prova, in quanto ha dedotto la relativa circostanza per la prima volta dopo lo spirare delle preclusioni assertive (ad esempio, con il secondo dei termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.).

Il termine assegnato dal giudice istruttore ai sensi del primo comma dell'articolo 184 del c.p.c. (*recte*, 183, comma 6, n. 2, c.p.c.) riguarda non solo la formulazione dei capitoli, ma anche l'indicazione dei testi; una volta ammessa la prova non è più possibile provvedere a detta indicazione o integrare la lista testi eventualmente indicata tempestivamente e l'unica attività processuale giuridicamente possibile circa le prove ammesse consiste nell'assunzione delle medesime (**Sez. 2, n. 10492/2018, Bellini, non massimata**).

Per **Sez. 3, n. 16800/2018, Di Florio, Rv. 649419-01**, le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel processo civile sono preordinate a tutelare interessi generali e la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene; ne consegue che l'attore deve produrre, a pena di inammissibilità, i documenti costituenti prova del fatto costitutivo della domanda entro il secondo termine di cui all'art. 183 c.p.c., fissato per l'indicazione dei mezzi di prova e le produzioni documentali, e ciò indipendentemente dalla tardiva costituzione della controparte oltre il detto termine e dagli argomenti da essa introdotti, atteso che tale circostanza non consente la remissione in termini né l'applicazione

del principio di non contestazione (al cui § si rinvia), il quale è richiamato dall'art. 115 c.p.c. con espresso riferimento alle sole parti costituite, restando così esclusa la sua validità rispetto a quelle contumaci.

**Sez. 1, n. 12365/2018, Falabella, Rv. 649110-01**, nel pronunciarsi su una fattispecie di non frequente verifica, ha considerato non tardiva la produzione, con la memoria di cui all'art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c., della traduzione in italiano di documenti redatti in lingua straniera tempestivamente depositati, atteso che detta traduzione non integra un nuovo mezzo di prova soggetto alle preclusioni istruttorie di cui alla norma citata, in quanto l'attitudine dimostrativa di uno scritto discende dal contenuto che esso esprime, quale che sia l'idioma impiegato nella sua redazione, sicché è con la produzione del documento in lingua straniera che la parte assolve all'onere di comprovare le proprie allegazioni difensive, mentre la traduzione, che può essere disposta dal giudice ai sensi dell'art. 123 c.p.c. senza previsione di termini, è incumbente meramente accessorio e facoltativo che si colloca al di fuori dell'area delle attività processuali finalizzate alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, soggette a termini perentori.

Importante è la precisazione offerta da **Sez. 3, n. 24529/2018, Olivieri, Rv. 651137-02**, secondo cui le decadenze processuali verificatesi nel giudizio di primo grado non possono essere aggirate dalla parte che vi sia incorsa mediante l'introduzione di un secondo giudizio identico al primo e a questo riunito, in quanto la riunione di cause identiche non realizza una vera e propria fusione dei procedimenti, tale da determinarne il concorso nella definizione dell'effettivo *thema decidendum et probandum*, restando anzi intatta l'autonomia di ciascuna causa. Ne deriva che, in tale evenienza, il giudice - in osservanza del principio del *ne bis in idem* e allo scopo di non favorire l'abuso dello strumento processuale e di non ledere il diritto di difesa della parte in cui favore sono maturate le preclusioni - deve trattare soltanto la causa iniziata per prima, decidendo in base ai fatti tempestivamente allegati e al materiale istruttorio in essa raccolto, salva l'eventualità che, non potendo tale causa condurre ad una pronuncia sul merito, venga meno l'impedimento alla trattazione della causa successivamente instaurata.

## 7. 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, Merone, 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.

Di recente, **Sez. 3, n. 17729/2018, D'Ovidio, Rv. 649726-01**, ha ribadito che la rimessione in termini, sia nella norma dettata dall'art. 184-bis c.p.c. che in quella di più ampia portata contenuta nell'art. 153, secondo comma, c.p.c., come novellato dalla l. n. 69 del 2009, richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte, perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà. Nella specie, la S.C. ha accolto il ricorso, cassando la sentenza impugnata, poiché la rimessione in termini accordata sulla "ragionevole" possibilità che

gli uffici di cancelleria fossero stati trovati chiusi nel sabato antecedente la Pasqua non era risultata provata e la scelta discrezionale di depositare l'atto l'ultimo giorno utile imponeva di informarsi degli orari e di regolarsi di conseguenza.

**Sez. 2, n. 08007/2018, Criscuolo, Rv. 647870-01**, ha puntualizzato che l'art. 184 bis c.p.c. (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie) consente, qualora la necessità di richiedere un ordine di esibizione ai sensi dell'art. 210 c.p.c. abbia tratto origine dalle novità, imprevedibili *ex ante*, insorte per effetto dell'andamento dell'attività istruttoria, di chiedere la rimessione in termini alla parte che sia incorsa in una decadenza per causa ad essa non imputabile, purché sussista un nesso di causalità tra gli esiti della prima attività istruttoria e la proposizione della seconda istanza.

Per **Sez. 6 - 2, n. 03782/2018, D'Ascola, Rv. 647980-01**, il diritto alla rimessione in termini non può, invece, essere riconosciuto in presenza di una incertezza interpretativa delle norme processuali ad opera della Corte di cassazione, non determinando essa, in assenza di un orientamento consolidato, alcun mutamento imprevedibile della precedente interpretazione e, quindi, alcun affidamento incolpevole della parte. In applicazione di tale principio, la S.C. ha dichiarato tardivo, per violazione del termine di cui all'art. 327, comma 1, c.p.c., l'atto di appello proposto con atto di citazione relativo ad un giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione in assenza, al momento dell'introduzione del giudizio di secondo grado, di una interpretazione consolidata circa l'applicabilità del rito ordinario.

## 8. Gli interventi volontari.

Occorre sottolineare che **Sez. 3, n. 24529/2018, Olivieri, Rv. 651137-01**, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 268, comma 2, c.p.c., in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dal momento che la necessità per il terzo, che intervenga in un processo già iniziato, di parteciparvi *rebus sic stantibus*, senza poter incidere sullo sviluppo delle fasi processuali, non costituisce ostacolo alla tutela effettiva del suo diritto, essendogli consentito di far valere le proprie ragioni, in condizione di piena eguaglianza con le altre parti, mediante la proposizione di un autonomo giudizio o dell'opposizione ex art. 404 c.p.c.

E' infatti noto, ed è stato di recente ribadito da **Sez. 3, n. 20882/2018, Scrima, Rv. 650431-02**, che, in tema di intervento



volontario, principale o litisconsortile, la preclusione, per il terzo interveniente, di compiere atti che, al momento dell'intervento, non sono più consentiti ad alcuna parte, contenuta nell'art. 268, comma 2, c.p.c., opera esclusivamente sul piano istruttorio, non anche su quello assertivo, e deve ritenersi riferita sia alle prove costituenti che alle prove documentali, valendo per entrambi tali tipi di prova le preclusioni istruttorie per le altre parti.

Nella medesima prospettiva si è posta **Sez. 3, n. 04934/2018, Gianniti, Rv. 648248-01**, la quale ha affermato che la preclusione sancita dall'art. 268 c.p.c. concerne l'obbligo, per l'interventore volontario che agisca in surrogazione di una delle parti nei confronti del terzo responsabile, di accettare lo stato del processo in relazione alle preclusioni istruttorie già verificatesi per i contendenti originari, ma non si estende alla formulazione della domanda dell'interveniente e alla produzione della documentazione comprovante la surrogazione processuale, che costituisce la ragione stessa della partecipazione al giudizio.

**Sez. 2, n. 10382/2018, Lombardo, Rv. 648238-01**, ha ritenuto, poi, che il terzo chiamato in causa su istanza di parte non può eccepire l'irritualità della chiamata per mancata osservanza delle prescrizioni stabilite dall'art. 269, comma 2, c.p.c. per carenza di interesse, atteso che il suo interesse a far valere questioni relative al rapporto processuale originario è correlato esclusivamente alla correttezza della decisione in merito o in rito su di esso e non anche alla stessa ritualità della chiamata in giudizio.

Come è noto, qualora il convenuto in un giudizio di risarcimento dei danni chiami in causa un terzo con il quale non sussiste alcun rapporto contrattuale, indicandolo come il vero legittimato passivo, non si versa in un'ipotesi di chiamata in garanzia impropria (o manleva), la quale presuppone la non contestazione della suddetta legittimazione, ma di chiamata del terzo responsabile, con conseguente estensione automatica della domanda al terzo che il giudice può e deve esaminare senza necessità che l'attore ne faccia esplicita richiesta. E così, in una fattispecie, relativa ad un'ipotesi di occupazione appropriativa, in cui l'ente delegato alla realizzazione dell'opera pubblica aveva chiamato in causa il comune, indicandolo come il vero legittimato passivo, **Sez. 1, n. 05580/2018, Terrusi, Rv. 647752-01**, ha cassato la decisione di merito che aveva considerato nuova la domanda rivolta dall'attore nei confronti del comune solo in appello.

## 9. La natura dei provvedimenti del giudice istruttore.

Per stabilire se un provvedimento costituisca sentenza o ordinanza, è necessario avere riguardo non alla sua forma esteriore o all'intestazione adottata, bensì al suo contenuto e, conseguentemente, all'effetto giuridico che esso è destinato a produrre, sicché hanno natura di sentenze - soggette agli ordinari mezzi di impugnazione e suscettibili, in mancanza, di passare in giudicato - i provvedimenti che, ai sensi dell'art. 279 c.p.c., contengono una statuizione di natura decisoria (sulla giurisdizione, sulla competenza, ovvero su questioni pregiudiziali del processo o preliminari di merito), anche quando non definiscono il giudizio. Tale consolidato principio è stato ribadito, nell'anno in rassegna, da **Sez. 1, n. 03945/2018, Dolmetta, Rv. 647415-01**.

Analogamente, **Sez. 6 - L, n. 03150/2018, Esposito L., Rv. 646760-01**, ha escluso che l'ordinanza istruttoria, con la quale il giudice detta i provvedimenti relativi alla istruzione della causa, abbia, sia pure implicitamente, e, pur in presenza della relativa eccezione di parte, natura di decisione, affermativa o negativa, sulla competenza, con la conseguenza che avverso lo stesso non è proponibile il regolamento di competenza, mezzo non utilizzabile, in assenza di un provvedimento decisorio impugnabile, al fine di ottenere una pronuncia preventiva su di essa.

Parimenti, le pronunce emesse in materia di integrità del contraddittorio hanno, in ogni caso, contenuto e natura meramente ordinatori e, conseguentemente, non possono costituire sentenza non definitiva suscettibile di separata impugnazione o riserva di appello e, in difetto, di passaggio in giudicato. In applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 17898/2018, Cosentino, Rv. 649388-01**, ha confermato la decisione della Corte d'appello secondo cui, poiché i convenuti in primo grado, essendo comproprietari degli immobili a vantaggio dei quali esisteva la contestata servitù di acquedotto, erano litisconsorti necessari ex art. 102 c.p.c., la sentenza non definitiva del tribunale che aveva dichiarato il loro difetto di legittimazione passiva non poteva acquisire efficacia di giudicato, nonostante non avesse formato oggetto di riserva di appello.

## 10. La fase decisoria.

Pronunciandosi su una questione di frequente verificaione, **Sez. 6 - L, n. 19455/2018, De Marinis, Rv. 649749-01**, ha ribadito

che la formula "somma maggiore o minore ritenuta dovuta" o altra equivalente, che accompagna le conclusioni con cui una parte chiede la condanna al pagamento di un certo importo, non costituisce una clausola meramente di stile quando vi sia una ragionevole incertezza sull'ammontare del danno effettivamente da liquidarsi, mentre tale principio non si applica se, all'esito dell'istruttoria, sia risultata una somma maggiore di quella originariamente richiesta e la parte si sia limitata a richiamare le conclusioni rassegnate con l'atto introduttivo e la formula ivi riprodotta, perché l'omessa indicazione del maggiore importo accertato evidenzia la natura meramente di stile dell'espressione utilizzata. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato, per ultrapetizione, la sentenza che, in una controversia avente ad oggetto un rapporto di lavoro domestico, aveva condannato il datore alla corresponsione delle differenze retributive nell'importo risultante dalla disposta CTU, eccedente rispetto alla quantificazione operata col ricorso introduttivo, in rilevata carenza di iniziative della parte di adeguamento della domanda ai più favorevoli esiti della consulenza.

Per altro verso, **Sez. 6 - 1, n. 11222/2018, Terrusi, Rv. 648580-01**, ha confermato l'orientamento ormai consolidato secondo cui, nell'ipotesi in cui il procuratore della parte non si presenti all'udienza di precisazione delle conclusioni o, presentandosi, non precisi le conclusioni o le precisi in modo generico, vale la presunzione che la parte abbia voluto tenere ferme le conclusioni precedentemente formulate. In particolare, **Sez. U, n. 01785/2018, Frasca, Rv. 647010-01**, ha statuito che anche nel vigore dell'attuale art. 189 c.p.c., come modificato dalla l. n. 353 del 1990, 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. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che, sebbene il convenuto si fosse limitato in sede di precisazione delle conclusioni a chiedere il rigetto della domanda principale, senza fare riferimento a quella di garanzia, ciò non ne comportasse l'abbandono, attesa la consapevolezza della parte che il rapporto di garanzia sarebbe venuto in rilievo nell'ipotesi di accoglimento della domanda principale e non essendo peraltro contestato dal terzo il fondamento della domanda di garanzia.

In definitiva, come affermato da **Sez. 2, n. 18027/2018, Oliva, Rv. 649590-01**, la rinuncia ad una domanda si può configurare soltanto quando la parte, dopo aver formulato determinate conclusioni nel proprio scritto introduttivo, utilizzi la facoltà di precisazione e modificazione delle stesse prevista dall'art. 183, comma 6, c.p.c. ovvero precisi le conclusioni all'udienza ex art. 189 c.p.c., senza riproporre integralmente le conclusioni originarie, in tal modo evidenziando la propria volontà di abbandonare le domande non espressamente riproposte (conf. Sez. 2, n. 17582/2017, Grasso Giu., Rv. 644854). Nell'ipotesi in cui, invece, il procuratore della parte non si presenti all'udienza di precisazione delle conclusioni o, presentandosi, non precisi le conclusioni o le precisi in maniera generica, vale la presunzione (di segno contrario) che la parte medesima abbia voluto tenere ferme le precedenti conclusioni.

Non è revocabile in dubbio che sia nulla la sentenza che pronunci nel merito della causa senza che siano state precisate le conclusioni e assegnati i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, essendo in tal modo impedito ai difensori delle parti il pieno svolgimento del diritto di difesa, con conseguente violazione del principio del contraddittorio. Applicando tale principio, **Sez. 6 - 3, n. 20732/2018, D'Arrigo, Rv. 650487-01**, ha cassato la sentenza emessa nella fase sommaria del giudizio di opposizione agli atti esecutivi nel quale il giudice, all'esito dell'udienza di comparizione delle parti, anziché confermare o revocare il provvedimento concesso *inaudita altera parte* e dare poi corso al giudizio di cognizione, aveva deciso nel merito, accogliendo l'opposizione senza che fossero precisate le conclusioni e assegnati termini per il deposito delle scritture conclusionali.

## 11. La deliberazione.

Nel rinviare, per una più ampia disamina, all'approfondimento tematico dedicato all'ordine di esame delle questioni, è opportuno nella presente sede evidenziare che il giudice di merito che, dopo aver aderito ad una prima *ratio decidendi*, esamini ed accolga anche una seconda *ratio*, al fine di sostenere la propria decisione, non si spoglia della *potestas iudicandi*, atteso 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; in tale ipotesi, pertanto, alla stregua di quanto affermato da **Sez. 3, n. 15399/2018, Gorgoni, Rv. 649408-01**, la sentenza

risulta sorretta da due diverse *rationes decidendi*, distinte ed autonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, sicché l'inammissibilità del motivo di ricorso attinente ad una di esse rende irrilevante l'esame dei motivi riferiti all'altra, i quali non risulterebbero in nessun caso idonei a determinare l'annullamento della sentenza impugnata, risultando comunque consolidata l'autonoma motivazione oggetto della censura dichiarata inammissibile.

In applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., **Sez. 5, n. 11458/2018, Zoso, Rv. 648510-01**, ha ribadito che 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 principio della ragione più liquida consente di sostituire il profilo di evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare di cui all'articolo 276 del c.p.c., 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 (cfr. **Sez. 1, n. 9370/2018, Iofrida, non massimata**).

La figura del cd. assorbimento ricorre, in senso proprio, quando la decisione sulla domanda assorbita diviene superflua, per sopravvenuto difetto di interesse della parte, la quale, con la pronuncia sulla domanda assorbente – rispetto alla quale la questione assorbita si pone in rapporto di esclusione -, ha conseguito la tutela richiesta nel modo più pieno. E', invece, configurabile l'assorbimento in senso improprio quando la decisione cd. assorbente comporta una pronuncia, sulla quale si forma il giudicato, anche sulla questione assorbita, in quanto ad essa legata da un rapporto di implicazione. In quest'ottica, **Sez. 6 - 3, n. 13534/2018, Rossetti, Rv. 648922-01**, ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che aveva ritenuto erroneamente assorbita la domanda di garanzia proposta dall'appaltatore - convenuto dalla committente per il risarcimento del danno conseguente ai vizi dell'opera - nei confronti del produttore di materiali utilizzati per

l'esecuzione della stessa, a seguito di cessazione della materia del contendere per intervenuta transazione in relazione alla domanda risarcitoria.

La composizione del collegio giudicante è immodificabile solo dopo l'inizio della discussione. Prima di tale momento, la sostituzione del giudice relatore può essere liberamente disposta e risultare anche da una semplice annotazione nel verbale di udienza, senza comunicazione, senza che ciò pregiudichi il diritto di difesa, potendo, come chiarito da **Sez. 2, n. 07285/2018, Picaroni, Rv. 647866-01**, la parte, cui non sia noto il nome dei giudici chiamati a trattare o decidere la causa, proporre istanza di ricusazione prima dell'inizio della trattazione o della decisione, ex art. 52, comma 2, c.p.c.

Peraltro, **Sez. 5, n. 15494/2018, Mondini, Rv. 649189-01**, ha avuto modo di precisare che il difetto di motivazione dell'ordinanza con la quale viene trasmessa ad un altro collegio una causa già trattenuta in decisione non comporta, ai sensi dell'art. 158 c.p.c., la nullità della sentenza per vizio di costituzione del giudice, ove sia stato rispettato l'art. 276 c.p.c., per essersi nuovamente svolta la discussione della causa dinanzi a detto collegio.

Né può trascurarsi l'importante chiarimento offerto da **Sez. 1, n. 06248/2018, Acierno, non massimata**, secondo cui, qualora sia dato avviso che, nonostante l'impedimento del giudice designato, l'udienza verrà ugualmente tenuta innanzi ad altro giudice, designato dal Presidente del tribunale, è onere delle parti partecipare all'udienza stessa o di subire le conseguenze processuali della scelta di non comparire.

Di rilevante interesse è **Sez. 6 - 1, n. 09345/2018, Di Marzio M.**, per la quale la quale l'attività di deposito telematico nel fascicolo informatico delle sentenze redatte in formato elettronico è soltanto avviata dal giudice. È, infatti, sempre indispensabile l'intervento del cancelliere. A seguito della modifica dell'art. 15 del Regolamento di cui al d.m. n. 44 del 2011, effettuata con l'art. 2, comma 1, lett. a) e b), del d.m. n. 209 del 2012, il magistrato che ha redatto la sentenza in formato elettronico, dopo avervi apposto la propria firma digitale, non effettua personalmente il deposito, ma la norma va intesa nel senso che egli trasmette telematicamente in cancelleria il documento - perché il cancelliere ("accettando" il documento) possa provvedere al deposito (dapprima, eventualmente, in minuta) e quindi alla pubblicazione (evento, quest'ultimo, che rende definitivo il testo della sentenza, e ne impedisce la modificazione anche da parte del giudice che ne è stato

autore). Quando la sentenza non è contestuale ex art. 281 sexies c.p.c., ma depositata ai sensi dell'art. 281 quinquies c.p.c. e dell'art. 15, comma 1, d.m. n. 44 del 2011, è riservata al cancelliere l'attività di pubblicazione ai sensi dell'art. 133, commi 1 e 2, c.p.c., che comporta anche l'inserimento della sentenza nel registro relativo, con l'attribuzione del numero identificativo.

## 12. La condanna generica.

**Sez. 2, n. 21326/2018, Besso Marcheis, Rv. 650031-01**, ha ribadito che, ai fini della condanna generica al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 278 c.p.c., non è sufficiente accertare l'illegittimità della condotta, ma anche, sia pure con modalità sommaria e valutazione probabilistica, la portata dannosa della stessa, senza la quale il diritto al risarcimento, di cui si chiede anticipatamente la tutela, non può essere configurato. Nel caso di condanna generica, infatti, ciò che viene rinviato al separato giudizio è soltanto l'accertamento in concreto del danno nella sua determinazione quantitativa, mentre l'esistenza del fatto illecito e della sua potenzialità dannosa devono essere accertati nel giudizio relativo all'*an debeatur* e di essi va data la prova sia pure sommaria e generica, in quanto ne costituiscono il presupposto (negli stessi termini si è espressa **Sez. 2, n. 06235/2018, Dongiacomo, Rv. 647851-01**). Nella medesima direzione **Sez. 1, n. 29356/2018, Sambito, non massimata sotto tale profilo**, ha affermato che la pronuncia di condanna generica al risarcimento presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo del danno, rimanendo l'accertamento della concreta esistenza dello stesso riservato alla successiva fase, con la conseguenza che al giudice della liquidazione è consentito negare la sussistenza del danno, senza che ciò comporti alcuna violazione del giudicato formatosi sull'*an*.

In caso di condanna generica il danneggiato può, oltre alla domanda di liquidazione del danno accertato, proporre anche una volta all'accertamento ed alla liquidazione di danni ulteriori, riconducibili a fatti diversi da quelli dedotti nel primo giudizio; in tal caso, il passaggio in giudicato della sentenza di condanna generica, mentre preclude che nel giudizio sulla quantificazione possano essere proposte ed esaminate deduzioni di fatti estintivi, modificativi ed impeditivi anteriori alla pronuncia sull'*an*, non estende i suoi effetti ai danni ricollegabili a fatti diversi da quelli dedotti nel relativo giudizio. Da questa impostazione **Sez. 2, n.**

**10498/2018, Dongiacomo, Rv. 648240-01**, ha tratto la conseguenza che, ove nel giudizio di liquidazione vengano richiesti danni non collegabili a fatti rientranti nella prima domanda, il giudice deve preliminarmente accertarne la sussistenza ed eventualmente procedere alla loro quantificazione, senza con ciò incorrere nella violazione del giudicato.

### **12.1. Sentenze non definitive.**

**Sez. 1, n. 06251/2018, Falabella, non massimata**, ha stabilito, quanto ai rapporti tra sentenza non definitiva e sentenza definitiva, che il giudice resta vincolato dalla prima (anche se non passata in giudicato) sia in ordine alle questioni definite, sia per quelle che ne costituiscano il presupposto logico necessario, senza poter risolvere quelle questioni in senso diverso con la seconda.

### **13. La decisione a seguito di trattazione orale.**

In caso di decisione della causa ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., la facoltà della parte di richiedere un differimento dell'udienza di discussione, che trova fondamento nella tutela del diritto di difesa, è parimenti soddisfatta, secondo **Sez. 6 - 3, n. 22521/2018, Rv. 650492-01**, dalla fissazione officiosa di apposita udienza per la trattazione orale, in esito alla quale la parte non ha diritto ad un ulteriore rinvio, a nulla rilevando la mancata acquisizione, all'udienza precedente, delle conclusioni rassegnate, in quanto l'omissione di tale attività processuale (che si compendia nella mera sintesi delle domande, delle difese e delle eccezioni proposte) può dar luogo ad una nullità processuale solamente qualora la parte interessata deduca la specifica lesione di un interesse sostanziale.

A sua volta, il giudice può concedere alle parti termine per depositare scritti difensivi prima della discussione orale della causa ex art. 281 sexies c.p.c., rientrando tale facoltà nell'ambito dei poteri di direzione del procedimento a lui attribuiti dall'art. 175 c.p.c., al fine di garantire il più sollecito e leale svolgimento del processo. L'eventuale violazione del suddetto termine discrezionalmente assegnato dal giudice, in mancanza di una previsione normativa che stabilisca espressamente una decadenza della parte, può, per **Sez. 2, n. 18025/2018, Criscuolo, Rv. 649589-01**, eventualmente integrare una violazione del diritto di difesa, destinata a sanarsi se non



tempestivamente eccepita nel corso dell'udienza in cui la sentenza ex art. 281 sexies c.p.c. sia stata pronunciata.

La sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., integralmente letta in udienza e sottoscritta dal giudice con la sottoscrizione del verbale che la contiene, deve ritenersi pubblicata e non può essere dichiarata nulla nel caso in cui il cancelliere non abbia dato atto del deposito in cancelleria e non vi abbia apposto la data e la firma immediatamente dopo l'udienza. Invero, la previsione normativa dell'immediato deposito in cancelleria del provvedimento è finalizzata a consentire, da un lato, al cancelliere il suo inserimento nell'elenco cronologico delle sentenze, con l'attribuzione del relativo numero identificativo, e, dall'altro, alle parti di chiederne il rilascio di copia, eventualmente, in forma esecutiva. In applicazione di questo principio, **Sez. 2, n. 22519/2018, Federico, Rv. 650369-01**, ha ritenuto valida la sentenza letta e sottoscritta dal giudice in udienza, unitamente al relativo verbale, nonostante il cancelliere avesse ommesso di sottoscriverla contestualmente ed avesse provveduto ad apporre il visto a distanza di quindici giorni dall'udienza.

Viceversa, la sentenza pronunciata a norma dell'art. 281 sexies c.p.c. con lettura del dispositivo in udienza ma senza contestuale motivazione, benché viziata, in quanto non conforme al modello previsto dalla norma, conserva la sua natura di atto decisionale, dovendosi escludere la sua conversione in valida sentenza ordinaria per essersi consumato il potere decisorio del giudice al momento della sua pubblicazione. Ne consegue che, come precisato da **Sez. 6 - 3, n. 19908/2018, Scarano, Rv. 650289-01**, il termine lungo per l'impugnazione decorre dalla sottoscrizione del verbale di udienza, *ex lege* equiparato alla pubblicazione della sentenza, restando invece irrilevante, anche ai fini della tempestività dell'impugnazione, la successiva ed irrituale pubblicazione della motivazione, in quanto estranea alla struttura dell'atto processuale ormai compiuto.

**Sez. 2, n. 11297/2018, Abete, Rv. 648322-01**, ha chiarito che la predisposizione ad opera del giudice, prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni e della discussione orale, di una bozza di decisione da rendere ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c., non è, invece, nulla, né lesiva del diritto di difesa delle parti, in quanto attività prodromica alla decisione, destinata ad integrare una ipotesi di soluzione, suscettibile di conferma o di modifica all'esito della discussione delle parti.

#### 14. L'ultrattività del mandato alle liti.

Ponendosi nella scia di Sez. U, n. 15295/2014, Spirito, Rv. 631466 - 01, **Sez. 5, n. 11072/2018, Crucitti, Rv. 648363-01**, prima, e **Sez. 2, n. 20964/2018, Grasso Giu., Rv. 650025-01**, poi, hanno ribadito che la morte o la perdita di capacità della parte costituita a mezzo di procuratore, dallo stesso non dichiarate in udienza o notificate alle altre parti, comportano, giusta la regola dell'ultrattività del mandato alla lite, che: a) la notificazione della sentenza fatta a detto procuratore, ex art. 285 c.p.c., è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione nei confronti della parte deceduta o del rappresentante legale di quella divenuta incapace; b) il medesimo procuratore, qualora originariamente munito di procura alla lite valida per gli ulteriori gradi del processo, è legittimato a proporre impugnazione - ad eccezione del ricorso per cassazione, per cui è richiesta la procura speciale - in rappresentanza della parte che, deceduta o divenuta incapace, va considerata, nell'ambito del processo, tuttora in vita e capace; c) è ammissibile la notificazione dell'impugnazione presso di lui, ai sensi dell'art. 330, comma 1, c.p.c., senza che rilevi la conoscenza *aliunde* di uno degli eventi previsti dall'art. 299 c.p.c. da parte del notificante. Negli stessi termini si è espressa **Sez. 5, n. 30341/2018, Guida, Rv. 651560-01**, affermando, nel solco della richiamata Sez. U n. 15295/2014, che la cancellazione della società dal registro delle imprese dà luogo a un fenomeno estintivo che priva la stessa della capacità di stare in giudizio (v. § 14).

Con particolare riferimento al profilo sub a), **Sez. 3, n. 04006/2018, Guizzi, Rv. 647909-01**, ha, pertanto, affermato che, nella fattispecie descritta, la notificazione della sentenza deve avvenire, ai fini del decorso del termine breve di impugnazione, unicamente presso il difensore della parte deceduta, e non (anche) ai suoi eredi collettivamente e impersonalmente ex art. 286 c.p.c., in quanto il difensore continua 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 e nelle successive di sua quiescenza od eventuale riattivazione dovuta alla proposizione dell'impugnazione (conf. **Sez. L, n. 24845/2018, Lorito, Rv. 650728-01**).

## 15. La correzione dei provvedimenti giudiziari.

Per quanto concerne il profilo della legittimazione, **Sez. 6-2, n. 18442/2018, Lombardo, Rv. 649861-01**, ha chiarito che la legittimazione a chiedere la correzione della sentenza asseritamente affetta da omissioni o da errori materiali o di calcolo spetta esclusivamente alle parti del giudizio in cui la stessa è stata pronunciata e, pertanto, non compete all'avente causa degli eredi di una di tali parti che abbia acquistato il diritto conteso dopo la definizione della causa, potendo egli ottenere l'annotazione nei pubblici registri immobiliari della menzionata sentenza e di altre decisioni per mezzo della procedura prevista dall'art. 745 c.p.c.

Con riferimento all'ambito applicativo dell'istituto, **Sez. U, n. 16415/2018, Armano, Rv. 649295-01**, ha statuito che, a fronte della mancata liquidazione delle spese nel dispositivo della sentenza, anche emessa ex art. 429 c.p.c., sebbene in parte motiva il giudice abbia espresso la propria volontà di porle a carico della parte soccombente, la parte interessata deve fare ricorso alla procedura di correzione degli errori materiali di cui agli artt. 287 e ss. c.p.c. per ottenerne la quantificazione. Il principio è stato confermato da **Sez. 3, n. 29029/2018, Graziosi, Rv. 651660-01**.

Diversamente, per **Sez. 2, n. 05939/2018, Criscuolo, Rv. 647850-01**, il contrasto insanabile tra motivazione e dispositivo della sentenza, poiché non consente di individuare la statuizione del giudice attraverso una valutazione di prevalenza di una delle contrastanti affermazioni contenute nella decisione, non può 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. Tuttavia, 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. In quest'ottica, **Sez. 6-5, n. 26074/2018, Luciotti, Rv. 651108-01**, ha annullato la decisione impugnata non potendosi individuare con certezza la portata della decisione, in quanto in motivazione vi era un'affermazione che risultava coerente con il dispositivo, mentre nelle argomentazioni svolte non era chiara l'adesione da parte del giudice alle contrastanti tesi delle parti.

**Sez. 5, n. 02399/2018, Caiazzo, Rv. 646706-01**, ha, infine, precisato che l'errore causato da inesatta determinazione dei presupposti di una operazione è deducibile in sede di legittimità, in

quanto si risolve in un vizio logico della motivazione, a differenza dell'errore materiale di calcolo risultante dal confronto tra motivazione e dispositivo, il quale è suscettibile di correzione con la procedura di cui agli artt. 287 ss. c.p.c.

Avuto riguardo al regime giuridico, **Sez. 6-2, n. 08863/2018, Orilia, Rv. 648225-01**, ha posto in rilievo che il termine per l'impugnazione di una sentenza di cui è stata chiesta la correzione decorre dalla notificazione della relativa ordinanza, ex art. 288, ultimo comma, c.p.c., se con essa sono svelati *errores in iudicando* o in *procedendo* evidenziati solo dal procedimento correttivo, oppure l'errore corretto sia tale da ingenerare un obbiettivo dubbio sull'effettivo contenuto della decisione, interferendo con la sostanza del giudicato ovvero, quando con la correzione sia stata impropriamente riformata la decisione, dando luogo a surrettizia violazione del giudicato; diversamente, l'adozione della misura correttiva non vale a riaprire o prolungare i termini di impugnazione della sentenza che sia stata oggetto di eliminazione di errori di redazione del documento cartaceo, chiaramente percepibili dal contesto della decisione, in quanto risolvendosi in una mera discrepanza tra il giudizio e la sua espressione (Sez. 6 - 1, n. 20691/2017, Valitutti, Rv. 645743-01).

## 16. La tutela del contumace.

L'art. 292 c.p.c., per la parte in cui impone la notifica al contumace delle comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali, costituisce una particolare applicazione del principio del contraddittorio, ed è dettata nell'esclusivo interesse del contumace, il quale soltanto, costituendosi in giudizio, potrà far valere la inosservanza della citata norma. Per **Sez. 2, n. 09538/2018, Varrone, Rv. 648090-01**, non è possibile ipotizzare alcuna accettazione del contraddittorio da parte del contumace sulla domanda nuova, essendo l'ampliamento del *thema decidendum* comunque escluso dal regime delle preclusioni operante anche nel procedimento di opposizione a sanzione amministrativa, in cui i motivi di opposizione costituiscono l'unica ed esclusiva *causa petendi* della domanda coinvolgente la pretesa sanzionatoria della P.A.

Quanto all'ambito applicativo dell'art. 292 c.p.c., l'atto di riassunzione senza mutamenti sostanziali degli elementi costitutivi del processo, come quello dovuto alla morte del difensore, non deve essere notificato alla parte contumace. Secondo **Sez. 2, n. 13015/2018, Besso Marcheis, Rv. 648758-01**, infatti, il contumace

deve essere posto a conoscenza mediante la relativa notificazione dell'atto riassuntivo solo quando questo comporti un radicale mutamento della preesistente situazione processuale, perché, in tal caso, la duplice circostanza che egli abbia accettato la precedente situazione processuale e deciso di non partecipare al giudizio non consente di presumere che intenda mantenere la stessa condotta nella nuova situazione.

Si vedrà, anche nel trattare l'interrogatorio formale (Cap. X), che il provvedimento di rinvio d'ufficio di un'udienza istruttoria non deve essere notificato alla parte contumace anche quando oggetto di tale rinvio sia l'udienza fissata per l'espletamento dell'interrogatorio formale dello stesso contumace (**Sez. 3, n. 10157/2018, Spaziani, Rv. 648314-01**).

**Sez. 1, n. 01434/2018, Sambito, Rv. 646591-01**, ha affermato che l'ordinanza che dispone il tentativo di conciliazione, emessa dal giudice onorario aggregato a norma dell'art. 13, comma 2, della l. n. 276 del 1997, deve essere comunicata alla parte contumace, non ostandovi la mancata inclusione dell'ordinanza suddetta fra gli atti elencati, in via tassativa, dall'art. 292 c.p.c., attesa l'anteriorità della norma codicistica rispetto a quella speciale e tenuto conto del principio della successione delle leggi nel tempo (secondo le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 130 del 2002), con la conseguenza che la mancata comunicazione determina la nullità degli atti del giudizio di primo grado.

Avuto riguardo al regime giuridico, come ribadito da **Sez. 2, n. 09527/2018, Fortunato, Rv. 648089-02**, la violazione dell'art. 292 c.p.c., secondo cui le comparse contenenti domande nuove devono essere notificate al contumace, sebbene trovi applicazione anche alle comparse di intervento, non è rilevabile d'ufficio, nemmeno quando il contumace sia litisconsorte necessario rispetto a tale domanda, trattandosi, come si è visto, di un obbligo stabilito nel suo interesse esclusivo. La nullità conseguente alla mancata notifica può, pertanto, per **Sez. 6 - L, n. 08697/2018, Di Paola, Rv. 647699-01**, essere eccepita soltanto dal contumace successivamente costituitosi o fatta valere dallo stesso con uno specifico motivo d'impugnazione della sentenza.

**Sez. 3, n. 29037/2018, Olivieri, Rv. 651637-01**, con riguardo alla fattispecie del contumace involontario (vale a dire, della parte erroneamente dichiarata contumace), ha chiarito che, nell'ipotesi in cui 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., attesa l'intangibilità della qualificazione della posizione processuale delle parti siccome desumibile in via esclusiva dall'accertamento contenuto nella sentenza, ancorché erroneo.

**Sez. L, n. 27017/2018, Calafiore, Rv. 650868-01**, ha, infine, ribadito, conformandosi a Sez. L, n. 22616/2013, Marotta, Rv. 627987-01, che, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, la sentenza deve essere notificata personalmente alla parte contumace.

## 17. La sospensione del processo.

In termini generali, **Sez. 6 - 2, n. 30738/2018, Grasso Giu., Rv. 651570-01**, ha confermato (sulla scia di Sez. 6 - 3, n. 23906/2010, Frasca, Rv. 614971-01) che l'art. 42 c.p.c. non attribuisce al giudice il potere di sospendere facoltativamente e discrezionalmente il processo, essendo consentita la sospensione nei soli casi previsti dal legislatore: una tale facoltà - oltre che inconciliabile con il disfavore nei confronti del fenomeno sospensivo, sotteso alla riforma del citato art. 42 del codice di rito - ove ammessa, si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), sia con il canone della durata ragionevole (art. 111). Dalla esclusione della configurabilità di una sospensione facoltativa *ope iudicis* del giudizio, discende quale logico corollario, la impugnabilità, ai sensi dell'art. 42 c.p.c., di ogni sospensione del processo quale che ne sia la motivazione, e l'accoglimento del gravame ogni volta che la sospensione sia stata disposta al di fuori delle ipotesi di sospensione *ex lege*.

La sospensione necessaria del processo ex art. 295 c.p.c. può essere disposta quando la decisione dipenda dall'esito di altra causa, la quale abbia portata pregiudiziale in senso stretto ovvero vincolante, con effetto di giudicato, nell'ambito della causa pregiudicata (**Sez. 6-3, n. 03299/2018, Olivieri, non massimata**).

**Sez. 6 - L, n. 12996/2018, Di Paola, Rv. 648748-01**, ha ribadito che, ai fini della sospensione necessaria del processo, non è configurabile un rapporto di pregiudizialità necessaria tra cause pendenti fra soggetti diversi, seppur legate fra loro da pregiudizialità logica, in quanto la parte rimasta estranea ad uno di essi può sempre eccepire l'inopponibilità, nei propri confronti, della relativa decisione (conf. Sez. 6 - 2, n. 20072/2017, Scarpa, Rv. 645343-01).

Quanto alla pregiudizialità tra giudizi civili, **Sez. 6 - 1, n. 17392/2018, Falabella, Rv. 650189-01**, ha chiarito che tra l'azione di disconoscimento della paternità e quella di dichiarazione giudiziale di altra paternità sussiste un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico, con la conseguenza che, in pendenza del primo giudizio, il secondo, ex art. 295 c.p.c., deve essere sospeso, coerentemente con l'art. 253 c.c.

Il giudizio di opposizione all'esecuzione e quello nel quale sia impugnata la sentenza fatta valere come titolo esecutivo hanno, invece, presupposti diversi, cosicché tra di essi non ricorre un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico tale da giustificare, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., la sospensione necessaria del processo di opposizione (**Sez. 6 - 1, n. 04035/2018, Falabella, Rv. 648476-01**).

Ai fini della sospensione necessaria del processo civile ai sensi dell'art. 295 c.p.c., la pregiudizialità di una controversia amministrativa è configurabile, alla stregua di quanto chiarito da **Sez. 6 - 3, n. 20491/2018, Olivieri, Rv. 650478-01**, solo ove entrambi i giudizi pendano tra le stesse parti ed il giudice amministrativo sia chiamato a definire questioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva e non anche qualora innanzi allo stesso sia impugnato un provvedimento incidente su interessi legittimi, potendo, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplicare il provvedimento amministrativo.

Il giudizio civile può altresì essere sospeso, ai sensi degli artt. 295 c.p.c., 654 c.p.p. e 211 disp. att. c.p.p., qualora una norma di diritto sostanziale ricollegli alla commissione del reato un effetto sul diritto oggetto di tale giudizio, purché la sentenza penale possa avere, nel caso concreto, valore di giudicato nel processo civile. Pertanto, per rendere dipendente la 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 (cfr. **Sez. 6 - 3, n. 07617/2017, Frasca, Rv. 643820**). In applicazione dell'enunciato principio, **Sez. 6 - 2, n. 18202/2018, Falaschi, Rv. 649656-01**, ha escluso la configurabilità di una relazione di pregiudizialità fra un giudizio civile, relativo alla corresponsione della provvigione nell'ambito di un rapporto di mediazione, ed uno penale, concernente fatti di reato asseritamente commessi dal legale rappresentante della società richiedente detta provvigione in concorso con la proprietaria dell'immobile oggetto delle trattative di vendita.

La sospensione necessaria del processo civile per pregiudizialità penale, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., nell'ipotesi in cui alla commissione del reato oggetto dell'imputazione penale una norma di diritto sostanziale ricollegghi un effetto sul diritto oggetto del giudizio civile, è subordinata alla condizione della contemporanea pendenza dei due processi, civile e penale e, quindi, dell'avvenuto esercizio dell'azione penale da parte del P.M. nei modi previsti dall'art. 405 c.p.p., mediante la formulazione dell'imputazione o la richiesta di rinvio a giudizio, sicché tale sospensione non può essere disposta sul presupposto della mera presentazione di una denuncia e della conseguente apertura di indagini preliminari. In quest'ottica, **Sez. 6 - 2, n. 11688/2018, Cosentino, Rv. 648376-01**, ha accolto il ricorso proposto da un avvocato avverso l'ordinanza con la quale il giudice civile aveva sospeso il giudizio relativo all'accertamento di un suo credito professionale sul presupposto della mera presentazione, dalla parte patrocinata, di una querela di falso relativa alla sottoscrizione della *procura ad litem*.

Sulla falsariga di quanto statuito in tema di interruzione del processo, **Sez. 6 - 2, n. 30738/2018, Grasso Giu., Rv. 651570-02**, ha affermato che la sussistenza di una causa di sospensione del giudizio relativamente ad una sola di più domande cumulate nello stesso processo non è idonea, di per sé, a giustificare la sospensione del processo relativamente a tutte le domande, giacché l'art. 103, comma 2, c.p.c., richiamato dal successivo art. 104, comma 2, attribuisce al giudice il potere di disporre la separazione delle cause quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo ovvero di non disporla quando la separazione sia inopportuna. Poiché la sospensione rappresenta, quindi, un'evenienza che interferisce sul normale svolgimento del processo, incidendo sul principio della ragionevole durata, compete al giudice, quando venga in rilievo una causa di sospensione relativa ad una sola delle domande cumulate nello stesso processo, ponderare ed adeguatamente motivare le ragioni di opportunità del mancato esercizio dei suoi poteri discrezionali di separazione delle cause e quindi la decisione di estendere l'ambito di operatività della sospensione a tutte le domande cumulate.

Con riferimento alla riassunzione di un processo sospeso, **Sez. 6 - 1, n. 10465/2018, Valitutti, non massimata**, ha ribadito che, affinché il giudicato esterno possa fare stato nel processo - anche ai fini del rispetto del termine per la riassunzione di cui all'art. 297 c.p.c. - è necessaria la certezza della sua formazione, che deve



essere provata, pur in assenza di contestazioni, attraverso la produzione della sentenza munita del relativo attestato di cancelleria, ai sensi dell'art. 124 disp. att. c.p.c., che costituisce dunque - come si evince dal tenore letterale della norma ("a prova del passaggio in giudicato della sentenza") - l'ordinario strumento mediante il quale il giudicato deve essere comprovato.

## 18. L'interruzione del processo.

**Sez. 3, n. 20840/2018, Gianniti, Rv. 650423-01**, seguendo l'indirizzo già individuato nel paragrafo (n. 10) dedicato all'ultrattività del mandato alla lite, 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.

La cancellazione della società dal registro delle imprese (v. § 10), a partire dal momento in cui si verifica l'estinzione della società cancellata, priva la società stessa della capacità di stare in giudizio (con la sola eccezione della *fictio iuris* contemplata dall'art. 10 l.fall.); pertanto, sì come chiarito da **Sez. 3, n. 20840/2018, Gianniti, Rv. 650423 – 03**, qualora l'estinzione intervenga nella pendenza di un giudizio del quale la società è parte, si determina un evento interruttivo, disciplinato dagli artt. 299 ss. c.p.c., con eventuale prosecuzione o riassunzione da parte o nei confronti dei soci, successori della società, ai sensi dell'art. 110 c.p.c.

Nell'ipotesi di morte della parte costituita e di dichiarazione dell'evento interruttivo resa in udienza dal suo procuratore o da questi notificata alle altre parti, la mera circostanza che uno dei successori sia parte del giudizio in nome proprio al momento del decesso, sia pure in una posizione di sostanziale coincidenza di interessi e di linea difensiva con il defunto, non comporta che egli assuma automaticamente la qualità di erede dello stesso né al fine dell'impedimento dell'evento interruttivo, né con riguardo alla coltivazione delle domande proposte dal *de cuius*. In applicazione di questo principio, **Sez. 2, n. 15066/2018, Criscuolo, Rv. 649077-01**, ha escluso che il figlio della parte deceduta in corso di causa,

presente nel processo in nome proprio, avesse accettato tacitamente l'eredità ex art. 476 c.c. con la semplice proposizione di appello contro la decisione di primo grado, non avendo speso la qualità di erede del genitore.

**Sez. 2, n. 10487/2018, Penta, Rv. 648169-01**, ha chiarito che la morte del mandante che sta in giudizio per mezzo del mandatario *ad negotia*, costituito tramite procuratore legale, in tanto ha rilevanza processuale ed importa l'interruzione del processo in quanto sia stata dichiarata o notificata dal procuratore legale, restando irrilevante che la morte della parte sia nota al giudice ed alla controparte, sopravvivendo la rappresentanza processuale, per il suo particolare carattere di rapporto esterno rispetto al giudice ed alla controparte, al decesso del mandante; mentre nei rapporti interni fra mandante e mandatario, gli atti (in essi compresa la nomina di un procuratore *ad processum*) che siano stati compiuti dal mandatario prima di conoscere l'estinzione del mandato (per morte del mandante) restano validi, sia nei confronti del mandante che dei suoi eredi (salva da parte di questi ultimi la ratifica dell'operato del mandatario).

Per **Sez. 1, n. 02817/2018, Ferro, Rv. 646878-01**, i "rappresentanti legali" la cui morte, per il disposto degli artt. 299 e 300 c.p.c., è causa di interruzione del processo sono soltanto coloro che stanno in giudizio in luogo degli incapaci, non anche le persone che svolgono la funzione di organi degli enti dotati di una propria autonoma soggettività. In particolare, la morte del legale rappresentante di un ente munito di personalità giuridica non comporta l'interruzione del processo, poiché il concetto di rappresentanza legale, richiamato dall'articolo 299 del codice di procedura civile, si riferisce soltanto alla rappresentanza dei soggetti incapaci, mentre gli amministratori o i liquidatori di enti muniti di personalità giuridica sono mandatari dell'ente medesimo, in conformità di tutta la struttura e della disciplina legale del rapporto che li lega a questo, sicché è privo di efficacia interruttiva il cambiamento della persona fisica investita della rappresentanza della società o dell'ente, sia nel caso di cambiamento della persona dell'amministratore nello stadio di vita normale dell'ente che nell'ipotesi di passaggio della rappresentanza del medesimo da un amministratore all'altro.

La dichiarazione di fallimento determina l'automatica interruzione del processo, con termine trimestrale per la sua riassunzione che decorre dalla data della conoscenza legale dell'evento, estesa, per la curatela fallimentare, anche alla

conoscenza della pendenza del processo ed acquisita, quindi, non in via di mero fatto, ma per il tramite di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento che determina l'interruzione del processo, assistita da fede privilegiata, senza che abbia alcuna efficacia, a tal fine, il momento nel quale venga adottato e conosciuto il provvedimento giudiziale dichiarativo dell'intervenuta interruzione, avente natura meramente ricognitiva (**Sez. 1, n. 09578/2018, Campese, Rv. 648119-01**; cfr. altresì Sez. 6 - 1, n. 05288/2017, Cristiano, Rv. 643975, e Sez. 6 - 3, n. 21375/2017, Tatangelo, Rv. 645921). In caso di interruzione del processo determinata, *ipso iure*, dall'apertura del fallimento, giusta l'art. 43, comma 3, l.fall. (aggiunto dall'art. 41 del d.lgs. n. 5 del 2006), al fine del decorso del termine trimestrale per la riassunzione, quindi, è necessaria la conoscenza "legale" dell'evento interruttivo. In applicazione di questo principio, **Sez. 6 - 1, n. 08640/2018, Lamorgese, Rv. 648573-01**, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto tardiva la riassunzione del processo calcolando il relativo termine dalla notifica della citazione direttamente alla curatela – ciò che, secondo la Corte d'appello, dimostrava la conoscenza del fallimento –, anziché dalla dichiarazione in udienza del procuratore della società fallita. Al fine del decorso del termine per la riassunzione non è, peraltro, di regola ritenuto sufficiente che dell'evento interruttivo, rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, la parte interessata alla prosecuzione del giudizio abbia avuto conoscenza formalmente legale (cioè acquisita per il tramite di atti muniti di fede privilegiata quali dichiarazioni, notificazioni o certificazioni rappresentative dell'evento medesimo), essendo 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 conoscenza legale 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. Per **Sez. 3, n. 31010/2018, Gianniti, Rv. 651867-01**, la conoscenza legale della sentenza dichiarativa di fallimento deve essere acquisita nell'ambito dello specifico giudizio sul quale l'evento medesimo è destinato ad operare, sicché la comunicazione effettuata dal curatore si sensi dell'art. 92 l. fall., costituisce strumento idoneo, ai fini della decorrenza del predetto termine,

solo a condizione che sia indirizzata al difensore della parte processuale, contenga esplicito riferimento alla lite pendente ed interrotta e sia corredata da copia autentica della sentenza di fallimento.

**Sez. 3, n. 09829/2018, De Stefano, non massimata**, ha ribadito il principio ormai consolidato (Sez. U, n. 09686/2013, Spirito, Rv. 626431 - 01) 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.

Per **Sez. 3, n. 20809/2018, Iannello, Rv. 650416-01**, 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, 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.

Peraltro, la morte, la radiazione o la sospensione dall'albo dell'unico difensore a mezzo del quale la parte è costituita nel giudizio di merito determina automaticamente l'interruzione del processo anche se il giudice e le altre parti non ne abbiano avuto conoscenza (e senza, quindi, che occorra, perché si perfezioni la fattispecie interruttiva, la dichiarazione o la notificazione dell'evento), con preclusione di ogni ulteriore attività processuale,

che, se compiuta, è causa di nullità degli atti successivi e della sentenza. Tale principio è stato enunciato da **Sez. 6 - 1, n. 00790/2018, Genovese, Rv. 647332-01**, in una fattispecie in cui un avvocato si era personalmente costituito. **Sez. 6 - 3, n. 28846/2018, Scarano, Rv. 651504-01**, ha confermato il principio consolidato a mente del quale la morte, nel corso del giudizio, dell'unico difensore della parte costituita determina l'interruzione automatica del processo.

Pur tuttavia, il principio secondo cui la sospensione dall'esercizio della professione dell'unico difensore, a mezzo del quale la parte è costituita in giudizio, determina l'automatica interruzione del processo, anche se il giudice e le altre parti non ne abbiano avuto conoscenza, con conseguente nullità degli atti successivi, presuppone il concreto pregiudizio arrecato dall'evento al diritto di difesa (in questi termini si è espressa **Sez. 1, n. 05106/2018, Valitutti, non massimata**).

In questo contesto **Sez. 1, n. 27308/2018, Sambito, Rv. 651468-01**, ha avuto l'occasione per chiarire che anche la cessazione del rapporto di impiego degli avvocati dipendenti degli enti pubblici, iscritti all'albo speciale annesso a quello professionale, determina il totale venir meno dello *ius postulandi* e l'automatica interruzione del processo, ancorché il giudice e le parti non ne abbiano avuto conoscenza, con la conseguente nullità di tutti gli atti successivamente compiuti e della sentenza eventualmente pronunciata, che può essere dedotta mediante l'impugnazione - in funzione di richiesta di prosecuzione del giudizio - solo dalla parte colpita dall'evento interruttivo, stante l'inapplicabilità dell'art. 85 c.p.c. Applicando tale principio, la menzionata pronuncia ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto valida, ai fini della decorrenza del termine breve, la notifica della sentenza effettuata a mani della parte personalmente, priva di difensore, poiché, ancorché colpita dall'evento interruttivo, non lo aveva dichiarato né in primo grado né in sede di impugnazione, limitandosi a formulare censure di merito, contestando, anzi, l'avvenuta interruzione del giudizio per effetto della perdita dello *ius postulandi* del procuratore cancellato dall'albo speciale.

La riassunzione del giudizio interrotto, ove tempestivamente e ritualmente effettuata dalla parte intervenuta, non è inficiata dalla successiva declaratoria di inammissibilità del predetto intervento, atteso che l'accertamento di tale inammissibilità non può travolgere retroattivamente l'impulso processuale reso secondo le modalità normative da un soggetto che, in quel concreto stadio processuale,

rivestiva formalmente il ruolo di parte, e non può conseguentemente determinare l'estinzione del processo. Secondo **Sez. 3, n. 09820/2018, Graziosi, Rv. 648429-01**, è infatti irragionevole ritenere che il legislatore abbia inteso configurare una sorta di estinzione *ex post*, che può manifestarsi anche a distanza di molto tempo e che costituisce fonte di protratta incertezza sulla permanenza o meno dell'esistenza del processo, in contrasto con i principi di conservazione e di economia processuale.

Quando una stessa persona fisica rappresenta in giudizio più soggetti, ma tale rappresentanza ha carattere unitario ed inscindibile, la notificazione è correttamente eseguita mediante consegna di una sola copia dell'atto al procuratore della parte, non trovando applicazione il principio secondo cui la notifica deve avvenire con la dazione di tante copie quante sono le parti contro cui l'atto è diretto. In quest'ottica, **Sez. 6 - 2, n. 15920/2018, Picaroni, Rv. 649096-01**, ha reputato corretta la notificazione dell'atto di riassunzione del processo ex art. 303 c.p.c. e del conseguente decreto di fissazione di udienza eseguita mediante consegna di una unica copia alla parte in proprio e nella qualità di genitore legale rappresentante del figlio minore d'età.

L'atto di riassunzione del processo non introduce un nuovo procedimento, ma espleta esclusivamente la funzione di consentire la prosecuzione di quello già pendente, con la conseguenza che per la sua validità il giudice di merito deve apprezzarne l'intero contenuto, onde verificarne la concreta idoneità a consentire la ripresa del processo. Infatti, la nullità dell'atto di riassunzione non deriva dalla mancanza di uno o più dei requisiti di cui all'art. 125 disp. att. c.p.c., bensì dall'impossibilità del raggiungimento dello scopo a causa della carenza di elementi essenziali, quali: il riferimento esplicito alla precedente fase processuale; l'indicazione delle parti e di altri elementi idonei a consentire l'identificazione della causa riassunta; le ragioni della cessazione della pendenza della causa stessa; il provvedimento del giudice che legittima la riassunzione; la manifesta volontà di riattivare il giudizio attraverso il ricongiungimento delle due fasi in un unico processo. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 11193/2018, Caiazzo, Rv. 648451-01**, ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto inidoneo allo scopo di riassumere taluni giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, in precedenza riuniti e poi interrotti per la morte di uno degli opposenti, l'atto di riassunzione in cui gli altri opposenti, fideiussori del debitore principale deceduto, avevano

dichiarato di agire quali suoi eredi e non in qualità di garanti del medesimo.

**Sez. 2, n. 02757/2018, Federico, Rv. 647304-01**, ha ribadito che, nel caso di interruzione del processo, il ricorso in prosecuzione ex art. 302 c.p.c., in quanto atto di mero impulso processuale nell'ambito di un procedimento già instaurato, di cui permangono tutti gli effetti sostanziali e processuali, non richiede il conferimento di un mandato speciale al difensore, per cui deve ritenersi consentito, ai sensi dell'art. 125 c.p.c., il rilascio successivo della procura (anche in data posteriore alla notificazione del ricorso), purché prima della costituzione della parte rappresentata.

Verificatasi una causa d'interruzione del processo, in presenza di un meccanismo di riattivazione del processo interrotto, destinato a realizzarsi distinguendo il momento della rinnovata *edictio actionis* da quello della *vocatio in ius*, il termine perentorio di sei (*recte*, di tre) mesi, previsto dall'art. 305 c.p.c., è riferibile solo al deposito del ricorso nella cancelleria del giudice, sicché, una volta eseguito tempestivamente tale adempimento, quel termine non gioca più alcun ruolo, atteso che la fissazione successiva, ad opera del medesimo giudice, di un ulteriore termine, destinato a garantire il corretto ripristino del contraddittorio interrotto nei confronti della controparte, pur presupponendo che il precedente termine sia stato rispettato, ormai ne prescinde, rispondendo unicamente alla necessità di assicurare il rispetto delle regole proprie della *vocatio in ius*. Ne consegue che, 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), ma impone al giudice di ordinare, anche qualora sia già decorso il (diverso) termine di cui all'art. 305 c.p.c., la rinnovazione della notifica medesima, in applicazione analogica dell'art. 291 c.p.c., entro un ulteriore termine necessariamente perentorio, solo il mancato rispetto del quale determinerà l'eventuale estinzione del giudizio, per il combinato disposto dello stesso art. 291, comma 3, e del successivo art. 307, comma 3, c.p.c.

Nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 286 c.p.c. in relazione al principio di parità delle armi di cui all'art. 111 Cost. ed al diritto di difesa ex art. 24, comma 2, Cost., valutati pure alla luce degli artt. 47 CDFUE e 6 CEDU, nella parte in cui dispone che, qualora dopo la chiusura della discussione si verifichi la morte della parte, la notificazione della sentenza, se avviene entro un anno dalla morte stessa, può

essere fatta impersonalmente e collettivamente agli eredi nell'ultimo domicilio del defunto, **Sez. 2, n. 27633/2018, Sabato, Rv. 651376-02**, ha evidenziato che la disposizione censurata si sottrae alla censura di illegittimità, in quanto opera un idoneo bilanciamento tra l'esigenza di tutelare il diritto degli eredi di agire in giudizio e quella contrapposta della parte notificante di abbreviare la durata del processo, dovendosi tenere conto sia del ruolo del difensore del defunto, il quale ha l'obbligo di individuare i successori per informarli dello stato della causa, sia, in caso di non adempimento di tale obbligo, della circostanza che la stessa notificazione della sentenza è idonea, per il suo contenuto, a produrre di per sé un effetto informativo nei confronti del consegnatario presso l'ultimo domicilio, nella probabile relazione che l'ordinamento assume che egli abbia con gli eredi.

### **19. L'estinzione del processo.**

Quando, a seguito di sentenza dichiarativa dell'incompetenza del giudice adito, sia stata posta in essere un'attività processuale astrattamente riconducibile al modello della riassunzione, spetta al giudice davanti al quale la riassunzione stessa sia stata effettuata stabilire se essa, come concretamente attuata, sia tempestiva e, più in generale, risponda ai requisiti di forma e di contenuto necessari perché si verifichi l'effetto della continuazione del processo davanti al giudice *ad quem* e sia evitata l'estinzione. A tal fine, **Sez. 2, n. 20068/2018, Cavallari, Rv. 649845-02**, ritiene necessario compiere un attento esame del contenuto sostanziale dell'atto di riassunzione per verificare la sussistenza di una non equivoca volontà di proseguire il giudizio inizialmente promosso, volontà configurabile anche implicitamente, senza che occorra una espressa dichiarazione in questo senso.

La conseguenza processuale della tardiva riassunzione di una causa non è l'inammissibilità del giudizio, bensì 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. In quest'ottica, **Sez. 2, n. 11144/2018, Cosentino, Rv. 648243-01**, ha dichiarato estinto un giudizio di opposizione a delibera sanzionatoria Consob, soggetto all'art. 307, comma 4, c.p.c., nel testo modificato dalla l. n. 269 del 2009, poiché tardivamente



riassunto davanti al giudice ordinario in seguito alla declinatoria di giurisdizione di quello amministrativo.

Quanto al regime giuridico, per **Sez. 6 - L, n. 21977/2018, Esposito, Rv. 650303-01**, non sussiste l'interesse del convenuto ad impugnare un'ordinanza di estinzione del giudizio, trattandosi di statuizione meramente processuale inidonea ad arrecare pregiudizio alle parti coinvolte ed a costituire giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, limitandosi l'efficacia di tale giudicato al solo aspetto del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio.

Opportuna è stata la precisazione offerta da **Sez. 6 - 5, n. 26733/2018, Napolitano, Rv. 650820-01**, che ha ritenuto affetta da vizio di ultrapetizione una decisione che aveva dichiarato l'estinzione del giudizio per una *causa petendi* diversa da quella indicata dalle parti. In particolare, nella fattispecie esaminata la S.C. ha ravvisato il vizio in questione nella pronuncia impugnata che aveva dichiarato cessata la materia del contendere, a fronte di un'istanza del contribuente di "rinuncia al proseguimento del contenzioso" non subordinata a quella dell'Amministrazione finanziaria al recupero del proprio credito nella misura dei due terzi conseguente al rigetto del ricorso di primo grado.

Da ultimo, l'effetto interruttivo permanente della prescrizione si determina anche nel caso di proposizione di un giudizio successivamente estinto nel corso del quale sia stata pronunciata sentenza non definitiva di merito, dovendosi ritenere tale ogni decisione che abbia risolto talune questioni sollevate dalle parti in ordine all'oggetto della domanda. In applicazione di questo principio, **Sez. 1, n. 20308/2018, Mercolino, Rv. 649958 - 01**, in un giudizio avente ad oggetto l'opposizione alla stima di indennità dovute per occupazione ed espropriazione immobiliare, ha ritenuto interrotto il termine di prescrizione dalla proposizione di una precedente domanda fino al passaggio in giudicato della sentenza non definitiva con la quale, in un giudizio in seguito estinto, era stata accertata la mancata emissione del decreto di espropriazione, afferendo tale presupposto non già alla mera proponibilità dell'azione, bensì al suo accoglimento e, quindi, alla sussistenza del diritto.

Già Sez. 1, n. 21201/2017, Mercolino, Rv. 645843, aveva affermato che l'estinzione del processo (sia stata o meno dichiarata dal giudice) elimina l'effetto permanente dell'interruzione della prescrizione prodotto dalla domanda giudiziale ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c., ma non incide sull'effetto interruttivo istantaneo della medesima, comunque prodottosi, con la

conseguenza che la prescrizione ricomincia a decorrere dalla data di detta domanda.



## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **L'ESAME DELLE QUESTIONI TRA ORDINE LOGICO E PRINCIPIO DELLA "RAGIONE PIÙ LIQUIDA"**

(DI PAOLO BERNAZZANI – ANDREA VENEGONI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Correlazioni con la giurisprudenza sul giudicato implicito – 3. Ragione più liquida e ricadute applicative. In particolare, i corollari in tema di ricorso incidentale condizionato.

#### **1. Premessa.**

E' affermazione condivisa che l'ordine logico-giuridico di trattazione delle questioni – secondo la scansione che si articola fra questioni pregiudiziali di rito, questioni preliminari di merito e questioni afferenti al merito in senso stretto - costituisce, in primo luogo, «un principio conformativo della trattazione del giudizio di primo grado e, all'interno di questa funzione, esprime un'esigenza di economia processuale altrettanto rilevante di quella fondata sul suo superamento, derivante dall'adozione in sede di motivazione del principio della ragione più liquida (Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, n. 2, 437 ss.; Biavati, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, *ivi*, 2009, 1301 ss.).

In tale prospettiva, una prima approssimazione al tema di indagine impone di osservare che gli snodi essenziali attraverso i quali tale ordine si declina nella fase di trattazione sono regolati dagli artt. 183 e 187 c.p.c.; le indicazioni desumibili da tali norme, peraltro, non sono vincolanti, nel senso che la mera violazione dell'ordine tratteggiato dalle stesse non è sanzionata con l'invalidità dell'attività successiva o della decisione conclusiva, potendo il giudice esaminare e risolvere *per saltum* le questioni valutate sin dall'inizio decisive, con l'unico vincolo effettivo costituito dal rispetto del principio del contraddittorio sui temi sottesi alle questioni stesse.

Analogo ordine di trattazione delle questioni è adottato dagli artt. 276 e 279 c.p.c. con riferimento alla fase di deliberazione della decisione, secondo la medesima progressione illustrata (tale ordine prevede l'esame dapprima delle questioni pregiudiziali, poi del merito della causa, ex art. 276, comma 2; fra le prime, la precedenza è accordata

alle questioni relative alla giurisdizione ed alla competenza, poi alle pregiudiziali di rito, indi alle preliminari di merito, infine al merito in senso stretto: art. 279, comma 1, nn. 1, 2 e 3); la medesima scansione deve essere, parimenti, osservata in sede di motivazione, come previsto dall'art. 118, comma 2, disp. att. c.p.c., secondo il quale «devono essere esposte concisamente ed in ordine le questioni discusse e decise». Si conviene che, anche in relazione alla fase deliberativa e di redazione della motivazione, il giudice è sempre libero di determinare l'ordine di trattazione delle questioni, sulla base delle circostanze specifiche della controversia, in virtù dell'assenza di un vincolo normativo espresso presidiato da una sanzione processuale derivante dalle norme "ordinatrici". Entro tale cornice ricostruttiva, si precisa che, al più, può evocarsi la nozione di vincolo con riferimento alle modalità con cui le domande e le eccezioni, nonché le "questioni" che le sostanziano, sono prospettate dalle parti ed, in particolare, quando ne venga prospettato il rapporto di subordinazione o tale relazione emerga dalla loro stessa qualificazione giuridica (Acierno, *Op. loc. cit.*).

In tale prospettiva ermeneutica, il tema della ricognizione degli ambiti e dei limiti entro cui sia ammissibile, all'eminente scopo di salvaguardare esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che trascenda canoni improntati ad una rigorosa coerenza logico-sistematica nella scelta dell'ordine delle questioni da trattare, secondo i registri dettati dalle disposizioni richiamate ed, in particolare, dall'art. 276 c.p.c., consentendo di cogliere con immediatezza la questione ritenuta di più agevole soluzione - anche se logicamente subordinata - senza necessità di esaminare previamente le altre, è influenzato da una serie di istanze che non si è mancato di puntualizzare con precisione: viene in rilievo, fra l'altro, la considerazione che il rapporto fra questioni di rito e questioni di merito non si può esaurire in un profilo di ordine strettamente logico-giuridico, posto che, da un lato, «il rito ha una funzione soltanto strumentale ed è una condizione di garanzia per il corretto esercizio dialettico della funzione decisoria, che però tende alla risoluzione del conflitto sul merito» e che, dall'altro, l'ordine delle questioni, al di là della priorità di ordine logico delle pregiudiziali, non costituisce un paradigma immutabile, essendo configurabili ipotesi in cui si verifica, piuttosto, un allineamento di questioni (si formula, al riguardo, l'esempio della concessione di una misura cautelare, che richiede la verifica della sussistenza sia del *fumus* che del *periculum*, onde basta l'accertamento negativo in ordine ad uno dei due profili per giustificare un'ordinanza reiettiva, che non si occupi dell'altro); senza considerare, inoltre, che all'interno della

categoria delle questioni pregiudiziali non è sempre agevole individuare con sicurezza un ordine di esame e che lo stesso potere del giudice di rilevare d'ufficio le questioni pregiudiziali di rito «si declina secondo modalità discrezionali, non suscettibili di critica impugnatoria (giacché le parti, se volevano, potevano introdurre la questione di loro iniziativa) e oggetto di una legittima scelta di gestione del processo», che suggerirà –almeno tendenzialmente - al giudice di esercitare il potere di rilevazione officiosa solo su quelle determinate questioni, «che, nel caso di specie, risultino funzionali e non contrastanti rispetto allo scopo della decisione nel merito» (Biavati, *Op. loc. cit.*).

La stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite conferma, del resto, la conclusione secondo cui se, in linea generale, è indubbio che le questioni pregiudiziali (o impediendo o assorbenti) debbano essere esaminate prima di quelle da esse dipendenti, «i parametri operativi ben possono essere molteplici, e quell'ordine è suscettibile di essere sovvertito. Tali parametri sono costituiti dalla natura della questione, dalla sua idoneità a definire il giudizio, dalla sua maggiore evidenza (cd. liquidità), dalla sua maggiore preclusività, dalla volontà del convenuto». (Sez. U, n. 26242/2014, Rv. 633502-01, Travaglino).

In questa prospettiva, in particolare, la giurisprudenza della Suprema Corte ha da tempo elaborato il principio della cd. ragione più liquida, che rinvia la propria matrice nel tessuto normativo degli artt. 24 e 111 Cost.

In virtù di tale principio, «*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 cod. proc. civ.*»: così, da ultimo, **Sez. 5, n. 11458/2018, Zoso, Rv. 648510-01**, la quale ha affermato la possibilità di esaminare per primo un motivo di merito, suscettibile di assicurare la definizione del giudizio, pur se logicamente subordinata ad altre ugualmente prospettate negli altri motivi di ricorso.

Il tema, invero complesso, intreccia profili di diritto sostanziale e di diritto processuale, interessi privati ed interessi pubblici, soprattutto quando vengono in rilievo questioni rilevabili d'ufficio. Esso comporta anche conseguenze in termini di giudicato, essendo evidente che la non trattazione di alcune questioni, ritenute assorbite da quelle decise, pone non lievi problemi al fine di stabilire se

sulle stesse si possa essere formato o meno il vincolo che da esso deriva.

## **2. Correlazioni con la giurisprudenza sul giudicato implicito.**

La tematica dell'ordine delle questioni nella giurisprudenza di legittimità più recente si intreccia e si definisce proprio nel rapporto con la questione del cd. giudicato implicito. La stretta interdipendenza tra tali diverse opzioni risulta, invero, particolarmente evidente alla luce degli arresti della Corte in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione.

Il riferimento, come è evidente, alla nozione di giudicato implicito sottende l'affermazione che il giudicato "copre" non soltanto l'oggetto diretto della pronuncia, ma anche tutto quello che ne rappresenta il presupposto logico-giuridico, ancorché non sia stato discusso in causa. Da tale impostazione consegue, indubbiamente, una tendenza ad espandere la forza del giudicato oltre ciò che è stato oggetto di effettivo dibattito fra le parti, con l'effetto di cristallizzare tutte le questioni che rappresentino altrettanti antecedenti logici di quelle decise.

E' noto l'orientamento che ha esteso il giudicato implicito - in precedenza applicabile alle questioni di merito "assorbite", ossia non trattate perché prospettate in via subordinata all'accoglimento della principale e, conseguentemente, non affrontate nella motivazione della sentenza pur se implicitamente decise - anche alla questione pregiudiziale di rito concernente la giurisdizione.

Le Sezioni Unite della Corte hanno affermato che ogni decisione di merito, ancorché non accompagnata da alcuna espressa statuizione sulla giurisdizione, implica, di regola, la preventiva verifica della *potestas iudicandi* da parte del giudice che la ha emessa. Conseguentemente, in siffatti casi, la mancata proposizione in appello della questione di giurisdizione integra un comportamento incompatibile con la volontà di dedurre il difetto di giurisdizione, valutabile sotto il profilo dell'acquiescenza, con l'effetto di determinare la formazione del giudicato sul punto e di precludere la stessa possibilità di proporre o di rilevare d'ufficio la questione relativa al difetto di giurisdizione nel giudizio di legittimità.

Icastico, in tal senso, è il *dictum* delle Sezioni Unite, secondo cui «l'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., 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 c.p.c. (non oltre 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 esempio, 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. (Sez. U, n. 24883/2008, Merone, Rv. 604576-01, fattispecie nella quale le Sezioni Unite hanno giudicato inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata per la prima volta in sede di legittimità dalla parte che, soccombente nel merito in primo grado, aveva appellato la sentenza del giudice tributario senza formulare alcuna eccezione sulla giurisdizione, così ponendo in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire il difetto di giurisdizione e prestando acquiescenza al capo implicito sulla giurisdizione della sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c.; v. anche Sez. U, n. 26019/2008, Morcavallo, Rv. 604949-01; Sez. U, n. 29523/2008, Triola, Rv. 605914-01).

Nello stesso senso, la Corte di cassazione, nella sua massima espressione, ha ribadito che, «allorché il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, affermando,



anche implicitamente, la propria giurisdizione e le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione ormai coperta dal giudicato implicito (Nella specie, la S.C., pronunciando sul ricorso proposto avverso una sentenza del giudice di pace, che aveva accolto la domanda formulata da alcuni messi comunali, volta ad ottenere il pagamento di un compenso per l'attività di notificazione di certificati elettorali, in occasione di varie consultazioni elettorali succedutesi nel tempo, hanno proceduto ad esaminare il motivo proposto con riguardo all'incompetenza funzionale del giudice di pace, escludendo, in applicazione del su esteso principio, la possibilità di poter rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, relativamente alle attività di consegna anteriori al 1.7.1998)» (Sez. U, n. 27531/2008, Tirelli, Rv. 605701-01; Sez. U, n. 28503/2017, Lombardo, Rv. 646254 - 01).

Non è dubbio che l'orientamento illustrato abbia esercitato un profondo influsso sul tema relativo all'ordine di esame delle questioni, avendo esso, in sostanza, affermato che la decisione di una causa nel merito in primo grado implica che il giudice si sia pronunciato affermativamente, ancorché implicitamente, sulla propria giurisdizione, di talché, per contestare tale affermazione, è richiesta la formulazione di uno specifico motivo d'appello, essendo altrimenti precluso al giudice dell'impugnazione e a quello di legittimità l'esame officioso della questione.

Vi è, peraltro, un preciso limite all'applicazione del giudicato implicito in tema di giurisdizione: la Corte afferma, infatti, che «*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» (Sez. U, n. 29523/2008, cit.; conf. anche Sez. U, n. 28503/2017, cit.)

Dal sistema delineato dalla giurisprudenza della Suprema Corte si può trarre, dunque, che l'ordine delle questioni in sede deliberativa, così come delineato dal codice di rito, diviene “sostanzialmente” vincolante, introducendosi una “doverosa progressione”, nell'esame delle questioni, nel

senso che il giudice deve seguire l'ordine logico-giuridico nella loro analisi, quale condizione imprescindibile per determinare la formazione, anche sulle questioni non apertamente discusse, del giudicato implicito.

Specularmente, resta al di fuori dal campo dell'applicazione del giudicato implicito in tema di giurisdizione l'ipotesi in cui la decisione di merito sia stata determinata dall'evidenza della ragione più liquida. Invero, allorché dalla decisione possa rilevarsi in modo manifesto che l'esame immediato di una domanda abbia assorbito ogni altra questione per la sua evidenza, mancheranno i presupposti per affermare la sussistenza di una statuizione implicita sulla giurisdizione. Tale ultima opzione decisoria, va rimarcato, non incorre in alcuna sanzione, poiché la decisione di una questione "a valle", di più agevole soluzione e di efficacia risolutiva, prescindendo dalle questioni "a monte", non può dirsi illegittima o viziata, risultando, peraltro, assoggettata al rischio di impugnazione ed alla possibilità che il giudice superiore sollevi d'ufficio determinate questioni di rito.

Quest'ultima impostazione è stata fatta propria da **Sez. U, n. 13195/2018, Scarano, Rv. 648680-01**, nell'enunciare il principio secondo cui «da parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, non ha l'onere di proporre appello incidentale per richiamare in discussione le proprie domande o eccezioni non accolte nella pronuncia, da intendersi come quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite; in tal caso la parte è soltanto tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello o nel giudizio di cassazione in modo tale da manifestare la sua volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo». Nella specie, in particolare, la Corte di legittimità ha annullato la sentenza di merito che aveva ritenuto implicitamente rigettata un'eccezione di prescrizione, da considerarsi, invece, semplicemente assorbita dalla pronuncia, in quanto fondata sul criterio della ragione più liquida.

Sul problema si sofferma diffusamente anche Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, cit., che, trattando della questione attinente ai rapporti tra nullità del contratto e giudicato implicito, conclude nel senso che «la mancanza di qualsivoglia rilevazione/dichiarazione della nullità in sentenza è idonea, in linee generali ma non in via assoluta, e non senza eccezioni, a costituire giudicato implicito sulla validità del contratto. Questo perché «l'assunto della inossidabile primazia del rito rispetto al merito» va disatteso sulla base di alcuni principi che evidenziano come, in effetti,

tale primazia non sussista. Uno di questi, è il concetto di ragione più liquida, che, prosegue la sentenza, «significa, in particolare, che, nell'ipotesi del rigetto della domanda, occorre dare priorità alla ragione più evidente, più pronta, più piana, che conduca ad una decisione indipendentemente dal fatto che essa riguardi il rito o il merito». Alla base di tale criterio vi è un'evidente esigenza di una maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione consentirà di ridurre l'attività istruttoria e quella di stesura della motivazione.

Proprio in tale prospettiva, non si è mancato di evidenziare come, pur in mancanza di sanzione espressa, la violazione dell'ordine delle questioni nella dinamica interna fra questioni pregiudiziali di rito e questioni di merito, possa innescare non lievi questioni in tema d'impugnazione, «non essendo sempre agevole comprendere se il criterio seguito sia stato quello della ragione più liquida o si tratta di una questione assorbita, ovvero implicitamente decisa» (Acierno, *Op. loc. cit.*), con un corollario di “diseconomie di sistema”, quali la rilevazione della pregiudiziale da parte dal giudice superiore con conseguente retrocessione del procedimento al grado precedente, ovvero il rischio che il giudice del grado superiore qualifichi come decisione implicita quella che in realtà sia riconducibile al criterio della ragione più liquida: diseconomie potenzialmente tali da elidere il vantaggio insito nella decisione sul merito *per saltum*.

Parzialmente diverso sembra essere il discorso relativo ai rapporti tra più questioni di merito, rispetto alle quali la progressione logica appare legata più ad un rapporto di allineamento o di concatenazione fra le stesse, onde l'adozione del criterio della ragione più liquida rappresenta l'estrinsecazione di un criterio di economia processuale che può consentire al giudice di superare l'ordine delle questioni, senza tener conto di alcuni antecedenti logici della decisione, entro il limite della domanda di parte e dell'obbligo di motivazione.

### **3. Ragione più liquida e ricadute applicative. In particolare, i corollari in tema di ricorso incidentale condizionato.**

Nella dimensione sistematica che si è tratteggiata si inseriscono, altresì, alcune recenti decisioni della Sezione tributaria. **Sez. 5, n. 11458/2018, Zoso, Rv. 648510-01**, ha ribadito la portata essenziale del principio della “ragione più liquida” affermando che, in virtù di tale principio processuale, 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. Nella specie, la S.C. ha rigettato il ricorso dell'Agenzia delle entrate in controversia concernente l'impugnazione di cartella esattoriale per l'imposta complementare relativa ad una dichiarazione di successione, sulla base del rilievo che la limitazione della responsabilità dell'erede per i debiti ereditari, derivante dall'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, è opponibile a qualsiasi creditore, ivi compreso l'erario, che, di conseguenza, pur potendo procedere alla notifica dell'avviso di liquidazione nei confronti dell'erede, non può esigere l'imposta ipotecaria, catastale o di successione sino a quando non si sia chiusa la procedura di liquidazione dei debiti ereditari, e sempre che sussista un residuo attivo in favore dell'erede. Nel caso di specie, risultava che, al momento della notifica della cartella, la procedura di liquidazione dei debiti ereditari non era ancora chiusa, donde l'illegittimità della cartella impugnata, accertata direttamente dalla Corte senza il preventivo esame delle ulteriori questioni dedotte con gli altri motivi di ricorso.

Una peculiare applicazione dello stesso principio processuale - nella specie, peraltro, conducente ad esiti sovrapponibili a quelli scaturenti dal rispetto dell'ordine delle questioni - ha condotto, altresì, la Corte a ritenere che «l'accertamento della tardività del ricorso introduttivo, impedendo al giudice di conoscere della causa, ha carattere preliminare rispetto alla verifica della necessità di integrazione del contraddittorio e, in sede di decisione, la relativa questione deve essere esaminata con priorità, in omaggio sia del principio della “ragione più liquida” che di quello dell'ordine logico delle questioni» (**Sez. 5, n. 30100/2018, Fracanzani, Rv. 651556 - 01**).

La declinazione del principio in esame incontra, inoltre, uno specifico terreno di elezione in tema di ricorso incidentale condizionato.

Nel panorama giurisprudenziale del 2018, va segnalata, in questo senso, **Sez. 5, n. 09671/2018, Fuochi Tinarelli, Rv. 647714-01**, che ha affermato il principio per il quale il ricorso incidentale condizionato, proposto dalla parte interamente vittoriosa su questioni pregiudiziali decise in senso ad essa sfavorevole nella precedente fase di merito, può essere esaminato e deciso con priorità, senza tenere conto della sua subordinazione all'accoglimento del ricorso principale, quando sia fondato su una ragione più liquida che consenta di modificare l'ordine delle questioni da trattare, in

adesione alle esigenze di celerità del giudizio e di economia processuale di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

In applicazione dell'enunciato principio, la Corte ha ritenuto logicamente pregiudiziale l'esame del ricorso incidentale, con il quale era stata denunciata la violazione dell'art. 112 c.p.c., per non aver il giudice del gravame accolto l'appello incidentale, con il quale era stata chiesta una declaratoria accertativa del passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, e, ritenuta la sua fondatezza, lo ha accolto, dichiarando, conseguentemente, inammissibile il ricorso principale.

In motivazione, la S.C. ha puntualizzato che la natura condizionata del ricorso incidentale, in quanto proposto dalla parte interamente vittoriosa con riferimento ad una questione pregiudiziale rimasta assorbita, non ne preclude l'esame (e la decisione) con priorità, quando sia fondato su una ragione più liquida, che consenta di modificare l'ordine delle questioni da trattare, in adesione alle esigenze di celerità del giudizio e di economia processuale di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

Tale conclusione vale, a maggior ragione, quando, - come nel caso di specie, ove veniva in considerazione un'eccezione di giudicato interno - la questione poteva essere rilevata d'ufficio, onde era possibile superare la volontà della parte, manifestata con la proposizione del ricorso incidentale condizionato, di subordinare l'esame dell'impugnazione all'accoglimento del ricorso principale.

La decisione in esame, inoltre, nel richiamare Sez. U, n. 23019/2007, Vitrone, Rv. 600072-01, ha rilevato che la questione riproposta con il ricorso incidentale condizionato in cassazione era stata del tutto trascurata dal giudice dell'appello, che ne aveva omesso ogni cenno, sicché l'esame con priorità era da ritenersi pacificamente ammissibile.

Come già posto in evidenza dalla Relazione di questo Ufficio n. 74 del 23 luglio 2018, la decisione sopra richiamata si inserisce consapevolmente in un panorama di decisioni, successive all'ultima pronuncia a Sezioni Unite sull'argomento (Sez. U, n. 07381/2013, Amatucci, Rv. 625558-01), che adottano diversi approcci interpretativi alla questione. In tale prospettiva, può rilevarsi che l'aver fatto seguire al primo argomento posto a fondamento della decisione, radicato sulla ragione più liquida, le ulteriori considerazioni incentrate sulla rilevanza d'ufficio della questione fatta valere con il ricorso incidentale condizionato e sulla mancanza di una pronuncia del giudice di merito su tale questione rilevabile d'ufficio, sembra essere diretto ad evidenziare che, anche seguendo tesi diverse da quella accolta, si sarebbe comunque potuto pervenire all'esame prioritario del ricorso incidentale condizionato.

Improntata a registri ermeneutici conformi alla pronuncia appena esaminata è Sez. L, n. 23531/2016, Cavallaro, Rv. 642082-01, la quale ha ritenuto che il ricorso incidentale condizionato, proposto dalla parte interamente vittoriosa, su questioni pregiudiziali decise in senso ad essa sfavorevole nella precedente fase di merito, può essere esaminato e deciso con priorità, senza tenere conto della sua subordinazione all'accoglimento del ricorso principale, se è fondato su una ragione più liquida, che consenta di modificare l'ordine delle questioni da trattare, in adesione alle esigenze di celerità del giudizio e di economia processuale di cui agli artt. 24 e 111 Cost. In tale occasione, il collegio decidente ha fatto applicazione dell'enunciato principio in tema di revoca della pensione, affermando, in accoglimento del ricorso incidentale condizionato, l'improponibilità della domanda giudiziale per difetto di domanda amministrativa, laddove la corte d'appello aveva dichiarato la decadenza ai sensi dell'art. 42 del d.l. n. 269 del 2003, conv. in l. n. 326 del 2003.

Una distinta posizione ermeneutica sembra ispirare, invece, un altro gruppo di decisioni.

Fra esse, va richiamata **Sez. 3, n. 06138/2018, Iannello, Rv. 648420-01**, secondo la quale, alla stregua del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, il cui fine primario è la realizzazione del diritto delle parti ad ottenere risposta nel merito della vertenza, il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni pregiudiziali di rito, comprese quelle attinenti alla giurisdizione, o preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni indicazione della parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, non siano state oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito. Qualora, invece, sia intervenuta detta decisione, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte di cassazione solo in presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale.

Ai principi espressi da tale decisione aderisce, con specifico riferimento al giudizio di appello, Sez. 1, n. 04047/2016, Ragonese, Rv. 638862-01, ha ritenuto che l'appello incidentale che investa una questione preliminare di merito, proposto dalla parte totalmente vittoriosa in primo grado, ha natura di gravame condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione, sicché, ove la suddetta questione (nella specie, carenza di legittimazione passiva) sia stata oggetto di decisione esplicita o implicita ad opera del primo giudice, quello di secondo grado deve

esaminarla solo in presenza dell'attualità dell'interesse e, cioè, unicamente nell'ipotesi di fondatezza dell'impugnazione principale, mentre, in caso contrario, non può rigettarla, restando la stessa assorbita.

L'impostazione da ultimo enunciata confluisce nell'alveo dell'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite (da ultimo, Sez. U, n. 07381/2013, Amatucci, Rv. 625558-01), secondo cui, nel giudizio di cassazione, il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito (quale l'improponibilità dell'appello, comunque rigettato, in relazione all'intervenuta rinuncia preventiva all'impugnazione, disattesa nella sentenza gravata sul presupposto della nullità di detta rinuncia) ha natura di ricorso condizionato all'accoglimento del ricorso principale, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, sicché, laddove le medesime questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito siano state oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito, tale ricorso incidentale deve essere esaminato dalla Corte solo in presenza dell'attualità dell'interesse, ovvero unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale; un principio analogo, ispirato alla tutela del valore costituzionalmente tutelato della ragionevole durata del processo, secondo il quale fine primario di ogni giudizio è la realizzazione del diritto delle parti ad ottenere una risposta sul merito della lite, era stato enunciato da Sez. U, n. 05456/2009, Segreto, Rv. 606973-01 anche con riferimento alle questioni attinenti alla giurisdizione (cfr. anche Sez. U, n. 23019/2007, Vitrone, Rv. 600072-01; Sez. U, n. 26018/2008, Morcavallo, Rv. 604946-01).

In conclusione, dunque, dal panorama delle decisioni citate sembrano emergere differenti visioni circa i limiti entro i quali il giudice di legittimità può esaminare direttamente le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito introdotte con il ricorso incidentale condizionato, ritenendosi dal primo orientamento esaminato che le stesse possano sempre essere esaminate prioritariamente quando si tratta di questioni suscettibile di decisione più liquida, mentre secondo l'orientamento espresso nelle decisioni da ultimo richiamate, si ritiene che tale esame prioritario sia possibile solo se si tratta di questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito, rilevabili d'ufficio, che non siano state oggetto di una decisione esplicita o implicita del giudice di merito.

Va, infine, accennato ad un ulteriore profilo ermeneutico: sebbene, secondo l'orientamento maggioritario, il ricorso incidentale debba essere qualificato come condizionato, ove riguardi questioni preliminari di

merito o pregiudiziali di rito in relazione alle quali la parte vittoriosa nel merito sia rimasta soccombente, indipendentemente dalle indicazioni offerte dalla parte stessa, secondo altra impostazione tali indicazioni sarebbero rilevanti, nel senso che, qualora la parte abbia proposto ricorso incidentale non condizionato, pur prospettando questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito – ed indipendentemente dalla loro rilevabilità o meno d'ufficio –, tali questioni devono essere esaminate comunque prioritariamente, perché, si ritiene, la rilevabilità d'ufficio rileva solo nel caso di ricorso incidentale condizionato, con ciò consentendo di disattendere l'ordine nell'esame delle questioni, imposto dalla parte. In tal senso, Sez. 1, n. 23271/2014, Rv. 633364-01, ha affermato che, nel giudizio in cassazione, il ricorso incidentale proposto senza essere condizionato, se investe pregiudiziali di rito o preliminari di merito la cui decisione, secondo l'ordine logico e giuridico, debba precedere quella del merito del ricorso principale, deve senza dubbio essere esaminato per primo, indipendentemente dalla rilevabilità d'ufficio delle questioni proposte, posto che la rilevabilità d'ufficio assume importanza solo al fine di potere superare, nel caso di ricorso incidentale condizionato, la volontà della parte, espressasi nel senso di subordinare la propria impugnazione all'accoglimento (e quindi al previo esame) del ricorso principale.

Per converso, in caso di ricorso incidentale non condizionato l'interesse all'impugnazione sorge per il solo fatto che il ricorrente incidentale è soccombente sulla questione pregiudiziale o preliminare, decisa in senso a lui sfavorevole, così da rendere incerta la vittoria conseguita sul merito dalla stessa proposizione del ricorso principale e non già dalla sua eventuale fondatezza.





## CAPITOLO XII

### LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

(DI GIAN ANDREA CHIESI)

SOMMARIO: 1. Profili generali – 2. La soccombenza – 2.1 (Segue) La soccombenza, tra spese di lite e 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 – 3.4. (Segue) Le impugnazioni incidentali – 4. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione. – 4.1. (Segue) L'omesso rilievo dell'esistenza di una situazione di litisconsorzio necessario. 5. Il contumace involontario.

#### 1. Profili generali.

L'art. 324 c.p.c. chiarisce quali sono i mezzi per impugnare le sentenze, individuando gli stessi nel regolamento di competenza, nell'appello, nel ricorso per cassazione, nella revocazione e nell'opposizione di terzo; cionondimeno, la classificazione più ricorrente in materia è quella che distingue i mezzi di impugnazione in (a) ordinari e (b) straordinari: i primi, proponibili fino al passaggio in giudicato della decisione che intendono censurare, sono il regolamento di competenza, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi indicati nei nn. 4 e 5 dell'art. 395; i secondi, indifferenti al passaggio in giudicato della sentenza, sono invece individuati nella revocazione per i motivi indicati nei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. e nell'opposizione di terzo. Indipendentemente dalla disciplina specifica dettata per ciascuno dei mezzi di impugnazione predetti, il codice di rito si preoccupa di definire alcune regole comuni, trasversalmente applicabili a tutti i mezzi di impugnazione nonché, in quanto compatibili, anche al processo tributario, come previsto dall'art. 49 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Rinviano agli specifici capitoli per ciò che concerne i singoli mezzi di impugnazione, ci si soffermerà, nella presente trattazione, sulle regole “comuni” che presiedono agli stessi.

#### 2. La soccombenza.

Essenziale per l'esercizio della facoltà di impugnazione (anche tardiva – cfr. *infra*) è, al pari di quanto previsto dall'art. 100 c.p.c. relativamente al giudizio di prime cure, l'esistenza di un

interesse - concreto ed attuale - alla proposizione del mezzo di gravame, interesse ravvisabile nella “soccombenza” nel suo aspetto sostanziale e, cioè, nel pregiudizio che la parte subisca a causa della decisione, da apprezzarsi in relazione all'utilità giuridica che può derivare, al proponente il gravame, dall'eventuale suo accoglimento (**Sez. 3, n. 13395/2018, Spaziani, Rv. 649038-02**): così, **Sez. 2, n. 00722/2018, Scarpa, Rv. 647150-01**, esclude la sussistenza di un interesse all'impugnazione della parte integralmente vittoriosa con riguardo alle enunciazioni contenute nella motivazione della sentenza, salvo che dalle stesse non possa dedursi una statuizione implicita suscettibile di passare in giudicato, perché presupposto necessario della decisione, e dalla quale possa derivare un concreto pregiudizio (nella specie, la S.C. ha ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione proposto dai proprietari di una strada privata che, nonostante fosse stata accolta la loro domanda volta ad interdire al convenuto l'accesso alla stessa, contestavano l'affermazione, contenuta nella sentenza di appello, dell'esistenza di una servitù di uso pubblico su tale strada in quanto non suscettibile di passare in giudicato); del pari, **Sez. 2, n. 30945/2018, Bellini, Rv. 651539-01**, evidenzia come, in tema di condanna al pagamento delle spese processuali, il debitore non ha interesse a criticare il relativo capo della sentenza per il solo fatto che tale condanna sia stata pronunciata a favore del difensore della sua controparte, anziché della stessa parte rappresentata dal difensore, giacché l'art. 93 c.p.c. attiene ai rapporti tra la parte e il suo difensore, onde il rispetto, o meno, di detta disposizione normativa non incide in alcun modo sulla posizione giuridica dell'altra parte che venga condannata a pagare le spese del giudizio, atteso che la sua situazione processuale non può ritenersi aggravata perché il pagamento è stato disposto direttamente nei confronti del difensore e non della parte personalmente.

Ricorrente nella prassi è, poi, il caso affrontato da **Sez. U, n. 22439/2018, Giusti, Rv. 650463-01**, a proposito della parte attrice la cui domanda sia rigettata nel merito e che, facendo valere attraverso lo strumento dell'impugnazione il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria da essa stessa adita, miri ad ottenere una pronuncia che, attraverso il meccanismo della *translatio*, abbia l'effetto (indiretto) di porre nel nulla proprio quella decisione a sé sfavorevole: orbene nel ribadire il proprio consolidato orientamento sul punto (Sez. U, n. 21260/2016, Giusti, Rv. 641347-01), la S.C. ha evidenziato come, in tal caso, l'attore non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di

giurisdizione del giudice da lui stesso prescelto giacché, di fronte ad una sentenza di rigetto della domanda, non è ravvisabile una sua soccombenza anche sulla questione di giurisdizione, capo relativamente al quale l'attore va considerato, al contrario, a tutti gli effetti vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa, così come implicitamente o esplicitamente sostenuto dallo stesso attore, che a quel giudice si è rivolto con l'atto introduttivo della controversia, per chiedere una risposta al suo bisogno individuale di tutela. Relativamente a tale pronuncia a contenuto processuale di segno positivo, dunque, non è configurabile, a carico dell'attore, alcuna soccombenza, che del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario; la soccombenza nel merito non può essere trasferita, cioè, sul (e utilizzata per censurare il) diverso capo costituito dalla definizione endoprocessuale della questione di giurisdizione, trattandosi di aspetto non destinato, per sua natura, a differenza di ciò che avviene con riguardo ad altre questioni pregiudiziali di rito, a condizionare l'efficacia e l'utilità stessa della decisione adottata.

## **2.1.(Segue). La soccombenza, tra spese di lite e raddoppio del contributo unificato.**

La soccombenza non si pone solo quale antecedente necessario rispetto alla stessa ammissibilità del gravame (individuando, come detto, i soggetti legittimati alla sua proposizione), ma è nozione che, sotto diverso angolo prospettico, consente - non dissimilmente da quanto avviene nel giudizio di primo grado - la regolamentazione delle spese di lite nonché - quale *proprium* di quello di impugnazione (inclusi, dunque, il regolamento di competenza - Sez. 6-L, n. 11331/2014, Marotta, Rv. 630910-01 - il ricorso per cassazione avverso le decisioni in materia disciplinare del Consiglio Nazionale Forense - **Sez. U, n. 09558/2018, Perrino, Rv. 648104-02** - e la revocazione, ma non il procedimento di correzione degli errori materiali - **Sez. 6-3, n. 23914/2018, Rossetti, Rv. 651362-01**) - la condanna al pagamento del doppio del contributo unificato, secondo quanto previsto, per i procedimenti iniziati in data successiva al 30 gennaio 2013, dall'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.

Con specifico riferimento a tale ultima disposizione, premesso che, nella ricorrenza dei relativi presupposti applicativi, il

giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunciando il provvedimento che la definisce, a dare atto - senza ulteriori valutazioni decisionali, trattandosi di fatti insuscettibili di diversa estimazione - della loro sussistenza (Sez. 3, n. 05955/2014, De Stefano, Rv. 630551-01), competendo al contrario in via esclusiva all'Amministrazione valutare se, nonostante l'attestato tenore della pronuncia, spetti in concreto la doppia contribuzione, con la conseguenza che, qualora l'Amministrazione constati l'esenzione o la prenotazione a debito - come nel caso di patrocinio a spese dello Stato - le ulteriori deliberazioni rimangono di sua spettanza ed è contro di esse che potrà estrinsecarsi la reazione della parte, mediante i mezzi di tutela avverso l'eventuale illegittima pretesa di riscossione, senza che l'attestazione del giudice civile possa leggersi come di debenza della doppia contribuzione, non avendo essa tale oggetto (Sez. 3, n. 13055/2018, Frasca, Rv. 649105-02 nonché Sez. 6-1, n. 15166/2018, Sambito, Rv. 649329-01 e Sez. 3, n. 26907/2018, Frasca, Rv. 651141-01). Precisa ulteriormente Sez. 6-3, n. 08170/2018, Vincenti, Rv. 648699-01 che il relativo capo del provvedimento di definizione dell'impugnazione è insuscettibile di autonoma impugnazione, non essendo dotato di contenuto condannatorio o declaratorio sicché, l'eventuale errore del giudice può solo consentire un'attestazione *ex lege* della non debenza del detto ulteriore contributo), la regola ivi contemplata non opera (a) nei confronti di quelle parti della fase o del giudizio di impugnazione, come le Amministrazioni dello Stato, che siano istituzionalmente esonerate, per valutazione normativa della loro qualità soggettiva, dal materiale versamento del contributo stesso, mediante il meccanismo della prenotazione a debito (Sez. 3, n. 05955/2014, De Stefano, Rv. 630550-01 e Sez. 6-L, n. 01778/2016, Mancino, Rv. 638714-01) né (b) nelle controversie devolute alle sezioni specializzate agrarie *ex lege* n. 320 del 1963 che, pur non annoverate tra quelle esentate dal contributo unificato disciplinate dagli artt. 9 e 10 del d.P.R. n. 115 del 2002, cionondimeno continuano ad essere esentate da detto contributo in virtù della non abrogata norma di cui all'art. 3 della l. n. 283 del 1957 (Sez. 3, n. 06227/2016, Graziosi, Rv. 639365-01).

Per altro verso, poi, la condanna al pagamento del doppio del contributo unificato è del tutto svincolata dalla condanna alle spese, trovando il proprio fondamento nel fatto oggettivo del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa per l'impugnante, del gravame (Sez. 6-3, n. 10306/2014, Amendola A., Rv. 630896-01) ed è, invece, intimamente connessa al momento di proposizione del

gravame, nel senso che, come chiarito da Sez. 6-2, n. 13636/2015, Giusti, Rv. 635682-01, la *ratio* della previsione va individuata nella finalità di scoraggiare le impugnazioni dilatorie o pretestuose: sicchè tale meccanismo sanzionatorio si applica per l'inammissibilità originaria del gravame ma non per quella sopravvenuta (ad esempio, per sopravvenuto difetto di interesse). Conseguenze da quanto precede che, nell'ipotesi di rinuncia al ricorso per cassazione da parte del contribuente per adesione alla definizione agevolata (nella specie, di cui al d.l. n. 148 del 2017, conv., con modif., dalla l. n. 172 del 2017), ove il presupposto per la rinuncia e, quindi, la causa di inammissibilità del ricorso sia sopravvenuta rispetto alla proposizione del medesimo, non sussistono i presupposti per condannare lo stesso al pagamento del cd. "doppio contributo unificato" (Sez. 6-5, n. 14782/2018, Manzoni, Rv. 649019-02); del pari, esclude l'applicabilità dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, la declaratoria di estinzione del giudizio di gravame (Sez. 5, n. 25485/2018, Fuochi Tinarelli, Rv. 650803-01).

### 3. I termini di impugnazione: 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. I termini in questione sono sostanzialmente di due tipi: a) uno cd. breve (cfr. gli artt. artt. 325 e 326 c.p.c.), diverso a seconda che riguardi il regolamento di competenza, l'appello, la revocazione e l'opposizione di terzo revocatoria (nel qual caso è di trenta giorni) oppure riguardi il ricorso per cassazione (nel qual caso è di sessanta giorni), il cui *dies a quo* di decorrenza è variamente indicato a seconda del tipo di impugnazione; b) uno cd. lungo (l'art. 327 c.p.c.), di sei mesi, decorrente dalla pubblicazione della sentenza.

Prendendo le mosse dal termine cd. breve, lo stesso decorre, di regola, dalla notificazione, effettuata ai sensi degli artt. 285 e 286 c.p.c., del provvedimento suscettibile di impugnazione: tale principio vale anche in caso di sentenza pronunciata a seguito di discussione orale, ex art. 281-*sexies* c.p.c., non potendosi considerare equipollente la lettura del dispositivo e della motivazione in udienza (Sez. 3, n. 19743/2014, Ambrosio A., Rv. 632819-01). A tale riguardo, però, occorre considerare il principio affermato, sia pure con riferimento al diverso termine cd. lungo ex art. 327 c.p.c., da Sez. 6-3, n. 19908/2018, Scarano, Rv. 650289-01, per il quale la

sentenza pronunciata a norma dell'art. 281-sexies c.p.c. con lettura del dispositivo in udienza ma senza contestuale motivazione, benché viziata, in quanto non conforme al modello previsto dalla norma, conserva la sua natura di atto decisionale, dovendosi escludere la sua conversione in valida sentenza ordinaria per essersi consumato il potere decisorio del giudice al momento della sua pubblicazione: sicché il termine lungo per l'impugnazione decorre dalla sottoscrizione del verbale di udienza, *ex lege* equiparato alla pubblicazione della sentenza, restando invece irrilevante, anche ai fini della tempestività dell'impugnazione, la successiva ed irrituale pubblicazione della motivazione, in quanto estranea alla struttura dell'atto processuale ormai compiuto.

Non incide negativamente, sul decorso del termine breve, la notificazione telematica della sentenza, mediante copia priva della regolare attestazione di conformità all'originale, ma la cui relata contenga l'indicazione della data di pubblicazione e l'attestazione che la stessa, originariamente, recava firma digitale: secondo **Sez. L, n. 20747/2018, Bellé, Rv. 650245-03**, infatti, tale notificazione è comunque idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione, salvo che il destinatario deduca e dimostri che tale irregolarità abbia arrecato un pregiudizio alla conoscenza dell'atto e al concreto esercizio del diritto di difesa. Tale principio è conforme alla *ratio* di fondo, sottostante la disciplina ex artt. 325 e 236 c.p.c., per la quale il termine breve di impugnazione decorre soltanto in forza di una conoscenza "legale" del provvedimento da impugnare, una conoscenza, cioè, 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 (**Sez. 2, n. 15626/2018, Carrato, Rv. 649179-01**). Ove eseguita con modalità telematica, ai sensi degli artt. 3 bis e 11 della l. n. 53 del 1994, occorre che la notificazione sia effettuata, a pena di nullità, presso l'indirizzo PEC risultante dai pubblici elenchi di cui all'art. 16 ter del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in l. n. 221 del 2012, quale domicilio digitale qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'organizzazione preordinata all'effettiva difesa, con la conseguenza che **Sez. 6-L, n. 13224/2018, Fedele, Rv. 648685-01**, ha ritenuto non idonea a determinare la decorrenza del termine breve di cui all'art. 326 c.p.c. la notificazione della sentenza effettuata ad un indirizzo di PEC diverso da quello inserito nel Registro e comunque non risultante dai pubblici elenchi, ancorché indicato dal difensore

nell'atto processuale. Analoga la posizione assunta da **Sez. 3, n. 14914/2018, Iannello, Rv. 649318-01**, per la quale, in materia di notificazioni al difensore, a seguito dell'introduzione del "domicilio digitale", corrispondente all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza, previsto dall'art. 16 sexies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in l. n. 221 del 2012, come modificato dal d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., in l. n. 114 del 2014, la notificazione dell'atto di appello va eseguita all'indirizzo PEC del difensore costituito risultante dal ReGIndE, pur non indicato negli atti dal difensore medesimo, con conseguente nullità della notificazione effettuata - ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934 - presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario innanzi al quale pende la lite, anche se il destinatario abbia ommesso di eleggere il domicilio nel Comune in cui ha sede quest'ultimo, a meno che, oltre a tale omissione, non ricorra anche la circostanza che l'indirizzo di posta elettronica certificata non sia accessibile per cause imputabili al destinatario.

In taluni casi, poi, è la comunicazione del provvedimento a segnare, in via eccezionale (arg. da **Sez. 1, n. 07154/2018, Campese, Rv. 647842-01**), il *dies a quo* di decorrenza del termine breve: così, ad esempio, il termine breve di trenta giorni, previsto dall'art. 1, comma 58, della l. n. 92 del 2012, 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., decorre solo dalla comunicazione della sentenza o dalla notificazione della stessa se anteriore, senza che rilevi la lettura del provvedimento in esito all'udienza ai sensi dell'art. 429 c.p.c., attesa la specialità del rito rispetto alla disciplina ordinaria e la necessità di interpretare restrittivamente la norma in tema di decadenza dall'impugnazione, escludendosi pertanto la possibilità di individuare un momento di decorrenza della stessa diverso da quello indicato dalla legge (**Sez. L, n. 19862/2018, Amendola F., Rv. 650041-01**). Del pari, nell'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., che decorre dalla comunicazione dell'ordinanza, ovvero dalla sua notificazione, nel caso in cui la controparte vi abbia provveduto prima della detta comunicazione o se la cancelleria abbia del tutto ommesso tale adempimento (**Sez. 3, n. 20852/2018, Iannello, Rv. 650427-01**).



Specifici termini di decorrenza delle impugnazioni, diversi dalla data di notificazione o pubblicazione della sentenza, ovvero di sua comunicazione, si applicano, peraltro, nel caso di (a) revocazione straordinaria ex art. 395, nn. 1, 2, 3, e 6 c.p.c. (relativamente alla quale il termine di 30 giorni, decorre, alternativamente, dal giorno in cui è stato scoperto il dolo, in 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, in caso di revocazione fondata sul ritrovamento di esso, quando la parte non abbia potuto produrlo per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; dal giorno in cui è passata in giudicato la sentenza che ha accertato il dolo del giudice), di (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) e (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 scoperta il dolo o la collusione delle parti in danno dei propri creditori e aventi causa sono stati molteplici).

### 3.1. (Segue) Termine breve e sopravvenienze.

Nel corso del 2018, numerosi sono stati gli interventi della S.C. avuto riguardo all'influenza, sul decorso del termine breve, delle modifiche di carattere soggettivo afferenti il destinatario della notifica del provvedimento suscettibile di esser impugnato. Così **Sez. 6-1, n. 30835/2018, Falabella, non massimata**, ha chiarito che, ove la parte, nel giudizio *a quo*, abbia eletto domicilio autonomo, ossia presso un domiciliatario diverso dal difensore, il criterio topografico di elezione prevale sul criterio personale, quest'ultimo essendo configurabile soltanto per il domiciliatario che sia anche difensore, con la conseguenza che la sopravvenuta inidoneità del criterio topografico - dovuta al fatto che il domiciliatario non difensore abbia trasferito il proprio studio professionale senza darne avviso alla controparte del domiciliante - legittima la controparte medesima a notificare la sentenza, ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione, presso la cancelleria del giudice *a quo*, ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del

1934. Del pari, dando seguito ad un orientamento inaugurato da Sez. U, n. 15295/2014, Spirito, Rv. 631467-01, la recente **Sez. 5, n. 30341/2018, Guida, Rv. 651560-01**, ha precisato che la cancellazione della società dal registro delle imprese dà luogo ad un fenomeno estintivo che priva la stessa della capacità di stare in giudizio, costituendo un evento interruttivo la cui rilevanza processuale è peraltro subordinata, ove la parte sia costituita a mezzo di procuratore, stante la regola dell'ultrattività del mandato alla lite, dalla dichiarazione in udienza ovvero dalla notificazione dell'evento alle altre parti; a tale principio consegue che: a) la notificazione della sentenza fatta a detto procuratore, ex art. 285 c.p.c., è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione nei confronti della società cancellata; b) il medesimo procuratore, qualora originariamente munito di procura alla lite valida per gli ulteriori gradi del processo, è legittimato a proporre impugnazione - ad eccezione del ricorso per cassazione, per cui è richiesta la procura speciale - in rappresentanza della società; c) è ammissibile la notificazione dell'impugnazione presso detto procuratore, ai sensi dell'art. 330, comma 1, c.p.c., senza che rilevi la conoscenza *aliunde* di uno degli eventi previsti dall'art. 299 c.p.c. da parte del notificante (in senso conforme cfr. anche **Sez. 2, n. 20964/2018, Grasso Giu., Rv. 650025-01**). Di ulteriore rilievo il principio affermato da **Sez. 6-2, n. 24799/2018, Criscuolo, Rv. 651232-01**, per cui, in caso di morte del difensore della parte durante la decorrenza del termine per impugnare, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 1986, opera la disciplina dell'art. 328, comma 1, c.p.c., secondo il quale detto termine si interrompe e comincia a decorrere di nuovo dal giorno in cui è rinnovata la notificazione della sentenza mentre, se tale rinnovazione non viene eseguita, l'impugnazione deve essere proposta nel termine previsto dall'art. 327 c.p.c., decorrente dalla pubblicazione della sentenza, e non dall'evento interruttivo. Si occupa, infine, dell'ipotesi di sospensione del difensore costituito durante la pendenza del termine per l'impugnazione, **Sez. 2, n. 11298/2018, Fortunato, Rv. 648323-01**, la quale osserva come in tal caso la notificazione della sentenza alla parte personalmente rappresenti l'unico mezzo per far decorrere il termine breve ex art. 325 c.p.c., atteso che, in tal modo, la parte difesa dall'avvocato sospeso è posta in condizione di informarsi circa le ragioni per le quali la notifica è stata eseguita nei confronti suoi anziché del difensore e di designarne tempestivamente un altro, senza che il notificante sia gravato

dall'onere di avvisare la controparte destinataria della notifica dell'evento che ha colpito il suo difensore.

### 3.2. (Segue) Il termine cd. lungo.

Quanto al termine cd. lungo, esso decorre dalla data di pubblicazione della sentenza a norma dell'art. 133 c.p.c. e non da quella di comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza alla parte costituita: la data di pubblicazione, peraltro, è attestata dal cancelliere. L'art. 46 della l. n. 69 del 2009 ha ridotto la durata di tale termine 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 il momento dell'instaurazione di una successiva fase o di un successivo grado di giudizio (cfr., da ultimo, **Sez. 5, n. 19979/2018, Mengoni, Rv. 650147-01**).

Con specifico riferimento al *dies a quo* di decorrenza di tale termine, **Sez. 2, n. 24891/2018, Grasso Giu., Rv. 650663-01**, ha affrontato il peculiare caso di redazione della sentenza in formato elettronico e sua successiva trasmissione al cancelliere: la Corte ha in tale occasione chiarito che il momento a partire dal quale deve ritenersi decorrente il termine ex art. 327 c.p.c. coincide con la data in cui il cancelliere provvede al deposito ufficiale ed al suo inserimento nell'elenco cronologico, con attribuzione del relativo numero identificativo, giacché è solo da tale momento che la sentenza diviene ostensibile agli interessati. La decisione è, nella sostanza, in linea con il principio poco prima affermato, sia pure con riferimento alle sentenze "analogiche", da **Sez. 6-2, n. 18586/2018, Lombardo, Rv. 649658-01**, per la quale il cd. termine lungo ex art. 327 c.p.c. decorre dalla data di pubblicazione, cui la norma espressamente si riferisce, ossia dal giorno del suo deposito ufficiale presso la cancelleria del giudice che l'ha pronunciata, attestato dal cancelliere, che costituisce l'atto mediante il quale la decisione viene ad esistenza giuridica, mentre alcuna rilevanza assumono, in mancanza di tale adempimento, la data di deposito della sola minuta, perché mero atto interno all'ufficio che avvia il procedimento di pubblicazione, e quella di inserimento del provvedimento nel registro cronologico, con l'attribuzione del relativo numero identificativo.

Completando, poi, il principio già esposto in precedenza, con riguardo al termine breve, quando è pronunciata l'inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c., il ricorso per cassazione

può essere proposto nel termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c. solo qualora risultino omesse sia la comunicazione che la notificazione dell'ordinanza di inammissibilità; sicché, nell'ipotesi in cui l'ordinanza sia stata letta in udienza, si applica il termine breve previsto dall'art. 325, comma 2, c.p.c., decorrente dall'udienza stessa, atteso che la lettura del provvedimento e la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che lo contiene non solo equivalgono alla pubblicazione, ma esonerano la cancelleria da ogni ulteriore comunicazione, ritenendosi, con presunzione assoluta di legge, che il provvedimento sia conosciuto dalle parti presenti o che avrebbero dovuto esserlo (**Sez. 6-L, n. 17716/2018, Doronzo, Rv. 649866-01**): ciò implica, peraltro, che la procedibilità del ricorso per cassazione, ex art. 369, comma 2, c.p.c., consegue ad un duplice onere di deposito, avente ad oggetto la copia autentica sia della sentenza di prime cure sia, per la verifica della tempestività del ricorso medesimo, dell'ordinanza di inammissibilità, con la relativa comunicazione o notificazione; in difetto, il ricorso è improcedibile, salvo che, ove il ricorrente abbia assolto l'onere di richiedere il fascicolo d'ufficio alla cancelleria del giudice *a quo*, la Corte, nell'esercitare il proprio potere officioso, rilevi che l'impugnazione sia stata proposta nei sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione ovvero, in mancanza dell'una e dell'altra, entro il termine cd. lungo di cui all'art. 327 c.p.c. (**Sez. U, n. 11850/2018, Manna, Rv. 648274-01**)

Analoga equipollenza tra pronuncia in udienza e data di pubblicazione è stata affermata, anzitutto, in tema di procedimento sommario di cognizione: ai fini dell'impugnazione dell'ordinanza conclusiva di tale procedimento, infatti, **Sez. 3, n. 16893/2018, Graziosi, Rv. 649509-02**, evidenzia come il termine di cui all'art. 327 c.p.c. decorra dalla data della pubblicazione della stessa, la quale coincide con quella dell'udienza in cui viene pronunciata, ovvero con quella del deposito, se emessa fuori dell'udienza; quindi nelle materie in cui trova applicazione il rito del lavoro, soggette alla modifica dell'art. 429, comma 1, c.p.c. disposta dall'art. 53, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., dalla l. n. 133 del 2008: osserva in proposito **Sez. 3, n. 14724/2018, Olivieri, Rv. 649047-01**, che, in tal caso, il *dies a quo* di decorrenza del termine cd. lungo di decadenza per la proposizione dell'impugnazione, previsto dall'art. 327 c.p.c., deve essere individuato nella stessa data della udienza in cui è stato definito il giudizio dando lettura del "dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione", atteso che tale lettura in udienza equivale a

pubblicazione, analogamente a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 281 *sexies* c.p.c., essendo identica la funzione acceleratoria cui entrambe le norme risultano preordinate in attuazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo ex art. 111, comma 2, Cost., e non ostandovi la disposizione dell'art. 430 c.p.c. - secondo cui la sentenza deve essere depositata entro quindici giorni dalla pronuncia - la quale opera in via meramente sussidiaria nel caso in cui venga omessa l'indicazione del termine di differimento previsto dalla seconda parte del primo comma dell'art. 429 c.p.c., che mantiene la struttura bifasica della pubblicazione della sentenza nel caso di controversie di particolare complessità.

### **3.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione.**

Nell'ipotesi in cui il ricorrente per cassazione non alleghi che la sentenza impugnata gli è stata notificata, la Corte deve ritenere che lo stesso ricorrente abbia esercitato il diritto di impugnazione entro il c.d. termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., procedendo all'accertamento della sua osservanza; tuttavia, qualora o per eccezione del controricorrente o per le emergenze del diretto esame delle produzioni delle parti o del fascicolo d'ufficio emerga che la sentenza impugnata era stata notificata ai fini del decorso del termine di impugnazione, la S.C., indipendentemente dal riscontro della tempestività o meno del rispetto del termine breve, deve accertare se la parte ricorrente abbia ottemperato all'onere del deposito della copia della sentenza impugnata entro il termine di cui al primo comma dell'art. 369 c.p.c. e, in mancanza, deve dichiarare improcedibile il ricorso, atteso che il riscontro della improcedibilità precede quello dell'eventuale inammissibilità (**Sez. 5, n. 01295/2018, Greco Rv. 646700-01**).

Avuto riguardo, poi, ai riflessi della notificazione dell'atto di impugnazione sulla formazione del giudicato (e, dunque, sulla conseguente inammissibilità della impugnazione per tardività), il relativo rischio ricade sul notificante.

Il principio ha trovato applicazione in numerose pronunzie della Corte, tra le quali meritano di essere segnalate, tra le altre: 1) **Sez. 5, n. 20255/2018, Perrino, Rv. 650103-01**, per cui la rinnovazione della notifica dell'impugnazione che non avvenga nei confronti della parte personalmente, bensì presso il difensore costituito nel precedente grado di giudizio, nonostante sia già decorso, al momento dell'ordinanza che la dispone, l'anno dalla pubblicazione della sentenza impugnata, è nulla per violazione

dell'art. 330 c.p.c., con conseguente inammissibilità dell'impugnazione, attesa la perentorietà del termine disposto dal giudice ex art. 291 c.p.c. per la rinnovazione della notifica; 2) **Sez. 5, n. 30245/2018, Fraulini, Rv. 651559-01**, in virtù della quale, ove la notifica sia effettuata in prossimità della scadenza dei termini di impugnazione e non si perfezioni per cause imputabili al notificante – quale deve ritenersi la circostanza che il destinatario non era conosciuto nel luogo indicato dal richiedente – si determina il passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Ciò però implica, *a contrario* che, qualora la notificazione dell'atto di impugnazione - tempestivamente consegnato all'ufficiale giudiziario - non si sia perfezionata per l'avvenuto trasferimento del difensore domiciliatario del destinatario e l'ufficiale giudiziario abbia appreso, già nel corso della prima tentata notifica, il nuovo domicilio di tale procuratore, il procedimento notificatorio non può ritenersi esaurito ed il notificante non incorre in alcuna decadenza, a nulla rilevando che la notifica si perfezioni successivamente allo spirare del termine per proporre gravame, atteso che non può ridondare a danno del notificante la violazione, da parte dell'ufficiale giudiziario, del dovere di provvedere alla contestuale prosecuzione del procedimento notificatorio presso il luogo in cui egli abbia appreso che si trovi il notificatario (**Sez. 3, n. 29039/2018, Di Florio, Rv. 651662-01; Sez. 6-3, n. 14214/2018, Cirillo F.M., Rv. 649337-01 e Sez. 6-5, n. 04754/2018, Luciotti, Rv. 647254-01**, per le quali il principio di consumazione dell'impugnazione non esclude che, fino a quando non intervenga una declaratoria di inammissibilità, possa essere proposto un secondo atto di impugnazione, immune dai vizi del precedente e destinato a sostituirlo, purché esso sia tempestivo, requisito per la cui valutazione occorre tener conto, anche in caso di mancata notificazione della sentenza, non del termine annuale, bensì del termine breve, decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione, equivalendo essa alla conoscenza legale della sentenza da parte dell'impugnante (cfr. anche **Sez. U, n. 10266/2018, Cirillo E., Rv. 648132-04**, che, applicando il medesimo principio, ha affermato che nel caso in cui una sentenza sia stata impugnata con due successivi ricorsi per cassazione, la seconda impugnazione deve essere notificata entro la scadenza del termine breve decorrente dalla notificazione della prima impugnazione, che dimostra la conoscenza legale della decisione da parte del ricorrente).

Più in generale, poi, è stato chiarito che: a) la notificazione dell'atto di impugnazione effettuata al procuratore costituito in tale

sua qualità equivale pienamente a quella effettuata alla parte "presso il procuratore costituito" nei casi in cui essa è prescritta dall'art. 330, comma 1, c.p.c., soddisfacendo l'una e l'altra forma di notificazione l'esigenza che l'atto di gravame sia portato a conoscenza della parte per il tramite del suo rappresentante processuale; sicché la notificazione eseguita a mani proprie del difensore resta valida, sia perché il predetto art. 330, comma 1, c.p.c. non contiene una mera indicazione del luogo della notificazione, ma identifica nel procuratore il destinatario di essa in forza di una proroga *ex lege* dei poteri conferitigli con la procura alle liti per il giudizio *a quo*, sia perché detta notificazione risulta eseguita nel rispetto dell'art. 138 c.p.c. - secondo il quale l'ufficiale giudiziario può sempre compiere la notificazione mediante consegna della copia dell'atto nelle mani proprie del destinatario, ovunque lo trovi nell'ambito della circoscrizione alla quale è addetto -, da ritenersi applicabile non solo alle parti, ma anche ai difensori delle stesse (**Sez. L, n. 27012/2018, Arienzo, Rv. 651250-01**); b) qualora uno degli eventi idonei a determinare l'interruzione del processo si verifichi nel corso del giudizio di primo grado, prima della chiusura della discussione (ovvero prima della scadenza dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ai sensi del nuovo testo dell'art. 190 c.p.c.) e non venga dichiarato né notificato dal procuratore della parte cui esso si riferisce a norma dell'art. 300 c.p.c., il giudizio di impugnazione deve essere comunque instaurato da e contro i soggetti effettivamente legittimati, e ciò alla luce dell'art. 328 c.p.c., dal quale si desume la volontà del legislatore di adeguare il processo di impugnazione alle variazioni intervenute nelle posizioni delle parti, sia ai fini della notifica della sentenza che dell'impugnazione, con piena parificazione, a tali effetti, tra l'evento verificatosi dopo la sentenza e quello intervenuto durante la fase attiva del giudizio e non dichiarato né notificato (**Sez. 3, n. 23189/2018, Moscarini, Rv. 650601-01**); c) in caso di notifica di atti processuali impugnatori non andata a buon fine, il notificante, se il mancato perfezionamento è dovuto a ragioni a lui non imputabili, appreso dell'esito negativo, per conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria, deve riattivare il processo notificatorio con immediatezza e svolgere gli atti necessari al suo completamento, senza superare il limite di tempo pari alla metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali che vanno rigorosamente provate. Qualora risulti il trasferimento del difensore domiciliatario della parte destinataria della notifica, al fine di stabilire se il mancato perfezionamento sia imputabile al

notificante, occorre distinguere a seconda che il difensore al quale viene effettuata detta notifica eserciti o meno la sua 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 (**Sez. 2, n. 15056/2018, Federico, Rv. 649074-01**); d) in tema di notificazione degli atti di impugnazione nel processo tributario, per il ricorso per cassazione trova applicazione la regola generale enunciata dall'art. 330 c.p.c., mentre per l'appello opera la disciplina speciale dettata dall'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992 (**Sez. 5, n. 14549/2018, Triscari, Rv. 649010-01**).

Grava altresì sul notificante il rischio della scelta di un rito erroneo: confermando l'orientamento inaugurato da Sez. 2, n. 12413/2017 (Rv. 644082 - 01), infatti, **Sez. 3, n. 22256/2018, Fiecconi, Rv. 650592-01**, evidenzia che l'appello erroneamente proposto con ricorso, anziché con atto di citazione, è ammissibile ove sia notificato entro il termine di impugnazione, senza che rilevi in senso ostativo alla maturazione della decadenza dalla facoltà di proporre gravame, la circostanza che il decreto di fissazione dell'udienza sia stato emesso e comunicato dopo lo spirare di tale termine, poiché il tempestivo deposito del ricorso è soltanto uno degli elementi che concorre alla potenziale sanatoria dell'errore nella scelta del rito, non potendo la parte, relativamente agli altri elementi che non sono nella propria disponibilità, pretendere che l'ufficio provveda in tempi sufficienti a garantire detta sanatoria, né, tantomeno, invocare il diritto alla rimessione in termini, giacché l'errore sulla forma dell'atto di appello non è sussumibile nella causa non imputabile. Il principio è peraltro analogo a quanto in precedenza statuito da **Sez. L, n. 19083/2018, Di Paolantonio, Rv. 649967-01**, avuto riguardo al giudizio di appello soggetto al rito del lavoro, per la quale l'omessa notificazione del ricorso e del decreto di fissazione di udienza comporta la decadenza dall'impugnazione con conseguente declaratoria di improcedibilità del gravame, non essendo consentito al giudice assegnare all'appellante un termine per la rinnovazione di un atto mai compiuto né assumendo rilevanza, a tal fine, la mancata comunicazione del decreto di fissazione di udienza da parte della cancelleria quando dagli atti processuali risulti in modo certo che l'appellante abbia, comunque, acquisito conoscenza della data fissata per la discussione della causa.



### 3.4. Le impugnazioni incidentali.

Argomento strettamente connesso ai termini di impugnazione è quello delle impugnazioni incidentali. In proposito, 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 - e per il ricorso per cassazione incidentale - art. 371), 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. La verifica della priorità temporale di un'impugnazione rispetto all'altra va eseguita sulla base dei medesimi criteri che presiedono, ai sensi dell'art. 39, ult. comma, c.p.c., alla verifica della litispendenza: sicché, in caso di impugnazione effettuata con citazione occorre aver riguardo alla data di notificazione mentre, in caso di impugnazione proposta con ricorso, alla data di deposito di questo. Alla base della disciplina in esame si pone, da un lato, l'esistenza di una situazione di soccombenza reciproca (la quale 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 applicazione anche nel successivo art. 335 c.p.c., in virtù del quale va disposta la riunione di tutte le impugnazioni proposte separatamente – ma pur sempre ritualmente, sì da investire il giudice del dovere di pronunciare nel merito, perché solo in tale ipotesi è necessario scongiurare, attraverso la riunione, la possibilità di frammentazione del giudicato (**Sez. 6-5, n. 03053/2018, Conti, Rv. 647112-01**) - contro la stessa sentenza.

La distinzione tra impugnazione incidentale tempestiva e tardiva non è di poco conto, giacché solo la seconda è processualmente dipendente, ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c., da quella principale, la cui inammissibilità determina anche quella del gravame incidentale: ne consegue, da un lato, secondo **Sez. 5, n. 18415/2018, De Masi, Rv. 649766-02**, che, ove la parte intenda ottenere, incondizionatamente, una decisione sulla propria impugnazione è tenuta a proporla tempestivamente, non potendo, in difetto, dolersi della mancata decisione sulla stessa; dall'altro, in virtù di quanto chiarito da **Sez. L, n. 06156/2018, Blasutto, Rv. 647499-01**, che l'impugnazione incidentale tardiva, da qualunque parte provenga, va dichiarata inammissibile laddove l'interesse alla

sua proposizione non possa ritenersi insorto per effetto dell'impugnazione principale (per un'applicazione di tale principio in relazione al giudizio di cassazione, cfr. **Sez. 3, n. 19188/2018, Scoditti, Rv. 649738-01**).

Ne deriva ulteriormente che: a) in caso di declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, il ricorso incidentale tardivo è inefficace ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c. e, pertanto, la soccombenza va riferita alla sola parte ricorrente in via principale, restando irrilevante se sul ricorso incidentale vi sarebbe stata soccombenza del controricorrente, atteso che la decisione della Corte di cassazione non procede all'esame dell'impugnazione incidentale e dunque l'applicazione del principio di causalità con riferimento al *decisum* evidenzia che l'instaurazione del giudizio è da addebitare soltanto alla parte ricorrente principale (così **Sez. 3, n. 15220/2018, D'Arrigo, Rv. 649306-01**); b) conseguentemente, il controricorrente, il cui ricorso incidentale tardivo sia dichiarato inefficace a seguito di declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, non può essere condannato al pagamento del doppio del contributo unificato, trattandosi di sanzione conseguente alle sole declaratorie di infondatezza nel merito ovvero di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, ex art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 (Sez. 6-2, n. 18348/2017, Lombardo, Rv. 645149-01); c) le regole dell'impugnazione tardiva operano esclusivamente per l'impugnazione incidentale in senso stretto, e cioè proveniente dalla parte contro la quale è stata proposta l'impugnazione principale: sicché solo il destinatario di un ricorso (principale) per cassazione può presentare ricorso nelle forme e nei termini di quello incidentale, per l'interesse a contraddire e presentare, contestualmente con il controricorso, l'eventuale ricorso incidentale anche tardivo mentre, quando il controricorso contenga un ricorso incidentale che abbia contenuto adesivo a quello principale, non trovano applicazione i termini e le forme del ricorso incidentale (tardivo), e la parte è tenuta a rispettare il termine lungo di cui all'art. 327, comma 1, c.p.c. (**Sez. 5, n. 05438/2018, Federici, Rv. 647277-01**).

L'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile - osserva **Sez. 5, n. 18415/2018, De Masi, Rv. 649766-01** - anche se riguarda un capo della decisione diverso da quello oggetto del gravame principale o se investe lo stesso capo per motivi diversi da quelli già fatti valere, dovendosi consentire alla parte che avrebbe di per sé accettato la decisione di contrastare l'iniziativa della controparte, volta a rimettere in discussione l'assetto di interessi

derivante dalla pronuncia impugnata, in coerenza con i principi della cd. parità delle armi tra le parti e della ragionevole durata del processo, atteso che una diversa, e più restrittiva, interpretazione indurrebbe ciascuna parte a cautelarsi proponendo un'autonoma impugnazione tempestiva sulla statuizione rispetto alla quale è rimasta soccombente, con inevitabile proliferazione dei processi di impugnazione.

#### **4. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione.**

Qualora la sentenza di prime cure sia stata pronunciata in una situazione di litisconsorzio (cioè nei confronti di più parti), sorge il problema di stabilire quali parti debbano partecipare al giudizio di impugnazione: 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 (cfr. art. 331 c.p.c.) mentre (b) allorché si versi nella diversa ipotesi di plurime cause che avrebbero potuto essere trattate separatamente e, solo per motivi contingenti, sono state trattate in un solo processo (cause cd. scindibili) il giudizio di impugnazione non richiede necessariamente tale presenza (cfr. 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 di ordinare l'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., nei confronti della parte pretermessa (cfr., in termini, anche **Sez. 6-3, n. 19910/2018, De Stefano, Rv. 650290-01**), pena la nullità del procedimento di secondo grado e della sentenza che l'ha concluso, rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità (cfr., con riferimento al processo tributario, in caso di litisconsorzio processuale, che determina l'inscindibilità delle cause anche ove non sussisterebbe il litisconsorzio necessario di natura sostanziale, **Sez. 5, n. 27616/2018, Dell'Orfano, Rv. 651077-01**); peraltro - osserva **Sez. 3, n. 21381/2018, Frasca, Rv. 650325-02** - ove il giudizio di appello sia stato introdotto in violazione dell'art. 331 c.p.c. e la relativa nullità non sia stata rilevata né dalle parti né dal giudice, tale violazione può essere fatta valere dalle parti (compresa quella che introdusse l'appello), con ricorso principale o incidentale avverso la sentenza conclusiva del gravame, soltanto

qualora la violazione abbia riguardato una situazione di litisconsorzio necessario iniziale (art. 102 c.p.c.) o di litisconsorzio necessario processuale determinata dall'ordine del giudice (art. 107 c.p.c.), atteso che in tali casi, a differenza di ogni altra ipotesi di violazione dell'art. 331 c.p.c. (e, dunque, di litisconsorzio necessario processuale da inscindibilità o da dipendenza), non può operare la regola dell'art. 157, comma 3, c.p.c. trattandosi di violazioni rilevabili d'ufficio dalla Corte di cassazione, circostanza che esclude che la parte abbia perduto il potere di impugnare.

Quanto all'individuazione della natura del rapporto dedotto in giudizio, la casistica giurisprudenziale è varia; così, ad esempio **Sez. 3, n. 20860/2018, Iannello, Rv. 650428-01**, evidenziato in via preliminare come l'obbligazione solidale passiva non dia luogo, di regola, a litisconsorzio necessario, nemmeno in sede di impugnazione (in quanto non fa sorgere un rapporto unico e inscindibile, neppure sotto il profilo della dipendenza di cause, bensì rapporti giuridici distinti, anche se fra loro connessi, in virtù dei quali è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, potendo il creditore ripetere da ciascuno dei condebitori l'intero suo credito), cionondimeno osserva come tale regola patisca un'eccezione (venendo così a configurarsi una situazione di inscindibilità di cause e, quindi, di litisconsorzio processuale necessario) allorché le cause siano tra loro dipendenti, ovvero quando le distinte posizioni dei coobbligati presentino obiettiva interrelazione, alla stregua della loro strutturale subordinazione anche sul piano del diritto sostanziale, sicché la responsabilità dell'uno presupponga la responsabilità dell'altro; quindi **Sez. 5, n. 18649/2018, Fasano, Rv. 649712-01**, ha ribadito il principio per cui la riunione di procedimenti non fa venir meno l'autonomia delle cause riunite nello stesso processo sicché, poichè le vicende processuali proprie di uno soltanto dei procedimenti riuniti non rilevano in ordine all'altro, o agli altri procedimenti, l'inammissibilità dell'appello proposto riguardo ad uno dei processi riuniti, a causa della mancata ottemperanza all'ordine di integrazione del contraddittorio, non ha alcun effetto per l'altro appello, tempestivamente notificato; ancora, in tema di responsabilità derivante dalla circolazione di veicoli, **Sez. 3, n. 29038/2018, Olivieri, Rv. 651661-01**, sottolinea come l'accertamento della responsabilità del conducente e del proprietario (rispettivamente, ai sensi dell'art. 2054, comma 1 e comma 3, c.c.) costituisce il presupposto necessario sia della domanda di garanzia proposta dall'assicurato (conducente o proprietario) nei confronti

dell'assicuratore RCA (ove il danneggiato non abbia esercitato contro di lui l'azione "diretta") sia della pretesa risarcitoria del danneggiato verso lo stesso assicuratore RCA (ove già inizialmente convenuto con l'azione "diretta"), sicché tali cause devono tutte considerarsi tra loro legate da nesso di "dipendenza" che ne determina l'inscindibilità, ex art. 331 c.p.c., nel giudizio di impugnazione, con conseguente infrazionabilità della formazione del giudicato sulla responsabilità del conducente (sebbene quest'ultimo, in quanto mero coobbligato solidale, non assuma la veste di litisconsorte necessario originario), estendendosi gli effetti favorevoli dell'impugnazione proposta soltanto da alcune delle parti anche a quelle non impugnanti o contumaci che condividono la medesima posizione processuale.

Sussiste, ancora, litisconsorzio necessario (a seconda dei casi, sostanziale o processuale), con conseguente necessità di applicazione dell'art. 331 c.p.c.: a) tra gli eredi di una delle parti deceduta nel corso del giudizio di primo grado (**Sez. 6-L, n. 17199/2018, Cavallaro, Rv. 649834-01**); b) tra datore di lavoro ed INAIL, con riferimento alla domanda di accertamento della responsabilità del datore rispetto ad infortunio sul lavoro (**Sez. L, n. 16026/2018, Bellè, Rv. 649356-01**); c) rispetto all'interventore adesivo volontario, ex art. 105 c.p.c. (**Sez. 2, n. 11156/2018, Penta, Rv. 648033-01**); d) rispetto a tutti gli ex soci di una società in accomandita semplice, parte del giudizio di prime cure ed estinatisi per effetto della cancellazione dal registro delle imprese, in caso di di appello, proposto dall'ex socio accomandatario senza che, tuttavia, l'evento estintivo sia stato dichiarato (**Sez. 6-5, n. 06069/2018, Napolitano, Rv. 647495-01**); e) in caso di chiamata in causa del terzo quale unico responsabile, realizzandosi un'ipotesi di dipendenza di cause, in quanto la decisione della controversia fra l'attore ed il convenuto, essendo alternativa rispetto a quella fra l'attore ed il terzo, si estende necessariamente a quest'ultima (**Sez. 1, n. 04722/2018, Valitutti, Rv. 647631-01**).

## 5. 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, ovvero per nullità della notificazione degli atti di cui all'art. 292 c.p.c., può impugnare la sentenza anche al di là del termine lungo, purché la sentenza non gli sia stata notificata personalmente: infatti, nell'ipotesi in cui 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., attesa l'intangibilità della qualificazione della posizione processuale delle parti siccome desumibile in via esclusiva dall'accertamento contenuto nella sentenza, ancorché erroneo. Sicché, producendo tale forma notificatoria la conoscenza legale della sentenza da parte del contumace involontario, osserva **Sez. 3, n. 29037/2018, Olivieri, Rv. 651637-01**, che essa è idonea a far decorrere il termine breve 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 (del medesimo tenore **Sez. 6-2, n. 08593/2018, Abete, Rv. 648223-01**).



## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **INAMMISSIBILITA' E IMPROCEDIBILITA'**

(DI ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Inammissibilità: profili generali. 2.1. Inammissibilità e procura alle liti. – 2.2. Inammissibilità per tardività del ricorso. – 2.3. Inammissibilità per difetto di tassatività e specificità dei motivi del ricorso per cassazione. – 2.4. Inammissibilità e specificità dei motivi di appello. 2.5. Inammissibilità e *mutatio ed emendatio libelli*. 3. Improcedibilità: profili generali. 3.1. Improcedibilità dell'appello. 3.2. Improcedibilità del ricorso per cassazione. 4. Rinunzia al ricorso e declaratoria di improcedibilità o di inammissibilità. 5. Conseguenze della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità.

#### **1. Premessa.**

Il legislatore utilizza i termini di inammissibilità e di improcedibilità con riferimento a situazioni affatto diverse tra loro: l'inammissibilità è riferibile a fattispecie processuali non riconducibili al modello legale tipico, mentre l'improcedibilità viene intesa quale sanzione per eventi antecedenti all'instaurazione del contraddittorio. In mancanza di una definizione legislativa di tali istituti, in dottrina si è efficacemente osservato che, mentre l'improcedibilità ha riguardo al difetto di “condizioni di progresso” del giudizio, l'inammissibilità attiene “a quelle di ingresso” (Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione*, Padova, 1942, 218).

Entrambe costituiscono questioni “pregiudiziali” di rito che “devono condurre ad una pronuncia sul processo” (ed attengono, cioè, alla possibilità stessa di poter decidere a differenza delle altre questioni di rito che attengono alla possibilità di decidere nel merito e che riguardano l'intero processo (Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2004, 401).

Nel presente contributo i predetti istituti, di per sé complessi ed articolati, saranno analizzati, mediante l'esame delle pronunce della Corte del 2018 e di alcune altre precedenti decisioni a cui le stesse si correlano strettamente, cercando di fornire una visione d'insieme dei profili generali degli stessi (le questioni più specifiche verranno, dunque, trattate in appositi capitoli), dando risalto, in via prevalente, alle pronunce che denotano l'attuale tendenza della giurisprudenza di legittimità di assicurare, in luogo di un eccesso di formalismo, una tutela giurisdizionale effettiva alle parti.



Il principio di effettività della tutela giurisdizionale (sul quale v., *infra*, Guizzi, *L'effettività della tutela giurisdizionale*) che, come autorevolmente affermato (Carbone S. M., *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, 7), “rappresenta una nozione imprescindibile per comprendere e giustificare ogni ordinamento giuridico”, e deve essere inteso nel senso che la domanda di giustizia debba, per quanto possibile, specie mediante un'interpretazione delle disposizioni processuali scevra da un eccessivo formalismo, essere esaminata nel merito, per consentire l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto affermato nella domanda, in modo da fornire alle parti una tutela più ampia e soddisfattoria possibile.

Peraltro, costituisce un principio ormai acquisito quello secondo cui anche il diritto processuale deve essere interpretato alla luce dei principi del giusto processo enucleati, per quello civile, dall'art. 6 della CEDU, secondo cui ogni persona ha “diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”. A riguardo, non può trascurarsi di ricordare che la Corte di Strasburgo (CEDU, 18 gennaio 2011, *Guadagnino c. Italia e Francia*, punto 55) ha ribadito l'assunto – espresso sin dalla nota decisione resa dalla medesima Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Golder c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975 – per il quale, sebbene l'art. 6 CEDU non contempli espressamente tra le garanzie dell'equo processo anche quella dell'accesso al giudice, la stessa rientra nell'ambito tutelato da detta previsione, poiché, in assenza della possibilità denunciare in sede giurisdizionale la violazione dei propri diritti, anche le altre garanzie di carattere processuale risulterebbero prive di qualsivoglia significato. La Corte ha quindi utilizzato il canone cd. di implicazione sull'assunto per il quale, nell'ipotesi in cui l'art. 6 della Convenzione si intendesse quale riferito soltanto ai procedimenti già iniziati, lo stesso potrebbe essere agevolmente disatteso sopprimendo gli organi giurisdizionali ovvero sottraendo agli stessi determinate categorie di controversie (Trocker N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, I, 35 ss, spec. 47).

Con specifico riferimento al settore delle impugnazioni, è peraltro noto che la stessa Corte di Strasburgo, sin dalla pronuncia resa nel caso *Delcourt c. Belgique*, ha precisato che la garanzia del diritto di accesso al giudice non si spinge al punto da rendere obbligatoria per gli Stati contraenti la previsione dell'appello, neppure in materia penale, né, quindi, quella del ricorso per cassazione: peraltro, ove gli Stati contraenti abbiano in concreto introdotto tali mezzi di gravame, anche nei relativi

gradi di giudizio dovranno essere rispettate le garanzie del processo equo sancite dall'art. 6 CEDU (cfr. Cipriani, *Diritti fondamentali dell'Unione Europea e diritto d'impugnare*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Milano 2005, 331).

Coerente con tale prospettiva appare, da parte della Corte di cassazione, il progressivo e sempre più marcato abbandono degli eccessi di formalismo (scriveva Satta, già nella prefazione alla quinta edizione (1956) del *Diritto processuale civile*, che “*in sostanza, il formalismo non è altro che una manifestazione di paura: paura del giudizio, della grande opzione tra i due interessi in contrasto ... il rigetto della responsabilità del giudizio sulla norma*”), abbandono determinato, innanzitutto, dal rispetto del principio costituzionale del “giusto processo” la cui portata, come già chiarito dalla Sez. 2, n. 14627/2010, Giusti, Rv. 613684-01, “*non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nell'art. 111, comma 2, Cost. (contraddittorio, parità delle parti, giudice-terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), ma rappresenta una sintesi qualitativa di esse (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa), che risente dell' "effetto espansivo" dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr. Corte cost., sentenza n. 317 del 2009, punto 8 del Considerato in diritto) nonché dell'apertura culturale verso una concezione di più ampio respiro rispetto a quella offerta dalla cd. giuridicità formale e volta a considerare lo strumento processuale come un sistema di regole a servizio dei diritti sostanziali*”.

L'esame degli approdi della Corte in tema di inammissibilità e di improcedibilità consentono di individuare, per lo più, l'avvertita esigenza di un percorso comune avente di mira lo scopo di raggiungere un saldo equilibrio tra la tutela delle esigenze sottostanti ai diritti individuali e quelle connesse al corretto funzionamento della giustizia, tra il giusto processo e quello efficiente con l'obiettivo primario di non denegare giustizia.

## 2. Inammissibilità: profili generali.

L'inammissibilità, come affermato da Sez. 1, n. 18932/2016, Campanile, Rv. 641832-01 e, ribadito in motivazione, da **Sez. 6 - 3, n. [13535/2018](#), Rossetti, Rv. 648722-01**, non è la sanzione per un vizio dell'atto diverso dalla nullità, ma la conseguenza di particolari nullità dell'appello e del ricorso per cassazione e non è comminata in ipotesi tassative, ma si verifica ogniquale volta - essendo l'atto inidoneo al raggiungimento del suo scopo - non operi un meccanismo di sanatoria.

Le difformità rispetto al modello legale tipico, nel caso dell'inammissibilità, sono indefinibili *a priori* e devono essere valutate caso per caso, anche considerando l'interesse della controparte, non potendosi individuare, a differenza di quanto

avviene in tema di improcedibilità, ipotesi tassative. L'inammissibilità è rilevabile d'ufficio in quanto, come l'improcedibilità, presuppone l'esistenza di una causa impeditiva dell'ulteriore svolgimento del giusto processo.

## 2.1. Inammissibilità e procura alle liti.

In tema di mandato del difensore tecnico appare di interesse la considerazione, in primo luogo, della recente giurisprudenza della Corte sull'art. 182, comma 2, c.p.c., come modificato dalla l. n. 69 del 2009, in virtù del quale *“quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza, o l'assistenza, o per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione”*.

In particolare, con riferimento al processo del lavoro, per **Sez. L, n. 06041/2018, Cavallaro, Rv. 647527-01**, non può considerarsi inammissibile l'impugnazione proposta da una società dopo la messa in liquidazione, in forza della procura rilasciata in primo grado, senza concedere un termine per la costituzione a mezzo del liquidatore quale nuovo rappresentante in quanto si applica anche al giudizio d'appello l'art. 182, comma 2, c.p.c., come modificato dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009, secondo cui il giudice, quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, assegna alle parti un termine perentorio per la regolarizzazione. Peraltro, se il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve guidare ogni decisione ed il rigido formalismo determina il distacco del processo dal diritto, al contempo il dovere del giudice di pronunciare sul merito della domanda si arresta, con la conseguenza che viene meno il potere di decidere nel merito, laddove manchino taluni presupposti processuali, il cui controllo è pregiudiziale. Il “diritto al processo”, che si acquista al momento in cui si propone la domanda, non si traduce, infatti, in ogni caso, nel diritto ad un provvedimento di merito che si avrà solo nel caso in cui sussistano le condizioni dell'azione. Ed invero, colui che propone la domanda acquista, come messo in risalto da autorevole dottrina (Mandrioli, op. cit., 100, nota 22), per ciò solo *un diritto al processo che si specifica, qualora sussistano le condizioni dell'azione, nel <diritto ad un provvedimento sul merito> mentre, nel caso contrario, rimane al livello del diritto ad un provvedimento purchessia*.

Si legge in questa prospettiva **Sez. U, n. 10266/2018, Cirillo E., Rv. 648132-01**, che, nel ricordare la regola secondo cui, a norma dell'art. 365 c.p.c., la procura per il ricorso in cassazione

ha carattere speciale dovendo riguardare il particolare giudizio di legittimità, hanno ribadito il principio, ampiamente consolidato nelle sezioni semplici, secondo cui è inammissibile il ricorso per cassazione sottoscritto da un avvocato munito di una procura notarile di carattere generale, ma priva di ogni riferimento alla sentenza impugnata e all'impugnazione da proporsi in cassazione, ha escluso l'operatività, nel giudizio di legittimità, del rimedio della sanatoria postuma del difetto di procura, introdotta con la novella del 2009 dall'art. 182 c.p.c., trattandosi di disposizione che trova applicazione esclusivamente al giudizio di merito attesa la mancanza, nel giudizio di legittimità, di una disposizione analoga a quella di cui all'art. 359 c.p.c. ed in presenza, invece, di una disciplina peculiare che, in modo esaustivo e rigoroso (artt. 365, 366 n. 5, 369 n. 3 c.p.c.), regola l'attribuzione e l'antiorità del potere di rappresentanza processuale davanti alla Corte di cassazione.

In linea con tale decisione, **Sez. 3, n. 01255/2018, Frasca, Rv. 647579-01**, ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per cassazione nel caso in cui la procura, apposta su foglio separato e non materialmente congiunto al ricorso, sia conferita con scrittura privata autenticata nella sottoscrizione dal difensore e ciò in quanto nell'art. 83, comma 3, c.p.c. non è previsto un conferimento autonomo della procura rispetto agli atti processuali a cui si riferisce (eccezion fatta per la memoria di costituzione di nuovo difensore in sostituzione del precedente). Ritiene la Corte, peraltro, che non è neanche ipotizzabile una sanatoria dell'atto mediante un ordine di rinnovazione ai sensi dell'art. 182 c.p.c., in quanto tale norma è incompatibile con il processo di cassazione, come si evince dalle disposizioni di cui all'art. 365 c.p.c. e all'art. 366, n. 5 c.p.c., là dove prescrivono l'esistenza di una valida procura speciale come requisito di ammissibilità del ricorso e l'indicazione della procura medesima nel ricorso, lasciando così chiaramente intendere che essa non possa formarsi successivamente al deposito di tale atto. Né, si afferma, sarebbe possibile configurare un potere di rinnovazione poiché esso è ricollegato esclusivamente alla categoria della nullità e non anche a quella dell'inammissibilità. Analoga decisione, con riferimento alla procura alle liti rilasciata all'estero, è stata adottata da **Sez. 1, n. 15073/2018, Falabella, Rv. 649567-01**, secondo cui, in assenza di forma legale di autenticità di un atto pubblico straniero, il giudice italiano non può attribuire efficacia validante a mere certificazioni provenienti da un pubblico ufficiale di uno Stato estero, pur aderente alla Convenzione sull'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, adottata a l'Aja il 5 ottobre 1961 e ratificata dall'Italia con l. n. 1253 del 1966 e non può neanche disporre la concessione di un termine per il rilascio di una nuova procura, come ora previsto dall'art. 182, comma 2, c.p.c., nel testo novellato dalla l. n. 46 del 2009, posto che nel giudizio

di cassazione non è ipotizzabile una sanatoria dell'atto mediante sua rinnovazione, essendo prescritta ex art. 365 c.p.c. l'esistenza di una valida procura speciale quale requisito di ammissibilità del ricorso. Sempre sul tema, **Sez. I, n. 28146/2018, Amendola F., Rv. 651515-01**, ha ritenuto inammissibile il ricorso in quanto la procura, spillata di seguito, non conteneva alcun riferimento alla sentenza impugnata né recava alcuna data e risultava conferita genericamente per tutte le fasi e gradi del giudizio.

Nel processo tributario la Corte ha fatto più volte applicazione, in senso non formalistico, del disposto dell'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 546 del 1992, sulla regolarizzazione della procura alle liti.

In particolare, **Sez. 5-6, n. 04754/2018, Luciotti, Rv. 647254-02**, ha affermato che, nell'ipotesi di omessa certificazione dell'autografia della sottoscrizione del contribuente in calce al mandato conferito al difensore, il giudice non può dichiarare l'inammissibilità dell'appello, senza prima attivare il meccanismo di regolarizzazione di cui all'art. 12, comma 5, (attualmente comma 7) del d.lgs. n. 546 del 1992, applicabile anche al giudizio di gravame. Orbene, occorre ricordare che diversamente da quanto accade per il giudizio di legittimità, il processo d'appello tributario è regolato, in parte, dalle norme che regolano il processo di primo grado tributario ed in parte il processo d'appello. Nella specie, il primo atto di appello era viziato dalla mancata autenticazione della sottoscrizione del soggetto che aveva conferito l'incarico al difensore abilitato e la società contribuente, per sanare il predetto vizio, aveva provveduto a notificare alla controparte, nei termini, un nuovo atto di appello, che la Commissione tributaria regionale aveva riunito al primo; la Commissione d'appello aveva ignorato il secondo atto di appello, riunito al primo, in relazione al quale, ha ritenuto la Corte, avrebbe comunque dovuto emettere una qualche pronuncia in quanto impugnazione tempestivamente riproposta in assenza di pronuncia di inammissibilità di quella precedente e ciò in virtù del principio giurisprudenziale secondo cui la notifica di un secondo atto di appello «non consuma il potere di impugnazione, atteso che la consumazione del diritto all'impugnazione presuppone l'esistenza - al tempo della proposizione della seconda impugnazione - di una declaratoria di inammissibilità o improcedibilità della precedente, per cui, in mancanza di tale (preesistente) declaratoria, è legittimamente consentita la proposizione di un'altra impugnazione, anche di contenuto diverso, in sostituzione di quella viziata, purché il relativo termine non sia decorso. In ogni caso, chiarisce la Corte, anche se la CTR avesse ritenuto il secondo atto di appello non idoneo a sanare il vizio del primo, avrebbe dovuto comunque attivare il meccanismo di regolarizzazione dell'incarico al difensore previsto dall'art. 12, comma 5, del

d.lgs. n. 546 del 1992, vigente *ratione temporis* onde assicurare, conformemente a quanto deciso da Sez. U, n. 29919/ 2017, Chindemi, Rv. 64662401, l'effettività della tutela giurisdizionale. Sempre in tema, **Sez. 5, n. 05426/2018, Crucitti, Rv. 647309-01**, ha stabilito, nel solco di Sez. U, n. 15241/2009, Tirelli, Rv. 608719-01, che il giudice tributario, ove la procura alle liti manchi o sia invalida, prima di dichiarare l'inammissibilità del ricorso, a norma dell'art. 12, comma 5 e dell'art. 18, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 546 del 1992, deve invitare la parte a regolarizzare la situazione e, solo in caso di inottemperanza, pronunciare l'inammissibilità della domanda. Anche tale decisione, come espressamente affermato in motivazione, costituisce espressione del principio, ampiamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità, di evitare, in ambito processuale, irragionevoli sanzioni di inammissibilità.

## 2.2. Inammissibilità per tardività del ricorso.

Pur costituendo orientamento della Corte quello secondo cui “le previsioni di inammissibilità, proprio per il loro rigore sanzionatorio, devono essere interpretate in senso restrittivo, limitandone cioè l'operatività ai soli casi nei quali il rigore estremo è davvero giustificato e ciò anche tenendo presente l'insegnamento fornito dalla Corte costituzionale, con particolare riguardo al processo tributario, secondo il quale le disposizioni processuali tributarie devono essere lette in armonia con i valori della <tutela delle parti in posizione di parità, evitando irragionevoli sanzioni di inammissibilità> (sentenze Corte Cost. nn.189 del 2000 e 520 del 2002)”, per **Sez. 5, n. 10209/2018, Fasano, Rv. 647969-01**, a tali principi, anche nel processo tributario, fa eccezione la prova della tempestività dell'impugnazione nel caso in cui la parte resistente abbia contestato la tempestività del ricorso; in tal caso, è onere del contribuente allegare l'atto impugnato con la prova della data di avvenuta notifica, dalla quale decorre il termine per la proposizione del ricorso, salvo che si tratti di notifica nulla, poiché in tal caso è l'Amministrazione finanziaria a dover dimostrare il momento nel quale il ricorrente ha avuto effettiva conoscenza del predetto atto.

**Sez. 6-5, n. 23793/2018, Mocci, Rv. 650364-01**, ha cassato, senza rinvio, la sentenza impugnata che, pur avendo rilevato la mancanza in atti della prova della notifica del gravame, aveva concesso un rinvio al procuratore per il deposito dell'originale della ricevuta, in assenza di giustificazioni e di formale istanza di rimessione in termini; afferma la Corte che, nel processo tributario, allorché l'atto di appello sia notificato a mezzo del servizio postale (vuoi per il tramite di ufficiale giudiziario, vuoi direttamente dalla parte ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 546 del 1992) e l'appellato non si sia costituito, l'appellante ha l'onere - a

pena di inammissibilità del gravame - di produrre in giudizio, prima della discussione, l'avviso di ricevimento attestante l'avvenuta notifica, od in alternativa di chiedere di essere rimesso in termini, ex art. 153 c.p.c., per produrre il suddetto avviso provando di averlo incolpevolmente perduto e di essersi attivato per tempo nel richiedere un duplicato all'amministrazione postale.

Sempre in tema di verifica della tempestività del ricorso, **Sez. 6-2, n. 18361/2018, D'Ascola, Rv. 649461-01**, dopo avere ricordato che la produzione dell'avviso di ricevimento del piego raccomandato contenente la copia del ricorso per cassazione spedita per la notificazione a mezzo del servizio postale, ai sensi dell'art. 149 c.p.c., o della raccomandata con la quale l'ufficiale giudiziario dà notizia al destinatario dell'avvenuto compimento delle formalità di cui all'art. 140 c.p.c., è richiesta dalla legge esclusivamente in funzione della prova dell'avvenuto perfezionamento del procedimento notificatorio e, dunque, dell'avvenuta instaurazione del contraddittorio, ha ritenuto che l'avviso non allegato al ricorso e non depositato successivamente può essere prodotto fino all'udienza di discussione ex art. 379 c.p.c., ma prima che abbia inizio la relazione prevista dal comma 1 della citata disposizione, ovvero fino all'adunanza della corte in camera di consiglio prevista dall'art. 380 bis c.p.c., anche se non notificato mediante elenco alle altre parti nel rispetto dell'art. 372, comma 2, c.p.c. In caso, però, di mancata produzione dell'avviso di ricevimento ed in assenza di attività difensiva dell'intimato, il ricorso per cassazione è inammissibile, non essendo consentita la concessione di un termine per il deposito e non ricorrendo i presupposti per la rinnovazione della notificazione ex art. 291 c.p.c.; tuttavia, il difensore del ricorrente, presente in udienza o all'adunanza della corte in camera di consiglio, può domandare di essere rimesso in termini per il deposito dell'avviso che affermi di non aver ricevuto, offrendo la prova documentale di essersi tempestivamente attivato nel richiedere all'amministrazione postale un duplicato dell'avviso stesso, secondo quanto stabilito dall'art. 6, comma 1, della l. n. 890 del 1982.

Anche in assenza di un esplicito richiamo nella motivazione della sentenza alla necessità di fornire in materia un'interpretazione costituzionalmente orientata, nessun dubbio sussiste in ordine alle ragioni sottese a siffatta decisione che sono da rinvenirsi nelle esigenze di certezza ed effettività delle garanzie difensive nel processo civile e nel rispetto di un'interpretazione restrittiva delle inammissibilità processuali in difetto di situazioni di incompatibilità tra l'istituto della rimessione in termini - previsto per il giudizio di primo grado e applicabile, atteso il richiamo dell'art. 359 c.p.c., ai

procedimenti d'appello - e le peculiarità del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione.

Per **Sez. 6 - 3, n. 14214/2018, Cirillo F.M., Rv. 649337-01**, è da considerarsi inammissibile il ricorso avverso l'ordinanza ex art. 348-*bis* c.p.c. emessa dalla Corte d'appello, proposto oltre sessanta giorni dopo la notificazione di un altro ricorso per cassazione ex art. 348-*ter*, comma 3, c.p.c., avverso la sentenza di primo grado e ciò in quanto, pur non escludendo il principio di consumazione dell'impugnazione la possibilità di proporre un secondo atto di impugnazione immune dai vizi del precedente sino a quando non intervenga una declaratoria di inammissibilità, esso deve essere tempestivo occorrendo, a tal fine, tener conto, anche in caso di mancata notificazione della sentenza, non del termine annuale, bensì del termine breve, decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione, equivalendo essa alla conoscenza legale della sentenza da parte dell'impugnante. Analogamente, con riferimento specifico al processo tributario, **Sez. 6 - 5, n. 04754/2018, Luciotti, Rv. 647254-01** (sopra già richiamata con riferimento ad altro principio).

Per **Sez. 5, n. 20255/2018, Perrino, Rv. 650103-01**, la rinnovazione della notifica dell'impugnazione eseguita nel termine, ma in modo nullo (in violazione dell'art. 330, ultimo comma, c.p.c., in quanto eseguita presso il difensore costituito nel precedente grado di giudizio e non nei confronti della parte personalmente) comporta l'inammissibilità dell'impugnazione in quanto, quando la nullità sia stata dichiarata una prima volta e il giudice abbia ordinato la rinnovazione, la natura perentoria del termine non permette, per il compimento di una medesima attività (notificazione valida), che possa essere assegnato un nuovo termine.

Tale decisione ben si comprende là dove si ricordi il disposto di cui all'art. 153 c.p.c. che vieta, infatti, anche nel caso di accordo tra le parti, di regola, la proroga dei termini perentori (tranne che non trovi applicazione il 2° comma dell'articolo). Essa, peraltro, non è in contrasto con l'orientamento della Corte secondo cui la notificazione fatta al procuratore dell'atto d'integrazione del contraddittorio in cause inscindibili, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., qualora sia decorso oltre un anno dalla data di pubblicazione della sentenza, dà luogo a una nullità sanabile, ai sensi dell'art. 160 c.p.c., con conseguente operatività dei rimedi della rinnovazione o della sanatoria: invero, in tal caso, (così Sez. U n. 02197/2006, Preden, Rv. 587282-01 e da ultimo **Sez. 5, n. 03816/2018, Perrino, Rv. 646941-01**) “si tratta di una mera violazione della prescrizione in tema di forma e non già dell'impossibilità di riconoscere nell'atto la rispondenza al modello legale della sua categoria”.

Peraltro, occorre escludere, per **Sez. 5, n. 00468/2018, Crucitti, Rv. 646690-01**, l'inammissibilità del ricorso nel



processo tributario ove esso sia stato proposto avverso il ruolo emesso dal centro di servizi depositandolo nella segreteria della commissione tributaria, senza attendere il decorso del termine di sei mesi dalla data di invio dell'originale al centro di servizio dovendo il giudice, in questo caso, solo non decidere la controversia in epoca anteriore alla scadenza di tale termine previsto per concedere all'amministrazione finanziaria la possibilità di deliberare sul ricorso del contribuente e, nel caso di accoglimento, di ridurre così l'attività delle commissioni tributarie.

### **2.3. Inammissibilità per difetto di tassatività e specificità dei motivi del ricorso per cassazione.**

A norma dell'art. 366, n. 4, c.p.c., il ricorso per cassazione deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione dei motivi per i quali si chiede la cassazione della sentenza impugnata che devono essere ricondotti al "catalogo" di quelli indicati dall'art. 360, comma 1, c.p.c.

Il ricorso per cassazione, dunque, deve essere articolato in "motivi specifici" ed immediatamente riconducibili in uno dei cinque numeri di cui alla citata disposizione.

Se, quindi, con riguardo al giudizio d'appello, i motivi d'impugnazione servono unicamente a sostenere le ragioni delle parti e ad individuare i punti della sentenza sui quali il giudice deve pronunciarsi (art. 342, comma 1, c.p.c.), la cognizione della Corte di cassazione si esaurisce nei motivi proposti, delineando l'alternativa rigida tra il loro accoglimento e il loro rigetto. Il ricorso per cassazione, dunque, costituisce un mezzo di impugnazione privo di effetto devolutivo ed a critica vincolata.

Ciò non di meno, rimane un minimo comune denominatore della nozione di "motivo d'impugnazione", la quale, sia pure con le forme e le regole di ciascun mezzo, dà impulso al procedimento di formazione della sentenza del giudice superiore, basato sulle affermazioni della parte impugnante volte ad inficiare la pronuncia del grado precedente. A tale effetto per così dire "costitutivo", proprio dell'allegazione del motivo, corrisponde quello ostativo alla formazione del giudicato sulla parte di decisione gravata.

Per **Sez. 2, n. 10862/2018, Abete, Rv. 648018-01**, il ricorso per cassazione, avendo ad oggetto censure espressamente e tassativamente previste dall'art. 360, comma 1, c.p.c., deve essere articolato in specifici motivi riconducibili in maniera immediata ed inequivocabile ad una delle cinque ragioni di impugnazione stabilite dalla citata disposizione, pur senza la necessaria adozione di formule sacramentali o l'esatta indicazione numerica di una delle predette ipotesi (sicché non è necessario, nel caso in cui si lamenti l'omessa pronuncia in ordine ad una delle domande o eccezioni proposte, che il

ricorrente richiami espressamente il n. 4 del comma 1 dell'art. 360 c.p.c., con riguardo all'art. 112 c.p.c., bastando anche il solo riferimento alla nullità della decisione derivante dalla relativa omissione, dovendosi, invece, dichiarare inammissibile il gravame allorché sostenga che la motivazione sia mancante o insufficiente o si limiti ad argomentare sulla violazione di legge). Tale decisione, superando indirizzi interpretativi eccessivamente formalistici, si pone nel solco di Sez. U, n. 17931/2013, Piccialli, Rv. 627268-01, la quale ha statuito che l'onere della specificità di cui all'art. 366 c.p.c. non debba essere inteso quale assoluta necessità di formale ed esatta indicazione delle ipotesi, tra quelle elencate nell'art. 360, comma 1 c.p.c., cui si ritenga di ascrivere il vizio, né di precisa individuazione, nei casi di deduzione di violazione o falsa applicazione di norme sostanziali o processuali, degli articoli del codice o di altri testi normativi, comportando invece l'esigenza di una chiara esposizione, nell'ambito del motivo, delle ragioni per le quali la censura sia stata formulata e del tenore della pronuncia caducatoria richiesta, così consentendo al giudice di legittimità di individuare la volontà dell'impugnante e di stabilire se la stessa, così come esposta nel mezzo di impugnazione, abbia dedotto un vizio di legittimità sostanzialmente, ma inequivocabilmente, riconducibile ad alcuna delle tassative ipotesi di cui all'art. 360 c.p.c. Le indicazioni della citata pronuncia delle Sezioni Unite, seguite nell'anno in considerazione dalla richiamata **Sez. 2, n. 10862/2018, Abete, Rv. 648018-01**, denotano l'utilizzo di un criterio non strettamente formalistico, coerente con il principio *iura novit curia*, recepito dall'art. 113 c.p.c., e con quello della c.d. "effettività" della tutela giurisdizionale, insito nel diritto al "giusto processo" di cui all'art. 111 Cost., elaborato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed inteso, come si è visto, quale esigenza che alla domanda di giustizia dei consociati debba, per quanto possibile e segnatamente nell'attività di interpretazione delle norme processuali, corrispondere un'effettiva ed esauriente risposta da parte degli organi statuali preposti all'esercizio della funzione giurisdizionale. Per le Sezioni Unite, dunque, l'onere della specificità ex art. 366 n. 4 c.p.c. , non deve essere spiegato quale assoluta necessità di formale ed esatta indicazione dell'ipotesi, tra quelle elencate nell'art. 360, comma 1, c.p.c., cui si ritenga di ascrivere il vizio, né di precisa individuazione, nei casi di deduzione di violazione o falsa applicazione di norme sostanziali o processuali, degli articoli di legge, comportando invece l'esigenza di una chiara esposizione, nell'ambito del motivo, delle ragioni per le quali la censura sia stata formulata e del tenore della pronuncia caducatoria richiesta. Evidenziano le S.U. che "la Corte di Strasburgo ha avuto più volte modo di precisare che nell'interpretazione ed applicazione della legge, in

particolare di quella processuale, gli stati aderenti, e per essi i massimi consessi giudiziari, devono evitare gli <eccessi di formalismo>, segnatamente in punto di ammissibilità o ricevibilità dei ricorsi, consentendo per quanto possibile, la concreta esplicazione di quel <diritto di accesso ad un tribunale> previsto e garantito dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950.”

Per altro verso si è sostenuto da parte di **Sez. 2, n. 26790/2018, Sabato, Rv. 651379-01**, in linea di continuità con quanto statuito da Sez. U n. 09100/2015, Rordorf, Rv. 635452-01, che, in materia di ricorso per cassazione, l'articolazione in un singolo motivo di più profili di doglianza costituisce ragione d' inammissibilità solo ove non sia possibile ricondurre tali diversi profili a specifici motivi di impugnazione, dovendo le doglianze, anche se cumulate, essere formulate in modo tale da consentire un loro esame separato, come se fossero articolate in motivi diversi, senza rimettere al giudice il compito di isolare le singole censure teoricamente proponibili, al fine di ricondurle a uno dei mezzi d'impugnazione consentiti, prima di decidere su di esse. In altri termini, è riconosciuta la possibilità di proporre cumulativamente diverse censure in un unico motivo, purché la formulazione dello stesso consenta di cogliere con chiarezza le doglianze cumulate, in maniera tale da consentirne l'esame separato esattamente negli stessi termini in cui lo si sarebbe potuto fare se esse fossero state articolate in motivi diversi (Sez. U, n. 09100/2015, Rordorf, Rv. 635452- 01).

Si segnala, tuttavia, il più rigoroso orientamento affermato da **Sez. 1, n. 26874/2018, Di Marzio M., Rv. 651324-01**, per la quale è inammissibile la mescolanza e la sovrapposizione di mezzi d'impugnazione eterogenei, facenti riferimento alle diverse ipotesi contemplate dall'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 5, c.p.c., non essendo consentita la prospettazione di una medesima questione sotto profili incompatibili, quali quello della violazione di norme di diritto - che suppone accertati gli elementi del fatto in relazione al quale si deve decidere della violazione o falsa applicazione della norma - e del vizio di motivazione, che quegli elementi di fatto intende precisamente rimettere in discussione o, ancora, dell' omessa motivazione - che richiede l'assenza di motivazione su un punto decisivo della causa rilevabile d'ufficio - e dell' insufficienza della motivazione - che richiede la puntuale e analitica indicazione della sede processuale nella quale il giudice d'appello sarebbe stato sollecitato a pronunciarsi - e della contraddittorietà della stessa, che richiede la precisa identificazione delle affermazioni contenute nella sentenza impugnata, che si porrebbero in contraddizione tra loro. Infatti, l'esposizione diretta e cumulativa delle questioni concernenti l'apprezzamento delle risultanze acquisite al processo e il merito della causa mira a

rimettere al giudice di legittimità il compito di isolare le singole censure teoricamente proponibili, onde ricondurle ad uno dei mezzi d'impugnazione enunciati dall'art. 360 c.p.c., per poi ricercare quale o quali disposizioni sarebbero utilizzabili allo scopo, così attribuendo, inammissibilmente, al giudice di legittimità il compito di dare forma e contenuto giuridici alle lagnanze del ricorrente, al fine di decidere successivamente su di esse.

Sotto un distinto e più generale profilo, resta fermo, come ha ricordato **Sez. 6-2 n. 11603/2018, Cosentino, Rv. 648533-01** che il motivo del ricorso deve necessariamente possedere i caratteri della tassatività e della specificità ed esige una precisa enunciazione, di modo che il vizio denunciato rientri nelle categorie logiche previste dall'art. 360 c.p.c., sicché è inammissibile la critica generica della sentenza impugnata, formulata con un unico motivo sotto una molteplicità di profili tra loro confusi e inestricabilmente combinati, non collegabili ad alcuna delle fattispecie di vizio enucleate dal codice di rito. In senso analogo si pone **Sez. 6-5, n. 01479/2018, La Torre, Rv. 646999-01**, secondo cui i motivi per i quali si chiede la cassazione della sentenza non possono essere affidati a deduzioni generali e ad affermazioni apodittiche, con le quali la parte non prenda concreta posizione, articolando specifiche censure esaminabili dal giudice di legittimità sulle singole conclusioni tratte dal giudice del merito in relazione alla fattispecie decisa. Invero, il ricorrente - incidentale, come quello principale - ha l'onere di indicare con precisione gli asseriti errori contenuti nella sentenza impugnata, in quanto, per la natura di giudizio a critica vincolata propria del processo di cassazione, il singolo motivo assolve alla funzione condizionante il *devolutum* della sentenza impugnata, con la conseguenza che il requisito in esame non può ritenersi soddisfatto qualora il ricorso per cassazione (principale o incidentale) sia basato sul mero richiamo dei motivi di appello in quanto, una tale modalità di formulazione del motivo, rendendo impossibile individuare la critica mossa ad una parte ben identificabile del giudizio espresso nella sentenza impugnata, è del tutto carente nella individuazione degli errori asseritamente individuabili nella decisione.

A riguardo, **Sez. 1, n. 22478/2018, Pazzi, Rv. 650919-01**, ha affermato che con i motivi di ricorso per cassazione la parte non può limitarsi a riproporre le tesi difensive svolte nelle fasi di merito e motivatamente disattese dal giudice dell'appello, senza considerare le ragioni offerte da quest'ultimo, poiché in tal modo si determina una mera contrapposizione della propria valutazione al giudizio espresso dalla sentenza impugnata che si risolve, in sostanza, nella proposizione di un "non motivo", come tale inammissibile ex art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c. e, ancora, **Sez. 1, n. 15936/2018, Di Marzio M., Rv. 649530-01**,

ha ritenuto che la generica indicazione, da parte del ricorrente per cassazione, di intere pagine del proprio ricorso in appello, comportando da parte della Corte la ricerca all' interno del ricorso stesso se un motivo sia stato articolato e l'individuazione del suo esatto contenuto, non costituisce rituale adempimento dell'onere imposto al ricorrente dall'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c. e si sostanzia nella violazione del principio di specificità ivi contemplato con conseguente inammissibilità del ricorso stesso.

Per altro verso, non può trascurarsi che Sez. U, n. 07155/2017, Didone, Rv. 643549-01, discostandosi dalla giurisprudenza pregressa delle stesse Sezioni Unite (v., in particolare, Sez. U, n. 19051/2010, Vittoria, Rv. 614183-01), ha sancito che, a prescindere dalla formulazione della norma, il ricorso scrutinato ai sensi dell'art. 360 bis, n. 1 c.p.c. deve essere rigettato per manifesta infondatezza e non dichiarato inammissibile, se la sentenza impugnata si presenta conforme alla giurisprudenza di legittimità e non vengono prospettati argomenti per modificarla, posto che anche in mancanza, nel ricorso, di argomenti idonei a superare la ragione di diritto cui si è attenuto il giudice del merito, il ricorso potrebbe trovare accoglimento ove, al momento della decisione della Corte, con riguardo alla quale deve essere verificata la corrispondenza tra la decisione impugnata e la giurisprudenza di legittimità, la prima risultasse non più conforme alla seconda nel frattempo mutata.

Per le Sezioni Unite, quindi, “la funzione di filtro ... consiste in ciò, che la Corte è in un certo qual senso esonerata, - ex art. 360-*bis* - dall'esprimere compiutamente la sua adesione alla soluzione interpretativa accolta dall'orientamento giurisprudenziale precedente ... e consente di deliberare rapidamente ricorsi ‘inconsistenti’. Ma si tratta pur sempre di una “inammissibilità di merito” compatibile con la garanzia dell'art. 111 Cost., comma 7.”

**Sez. 6 - 2, n. 05001/2018, Lombardo, Rv. 648213-01**, pur richiamando i principi espressi nella richiamata decisione delle Sezioni Unite n. 09100/2015, e ribadendo l'esistenza, nel nostro ordinamento, di due distinte tipologie di inammissibilità, una volta a sanzionare il pretestuoso esercizio delle facoltà processuali e l'altra, di natura strettamente processuale, che riguarda il “modo di formulazione” del motivo e che ricorre quando il motivo è incompleto o privo di specificità (cd. inammissibilità processuale che ricorre nel caso di carenza del potere di impugnare o di vizi dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione e che si colloca accanto alla cd. inammissibilità “sostanziale” o “meritale” (individuata dalla citata Sez. U, n. 07155/2017, Didone), da valutarsi al momento della decisione riguardando il merito degli argomenti svolti nel motivo e sussistendo ogni qualvolta gli argomenti posti a fondamento della domanda risultino manifestamente infondati), e

affermando la possibilità che esse siano compresenti, si pone però il problema di stabilire “in quali termini si configuri l'onere di specificità del motivo ai sensi dell'art. 366, n. 4 c.p.c. in rapporto a quanto preteso dall'art. 360-*bis*, n. 1 c.p.c. nell'eventualità che il ricorso, pur manifestamente infondato sulla base della giurisprudenza esistente alla data dell'introduzione del giudizio, risulti poi fondato al momento della decisione in forza di un nuovo orientamento giurisprudenziale”.

A tal proposito, con l'ordinanza indicata, è stato deciso che, nel caso di ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione di norme di diritto (sostanziali o processuali), il principio di specificità dei motivi, di cui all'art. 366, comma 1, n. 4, c. p.c., deve essere letto in correlazione al disposto dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., essendo dunque inammissibile, per difetto di specificità, il motivo di ricorso che, nel denunciare la violazione di norme di diritto, ometta di raffrontare la *ratio decidendi* della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte e, ove la prima risulti conforme alla seconda, ometta di fornire argomenti per mutare orientamento. In altri termini, la parte ricorrente, a pena di inammissibilità, da valutarsi al momento della proposizione del ricorso, ha l'onere di indicare, allorché denunci la violazione o la falsa applicazione delle norme di diritto, le norme che assume violate riferendosi al significato riconosciuto ad esse dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e, quindi, conformemente a quanto richiesto dall'art. 360-*bis*, n. 1 c.p.c., deve individuare la *ratio decidendi* della sentenza impugnata raffrontandola con la giurisprudenza della Corte e, ove sussista conformità tra le due, spiegare le ragioni a sostegno di un diverso orientamento.

La lettura combinata delle norme richiamate nella massima induce l'interprete a ritenere, così come evidenziato nella sentenza, che nel nostro ordinamento si stia facendo strada il “principio dello *stare decisis* in funzione del potenziamento della funzione nomofilattica e di uniformazione delle decisioni giurisdizionali, presupposto indispensabile per assicurare l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge”. Non si arriva, però, ad un vero e proprio sistema di *binding precedent*, anche se, avendo riguardo al complesso delle disposizioni che regolano il processo civile in cassazione dopo le riforme introdotte a partire dal 2006, il ruolo della Corte, con riferimento alla sua funzione nomofilattica, è stato sicuramente valorizzato così dando attuazione al precetto di cui all'art. 3 Cost.

In questa prospettiva si colloca, in particolare, **Sez. 6-3, n. 04366/2018, De Stefano, Rv. 648036-02**, là dove afferma che “anche un solo precedente, se univoco, chiaro, condivisibile, integra l'orientamento della giurisprudenza della S.C. di cui all'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. con conseguente dichiarazione di

inammissibilità del relativo ricorso per cassazione che non ne contenga valide critiche”.

#### **2.4. Inammissibilità e specificità dei motivi di appello.**

Anche con riferimento ai motivi di appello, si è posta la questione se, per effetto della riforma dell'art. 342 c.p.c., allorché si propone appello, il ricorrente possa limitarsi a riproporre le ragioni in fatto ed in diritto già prospettate in primo grado o debba, invece, indicare i passi della motivazione che censura, le modifiche da apportare ed esporre un progetto alternativo di sentenza. Tale questione è stata risolta, da Sez. U, n. 27199/2017, Cirillo F.M., Rv. 645991-01, affermando il principio per il quale gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, senza che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, tenuto conto della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata.

In senso del tutto conforme alle riportate S.U. si pone, dunque, **Sez. 6-3, n. 13535/2018, Rossetti, Rv. 648722-01**, che, dopo aver ricordato che quando si debba giudicare dell'ammissibilità di una impugnazione, “il giudicante deve badare non al rispetto di clausole astratte o formule di stile, ma alla sostanza e contenuto dell'atto” e che “le norme processuali, se ambigue, vanno interpretate in modo da favorire una decisione sul merito, piuttosto che esiti abortivi del processo”, ha affermato il principio per il quale gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, senza che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, ovvero la trascrizione totale o parziale della sentenza appellata, tenuto conto della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata. **Sez. L,**

n. 07332/2018, Manna A., Rv. 647619-01, dopo aver in motivazione specificato che “l'ordinamento processuale italiano è ispirato ad un assetto teleologico delle forme” ha affermato, con riferimento all'atto di appello della sentenza definitiva, meramente riproduttivo delle ragioni di impugnazione della precedente sentenza non definitiva, che esso è da considerarsi inammissibile “in quanto gli artt. 342 e 434 c.p.c., ..., pur non richiedendo che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, impongono al ricorrente in appello di individuare in modo chiaro ed esauriente il *quantum appellatum*, circoscrivendo il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono e formulando, sotto il profilo qualitativo, le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, sì da esplicitare l'idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata”.

Pertanto, alla stregua di quanto chiarito dalla citata decisione Sez. U, n. 27199/2017, Cirillo F.M., e ribadito dagli arresti successivi delle sezioni semplici, per effetto della riforma del 2012, l'appello non è stato trasformato in un mezzo di impugnazione a critica vincolata, ma è rimasto una *revisio prioris instantiae* in cui la cognizione del giudice rimane circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante, anche incidentale, attraverso la prospettazione e deduzione di specifiche censure. Non sono stati sostanzialmente aggravati gli oneri dell'appellante, con la conseguenza che l'atto di appello deve contenere, come già in passato, puntuali critiche all'operato del giudice *a quo*, commisurate all'ampiezza della motivazione del provvedimento impugnato e alla sua specificità e la sanzione, nel caso di mancato rispetto di tali oneri da parte dell'appellante, come già in passato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità, è ora per il legislatore quella dell'inammissibilità dell'impugnazione non potendo l'appello giungere alla sua naturale conclusione di giudizio sulla denegata giustizia della decisione impugnata.

## 2.5. Inammissibilità e mutatio ed emendatio libelli.

Sez. U, n. 12310/2015, Di Iasi, Rv. 635536-01, risolvendo il contrasto sullo specifico tema della modificabilità, con la prima memoria prevista dall'art. 183 c.p.c., della domanda costitutiva ex art. 2932 c.c. in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo, ha riconosciuto l'ammissibilità della modifica, nella memoria ex art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda formulata ex art. 2932 c.c. con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo, affermando il più ampio ed innovativo principio, portato di quello di effettività della tutela giurisdizionale e di correlata concezione della durata del



processo in termini complessivi e non correlati al singolo giudizio, per il quale 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". A partire da tale arresto, la giurisprudenza della Corte, sia con riferimento ai diritti eterodeterminati sia con riferimento a quelli autodeterminati, si è attestata sostanzialmente sulle medesime posizioni delle S.U. ritenendo, ad esempio, ammissibile la modificazione dell'originaria domanda risarcitoria, formulata da un investitore nei confronti dell'intermediario finanziario, in quella di risoluzione per inadempimento, in quanto entrambe le richieste riguardavano la stessa operazione di compravendita-titoli ed erano fondate sull'allegazione dei medesimi comportamenti inadempienti dell'intermediario (**Sez. 6-1, n. 13091/2018, Falabella, Rv. 649542-01**) o affermando, in tema di intermediazione finanziaria, che la parte la quale abbia modificato in sede di memoria, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, la propria domanda di nullità del contratto di acquisto degli strumenti finanziari, in quella di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, in conseguenza delle difese proposte dal convenuto, di ogni genere e tipo, non incorre in una inammissibile *mutatio libelli* ove la domanda così modificata riguardi la medesima vicenda sostanziale dedotta in lite o sia ad essa collegata, perché, in tal modo non si determina né la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, né il sostanziale allungamento dei tempi processuali di definizione della lite (**Sez. 1, n. 03254/2018, Genovese, Rv. 646882-01**); o ancora ritenendo ammissibile, in un giudizio per risarcimento danni da sinistro stradale, 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. (**Sez. 3, n. 22540/2018, Guizzi, Rv. 650853-01**); affermando che la mera indicazione di ulteriori vizi della cosa appaltata rispetto a quelli indicati in citazione non integra una modifica inammissibile del *petitum* o della *causa petendi*, ove dedotta nel termine dell'articolo 183, comma 6, c.p.c., permanendo un chiaro e stabile collegamento con la questione concreta oggetto del contendere (**Sez. 2, n. 14815/2018, Cavallari, Rv. 648850-01**) o ancora, con riferimento ad un giudizio in cui si applicava il dettato di cui all'art. 183 c.p.c., nel testo previgente alla l. n. 80 del 2005, affermando che è possibile mutare anche gli elementi costitutivi della domanda, ove ricorrano le condizioni indicate dalla

sentenza n. 12310 del 2015 delle S.U. e non siano avanzate, quindi, delle pretese aggiuntive e che, pertanto, deve escludersi che l'attore, proposta la domanda di accertamento della proprietà di un fondo, di incorporazione delle costruzioni ex art. 934 c.c. e di pagamento di somme in data successiva al passaggio in giudicato di una sentenza che aveva accertato l'esistenza su tale fondo di un'enfiteusi in favore di terzi, possa chiedere, nella prima udienza di trattazione, la devoluzione del fondo enfiteutico (**Sez. 6-2, n. 11282/2018, Orilia, Rv. 649212-01**). Aderisce nella sostanza alla decisione delle S.U., così come viene precisato in motivazione, anche **Sez. 3, n. 16807/2018, Graziosi, Rv. 649420-01** che, partendo dal principio dell'unitarietà della domanda, specifica che quest'ultima può anche essere radicalmente modificata, ma non può essere affiancata e che l'introduzione di una domanda ulteriore in aggiunta a quella originaria deve considerarsi nuova domanda ed è cosa diversa dalla domanda modificata che non si aggiunge a quella iniziale, ma la sostituisce ponendosi rispetto a questa in un rapporto di alternatività.

La modifica della domanda iniziale, dunque, per la richiamata decisione delle Sezioni Unite e la successiva giurisprudenza conforme della Corte, può riguardare anche gli elementi identificativi oggettivi della domanda stessa, quando essa riguardi la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o, comunque, sia a questa collegata parimenti a quanto accade nelle ipotesi di connessione a vario titolo e in particolare al rapporto di connessione per "alternatività" o per "incompatibilità". Tale interpretazione è sicuramente rispettosa dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo in quanto, non solo non incide negativamente sulla durata del processo nel quale la modificazione interviene, ma è idonea a favorire una soluzione della complessiva vicenda sostanziale ed esistenziale portata dinanzi al giudice in un unico contesto, evitando la potenziale proliferazione dei processi. Essa favorisce la stabilità delle decisioni giudiziarie e limita il rischio dei giudicati contrastanti e non è idonea a ledere il contraddittorio in quanto l'eventuale modifica avviene sempre in riferimento e in connessione alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio.

**Sez. 2, n. 17482/2018, Casadonte, Rv. 649452-01** ha ritenuto, invece, che la domanda di adempimento contrattuale e quella di arricchimento senza causa si differenziano strutturalmente e tipologicamente, pertanto la seconda integra, rispetto alla prima originariamente formulata, una domanda nuova con la conseguenza che nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo al creditore opposto, che riveste la posizione sostanziale di attore, è consentito avanzare con la comparsa di costituzione e risposta domanda di arricchimento senza causa soltanto qualora l'opponente abbia introdotto nel giudizio, con

l'atto di citazione, un ulteriore tema di indagine che possa giustificare tale esigenza. Sul tema è peraltro da ultimo intervenuta **Sez. U, n. 22404/2018, Scrima, Rv. 650451-01**, che, nel solco della più volte richiamata Sez. U, n. 12310/2015, Di Iasi, ha ritenuto ammissibile, nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale, 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. Le Sezioni Unite hanno, quindi, indirizzato l'attenzione dell'interprete sull'inerenza delle domande alla medesima vicenda sostanziale sottoposta all'esame del giudice affermando che la domanda di adempimento contrattuale e quella di ingiustificato arricchimento, se riferite ad una medesima vicenda, sottendono un solo interesse sostanziale, attengono al medesimo bene della vita (tendenzialmente una pretesa di natura patrimoniale), e sono legate da un rapporto di connessione "di incompatibilità", non solo logica, ma normativamente prevista - atteso il carattere sussidiario dell'azione ex art. 2041 c.c. sancito dall'art. 2042 c.c. -, rapporto che giustifica ancor di più il ricorso ++++++al *simultaneus processus*. Come evidenziato dalle Sezioni Unite, attraverso la trattazione della domanda modificata nello stesso giudizio, si perverrà ad una globale riduzione dei tempi della giustizia in quanto il giudice non dovrà più dedicarsi allo scrutinio della domanda originaria ormai "superata", né dovranno introdursi nuovi giudizi per proporre la domanda alternativa. In tal modo si impedirà il proliferare di liti e la conseguente possibilità di giudicati contrastanti assicurando così l'effettività della tutela giurisdizionale e il giudice potrà esplicare pienamente il suo ruolo assumendo decisioni orientate a giustizia sostanziale e non all'applicazione meccanica di astratte regole processuali così dando concreta attuazione al principio costituzionale di ragionevole durata del processo.

### **3. Improcedibilità: profili generali.**

Il legislatore non fornisce alcuna definizione dell'istituto dell'improcedibilità, anche se ad esso fa riferimento in alcune ipotesi, ritenute da autorevole dottrina tassative (Luiso, *Diritto processuale civile*, II, VIII ed., Milano 2015, 363), in tema di impugnazioni (art. 348 c.p.c. improcedibilità dell'appello; nell'art. 369 c.p.c., relativamente al ricorso per cassazione; nell'art. 399 c.p.c., in tema di revocazione e nell'art. 408 c.p.c. con riferimento all'opposizione di terzo). Dalla dottrina l'improcedibilità è stata definita "la conseguenza di natura sanzionatoria derivante dal mancato compimento di un atto, espressamente configurato come necessario a tal fine, della sequenza di avvio di un dato processo" (La China, *Procedibilità*

*dir. proc. civ.*, in Enc. Dir. XXXV, Milano, 1986, 794 ss.). La figura dell'improcedibilità, dunque, attiene esclusivamente alla sfera processuale e sussiste nei casi di omissione o di ritardo nel compimento di alcune attività che la legge configura come atti di impulso necessari allo svolgimento del processo e comporta l'impedimento della pronuncia sul merito. A differenza di quanto si riscontra in tema di inammissibilità, quindi, le cause di improcedibilità sono sempre riconducibili ad un'attività successiva ed estrinseca all'atto introduttivo. Il vizio è rilevabile d'ufficio e la sua declaratoria non impedisce la riproposizione della domanda nel giudizio di primo grado, mentre nelle fasi di gravame, ove l'improcedibilità sia stata dichiarata, non è consentita la riproponibilità della stessa anche se non sono ancora scaduti i relativi termini. Diversamente l'impugnazione è nuovamente proponibile, purché tempestiva, ove la pronuncia di improcedibilità non sia ancora intervenuta. Ed invero, il principio di consumazione dell'impugnazione, secondo un'interpretazione conforme ai principi costituzionali del giusto processo che sono volti a rimuovere gli ostacoli alla compiuta realizzazione del diritto di difesa, rifuggendo formalismi rigoristici, impone di ritenere che, fino a quando non intervenga una declaratoria di improcedibilità, possa essere proposto un secondo atto di appello, sempre che la seconda impugnazione risulti tempestiva e si sia svolto regolare contraddittorio tra le parti (Sez. 3, n. 155721/2011, Spirito, Rv. 619439-01). Invero le regole processuali costituiscono lo strumento per garantire la giustizia della decisione, non il fine stesso del processo. In linea anche con tali principi ed a quello del "raggiungimento dello scopo dell'atto" si pone, tra le altre, **Sez. L, n. 02827/2018, Blasutto, Rv. 647400-01**, secondo cui l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso per cassazione, per l'errata intestazione della parte contro cui è proposto è infondata, qualora esso sia stato notificato proprio al soggetto che era stato parte in causa nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata e che, resistendo nel grado di giudizio di legittimità, dopo avere proposto l'eccezione per il motivo sopra esposto, si sia difeso nel merito poiché in siffatta ipotesi non vi è incertezza circa il destinatario.

### 3.1. Improcedibilità dell'appello.

L'appello, ai sensi dell'art. 348 c.p.c., è dichiarato improcedibile, anche d'ufficio, nel caso nel caso di mancata o tardiva costituzione dell'appellante e nel caso di sua mancata comparizione alla prima udienza e in quella successiva fissata dal collegio e comunicata all'appellante. L'art. 347, comma 1, c.p.c., nello stabilire che la costituzione in appello avviene secondo le forme ed i termini per i procedimenti davanti al tribunale, rende applicabili al giudizio d'appello le previsioni di

cui agli artt. 165 e 166 c.p.c., ma non quella di cui all'art. 171 c.p.c. (concernente la ritardata costituzione delle parti e che prevede, al secondo comma che “ se una delle parti si è costituita entro il termine a lei assegnato, l'altra parte può costituirsi successivamente sino alla prima udienza ...”), la quale è incompatibile con la previsione di improcedibilità dell'appello per il caso che l'appellante non si costituisca nei termini di cui all'art. 348 c.p.c. Ne consegue che il giudizio di gravame è improcedibile in tutti i casi di ritardata o mancata costituzione dell'appellante, a nulla rilevando che l'appellato si sia costituito nel termine assegnatogli (Sez. U, n. 10864/2011, Vivaldi, Rv. 617623-01; Sez. 6 - 2, n. 06369/2017, Giusti, Rv. 643378-02).

Evidente espressione dei principi più volte ricordati in tema di effettività della tutela giurisdizionale è **Sez. 6 - 3, n. 01063/2018, Cirillo F.M., Rv. 647350-01**, che, conformemente a Sez. U, n. 16598/2016, Frasca, Rv. 640829-01, ha ritenuto che la tempestiva costituzione dell'appellante con la copia dell'atto di citazione in luogo dell'originale non determina l'improcedibilità del gravame ai sensi dell'art. 348, comma 1, c.p.c., ma integra una nullità per inosservanza delle forme indicate dall'art. 165 c.p.c., sanabile, anche su rilievo del giudice, entro l'udienza di comparizione di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c., salva la possibilità per l'appellante di chiedere la remissione in termini ex art. 153 c.p.c., dovendosi ritenere, in difetto, consolidato il vizio ed improcedibile l'appello. La Corte, quindi, con tale arresto ha ritenuto erronea la decisione impugnata che aveva dichiarato improcedibile l'appello, sebbene alla prima udienza l'attore, previa esibizione dell'originale dell'atto notificato non andato a buon fine, aveva chiesto al giudice un termine per il rinnovo della notifica, effettuata la quale, all'udienza successiva, aveva depositato l'originale.

### **3.2. Improcedibilità del ricorso per cassazione.**

Si ha improcedibilità del ricorso per cassazione quando non siano stati depositati nella cancelleria della Corte, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione alle parti, il ricorso e gli altri atti indicati nell'art. 369 c.p.c.

**Sez. 3, n. 30846/2018, Frasca, Rv. 651862-01**, ha dichiarato quindi improcedibile il ricorso per cassazione nell'ipotesi in cui l'autenticazione della copia della sentenza impugnata era stata effettuata da un difensore il cui ministero era cessato e ciò perché tale attività doveva essere effettuata dall'avvocato a cui era stata conferita la procura per il giudizio di legittimità.

Per **Sez. U, n. 11850/2018, Manna F., Rv. 648274-01**, il ricorso per cassazione proponibile, ex art. 348-ter, comma 3,

c.p.c., avverso la sentenza di primo grado, entro sessanta giorni dalla comunicazione, o notificazione se anteriore, dell'ordinanza d'inammissibilità dell'appello, resa ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., è soggetto, ai fini del requisito di procedibilità di cui all'art. 369, comma 2, c.p.c., ad un duplice onere di deposito, avente ad oggetto la copia autentica sia della sentenza suddetta sia, per la verifica della tempestività del ricorso, della citata ordinanza, con la relativa comunicazione o notificazione; in difetto, il ricorso è improcedibile, salvo che, ove il ricorrente abbia assolto l'onere di richiedere il fascicolo d'ufficio alla cancelleria del giudice *a quo*, la Corte, nell'esercitare il proprio potere officioso, rilevi che l'impugnazione sia stata proposta nei sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione ovvero, in mancanza dell'una e dell'altra, entro il termine cd. lungo di cui all'art. 327 c.p.c.

Non v'è chi non veda la peculiarità, nella specie, del rimedio impugnatorio poiché l'art. 348-ter c.p.c. prevede il ricorso per cassazione avverso la sentenza di primo grado, ma fa decorrere il termine per impugnare “dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità”.

Il richiamo di cui all'art. 348-ter c.p.c. all'art. 360 c.p.c. induce a ritenere, in effetti, che a detto procedimento sia applicabile anche l'art. 369 c.p.c., contenente la disciplina gli adempimenti connessi alla proposizione del ricorso.

Orbene, anche tali sentenze appaiono espressione di un'interpretazione delle norme processuali libera da inutili formalismi e rispettosa del principio di strumentalità delle forme processuali là dove si prevede che un comportamento omissivo non deve necessariamente essere sanzionato ove gli effetti di siffatta omissione vengano eliminati, senza danno o ritardo per il processo. L'improcedibilità, come autorevolmente affermato in dottrina ( La China, *Op. cit.*, 764 ss.) concerne un'attività neutra, inidonea ad influire in alcun modo sul processo, pregiudicandolo o pre-orientandolo, essendo funzionale solo alla corretta progressione della sequenza processuale e, pertanto, per la giurisprudenza della Corte, in ossequio ai principi del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale, è, di regola, opportuno far prevalere la formazione del giudicato laddove sussistano delle situazioni irregolari rimediabili. Ora, poiché la previsione del deposito, a pena di improcedibilità, della copia della decisione impugnata con la relazione di notificazione, ove questa sia avvenuta, è funzionale al riscontro - di natura pubblicistica - da parte della Corte del rispetto del vincolo della cosa giudicata formale, ben si comprende il principio enunciato da **Sez. 6-5, n. 14426/2018, La Torre, Rv. 649204-01**, secondo cui, in linea con quanto affermato dalle S.U. da ultimo richiamate, la produzione di copia incompleta della sentenza impugnata è causa di improcedibilità del ricorso per cassazione ex art. 369 c.p.c. solo ove non consenta di dedurre con certezza l'oggetto della

controversia e le ragioni poste a fondamento della pronuncia. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C., pur rilevando nella copia depositata la mancanza delle pagine relative allo svolgimento del processo, ha ritenuto di poter evincere le ragioni della decisione dalla motivazione della stessa riportata nel ricorso). Come si desume dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale i principi anzidetti non escludono che il processo debba essere governato, per esigenze di certezza e di ragionevole durata, da scansioni temporali il cui mancato rispetto deve essere assoggettato alla sanzione della decadenza dal compimento di determinate attività (così Corte Cost. n. 11/08 e n. 462/2006; ord. n. 163/2010) dovendosi perseguire, sempre e comunque, l'equilibrio tra esigenze di certezza e buona amministrazione della giustizia. Appare, dunque, espressione di siffatta ricerca **Sez. 5, n. 11513/2018, De Masi, Rv. 648365-01**, secondo cui nel caso in cui una sentenza sia stata impugnata con due successivi ricorsi per cassazione, il primo dei quali non sia stato depositato o lo sia stato tardivamente dal ricorrente, è ammissibile la proposizione del secondo, anche quando contenga nuovi e diversi motivi di censura, purché la notificazione dello stesso abbia avuto luogo nel rispetto del termine breve decorrente dalla notificazione del primo, e l'improcedibilità di quest'ultimo non sia stata ancora dichiarata, non comportando la mera notificazione del primo ricorso la consumazione del potere d'impugnazione.

Non difforme dai principi dianzi enunciati e a tutela dell'esigenza pubblicistica e, quindi, non disponibile dalle parti, del rispetto del vincolo della cosa giudicata formale, deve leggersi l'arresto della **Sez. 5, n. 01295/2018, Greco, Rv. 646700-01** secondo la quale ove il ricorrente per cassazione non allegghi che la sentenza impugnata gli è stata notificata, si deve ritenere che lo stesso ricorrente abbia esercitato il diritto di impugnazione entro il c.d. termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c.; qualora o per eccezione del controricorrente o per le emergenze del diretto esame delle produzioni delle parti o del fascicolo d'ufficio emerga che la sentenza impugnata era stata notificata ai fini del decorso del termine di impugnazione, però, indipendentemente dal riscontro della tempestività o meno del rispetto del termine breve, occorre accertare se la parte ricorrente abbia ottemperato all'onere del deposito della copia della sentenza impugnata entro il termine di cui al primo comma dell'art. 369 c.p.c. e, in mancanza, si deve dichiarare l'improcedibilità del ricorso in quanto il riscontro della improcedibilità precede quello dell'eventuale inammissibilità.

#### 4. Rinunzia al ricorso e declaratoria di improcedibilità o di inammissibilità.

Per **Sez. 6 - 2, n. 32368/18, Picaroni, Rv. 652064-01**, in tema di procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 380-*bis* c.p.c., ove la parte che ha proposto ricorso per cassazione vi rinunci, nel rispetto dei termini e delle modalità previste dall'art. 390 c.p.c., alla manifestazione di tale volontà abdicativa segue la declaratoria di estinzione, prevalendo tale volontà sull'improcedibilità del ricorso, sulla base del rilievo assorbente che qualunque valutazione sul ricorso presuppone che esso sia in atto e che tanto è escluso dalla rinunzia.

In tema di inammissibilità, **Sez. 6 - 1, n. 32068/2018, Sambito, Rv. 651968-01**, ha affermato che alla rinuncia al ricorso per cassazione ad opera della parte che lo aveva inizialmente proposto segue la declaratoria di estinzione del giudizio, quand'anche consti una causa di inammissibilità dell'impugnazione. Tali arresti danno continuità alla decisione delle Sez. U, n. 19514/2008, Amatucci, Rv. 604337-01, secondo cui la pronuncia sull'inammissibilità o sull'improcedibilità del ricorso per cassazione ha carattere pregiudiziale e prevalente rispetto a quella sulla rinuncia, poiché non è dato rinunciare ad un diritto processuale quando non esistono le condizioni necessarie per il suo esercizio. Per le S.U. del 2008, invece, qualunque valutazione sul ricorso presuppone che esso sia in atto e ciò è escluso dalla rinunzia; essa, inoltre, è “inequivocamente volta al rafforzamento della funzione nomofilattica della corte di legittimità, a sua volta certamente agevolata da una definizione del giudizio di cassazione alternativa alla decisione”.

Ha inoltre ritenuto **Sez. 6 - 5, n. 14782/2018, Manzon, Rv. 649019- 01**, che l'atto di rinuncia al ricorso per cassazione, in assenza dei requisiti di cui all'art. 390, ultimo comma, c.p.c. (notifica alle parti costituite o comunicazione agli avvocati delle stesse per l'apposizione del visto), sebbene non idoneo a determinare l'estinzione del processo, denota il definitivo venire meno di ogni interesse alla decisione e comporta, pertanto, l'inammissibilità del ricorso. Ed invero, in tale ipotesi deve ritenersi venuta meno la fondamentale condizione dell'azione costituita dall' “interesse” che, come prescritto dall'art. 100 c.p.c., deve essere concreto ed attuale e, quindi, sempre sussistente, sia per proporre la domanda, sia per contraddire alla stessa.



## **5. Conseguenze della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità.**

L'art. 358 c.p.c. stabilisce che, ove sia intervenuta la declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità dell'appello, il gravame non potrà essere riproposto, sebbene non sia ancora decorso il termine per impugnare. Analoga previsione contiene, in tema di ricorso per cassazione, l'art. 387 c.p.c. Può, invece, essere proposto un secondo atto di appello ove, non ancora intervenuta la declaratoria di improcedibilità, venga proposto un secondo ricorso tempestivamente e si sia svolto regolare contraddittorio tra le parti (per l'applicazione, nel periodo in esame, di tali principi v. **Sez. 6 – 5, n. 04754/2018, Luciotti, Rv. 647254-01** e **Sez. 6 - 3, n. 14214/2018, Cirillo F.M., Rv. 649337-01**, che in applicazione del medesimo principio sopra riportato ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso l'ordinanza ex art. 348 bis c.p.c. emessa dalla Corte d'appello perché proposto oltre sessanta giorni dopo la notificazione di un altro ricorso per cassazione ex art. 348 ter, comma 3, c.p.c., avverso la sentenza di primo grado.

Con riferimento alle conseguenze della declaratoria di improcedibilità del ricorso principale sulle sorti di quello incidentale, **Sez. 3, n. 19188/2018, Scoditti, Rv. 649738-01**, ha ritenuto che, nel caso in cui il ricorso principale per cassazione venga dichiarato improcedibile, l'eventuale ricorso incidentale tardivo diviene inefficace, e ciò non in virtù di un'applicazione analogica dell'art. 334, comma 2, c.p.c. - dettato per la diversa ipotesi dell'inammissibilità dell'impugnazione principale -, bensì in base ad un'interpretazione logico-sistematica dell'ordinamento, che conduce a ritenere irrazionale che un'impugnazione (tra l'altro anomala) possa trovare tutela in caso di sopravvenuta mancanza del presupposto in funzione del quale è stata riconosciuta la sua proponibilità. In tema di inammissibilità dell'appello principale, per **Sez. 2, n. 20963/2018, Scalisi, Rv. 650024-01**, mentre l'inammissibilità dell'appello principale non priva di efficacia quello incidentale che sia stato proposto oltre che tempestivamente ai sensi dell'art. 343 c.p.c., anche nei termini per impugnare previsti dagli artt. 325, 326 e 327 c.p.c., un'impugnazione incidentale avanzata quando tali termini siano scaduti non potrebbe mai essere ritenuta “tempestiva”, anche se rispettosa del termine di cui all'art. 343 c.p.c. Ed invero, l'efficacia del ricorso incidentale tardivo perché non proposto oltre i termini di cui agli art. 325 e/o 327 c.p.c. resta condizionata all'ammissibilità e/o improcedibilità dell'appello principale con la conseguenza che ove questo principale sia improcedibile e/o inammissibile, il ricorso incidentale tardivo diventa inefficace.

In sostanza, mentre il ricorso incidentale tempestivo è autonomo rispetto all'impugnazione principale e non può

quindi essere condizionato dall'inammissibilità o improcedibilità di quest'ultimo, il gravame incidentale tardivo è considerato strettamente dipendente da quello principale e, pertanto, l'inammissibilità o l'improcedibilità di questo non possono che ripercuotersi sul gravame incidentale

Per **Sez. L, n. 06156/2018, Blasutto, Rv. 647499-01**, l'impugnazione incidentale tardiva, da qualunque parte provenga, va dichiarata inammissibile laddove l'interesse alla sua proposizione non possa ritenersi insorto per effetto dell'impugnazione principale.

Peraltro, salva una più approfondita trattazione nei capitoli dedicati alle impugnazioni, in questa sede non si può trascurare che proprio in forza di un'attenta valutazione del canone di effettività della tutela giurisdizionale, **Sez. 5, n. 13651/2018, Castorina, Rv. 649085-01 e Sez. 5, n. 18415/2018, De Masi, Rv. 648766-01**, hanno ritenuto di dover mettere in discussione il richiamato orientamento tradizionale secondo cui l'impugnazione principale fissa senza possibilità di modifiche l'oggetto del giudizio e individua, quindi, automaticamente l'ambito dell'eventuale impugnazione incidentale dovendosi, al contrario, procedere alla ricerca dell'interesse all'impugnazione che è da ravvisarsi ogni qual volta derivi dall'impugnazione, ove accolta, la modifica dell'assetto delle situazioni giuridiche accettate dall'altra parte rimasta inerte. Si è, quindi, affermato che l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche se riguarda un capo della decisione diverso da quello oggetto del gravame principale o se investe lo stesso capo per motivi diversi da quelli già fatti valere, dovendosi consentire alla parte, che avrebbe di per sé accettato la decisione, di contrastare l'iniziativa della controparte, volta a rimettere in discussione l'assetto di interessi derivante dalla pronuncia impugnata. Tale orientamento, come messo in evidenza nelle sentenze da ultimo riportate, appare coerente con i principi della "cd. parità delle armi tra le parti" e "della ragionevole durata del processo", in quanto una diversa, e più restrittiva, interpretazione, indurrebbe ciascuna parte a cautelarsi proponendo un'autonoma impugnazione tempestiva sulla statuizione rispetto alla quale è rimasta soccombente, con inevitabile proliferazione dei processi di impugnazione che potrebbero, invece, essere evitati se ciascuna parte sapesse di poter impugnare, anche se ha prestato acquiescenza alla decisione o siano decorsi i termini, qualora l'altra parte abbia impugnato e rimesso in discussione l'equilibrio della decisione.

Con riferimento, infine, alla regolamentazione delle spese per **Sez. 3, n. 15220/2018, D' Arrigo, Rv. 649306-01**, l'inefficacia del ricorso incidentale tardivo connessa alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale comporta che la soccombenza vada riferita alla sola parte ricorrente in via principale, restando irrilevante se sul ricorso incidentale vi

sarebbe stata soccombenza del controricorrente, atteso che la decisione della Corte di cassazione non procede all'esame dell'impugnazione incidentale e, dunque, l'applicazione del principio di causalità con riferimento al *decisum* evidenzia che l'instaurazione del giudizio è da addebitare soltanto alla parte ricorrente principale. La questione viene affrontata dall'arresto in esame con riferimento al giudizio di legittimità, ma il principio è applicabile anche al giudizio d'appello.

## CAPITOLO XIII

### L'APPELLO

(DI LUIGI LA BATTAGLIA)

SOMMARIO: 1. Caratteri generali del processo d'appello. – 2. I provvedimenti impugnabili. – 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.

#### 1. Caratteri generali del processo d'appello.

A seguito della riforma introdotta dal d. l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. nella l. 7 agosto 2012, n. 134, è andato progressivamente consolidandosi (anche nella giurisprudenza della Corte del 2018) un modello di giudizio di appello sempre più lontano dai canoni del c.d. *novum iudicium* (inteso come mezzo per sottoporre nuovamente al secondo giudice, in tutto o in parte, l'oggetto della lite svoltasi in prime cure), e sempre più ispirato, per contro, all'archetipo della *revisio prioris instantiae* (vale a dire mezzo di controllo degli errori di diritto o di fatto contenuti nel provvedimento impugnato, così come denunciati dalle parti). All'esito di tale evoluzione, l'effetto devolutivo risulta circoscritto entro i limiti delle contrapposte iniziative delle parti, attraverso la riproposizione ex art. 346 c.p.c., ovvero l'appello incidentale (eventualmente condizionato) di cui all'art. 343 c.p.c. Un opportuno temperamento delle "rigidità" di tale modello si deve, peraltro, di recente, a Sez. U, n. 27199/2017, Cirillo F.M., Rv. 645991-01, la quale ha escluso che l'atto di appello debba contenere la formulazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, in considerazione della natura di giudizio di merito dell'appello, il cui oggetto è pur sempre costituito dall'originario rapporto dedotto in primo grado, e non già dalla sentenza in quella sede pronunciata.

Venendo, più specificamente, ad illustrare gli orientamenti della giurisprudenza della Corte del 2018, **Sez. 3, n. 20836/2018, Fanticini, Rv. 650421-01**, ha affermato, dall'angolo visuale dell'appellante, che la struttura devolutiva del giudizio di impugnazione non determina alcuna inversione dell'onere della prova a carico del convenuto soccombente in primo grado, il quale, proponendo appello, non deve provare l'insussistenza dei fatti costitutivi della domanda dell'attore, ma è tenuto soltanto a

dimostrare la fondatezza dei propri motivi di gravame mediante una precisa e ben argomentata critica della decisione impugnata, formulando pertinenti ragioni di dissenso in relazione alla operata ricostruzione dei fatti ovvero alle questioni di diritto trattate.

Peraltro, l'abbandono della configurazione dell'appello quale *novum iudicium* – inteso come pieno riesame nel merito della fattispecie oggetto della decisione impugnata – non esclude che il giudice di secondo grado, per decidere la controversia sottoposta al suo riesame, possa agire con piena libertà senza essere tenuto a seguire criticamente, punto per punto, la sentenza impugnata, e quindi, senza essere soggetto ad alcun vincolo - salva l'ipotesi che su taluni punti della controversia la sua indagine sia preclusa per essersi formata la cosa giudicata -, egli può non soltanto pervenire a diverse conclusioni in base ad un diverso apprezzamento dei fatti, ma anche giungere alla medesima soluzione in forza di motivi e di considerazioni che il primo giudice aveva trascurato, e così sostituire totalmente la propria motivazione a quella della sentenza di primo grado, pur confermandone il contenuto decisorio (in questi termini si è espressa **Sez. 5, n. 01323/2018, Tedesco, Rv. 646894-01**).

La natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello comporta che l'impugnazione debba contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, senza che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, ovvero la trascrizione totale o parziale della sentenza appellata (in questi termini, si segnala **Sez. 6-3, n. 13535/2018, Rossetti, Rv. 648722-01**, che si uniforma al principio di diritto affermato dalla già citata Sez. U, n. 27199/2017, Cirillo F.M., Rv. 645991-01). Conseguentemente, è stato considerato inammissibile, da **Sez. L, n. 07332/2018, Manna, Rv. 647610/2018**, l'appello avverso una sentenza definitiva, consistente nella mera riproduzione delle ragioni di impugnazione della precedente sentenza non definitiva (nella specie, fatta oggetto di separato gravame).

## 2. I provvedimenti impugnabili.

Per quanto concerne le sentenze che definiscono il giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, ne è stata ribadita dalla Corte l'impugnabilità con l'appello (e non col ricorso per cassazione), a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 26, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha abrogato l'ultimo comma dell'art. 23, della l. 24 novembre 1981, n. 689 (in tal senso **Sez. L, n. 21707/2018, Mancino, Rv. 650260-01**). L'appello (per i giudizi introdotti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150) deve essere proposto nella forma della citazione e non del ricorso, trovando applicazione, in assenza di una specifica previsione normativa per il giudizio di secondo grado, la disciplina ordinaria di cui agli artt. 339 e ss. c.p.c. (**Sez. L, n. 24587/2018, Berrino, Rv. 650677-01**). Al procedimento d'appello non si applica la regola del "foro erariale" di cui all'art. 7 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, relativa alle controversie in cui sia parte un'amministrazione dello Stato (in tal senso **Sez. 6-2, n. 05249/2018, Cosentino, Rv. 647987-01**, uniformatasi a Sez. U, n. 23285/2010, Bucciante, Rv. 615040-01).

**Sez. 2, n. 26613/2018, Criscuolo, Rv. 651008-01**, con specifico riguardo alle sentenze del giudice di pace, ha precisato, poi, che l'appello relativo alle cause di valore inferiore a € 1.100,00 non soggiace alle limitazioni di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c., dal momento che, ai sensi dell'art. 23, comma 11, della l. n. 689 del 1981, non è applicabile l'art. 113, comma 2, c.p.c., sicché non è possibile una pronuncia secondo equità. Rientra, invece, nell'ambito di applicazione dell'art. 339 c.p.c. – ed è, pertanto, appellabile - la sentenza di condanna dello Stato italiano al risarcimento del danno derivante dalla violazione di una direttiva comunitaria, emessa dal giudice di pace nell'ambito di un giudizio di equità c.d. necessaria, ai sensi dell'art. 113, comma 2, c.p.c. (**Sez. 3, n. 17058/2018, Spaziani, Rv. 649445-02**).

Tra le pronunce che, nel 2018, hanno riguardato l'impugnabilità delle sentenze del giudice di pace si segnala, inoltre, **Sez. 6-3, n. 03290/2018, Scrima, Rv. 647509-01**, la quale, in linea generale, ha ribadito che per stabilire se una sentenza del giudice di pace sia stata pronunciata secondo equità, e sia quindi appellabile solo nei limiti di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c., occorre avere riguardo non già al contenuto della decisione, ma al valore della causa, da determinarsi secondo le regole di cui agli artt. 10 e ss. c.p.c., e senza tenere conto del valore indicato dall'attore ai fini del

pagamento del contributo unificato; ne consegue che, ove l'attore abbia formulato dinanzi al giudice di pace una domanda di condanna al pagamento di una somma di denaro inferiore a millecento euro (limite dei giudizi di equità cd. necessaria, ai sensi dell'art. 113, comma 2, c.p.c.), accompagnandola però con la richiesta della diversa ed eventualmente "maggior somma che sarà ritenuta di giustizia", la causa deve ritenersi - in difetto di tempestiva contestazione ai sensi dell'art. 14 c.p.c. - di valore indeterminato, e la sentenza che la conclude è appellabile senza i limiti prescritti dall'art. 339 c.p.c. Quanto al profilo temporale di applicazione della riforma dell'art. 339 c.p.c., **Sez. 6-3, n. 01213/2018, Rv. 647353-01**, ha affermato che essa è applicabile a tutti i provvedimenti pubblicati dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, anche nell'ambito di procedimenti già pendenti, assumendo rilevanza l'avvenuta decisione secondo equità esclusivamente con riguardo ai motivi per cui è ammessa l'impugnazione, che, nel primo caso, sono solo quelli per cui nell'assetto precedente era consentito il ricorso per cassazione. Sempre con riferimento alle sentenze del giudice di pace, **Sez. 6-L, n. 23062/2018, Doronzo, Rv. 650901-01**, ha affermato che è impugnabile con l'appello (nei limiti e secondo le previsioni dell'art. 339 c.p.c.), e non col regolamento di competenza, la decisione con la quale il giudice di pace statuisca sulla propria competenza, ove non abbia natura meramente interlocutoria, ma costituisca una vera e propria sentenza.

Restando in tema di pronunce sulla competenza, è inammissibile, secondo **Sez. 2, n. 21336/2018, Casadonte, Rv. 650034-01**, 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. Stessa *ratio* ispira **Sez. 6-3, n. 16089/2018, Graziosi, Rv. 649430-01**, che riconduce al novero delle decisioni attinenti esclusivamente alla competenza la sentenza dichiarativa della nullità del decreto ingiuntivo opposto, in quanto emesso da giudice territorialmente incompetente, con la conseguenza di ritenerla impugnabile solo col regolamento necessario di competenza di cui all'art. 42 c.p.c., e non già con l'appello (la cui inammissibilità, se non dichiarata dal giudice di secondo grado, è rilevabile anche d'ufficio in sede di legittimità).

È appellabile, secondo **Sez. 6-1, n. 21586/2018, Falabella, Rv. 650344-01**, anche l'ordinanza con la quale il giudice dispone la

cancellazione della causa dal ruolo ex art. 181, comma 1, c.p.c., dovendosi riconoscere a quest'ultima carattere decisorio, dal momento che determina *ex lege* l'estinzione del giudizio, anche laddove questa non venga formalmente dichiarata (nella specie, è stata cassata la pronuncia d'appello che aveva ritenuto inammissibile il gravame proposto, ritenendo non decisorio il provvedimento di cancellazione della causa dal ruolo, assunto in prima udienza in assenza della comparizione delle parti, ed aveva ritenuto inammissibile l'impugnazione per mancanza di difese di merito, essendo, al contrario, applicabile, come conseguenza dell'estinzione, l'art. 354, comma 2, c.p.c.).

Hanno, invece, natura meramente ordinatoria le pronunce in materia di integrità del contraddittorio, con la conseguenza che non possono essere considerate sentenze non definitive suscettibili di separata impugnazione o riserva d'appello e, in difetto, di passaggio in giudicato (in considerazione di tale principio, **Sez. 2, n. 17898/2018, Cosentino, Rv. 649388-01**, ha confermato la decisione della corte d'appello secondo cui, poiché i convenuti in primo grado, essendo comproprietari degli immobili a vantaggio dei quali esisteva la contestata servitù di acquedotto, erano litisconsorti necessari ex art. 102 c.p.c., la sentenza non definitiva del tribunale che aveva dichiarato il loro difetto di legittimazione passiva non poteva acquisire efficacia di giudicato, nonostante non avesse formato oggetto di riserva di appello).

Fa applicazione del principio di apparenza **Sez. 2, n. 24515/18, Giannaccari, Rv. 650653-01**, affermando che, nel caso in cui l'opposizione a decreto ingiuntivo riguardante onorari di avvocato sia stata introdotta e decisa sulla base del rito sommario codicistico ex art. 702-bis c.p.c. (in luogo del rito speciale di cui all'art. 14 del d. lgs. n. 150 del 2011), la decisione deve essere impugnata con l'appello, secondo il regime previsto dall'art. 702-quater c.p.c. (nella specie, il giudice di primo grado, utilizzando il rito sommario ordinario ex art. 702-bis c.p.c., aveva dichiarato inammissibile l'opposizione perché non introdotta con le forme del rito ordinario; la S.C., pur ritenendo erronea la ricostruzione normativa del giudice "a quo", ha dichiarato inammissibile il ricorso contro tale ordinanza poiché, alla luce del principio di apparenza, avrebbe dovuto essere proposto appello come stabilito dall'art. 702-quater c.p.c.).

In continuità con la giurisprudenza dell'anno precedente (Sez 3, n. 15644/2017, D'Arrigo, Rv. 644750-01), **Sez. 3, n. 05655/2018, Cirillo F.M., Rv. 648291-01**, ha affermato che,



nell'ipotesi in cui l'ordinanza di inammissibilità del gravame, pronunciata ex artt. 348-bis e 348-ter c.p.c, indichi ulteriori *rationes decidendi* - del tutto assenti nella sentenza di primo grado - con le quali il giudice di appello abbia corroborato la propria decisione, questa risulterà autonomamente impugnabile nella parte in cui ha aggiunto e integrato la motivazione del giudice di prime cure. Negli stessi termini si è espressa **Sez. 3, n. 03023/2018, Fanticini, Rv. 647940-01**, la quale ha precisato che, in tal caso, resta fermo il termine prescritto dall'art. 348-ter, comma 3, c.p.c., atteso che, applicando all'ordinanza avente contenuto di sentenza il termine lungo dalla comunicazione ex art. 327 c.p.c., il decorso di distinti termini per impugnare i due provvedimenti comporterebbe il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, rendendo incomprensibile la ricorribilità avverso l'ordinanza.

È invece ricorribile per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., secondo **Sez. 6-3, n. 19333/2018, D'Arrigo, Rv. 650283-01**, l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'appello in violazione dell'art. 348-ter, comma 1, c.p.c. (secondo cui tale declaratoria deve essere effettuata, sentite le parti, prima di procedere alla trattazione ex art. 350 c.p.c.), senza che sia necessario valutare se da tale violazione sia derivato un effettivo pregiudizio al diritto di difesa delle parti (nella specie, la Corte ha cassato con rinvio l'ordinanza della corte d'appello che aveva dichiarato inammissibile l'appello dopo essere pervenuta alla fase della trattazione della causa, avendo le parti dibattuto sull'ammissibilità delle richieste istruttorie e sulla sospensione della provvisoria esecutività della sentenza impugnata).

Infine, occupandosi di una fattispecie peculiare, **Sez. 2, n. 28414/2018, Grasso Giu., Rv. 651184-01**, ha individuato nel solo appello il mezzo di impugnazione della sentenza pronunciata, in primo grado, sulla revocazione di un decreto ingiuntivo.

### 3. Forme e termini dell'impugnazione.

**Sez. 3, n. 22256/2018, Fiecconi, Rv. 650592-01**, ha ribadito il consolidato principio per cui l'appello erroneamente proposto con ricorso, anziché con atto di citazione, è ammissibile ove sia notificato entro il termine di impugnazione, aggiungendo, con specifico riguardo alla fattispecie concreta, che non ha rilevanza, in senso ostativo alla maturazione della decadenza dalla facoltà di proporre gravame, la circostanza che il decreto di fissazione dell'udienza sia stato emesso e comunicato dopo lo spirare di tale termine, poiché il tempestivo deposito del ricorso è soltanto uno

degli elementi che concorre alla potenziale sanatoria dell'errore nella scelta del rito, non potendo la parte, relativamente agli altri elementi che non sono nella propria disponibilità, pretendere che l'ufficio provveda in tempi sufficienti a garantire detta sanatoria, né, tantomeno, invocare il diritto alla rimessione in termini, giacché l'errore sulla forma dell'atto di appello non è sussumibile nella causa non imputabile. Analoga *ratio* sottende la statuizione di **Sez. 6-3, n. 14214/2018, Cirillo F.M., Rv. 649337-01**, secondo cui il principio di consumazione dell'impugnazione non esclude che, fino a quando non intervenga una declaratoria di inammissibilità, possa essere proposto un secondo atto di impugnazione, immune dai vizi del precedente e destinato a sostituirlo, purché esso sia tempestivo, requisito per la cui valutazione occorre tener conto, anche in caso di mancata notificazione della sentenza, non del termine annuale, bensì del termine breve, decorrente dalla data di proposizione della prima impugnazione, equivalendo essa alla conoscenza legale della sentenza da parte dell'impugnante (nella specie, la Corte, in applicazione del suddetto principio, ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso l'ordinanza ex art. 348-bis c.p.c. emessa dalla Corte d'Appello, siccome proposto oltre sessanta giorni dopo la notificazione di un altro ricorso per cassazione ex art. 348-ter, comma 3, c.p.c., avverso la sentenza di primo grado).

L'atto di citazione in appello, in virtù del richiamo dell'art. 163 c.p.c. da parte dell'art. 342 c.p.c., deve contenere, nella copia notificata all'appellato, l'indicazione della data dell'udienza di comparizione; pertanto, ove essa manchi e l'appellato sia rimasto contumace, il giudice, rilevata la nullità dell'atto, deve disporre la rinnovazione dello stesso e, qualora detta rinnovazione non avvenga, dichiarare l'estinzione del processo (**Sez. 2, n. 14488/2018, Cavallari, Rv. 648843-01**).

Non essendo prevista dalla legge l'adozione del rito sommario per il secondo grado di giudizio, nella forma ordinaria dell'atto di citazione deve essere proposta, secondo **Sez. 1, n. 08757/2018, De Chiara, Rv. 648884-01**, anche l'impugnazione dell'ordinanza conclusiva del giudizio sommario ex art. 702-ter c.p.c., senza che sia possibile, nel caso di appello introdotto mediante ricorso, la salvezza degli effetti dell'impugnazione, mediante lo strumento del mutamento del rito, previsto dall'art. 4, comma 5, del d. lgs. n. 150 del 2011.

Il principio di ultrattività del rito comporta che, ove una controversia sia stata erroneamente trattata in primo grado con il rito ordinario, anziché con quello speciale del lavoro, le forme del

rito ordinario devono essere seguite anche per la proposizione dell'appello, che quindi deve essere introdotto con atto di citazione; viceversa, se la controversia sia stata erroneamente trattata col rito del lavoro anziché col rito ordinario, l'impugnazione dovrà seguire le forme della cognizione speciale (**Sez. 6-3, n. 20705/2018, Scoditti, Rv. 650484-01**).

È nullo (e non improcedibile) l'appello che non rispetti il termine previsto dall'art. 435, comma 3, c.p.c., e la nullità è sanabile *ex tunc*, mediante la spontanea costituzione dell'appellato o la rinnovazione disposta dal giudice ex art. 291 c.p.c. (**Sez. 6-L, n. 22166/2018, Esposito, Rv. 650502-01**).

Confermando l'arresto di Sez. U, n. 16598/2016, Frasca, Rv. 640829-01, **Sez. 6-3, n. 01063/2018, Cirillo F.M., Rv. 647350-01**, ha ribadito che la tempestiva costituzione dell'appellante con la copia dell'atto di citazione (cd. velina) in luogo dell'originale non determina l'improcedibilità del gravame ai sensi dell'art. 348, comma 1, c.p.c., ma integra una nullità per inosservanza delle forme indicate dall'art. 165 c.p.c., sanabile, anche su rilievo del giudice, entro l'udienza di comparizione di cui all'art. 350, comma 2, c.p.c., salva la possibilità per l'appellante di chiedere la remissione in termini ex art. 153 c.p.c., dovendosi ritenere, in difetto, consolidato il vizio ed improcedibile l'appello (nella specie, in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto erronea la decisione impugnata che aveva dichiarato improcedibile l'appello, sebbene alla prima udienza l'attore, previa esibizione dell'originale dell'atto notificato non andato a buon fine, aveva chiesto al giudice un termine per il rinnovo della notifica, effettuata la quale, all'udienza successiva, aveva depositato l'originale).

Per quel che riguarda l'appello incidentale, mentre quello proposto nei termini per impugnare previsti 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 (nel caso affrontato da **Sez. 2, n. 20963/2018, Scalisi, Rv. 650024-01**, in quanto non sottoscritto da un avvocato munito di *ius postulandi*). Fattispecie peculiare è quella affrontata da **Sez. 6-1, n. 12584/2018, Mercolino, Rv. 648588-01**, in cui una parte, dopo avere proposto appello in via principale contro la sentenza di primo grado, aveva reiterato le medesime censure sotto forma di appello incidentale (rispetto all'appello principale della

controparte, nel frattempo intervenuto). Orbene, la Corte ha ritenuto che, essendo stato proposto l'originario appello oltre il termine di legge, non potesse trovare applicazione l'art. 358 c.p.c. (secondo cui la consumazione del diritto di impugnazione si verifica solo se, al momento dell'introduzione del nuovo gravame, sia già intervenuta la dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità di quello precedente), sicché l'appello incidentale tardivo doveva considerarsi inammissibile, nonostante fosse stato proposto prima della declaratoria di inammissibilità di quello principale.

Per quel che riguarda la competenza territoriale del giudice d'appello, si segnala un contrasto nella giurisprudenza della Corte dell'anno 2018.

In particolare, mentre **Sez. 6-3, n. 08155/2018, Scarano, Rv. 648698-01**, uniformandosi a Sez. U, n. 18121/2016, Matera, Rv. 641081-01, ha statuito che la proposizione dell'appello davanti ad un giudice diverso, per territorio o grado, da quello indicato dall'art. 341 c.p.c. non determina l'inammissibilità dell'impugnazione ma è idonea ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*, **Sez. 6-1, n. 05092/2018, Scaldaferrì, Rv. 649140-01**, discostandosi dal richiamato recente precedente delle Sezioni Unite (in un'ipotesi in cui la sentenza dichiarativa di fallimento era stata impugnata con l'opposizione dinanzi al tribunale, anziché con l'appello introdotto dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), ha affermato, invece, che l'appello erroneamente proposto ad un giudice diverso da quello legittimato a riceverlo esula dalla nozione di competenza dettata dal codice di procedura civile per il giudizio di primo grado, pertanto l'ipotesi non è riconducibile all'art. 50 c.p.c. e alla regola della *translatio iudicii*, ponendosi, l'erronea individuazione del giudice dell'impugnazione, non come questione attinente ai poteri cognitivi dell'organo giudicante adito, bensì alla mera valutazione delle condizioni di proponibilità o ammissibilità del gravame che, pertanto, va dichiarato precluso se prospettato ad un giudice diverso da quello individuato per legge.

#### 4. L'oggetto dell'impugnazione

Venendo a trattare, più specificamente, dell'oggetto dell'impugnazione, **Sez. 3, n. 20799/2018, Vincenti, Rv. 650415-01**, 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 (nello stesso senso si veda anche **Sez. 2, n. 11299/2018, Bellini, Rv. 648097-02**).

Nell'ipotesi particolare in cui, con l'appello, venga dedotto il vizio della sentenza di primo grado, consistente nell'aver 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. 24402/2018, Carrato, Rv. 650652-01**).

## **5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione ex art. 346 c.p.c.**

In linea generale, **Sez. 3, n. 09202/2018, Iannello, Rv. 648592-01**, ha affermato 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, mentre non viola il principio del *tantum devolutum quantum appellatum* il giudice di appello che fondi la decisione su ragioni che, pur non specificamente fatte valere dall'appellante, tuttavia appaiano, nell'ambito della censura proposta, in rapporto di diretta connessione con quelle espressamente dedotte nei motivi stessi, costituendone necessario antecedente logico e giuridico (si trattava di una fattispecie in cui la sentenza di merito aveva ritenuto – erroneamente, secondo la Suprema Corte - non "espressamente censurato" dal motivo d'appello il profilo inerente alla quantificazione dell'indennizzo dovuto per una polizza vita, nonostante la prospettata non debenza fosse stata argomentata non in ragione dell'insussistenza o dell'estinzione dell'obbligo contrattuale, bensì di considerazioni legate proprio ai criteri di calcolo del dovuto). Questa concezione

non restrittiva dell'effetto devolutivo dell'appello non ha, tuttavia, impedito a **Sez. 6-L, n. 25933/2018, Cavallaro, Rv. 650998-01**, di ravvisare il vizio di ultrapetizione nella decisione del giudice di secondo grado il quale, a fronte dell'impugnazione di una sentenza di condanna al risarcimento del danno sotto il solo profilo della sussistenza della responsabilità, senza modificare le statuizioni afferenti a tale punto, aveva modificato la quantificazione del risarcimento.

In ordine all'individuazione dell'oggetto della devoluzione (e, specularmente, del giudicato interno, in ipotesi di mancata censura in appello), **Sez. 6-L, n. 24783/2018, Cavallaro, Rv. 650927-01**, ha affermato che la locuzione giurisprudenziale "minima unità suscettibile di acquisire la stabilità del giudicato interno" individua la sequenza logica costituita dal fatto, dalla norma e dall'effetto giuridico, ossia la statuizione che affermi l'esistenza di un fatto sussumibile sotto una norma che ad esso ricolleggi un dato effetto giuridico. Ne consegue che, sebbene ciascun elemento di detta sequenza possa essere oggetto di singolo motivo di appello, nondimeno l'impugnazione motivata anche in ordine ad uno solo di essi riapre la cognizione sull'intera statuizione (nella specie, la Corte 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). Il medesimo principio di diritto si riscontra in **Sez. L, n. 16853/2018, Torrice, Rv. 649361-01**.

Non richiede riproposizione ad opera dell'appellante la questione relativa alla nullità di un contratto, nell'ambito di una controversia in cui si faccia valere una pretesa che presupponga la validità ed efficacia del rapporto contrattuale: ove non rilevata (né trattata) in primo grado, tale questione può essere, infatti, oggetto del rilievo officioso del giudice dell'appello, ai sensi dell'art. 345 c.p.c. (così **Sez. 6-3, n. 19251/2018, Positano, Rv. 650242-01**, sulla scia di Sez. U, n. 07294/2017, Frasca, Rv. 643337-01, nonché di Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633509-01). In termini analoghi si è espressa **Sez. L, n. 28926/2018, Patti, Rv. 651392-02**, in tema di licenziamento disciplinare illegittimo, con riferimento ai profili attinenti all'inidoneità degli addebiti e alla non proporzionalità della sanzione, ritenuti rilevabili d'ufficio da parte del giudice di secondo grado, senza necessità di riproposizione ex

art. 346 c.p.c. Con significativa statuizione, **Sez. 2, n. 11287/2018, Falaschi, Rv. 648501-03**, ha affermato che la disciplina legale inerente al fatto giuridico costitutivo del diritto è di per sé sottoposta al giudice di grado superiore, senza che vi ostino i limiti dell'effetto devolutivo dell'appello; pertanto, il giudice ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'esistenza di una norma di legge idonea ad escludere, alla stregua delle circostanze di fatto già allegare ed acquisite agli atti di causa, il diritto vantato dalla parte, e ciò anche in grado di appello, senza che su tale obbligo possa esplicitare rilievo la circostanza che, in primo grado, le questioni controverse abbiano investito altri e diversi profili di possibile infondatezza della pretesa in contestazione e che la statuizione conclusiva di detto grado si sia limitata solo a tali diversi profili.

L'onere di riproposizione sussiste a carico della parte vittoriosa in primo grado, la quale si sia vista, però, respingere alcuna delle sue deduzioni o eccezioni (in tal senso, secondo l'orientamento ormai consolidato a partire da Sez. U., n. 12067/2007, Segreto, Rv. 597141-01, **Sez. 2, n. 02091/2018, Falaschi, Rv. 647787/01**). Applicazione di tale principio è stata fatta, nel 2018, da **Sez. 3, n. 21018/2018, De Stefano, Rv. 650186-01**, relativamente alla deduzione della responsabilità del convenuto, ex art. 2052 c.c., con riferimento alla doppia qualità di proprietario e di utilizzatore dell'animale: in questo caso, l'accoglimento della domanda in base alla seconda prospettazione onera la parte vittoriosa di riproporre la prima, in caso di appello del soccombente in primo grado (senza tuttavia che sia necessario proporre appello incidentale). Pure **Sez. 3, n. 13768/2018, Di Florio, Rv. 648713-01**, si è pronunciata in argomento, opinando per la necessità di riproposizione in appello della domanda di risarcimento del danno da inadempimento, sulla quale il giudice di primo grado non si era pronunciato, avendola ritenuta assorbita dal rilievo del difetto di legittimazione attiva dell'attore.

Occorre segnalare, infine, **Sez. 1, n. 28792/2018, Mucci, Rv. 651453-01**, occupatasi di una fattispecie in cui la domanda, proposta alternativamente nei confronti di due convenuti, era stata accolta nei confronti di uno solo di essi, e rigettata nei confronti dell'altro (in particolare, si trattava della domanda formulata da un ente ospedaliero, per il pagamento delle rette di degenza di un paziente psichiatrico, nei confronti sia del Comune sia della Asl, che era stata accolta limitatamente all'ente territoriale). Ebbene, la Corte ha affermato che l'appello introdotto dal soccombente non comporta la devoluzione al giudice di secondo grado anche della

cognizione sulla pretesa dell'attore nei confronti del convenuto alternativo, posto che l'unicità del rapporto sostanziale, con titolare passivo incerto, non toglie che due e distinte siano le formali pretese, caratterizzate - pur nell'unità del "petitum" - dalla diversità dei soggetti convenuti ("personae") e in parte dei fatti e degli argomenti di sostegno ("causae petendi"): in relazione alla suddetta pretesa, pertanto, l'attore - appellato ha l'onere di riproporre la domanda già formulata in primo grado, ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Circa le modalità di attuazione dell'onere di riproposizione ex art. 346 c.p.c., **Sez. 1, n. 20520/2018, Iofrida, Rv. 650166-01**, ha ritenuto insufficiente il generico richiamo al contenuto degli scritti difensivi di primo grado.

Diversamente, allorché un'eccezione di merito sia stata respinta in primo grado, in modo espresso o attraverso un'enunciazione indiretta che ne sottenda, chiaramente ed inequivocamente, la valutazione di infondatezza, la devoluzione al giudice d'appello della sua cognizione, da parte del convenuto rimasto vittorioso quanto all'esito finale della lite, esige la proposizione del gravame incidentale, non essendone, altrimenti, possibile il rilievo officioso ex art. 345, comma 2, c.p.c. (per il giudicato interno formatosi ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c.), né sufficiente la mera riproposizione, utilizzabile, invece, e da effettuarsi in modo espresso, ove quella eccezione non sia stata oggetto di alcun esame, diretto o indiretto, ad opera del giudice di prime cure (in tal senso, nel solco tracciato da **Sez. U, n. 11799/2017, Frasca, Rv. 644305-01**, si è espressa **Sez. L, n. 21264/2018, Cinque, Rv. 650208-01**). Lo stesso è a dirsi per la domanda riconvenzionale sulla quale il giudice di primo grado abbia ommesso di pronunciarsi, la quale postula necessariamente la proposizione dell'appello incidentale, nell'ipotesi in cui la decisione di prime cure sia stata, a sua volta, impugnata dall'altra parte, anch'essa soccombente (così **Sez. 6-2, n. 10406/2018, Falaschi, Rv. 648229-01**). Analogamente, si mostra necessario l'appello incidentale per censurare l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su una domanda della parte vittoriosa in relazione ad altre domande, sebbene la specificazione delle ragioni poste a fondamento del motivo possa esaurirsi nell'evidenziare la mancata adozione in sentenza di una decisione sulla domanda ritualmente proposta (**Sez. 2, n. 20690/2018, Falaschi, Rv. 650005-01**). Ancora, a parere di **Sez. 6-3, n. 06716/2018, Scoditti, Rv. 648490-01**, ha l'onere di proporre appello incidentale condizionato, onde evitare il formarsi del giudicato interno, la parte che sia rimasta



soccombente sulla questione preliminare rappresentata dalla qualificazione giuridica di un contratto rispetto all'accertamento del relativo inadempimento, quando essa abbia condizionato l'impostazione e la definizione dell'indagine di merito (nella specie, la Corte ha cassato la sentenza con la quale il giudice di secondo grado, in assenza di appello incidentale della parte vincitrice ma soccombente in merito alla questione preliminare, aveva qualificato il contratto su cui si fondava la domanda come contratto autonomo di garanzia, in luogo della differente qualificazione come fideiussione in primo grado).

## 6. Le parti e il contraddittorio.

Secondo **Sez. 2, n. 26631/2018, Criscuolo, Rv. 650787-01**, il principio di ragionevole durata del processo fa premio sulla necessità di applicare l'art. 354 c.p.c. (imponendo quindi al giudice di secondo grado di decidere nel merito la controversia), nell'ipotesi in cui il litisconsorte necessario pretermesso intervenga volontariamente in appello, accettando la causa nello stato in cui si trova, e nessuna delle altre parti resti privata di facoltà processuali non già altrimenti pregiudicate.

Osserva **Sez. 1, n. 15905/2018, Valitutti, Rv. 649280-01**, che sussiste litisconsorzio necessario, in appello, tra la parte originaria (non estromessa dal giudizio di primo grado) e il successore a titolo particolare intervenuto (o chiamato) nel processo, con la conseguenza che, se la sentenza è appellata da uno soltanto o contro uno soltanto dei medesimi, deve essere ordinata, anche d'ufficio, l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'altro, a norma dell'art. 331 c.p.c., dovendosi, in difetto, rilevare, anche d'ufficio, in sede di legittimità, il difetto di integrità del contraddittorio con rimessione della causa al giudice di merito per la eliminazione del vizio.

Con riguardo all'intervento ex art. 344 c.p.c., la relativa legittimazione è stata esclusa da **Sez. 2, n. 31313/2018, Scarpa, Rv. 651601-02**, con riguardo al condebitore solidale, il quale non è qualificabile come terzo titolare di un diritto autonomo rispetto a quello oggetto di contesa tra le parti originarie, suscettibile di pregiudizio per effetto della decisione fra di esse pronunciata.

Un'ipotesi di rimessione della causa al primo giudice ex art. 354, comma 1, c.p.c. è stata individuata, da **Sez. 1, n. 05256/2018, Cristiano, Rv. 647744-01**, nell'ipotesi in cui (in mancanza di un tutore provvisorio) non sia stato nominato un curatore speciale ex

art. 78 c.p.c. al minore, in un giudizio concernente l'adozione di provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale, riguardante entrambi i genitori. In tal caso – ha affermato la Corte – il procedimento deve ritenersi nullo, con rimessione della causa al primo giudice affinché provveda all'integrazione del contraddittorio.

Non assume, invece, la posizione di parte necessaria, nei giudizi per i quali il suo intervento è previsto come obbligatorio, il Pubblico Ministero, sicché la sua mancata partecipazione – ha osservato **Sez. 1, n. 03638/2018, Mercolino, Rv. 647057-01** - non comporta una lesione del contraddittorio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo e tale da giustificare la rimessione degli atti al primo giudice, ex art. 354 c.p.c., ma integra un vizio di nullità rilevabile d'ufficio, il quale si converte in motivo di gravame, ex art. 161 c.p.c.

Neppure è consentita la rimessione della causa ex art. 354 c.p.c. al giudice di primo grado, nell'ipotesi in cui si verifichi la nullità non già della notificazione dell'atto di citazione in appello, bensì di quest'ultimo, in quanto proposto nei confronti di una persona giuridica estinta, in modo, dunque, da non consentire la regolare instaurazione del rapporto processuale (**Sez. 6-3, n. 02647/2018, Rossetti, Rv. 647924-02**).

## 7. I *nova* in appello.

In linea generale, in continuità con la giurisprudenza precedente, la Corte nel 2018 ha ribadito che la questione relativa alla novità, o meno, 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. Ne consegue che se l'attore invoca, a sostegno della propria pretesa, un presidio normativo ulteriore rispetto a quello originariamente richiamato, fermi i fatti che ne costituiscono il fondamento, ciò non determina alcuna *mutatio libelli*, restando invariato il diritto soggettivo del quale è richiesta la tutela. (**Sez. 3, n. 23167/2018, Di Florio, Rv. 650600-01**). *A fortiori*, non incorrono nella preclusione di cui all'art. 345 c.p.c. (che si riferisce alle sole eccezioni in senso stretto) le mere difese, volte a contrastare genericamente le avverse pretese senza

tradursi nell'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo rispetto alle stesse (in tal senso, **Sez. 6-1, n. 23796/2018, Di Marzio M., Rv. 650608-01**, la quale ha annullato la sentenza di merito che aveva ritenuto eccezione nuova la deduzione dell'appellante di infondatezza - per mancanza di prova - dell'avversa ragione di credito, in quanto basata su documentazione all'uopo inidonea).

Si ha domanda nuova, invece, ove venga a mutare uno dei presupposti della domanda inizialmente proposta, in modo da introdurre una *causa petendi* non prospettata in precedenza, e dunque un nuovo tema di indagine, sul quale non si sia formato in precedenza il contraddittorio (**Sez. 6-L, n. 23415/2018, Esposito, Rv. 650924-01**). Pertanto, incorre nel divieto dell'art. 345 c.p.c. una prospettazione la quale, sia pure sulla scorta del medesimo quadro fattuale, introduca una nuova *causa petendi* (così **Sez. 6-2, n. 00535/2018, Criscuolo, Rv. 647219-01**, con riferimento ad una fattispecie nella quale la restituzione di una somma di denaro era stata invocata, in primo grado, sulla base del titolo rappresentato da un contratto di mutuo, e in secondo grado in ragione del fatto che essa era stata versata dal terzo acquirente di un immobile nell'ambito di un giudizio di divisione, e trattenuta da uno solo dei condividenti). In tal senso, **Sez. 6-2, n. 31256/2018, Criscuolo, Rv. 651795-01**, ha ritenuto che l'opposizione all'ingiunzione fiscale (emessa, nella specie, per la riscossione della sanzione amministrativa irrogata per la violazione del codice della strada) integri una domanda diretta all'accertamento dell'illegittimità della pretesa fatta valere con l'ingiunzione stessa, rispetto alla quale l'opponente assume la veste di attore; conseguentemente, il mutamento, in grado di appello, della ragione addotta a sostegno dell'indicata illegittimità configura non un'eccezione nuova - proponibile ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c. - bensì una modificazione della *causa petendi* e, quindi, dell'originaria domanda, soggetta alla preclusione di cui al comma 1 del citato art. 345. In ossequio alla configurazione del processo di secondo grado quale *revisio prioris instantiae*, piuttosto che quale *iudicium novum*, è stato, invece, ritenuto che integrino *nova* vietati dall'art. 345 c.p.c. anche le contestazioni in punto di fatto, non svolte in primo grado (in tal senso, **Sez. 6-3, n. 02529/2018, Scrima, Rv. 647921-01**)

Con specifico riguardo alla materia successoria, esplicitamente sconfessando i due (isolati) precedenti rappresentati da Sez. 2, n. 13385/2011, Bucciantè, Rv. 618334-01, e Sez. 2, n. 26741/2017, Picaroni, Rv. 645959-01, **Sez. 2, n. 28272/2018**,

**Criscuolo, Rv. 651381-01**, ha affermato che, nell'ambito dei giudizi di riduzione per lesione della legittima e di divisione, è inammissibile l'allegazione, per la prima volta, in appello di beni idonei ad incidere sulla determinazione del *relictum*, ulteriori rispetto a quelli indicati, in primo grado, nel rispetto delle preclusioni assertive. Pure inammissibile, in ragione del mutamento di *causa petendi*, è stata ritenuta da **Sez. 2, n. 26274/2018, Scarpa, Rv. 650840-01**, la proposizione, in appello, della domanda per il conseguimento degli utili ancora dovuti, in rapporto alla qualità e quantità del lavoro prestato, al momento della cessazione di un rapporto di collaborazione ad un'impresa familiare (in conseguenza della morte del titolare dell'impresa), a fronte della diversa domanda, formulata nel giudizio di primo grado da un coerede nei confronti degli altri, al fine di ottenere una quota dell'azienda suddetta, oltre che la conseguente ripartizione degli utili.

Nell'ambito dei diritti reali, è stata invece considerata nuova (e pertanto inammissibile in appello), da **Sez. 2, n. 14502/2018, Criscuolo, Rv. 648846-01**, la domanda diretta all'accertamento dell'aggravamento di una servitù prediale (ex art. 1067 c.c.), e al conseguente ripristino della situazione precedente, rispetto all'*actio negatoria servitutis* proposta in primo grado. Per converso, è stata considerata eccezione in senso lato, come tale proponibile per la prima volta in grado d'appello, in materia di usucapione, la deduzione del proprietario che il bene sia stato goduto dal preteso possessore per mera tolleranza, sempre che la dimostrazione dei relativi fatti emerga dal materiale probatorio raccolto nel rispetto delle preclusioni istruttorie, concernendo il divieto di cui all'art. 345 c.p.c. le sole eccezioni in senso stretto, ossia quelle riservate in esclusiva alla parte e non rilevabili d'ufficio (così **Sez. 2, n. 31638/2018, Criscuolo, Rv. 651602-01**).

Occorre altresì considerare **Sez. 2, n. 30721/2018, Scarpa, Rv. 651596-03**, per la quale in tema di acquisto di alloggio di edilizia residenziale pubblica, la domanda, proposta, per la prima volta in appello, dagli eredi del titolare del diritto di riscatto in base all'art. 2, comma 3, della l. 2 aprile 2001, n. 136 - che obbliga l'amministrazione a provvedere alla cessione dell'alloggio in favore degli eredi ove il titolare del diritto al riscatto abbia presentato nei termini la relativa richiesta, indipendentemente dalla sua conferma - è da considerarsi nuova e, quindi, inammissibile, secondo il disposto dell'art. 345 c.p.c., rispetto alla diversa domanda, originariamente presentata in primo grado dagli stessi eredi, volta ad accertare la trasmissione della proprietà dell'alloggio in loro favore

in seguito all'acquisto fattone, quando ancora era in vita, dal titolare del diritto di riscatto ovvero il loro diritto all'acquisto dell'immobile ai sensi dell'art. 2932 c.c. o nella qualità di familiari conviventi con l'assegnatario da oltre un quinquennio ex art. 1, comma 6, della l. 24 dicembre 1993, n. 560, poiché la differente normativa invocata comporterebbe il necessario esame dei presupposti di fatto da essa richiesti per il riconoscimento del diritto controverso.

Ribadendo il consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte, **Sez. L, n. 02292/2018, Cinque, Rv. 647305-01**, ha affermato che la richiesta di restituzione di somme corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado, anche nel rito del lavoro, consegue alla richiesta di modifica della decisione impugnata e, non costituendo domanda nuova, è ammissibile in appello, se formulata, a pena di decadenza, con l'atto di gravame, ove a tale momento la sentenza sia stata già eseguita, ovvero nel corso del giudizio, qualora l'esecuzione sia avvenuta dopo la proposizione dell'impugnazione. La pronuncia ha precisato, tuttavia, che la proposizione di tale domanda è, invece, preclusa nella comparsa conclusionale, o - per quanto riguarda il rito del lavoro - nelle "note conclusionali", trattandosi di atto di carattere meramente illustrativo, senza che rilevi che la decisione di primo grado sia stata messa in esecuzione tra l'udienza di conclusioni e la scadenza del termine per il deposito delle relative comparse. In argomento, **Sez. 3, n. 18062/2018, Ambrosi, Rv. 649665-01**, ha evidenziato che la sentenza d'appello che, in riforma quella di primo grado, faccia sorgere il diritto alla restituzione degli importi pagati in esecuzione di questa, non costituisce, in mancanza di un'espressa statuizione di condanna alla ripetizione di dette somme, titolo esecutivo, occorrendo all'uopo che il *solvens* formuli in sede di gravame - per evidenti ragioni di economia processuale ed analogamente a quanto disposto dagli artt. 96, comma 2 e 402, comma 1, c.p.c. - un'apposita domanda in tal senso, ovvero attivi un autonomo giudizio, tenendo conto che, ove si determini in quest'ultimo senso, non gli sarà opponibile il giudicato derivante dalla mancata impugnazione della sentenza per omessa pronuncia, perché la rinuncia implicita alla domanda di cui all'art. 346 c.p.c. ha valore processuale e non anche sostanziale.

Per quel che riguarda, più specificamente, i mezzi di prova (la cui deduzione in appello è improntata alla regola restrittiva di cui all'attuale formulazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c., come risultante dalla modifica introdotta dal d. l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134), **Sez. 1, n. 21178/2018, Di Marzio P., Rv. 650230-01**, ha ritenuto legittima l'acquisizione,

nell'ambito di un giudizio di separazione o di divorzio in grado d'appello, di una relazione investigativa sulle condizioni reddituali di una parte, prodotta per la prima volta insieme con la comparsa conclusionale del secondo grado del giudizio, poiché la tutela degli interessi morali e materiali della prole è sottratta all'iniziativa ed alla disponibilità delle parti, ed è sempre riconosciuto al giudice il potere di adottare d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli, e di esercitare, in deroga alle regole generali sull'onere della prova, i poteri istruttori officiosi necessari alla conoscenza della condizione economica e reddituale delle parti.

Nell'anno in rassegna la Corte (**Sez. 3, n. 11752/2018, Vincenti, Rv. 648705-01**) ha avuto modo, peraltro, di pronunciarsi anche con riferimento al regime anteriore alle modifiche di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69, e alla citata l. n. 134 del 2012 (alla cui stregua dovevano considerarsi ammissibili anche i mezzi di prova che il collegio avesse ritenuto indispensabili ai fini della decisione, secondo quanto chiarito da Sez. U, n. 10790/2017, Manna, Rv. 643939-01), puntualizzando che il giudizio d'indispensabilità relativo a prove documentali nuove non può riguardare quelle dichiarate inammissibili nel grado precedente. In tale ipotesi la richiesta di ammissione deve essere reiterata all'udienza di precisazione delle conclusioni del giudizio di primo grado, dovendo altrimenti ritenersi che la parte vi abbia tacitamente rinunciato con conseguente inammissibilità della riproposizione della medesima richiesta in appello (nella specie, la Corte ha cassato la sentenza impugnata, perché, in relazione ad una responsabilità medica, dichiarata inammissibile la produzione del "diario clinico" della parte in primo grado, perché irrualmente prodotto, la Corte di Appello ne aveva ammesso la produzione nel secondo grado, ritenendola indispensabile, pur in mancanza di una reiterazione della richiesta in udienza di precisazione delle conclusioni).

Quanto alla successione cronologica delle diverse formulazioni dell'art. 345 c.p.c., **Sez. 3, n. 20793/2018, Iannello, Rv. 650412-01**, ha evidenziato che ai giudizi iniziati in primo grado in epoca anteriore al 30 aprile 1995, ancora pendenti in primo grado alla data del 4 luglio 2009 e conclusi con sentenza appellata prima del 12 agosto 2012, trova applicazione, quanto al giudizio di appello (in virtù della norma transitoria di cui all'art. 58, comma 2, della l. n. 69 del 2009, prevalente, quale *lex posterior*, su quella di cui all'art. 90, comma 2, della l. 26 novembre 1990, n. 353), l'art. 345 c.p.c. come modificato dall'art. 46, comma 18, della l. n. 69 del 2009, con la

conseguenza che, in presenza di dette condizioni, le parti non possono produrre nuovi documenti, né chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non averli potuto proporre nel giudizio di primo grado, per causa ad essa non imputabile.

## CAPITOLO XIV

### IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

(DI SALVATORE SAIJA)

SOMMARIO: 1. Il ricorso per cassazione. Le novità normative. Evoluzione applicativa – 2. Il procedimento - 2.1. La notificazione del ricorso (o del controricorso) - 2.2. L'onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c. - 2.3. L'interesse ad impugnare. - 2.4. La legittimazione attiva. - 2.5. L'impugnazione incidentale. - 2.6. I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso) - 2.7. I vizi denunciabili. - 2.8. Ulteriori questioni procedurali. – 3. Il giudizio di rinvio.

#### **1. Il ricorso per cassazione. Le novità normative. Evoluzione applicativa.**

Com'è noto, l'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, oltre ad aver introdotto il cd. filtro in appello, ha anche apportato una significativa modifica all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., in tema di motivi di ricorso per cassazione, restringendo ampiamente la proponibilità di impugnazioni inerenti al vizio motivazionale, e ciò sia in ottica deflattiva, ma anche allo scopo di restituire e valorizzare la funzione nomofilattica della Corte.

Nella medesima ottica, il procedimento di cassazione è stato oggetto di un recente intervento normativo, apportato dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con modificazioni con la l. 25 ottobre 2016, n. 197.

Con detto ultimo intervento, in estrema sintesi, 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 contemplata, com'è noto, dall'art. 375 c.p.c. e regolata dall'art. 380-bis c.p.c.), prevedendosi: a) 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*.

In relazione a detta ultima riforma - che si applica a 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 l'udienza - anche nel corso del 2018 risultano adottate ulteriori interessanti decisioni.

Così, per il caso di rinuncia al ricorso, **Sez. 6-3, n. 02647/2018, Rossetti, Rv. 647924-01**, ha affermato che, per effetto delle cennate novità introdotte nell'art. 380-bis c.p.c., sull'istanza di fissazione dell'udienza proposta ai sensi dell'art. 391, comma 3, c.p.c. può senz'altro disporsi la trattazione del ricorso in camera di consiglio, per essere riservata alla pubblica udienza la decisione delle sole questioni di diritto aventi rilievo nomofilattico.

**Sez. 3, n. 05665/2018, Porreca, Rv. 648294-01**, ha ritenuto, poi, che la pronuncia in camera di consiglio conseguente all'adunanza non partecipata di cui all'art. 380-bis, comma 1, c.p.c. - funzionale alla decisione di questioni di diritto di rapida trattazione e prive di peculiare rilevanza o complessità ex art. 375, comma 2, c.p.c. - non è compatibile con l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge a norma dell'art. 363, comma 3, c.p.c., presupponendo quest'ultima la particolare importanza della questione giuridica esaminata.

Confermando l'indirizzo ampiamente maggioritario già adottato dalle Sezioni semplici, **Sez. U, n. 14437/2018, De Stefano, Rv. 649623-01**, ha ribadito che la rimessione di una causa alla pubblica udienza dall'adunanza camerale prevista nell'art. 380-bis.1, c.p.c. è ammissibile in applicazione analogica del comma 3 dell'art. 380-bis c.p.c., rientrando la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per la trattazione del ricorso in pubblica udienza - e, in particolare, sulla particolare rilevanza della questione di diritto coinvolta - nella discrezionalità del collegio giudicante, che ben può escluderne la ricorrenza in ragione del carattere consolidato dei principi di diritto da applicare al caso di specie.

Sempre in relazione al procedimento camerale dinanzi alla Sezione semplice, e avuto riguardo al tema delle spese del giudizio di legittimità, **Sez. 5, n. 21105/2018, D'Oriano, Rv. 649941-01**, ha affermato che il controricorso inammissibile non può essere posto a

carico del ricorrente soccombente nel computo dell'onorario di difesa da rimborsare alla parte resistente, poiché in tale ipotesi detta condanna deve limitarsi all'attività successiva eventualmente svolta, che, nel procedimento in camera di consiglio dinanzi alla Sezione ordinaria, previsto dal d.l. n. 168 del 2016, conv., con modif., con l. n. 197 del 2016, è limitato alla redazione della memoria scritta ex art. 380-bis, comma 1, c.p.c., ossia all'unica attività difensiva consentita in detto procedimento, da ritenersi equiparata alla (o sostitutiva della) discussione in pubblica udienza.

Dal punto di vista del regime intertemporale, **Sez. 5, n. 21798/2018, Scrima, Rv. 650063-01**, ha ribadito che alle parti costitutesi tardivamente (nei giudizi già pendenti) deve essere assicurato il diritto di depositare memorie scritte, nel termine di cui all'art. 380-bis.1 c.p.c., al fine di evitare disparità di trattamento rispetto ai processi trattati in pubblica udienza ed in attuazione dei principi del giusto processo. Tuttavia, la stessa **Sez. 5, n. 24422/2018, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 650526-01**, ha successivamente statuito nel senso che nel procedimento camerale di cui all'art. 380-bis.1 c.p.c., in mancanza di controricorso notificato nei termini di legge, l'intimato non è legittimato al deposito di memorie illustrative ex art. 370 c.p.c., ancorché sia munito di regolare procura speciale *ad litem*. Sul tema, **Sez. 1, n. 27124/2018, Mercolino, Rv. 651448-02**, ha poi precisato che, non essendo prevista nel procedimento camerale la fase della discussione orale propria dell'ordinario giudizio di legittimità in pubblica udienza, non è ammissibile la costituzione tardiva del difensore mediante deposito di procura speciale rilasciata ai fini della partecipazione alla discussione, poiché la Corte giudica senza l'intervento del Pubblico Ministero e delle parti, il concorso dei quali, alla fase decisoria, può realizzarsi in forma scritta, mediante il deposito di memorie.

Ancora, **Sez. 3, n. 30592/2018, Scarano, Rv. 651922-01**, ha affermato 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, sicché 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.

Anche nel 2018, si registrano poi numerose pronunce 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, conv. in l. n. 134 del 2012 (rispetto al quale v. anche, *infra*, l'Approfondimento tematico di Scarpa, *L'evoluzione del sindacato sulla motivazione nella giurisprudenza della Suprema Corte*).

Anzitutto, **Sez. 5, n. 11439/2018, Fasano, Rv. 648075-01**, ha ribadito che la previsione d'inammissibilità del ricorso per cassazione, di cui all'art. 348-ter, comma 5, c.p.c., che esclude che possa essere impugnata ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. la sentenza di appello "che conferma la decisione di primo grado", non si applica per i giudizi di appello introdotti con ricorso depositato o con citazione di cui sia stata richiesta la notificazione anteriormente all'11 settembre 2012.

Va poi segnalata **Sez. 6-3, n. 04367/2018, De Stefano, Rv. 648037-01**, che nel solco di Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629830-01, ha affermato che, in seguito alla riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., integra motivazione insanabilmente contraddittoria, ovvero apparente, per impossibilità di ricavare la logica del ragionamento inferenziale del giudice, quella che affermi la sussistenza di un presupposto per l'applicazione di una norma negandone immotivatamente la conseguente applicazione (fattispecie in cui la sentenza impugnata, ritenuta la sussistenza della custodia di un manufatto, aveva peraltro escluso la responsabilità ex art. 2051 c.c. del custode proprietario, adducendo la presenza di altre cause ma senza indagare sul loro ruolo esclusivo).

Ancora, **Sez. 2, n. 20721/2018, Falaschi, Rv. 650018-02**, ha ribadito che il vizio motivazionale previsto dal novellato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., presuppone che il giudice di merito abbia esaminato la questione oggetto di doglianza, ma abbia totalmente pretermesso uno specifico fatto storico; oppure, esso può consistere nella violazione del c.d. "minimo costituzionale", ossia nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile", mentre resta irrilevante il semplice difetto di "sufficienza" della motivazione.

Più specificamente, circa l'individuazione del "fatto", il cui omesso esame è denunciabile in sede di legittimità, **Sez. 6-5, n. 08621/2018, Napolitano, Rv. 647730-01**, ha escluso che esso possa consistere nella mancata considerazione di una perizia stragiudiziale, in quanto la stessa costituisce un mero argomento di prova. Si segnala, a riguardo, anche **Sez. 1, n. 26305/2018, Valitutti, Rv. 651305-01**, la quale 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, nel cui paradigma non è inquadrabile la censura concernente la omessa valutazione di deduzioni difensive. (In applicazione del predetto principio, la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso con il quale il ricorrente, in un giudizio per la dichiarazione della paternità naturale, si doleva che il giudice d'appello non avesse tenuto conto delle risultanze della consulenza tecnica di parte, sottolineando come, nonostante il suo contenuto tecnico e a differenza della consulenza tecnica d'ufficio, la c.t.p. costituisca una semplice allegazione difensiva, priva di autonomo valore probatorio).

Né, del resto – secondo **Sez. 2, n. 20718/2018, Falaschi, Rv. 650016-02** – può costituire "fatto decisivo" del giudizio l'omesso esame di una questione riguardante l'interpretazione del contratto, non riconducibile al vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., atteso che rientrano in tale nozione gli elementi fattuali e non quelli meramente interpretativi.

Sempre sul tema, **Sez. 3, n. 13399/2018, Fiecconi, Rv. 649039-01**, ha invece ritenuto che il mancato esame delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio integra un vizio della sentenza che può essere fatto valere, nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., come omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Nello stesso senso, **Sez. 3, n. 13770/2018, Di Florio, Rv. 649151-01**, ha ribadito che il mancato esame delle risultanze della CTU integra un vizio della sentenza che può essere fatto valere, nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., risolvendosi nell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Tale vizio ricorre anche nel caso in cui nel corso del giudizio di merito siano state espletate più consulenze tecniche, in tempi diversi e con difformi soluzioni prospettate, ed il giudice si sia uniformato alla seconda consulenza senza valutare le eventuali censure di parte e giustificare la propria preferenza, limitandosi ad un'acritica adesione ad essa, ovvero si sia discostato da entrambe le soluzioni senza dare adeguata giustificazione del suo convincimento mediante l'enunciazione dei criteri probatori e degli elementi di valutazione specificamente seguiti (fattispecie in cui, in un giudizio per il risarcimento del danno biologico, il giudice d'appello aveva ridotto la percentuale di invalidità riconosciuta dal primo giudice avvalendosi acriticamente della CTU rinnovata ed omettendo del tutto non solo di sviluppare

un'analisi comparativa, ma anche di menzionare le diverse conclusioni cui era giunto l'ausiliare di primo grado).

**Sez. L, n. 16703/2018, Ponterio, Rv. 649316-01**, ha quindi ribadito che integra un vizio deducibile ai sensi del novellato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., l'omesso esame di un fatto storico, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti ed abbia carattere decisivo, ossia idoneo a determinare un esito diverso della controversia (fattispecie in cui la decisione di merito aveva omesso di esaminare il dato della mancata comunicazione, al socio lavoratore, della delibera di esclusione, fatto decisivo ai fini della conoscenza delle specifiche ragioni di esclusione e della decorrenza del termine per proporre opposizione). Pertanto, secondo **Sez. 2, n. 27415/2018, Scarpa, Rv. 651028-01**, l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo 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.

Ancora, **Sez. 2, n. 26274/2018, Scarpa, Rv. 650840-02**, ha precisato che il fatto di cui sia stato omesso l'esame, rilevante ai fini del novellato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., deve essere stato "oggetto di discussione fra le parti" e, quindi, necessariamente "controverso". Ne consegue che, ove il giudice affermi che un fatto è esistente o provato, perché incontrovertito o pacifico (e, quindi, non discusso), tale punto della decisione non può essere censurato in termini di vizio della motivazione ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., potendosi piuttosto configurare una violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c. o degli artt. 115, comma 1 (ove applicabile "ratione temporis"), 167, comma 1, 183 c.p.c. e 2697 c.c.

**Sez. 6-5, n. 11863/2018, Carbone, Rv. 648686-01**, ha affermato che la deduzione avente ad oggetto la persuasività del ragionamento del giudice di merito nella valutazione delle risultanze istruttorie (nella specie, per aver considerato il contrasto tra le dichiarazioni rese da una stessa persona in dibattimento e nel corso delle indagini preliminari) attiene alla sufficienza della motivazione ed è, pertanto, inammissibile ove trovi applicazione l'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., nella nuova formulazione successiva alla l. n. 134 del 2012. Ancora, **Sez. L, n. 12096/2018, Amendola F., Rv. 648978-01**, ha precisato che, in seguito alla riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. da parte di detta legge, è denunciabile in cassazione l'anomalia motivazionale che si concretizza nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili", quale ipotesi che non rende percepibile l'*iter* logico seguito per la formazione del

convincimento e, di conseguenza, non consente alcun effettivo controllo sull'esattezza e sulla logicità del ragionamento del giudice (fattispecie in cui la decisione di merito conteneva affermazioni inconciliabili in ordine alla presenza o meno dell'assoggettamento della lavoratrice al vincolo della subordinazione).

Ancora, **Sez. 6-5, 28174/2018, Napolitano, Rv. 651118-01**, ha affermato che il vizio di motivazione fondato sul travisamento della prova - implicando non una valutazione dei fatti, ma una constatazione che l'informazione probatoria, utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale - esclude che si verta in ipotesi di cd. doppia conforme quanto all'accertamento dei fatti stessi, preclusiva del ricorso per cassazione ai sensi del novellato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., ex art. 348, ultimo comma, c.p.c.

In materia di "filtro", **Sez. 6-3, n. 04366/2018, De Stefano, Rv. 648036-02**, ha affermato che anche un solo precedente, se univoco, chiaro e condivisibile, integra l'orientamento della giurisprudenza della S.C. di cui all'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., con conseguente dichiarazione di inammissibilità del relativo ricorso per cassazione che non ne contenga valide critiche. Tuttavia, secondo **Sez. 6-5, n. 28070/2018, Lucioti, Rv. 651832-01**, la condizione di ammissibilità del ricorso, indicata nell'art. 360-bis, comma 1, n. 1 c.p.c. non è integrata dalla mera dichiarazione, espressa nel motivo, di porsi in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, ove non vengano individuate le decisioni e gli argomenti sui quali l'orientamento contestato si fonda. (Fattispecie in cui la difesa erariale, in sede di ricorso, si era limitata a dichiarare di non condividere l'indirizzo di legittimità in tema di applicabilità di agevolazioni fiscali, senza peraltro addurre alcun elemento di novità rispetto a tesi già esaminate e confutate dalla S.C. in precedenti decisioni).

Peraltro, **Sez. 5, n. 22326/2018, Federici, Rv. 650683-01**, ha affermato che nell'ipotesi in cui mediante il ricorso per cassazione venga dedotto anche il vizio di motivazione della pronuncia impugnata non può trovare applicazione l'art. 360-bis n. 1 c.p.c., in presenza dei presupposti del quale è ammessa la declaratoria di inammissibilità del ricorso quando vengano in rilievo solo questioni di diritto.

## 2. Il procedimento.

Numerose pronunce si sono ovviamente occupate di aspetti più tipicamente procedurali. Di seguito ricordiamo le più rilevanti, raggruppate per argomento.

### 2.1. Notificazione del ricorso (o del controricorso).

Sul piano generale, va anzitutto segnalata **Sez. I, n. 07703/2018, Marotta, Rv. 648261-02**, che – in linea con l'insegnamento di Sez. U, n. 14916/2016, Virgilio, Rv. 640604-01 – ha affermato che l'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a renderla riconoscibile come tale. Detti elementi, per la fase di consegna, consistono nel raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento, in virtù dei quali la stessa debba comunque considerarsi eseguita. Pertanto, la notificazione in un luogo diverso dal domicilio eletto, ove l'atto risulti consegnato al destinatario e non restituito al mittente, non è inesistente, ma nulla ed è suscettibile di sanatoria per effetto della costituzione in giudizio dell'intimato, ancorché effettuata al solo fine di eccepire la nullità.

Inoltre, secondo **Sez. 5, n. 18402/2018, D'Orazio, Rv. 649616-01**, l'eventuale nullità della notificazione è sanata dalla predisposizione (e notifica) del controricorso ad opera della parte resistente, la quale si sia difesa nel merito, in virtù del generale principio di sanatoria dei vizi degli atti processuali del raggiungimento dello scopo ex art. 156, comma 3, c.p.c.

Infine, sulla notificazione del ricorso in generale, si segnala **Sez. 6-2, n. 18361/2018, D'Ascola, Rv. 649461-01**, che ha ribadito che la produzione dell'avviso di ricevimento del piego raccomandato contenente la copia del ricorso per cassazione spedita a mezzo del servizio postale, ai sensi dell'art. 149 c.p.c., o della raccomandata con la quale l'ufficiale giudiziario dà notizia al destinatario dell'avvenuto compimento delle formalità di cui all'art. 140 c.p.c., è richiesta dalla legge esclusivamente in funzione della prova dell'avvenuto perfezionamento del procedimento notificatorio e, dunque, dell'avvenuta instaurazione del contraddittorio. Ne consegue che l'avviso non allegato al ricorso e non depositato successivamente può essere prodotto fino all'udienza di discussione ex art. 379 c.p.c., ma prima che abbia

inizio la relazione prevista dal comma 1 della citata disposizione, ovvero fino all'adunanza della corte in camera di consiglio prevista dall'art. 380-bis c.p.c., anche se non notificato mediante elenco alle altre parti nel rispetto dell'art. 372, comma 2, c.p.c. In caso, però, di mancata produzione dell'avviso di ricevimento ed in assenza di attività difensiva dell'intimato, il ricorso per cassazione è inammissibile, non essendo consentita la concessione di un termine per il deposito e non ricorrendo i presupposti per la rinnovazione della notificazione ex art. 291 c.p.c.; tuttavia, il difensore del ricorrente presente in udienza o all'adunanza della corte in camera di consiglio può domandare di essere rimesso in termini per il deposito dell'avviso che affermi di non aver ricevuto, offrendo la prova documentale di essersi tempestivamente attivato nel richiedere all'amministrazione postale un duplicato dell'avviso stesso, secondo quanto stabilito dall'art. 6, comma 1, della l. n. 890 del 1982.

Di particolare importanza, tuttavia, sono i provvedimenti emanati dalla Corte nel corso del 2018, stante l'attualità della questione, in tema di notifica del ricorso per cassazione, o del controricorso, a mezzo del servizio di posta elettronica certificata (PEC).

Così, **Sez. 6-3, n. 12605/2018, De Stefano, Rv. 648878-01**, ha affermato che qualora sia stata versata in atti solo una copia analogica del controricorso notificato a mezzo PEC, nonché una copia analogica del messaggio di posta elettronica con cui questo sarebbe stato notificato, documenti entrambi privi dell'attestazione di conformità ai documenti informatici da cui sono stati tratti, ai sensi dell'art. 9, comma 1-bis, della l. 21 gennaio 1994, n. 53, non può dirsi sussistente la prova della ritualità e tempestività della notificazione e del deposito del controricorso stesso. Ne consegue che, difettando altri elementi agli atti da cui desumere univocamente tali circostanze, non possono essere riconosciute le spese al controricorrente che non abbia svolto ulteriore attività difensiva nel giudizio di legittimità. Peraltro, **Sez. 3, n. 07900/2018, Fanticini, Rv. 648310-01**, ha invece affermato che in siffatte ipotesi deve essere senz'altro dichiarata d'ufficio l'improcedibilità del controricorso, precisando che tale declaratoria non impedisce, tuttavia, in caso di rigetto del ricorso, la condanna del ricorrente alla rifusione delle spese sostenute dal controricorrente, ma limitatamente alla partecipazione alla discussione orale.

Con specifico riguardo all'instaurazione del contraddittorio, occorre in primo luogo segnalare **Sez. 6-5, n. 14042/2018, Solaini,**



**Rv. 648750-01**, secondo cui la violazione di specifiche tecniche dettate in ragione della configurazione del sistema informatico, in caso di notificazione del ricorso per cassazione a mezzo PEC, non comporta l'invalidità della notifica, qualora non vengano in rilievo la lesione del diritto di difesa o altro pregiudizio per la decisione finale, ma tutt'al più una mera irregolarità sanabile in virtù del principio di raggiungimento dello scopo.

Nello stesso senso, **Sez. 3, n. 17022/2018, D'Arrigo, Rv. 649442-02**, ha quindi stabilito che l'onere di indicare nell'atto notificato in corso di procedimento l'ufficio giudiziario, la sezione, il numero e l'anno di ruolo della causa, previsto a pena di nullità, rilevabile anche d'ufficio, dagli artt. 3-bis, comma 6, e 11 della l. n. 53 del 1994, assolve al fine di consentire l'univoca individuazione del processo al quale si riferisce la notificazione; ne consegue che, ove l'atto contenga elementi altrettanto univoci, quali - nel caso del controricorso o nel ricorso incidentale per cassazione - gli estremi della sentenza impugnata, la notificazione non potrà essere dichiarata nulla, ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c., avendo comunque raggiunto il suo scopo.

Più in dettaglio, per il caso in cui l'originale del ricorso per cassazione sia stato predisposto in cartaceo e sottoscritto con firma autografa, e sia stato poi notificato in via telematica, **Sez. 6-L, n. 19078/2018, Doronzo, Rv. 649947-01**, ha affermato che ai fini della prova del perfezionamento della notificazione è necessaria la produzione di copia analogica del messaggio di trasmissione a mezzo PEC e dei suoi allegati (ricorso e procura) nonché delle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna munite di attestazione di conformità agli originali, ai sensi dell'art. 9, commi 1-bis e 1-ter, della l. n. 53 del 1994. Tale produzione rileva ai fini dell'ammissibilità del ricorso e può essere effettuata fino all'udienza di discussione, ovvero fino all'adunanza in camera di consiglio.

Per l'ipotesi nella quale, invece, il ricorso per cassazione sia stato predisposto in originale come documento informatico, e sia stato notificato a mezzo PEC, **Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-03**, ha affermato che l'atto nativo digitale notificato deve essere ritualmente sottoscritto con firma digitale, potendo la mancata sottoscrizione determinare la nullità dell'atto stesso, fatta salva la possibilità di ascriverne comunque la paternità certa, in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo. Peraltro, la stessa **Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-02**, ha precisato (con principio enunciato ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c.) che in siffatta ipotesi, ai fini della prova della tempestività

della notificazione del ricorso, è onere del controricorrente disconoscere, ai sensi della disciplina di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, la conformità agli originali dei messaggi di PEC e della relata di notificazione depositati in copia analogica non autenticata dal ricorrente.

Per quanto si tratti di pronuncia dettata in tema di firma digitale per autentica della sottoscrizione in calce alla procura speciale ex art. 83, comma 3, c.p.c., ma con valenza di portata senz'altro generale, va qui segnalata **Sez. U, n. 10266/2018, Cirillo E., Rv. 648132-02**, che ha affermato che in tema di processo telematico, a norma dell'art. 12 del decreto dirigenziale del 16 aprile 2014, di cui all'art. 34 del d.m. n. 44 del 2011 - Ministero della Giustizia -, in conformità agli standard previsti dal Regolamento UE n. 910 del 2014 ed alla relativa decisione di esecuzione n. 1506 del 2015, le firme digitali di tipo "CADES" e di tipo "PADES" sono entrambe ammesse ed equivalenti, sia pure con le differenti estensioni ".p7m" e ".pdf". Tale principio è stato ribadito da **Sez. 2, n. 30927/2018, Giannaccari, Rv. 651536-01**, sul rilievo che il certificato di firma, inserito nella busta crittografica, è presente in entrambi gli standard, parimenti abilitati.

Sempre sul tema della notificazione del ricorso con modalità telematiche, **Sez. L, n. 21445/2018, Marotta, Rv. 650218-01**, ha ribadito l'orientamento per cui, ai sensi dell'art. 16-septies del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv.con modif. dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, qualora la notifica con modalità telematiche venga richiesta, con rilascio della ricevuta di accettazione, dopo le ore 21.00, essa si perfeziona alle ore 7.00 del giorno successivo. È pertanto inammissibile, perché non tempestivo, il ricorso per cassazione la cui notificazione sia stata richiesta, con rilascio della ricevuta di accettazione dopo le ore 21.00 del giorno di scadenza del termine per l'impugnazione.

Sempre a tal riguardo, è particolarmente significativa **Sez. 6-3, n. 20798/2018, Cirillo F.M., Rv. 650477-01**, che si è soffermata sulla piena applicabilità del principio della scissione del momento di perfezionamento della notifica per il notificante e per il destinatario anche alle notifiche eseguite con modalità telematica. Si è infatti precisato che per il primo (il notificante) il momento perfezionativo è determinato dall'emissione della ricevuta di accettazione e per il secondo (il destinatario) da quella di emissione della ricevuta di avvenuta consegna. Ne consegue che, trovando applicazione anche per le notificazioni eseguite in via telematica, l'art. 147 c.p.c., secondo il quale le notifiche devono essere eseguite tra le ore 7 e le

ore 21, si deve considerare tardiva la notifica spedita alle 20.55 dell'ultimo giorno utile per la proposizione del ricorso per cassazione ma la cui ricevuta di accettazione sia stata emessa dopo le ore 21 con conseguente perfezionamento del procedimento notificatorio alle ore 7 del giorno successivo, ovvero quando il termine era già spirato.

Infine, quanto alle ricadute di possibili vizi del procedimento notificatorio con modalità telematiche sulle attività successive, va senz'altro segnalata la già citata **Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-01**, che ha affermato che il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo PEC, 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, non ne comporta l'improcedibilità ove il controricorrente (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica del ricorso ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificatogli ex art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 82 del 2005. Viceversa, ove il destinatario della notificazione a mezzo PEC del ricorso nativo digitale rimanga solo intimato (così come nel caso in cui non tutti i destinatari della notifica depositino controricorso) ovvero disconosca la conformità all'originale della copia analogica non autenticata del ricorso tempestivamente depositata, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità sarà onere del ricorrente depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio.

Ha dato immediato seguito a detta pronuncia **Sez. 3, n. 27480/2018, Di Florio, Rv. 651336-01**. Sempre in linea col citato arresto, si segnala inoltre **Sez. 6-1, n. 32231/2018, Sambito, Rv. 651826-01**, secondo cui il deposito di copia analogica del controricorso, predisposto in originale telematico e notificato a mezzo PEC, 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, non ne comporta l'inammissibilità ove il controricorrente depositi anche le attestazioni delle ricevute della notifica a mezzo PEC, e sempre che il ricorrente non contesti la conformità dell'atto analogico depositato con l'originale ricevuto presso la propria casella PEC.

## **2.2. 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 appena trattato è quello del deposito di copia conforme della sentenza, la cui mancanza determina l'improcedibilità del ricorso.

Sul tema, occorre ricordare che 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.

Peraltro, per il caso di notifica della sentenza con modalità telematica, si era registrato, nel 2017, un vivace dibattito giurisprudenziale, arricchito dalle pronunce emesse anche nel 2018 e destinato a culminare in un ulteriore arresto delle Sezioni Unite, come si dirà tra breve.

A tal proposito, **Sez. 6-3, n. 12609/2018, De Stefano, Rv. 648721-02**, ha affermato che l'attestazione di conformità agli originali digitali della copia, formata su supporto analogico, della sentenza e della relazione di notificazione da depositare in cancelleria deve essere eseguita dal difensore del ricorrente mediante sottoscrizione autografa ai sensi dell'art. 9, commi 1-bis e 1-ter, l. n. 53 del 1994, senza che un'attestazione implicita ad essa equipollente possa desumersi dalla sottoscrizione della nota di iscrizione a ruolo e di deposito nella cancelleria, non essendo tale ultima firma finalizzata a certificare alcunché, ma soltanto a riferire al sottoscrittore l'elencazione, sotto la propria responsabilità, degli atti che con essa si depositano.

**Sez. 6-1, n. 22757/2018, Di Marzio M., Rv. 650936-01**, ha ribadito che qualora la notificazione della sentenza impugnata sia stata eseguita con modalità telematiche, per ritenere soddisfatto l'onere di deposito della copia autentica della decisione con la relazione di notificazione, il difensore del ricorrente non può procedere al deposito telematico della sentenza, della quale deve invece estrarre e depositare copia analogica, unitamente alla relazione di notifica, attestandone la conformità agli originali digitali, ai sensi dell'art 9, commi 1-bis e 1-ter, l. n. 53 del 1994.

Secondo **Sez. 6-3, n. 10941/2018, D'Arrigo, Rv. 648805-01**, nel caso in cui la sentenza impugnata sia stata redatta in formato digitale, l'attestazione di conformità della copia analogica predisposta per la S.C. (fintantoché innanzi alla stessa non sia attivato il processo civile telematico) può essere redatta, ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter della l. n. 53 del 1994, dal difensore che ha assistito la parte nel precedente grado di giudizio, i cui poteri processuali e di rappresentanza permangono, anche nel caso in cui allo stesso fosse stata conferita una procura speciale per quel singolo grado, sino a quando il cliente non conferisca il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore. In linea con tale arresto si pone quindi la successiva **Sez. 3, n. 30846/2018, Frasca, Rv. 651862-01**, secondo cui a seguito della nomina del difensore in cassazione e, quindi, dell'assunzione del patrocinio da parte sua, l'autenticazione della copia della sentenza d'appello, ai fini del ricorso, non può essere effettuata da un altro avvocato cui non sia stata conferita la procura speciale per la proposizione del suddetto ricorso, essendo solo il primo, sulla base della procura rilasciatagli per il giudizio di legittimità, abilitato all'attività di accesso presso il giudice della sentenza impugnata, al fine di ottenere la copia della sentenza dalla cancelleria o di acquisire le credenziali per l'accesso al fascicolo telematico.

Passando ora ad un piano più generale (che prescinde, cioè, dalla questione se la sentenza impugnata sia stata o meno notificata ai fini del decorso del termine breve), si segnala **Sez. 5, n. 01295/2018, Greco, Rv. 646700-01**, secondo cui qualora o per eccezione del controricorrente o per le emergenze del diretto esame delle produzioni delle parti o del fascicolo d'ufficio – e nel silenzio del ricorrente, che non abbia allegato che la sentenza impugnata gli era stata notificata - emerga che la stessa sentenza era stata notificata ai fini del decorso del termine di impugnazione, la Corte, indipendentemente dal riscontro della tempestività o meno del rispetto del termine breve, deve accertare se la parte ricorrente abbia ottemperato all'onere del deposito della copia della sentenza impugnata entro il termine di cui al primo comma dell'art. 369 c.p.c. e, in mancanza, deve dichiarare improcedibile il ricorso, atteso che il riscontro della improcedibilità precede quello dell'eventuale inammissibilità.

Per il caso del ricorso proposto ai sensi dell'art. 348-ter, comma 3, c.p.c., avverso la sentenza di primo grado, entro sessanta giorni dalla comunicazione, o notificazione se anteriore, dell'ordinanza d'inammissibilità dell'appello, resa ai sensi dell'art.

348-bis c.p.c., **Sez. U, n. 11850/2018, Manna, Rv. 648274-01**, ha stabilito che, ai fini del requisito di procedibilità di cui all'art. 369, comma 2, c.p.c., il ricorrente è soggetto ad un duplice onere di deposito, avente ad oggetto la copia autentica sia della sentenza impugnata, sia della citata ordinanza, con la relativa comunicazione o notificazione, e ciò allo scopo di consentire la verifica della tempestività del ricorso; in difetto, questo è improcedibile, salvo che la Corte - nell'esercitare il proprio potere officioso e sempre che il ricorrente abbia assolto l'onere di richiedere il fascicolo d'ufficio alla cancelleria del giudice *a quo* - rilevi che l'impugnazione sia stata proposta nei sessanta giorni dalla comunicazione o notificazione ovvero, in mancanza dell'una e dell'altra, entro il termine cd. lungo di cui all'art. 327 c.p.c.

Infine, come in parte anticipato, va opportunamente segnalato che la giurisprudenza della S.C. ha colto prontamente il problema del coordinamento del 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: «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»; «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»; «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». Tale ricorso sarà trattato dalle Sezioni Unite nell'udienza pubblica del 26 febbraio 2019.

### 2.3. L'interesse ad impugnare.

**Sez. 1, n. 22772/2018, Di Marzio P., Rv. 650921-02**, ha ribadito che l'interesse difetta, con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione, in capo a colui che deduca l'omessa pronuncia relativamente a domanda proposta da controparte, non essendo al riguardo configurabile alcuna soccombenza.

Ancora, **Sez. 1, n. 02626/2018, Genovese, Rv. 646877-01**, ha ribadito che la parte che denunci la nullità della sentenza per un vizio di attività del giudice lesivo del proprio diritto di difesa, ha l'onere di specificare in cosa detto vizio gli abbia concretamente arrecato pregiudizio, giacchè l'ordinamento non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma mira ad eliminare il concreto pregiudizio subito dalla parte, sicchè l'annullamento della sentenza impugnata è necessario solo se nel successivo giudizio di rinvio il ricorrente possa ottenere una pronuncia diversa e più favorevole.

In linea con consolidato orientamento, **Sez. 1, n. 08755/2018, Pazzi, Rv. 648883-01**, ha ribadito che il motivo di ricorso che censuri un'argomentazione della sentenza impugnata svolta *ad abundantiam*, e pertanto non costituente una *ratio decidendi* della medesima è inammissibile. Infatti, una tale affermazione, contenuta nella sentenza di appello, non può aver spiegare alcuna influenza sul dispositivo della stessa, essendo improduttiva di effetti giuridici, sicchè essa non può essere oggetto di ricorso per cassazione, per difetto di interesse.

Infine, **Sez. 5, n. 18648/2018, Triscari, Rv. 649711-01**, ha precisato che il ricorso incidentale condizionato presuppone la soccombenza, la quale non sussiste, con conseguente inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, ove lo stesso verta su una parte della motivazione che non abbia dato luogo ad una pronuncia su questione, pregiudiziale di rito o preliminare di merito, sfavorevole alla parte totalmente vittoriosa.

#### **2.4. La legittimazione attiva.**

**Sez. 1, n. 02818/2018, Ferro, Rv. 647144-01**, ha ribadito che nel caso in cui la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto di proporre impugnazione ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole, l'impugnazione dell'interveniente adesivo è inammissibile, in quanto egli non ha un'autonoma legittimazione ad impugnare (salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti la qualificazione dell'intervento o la condanna alle spese imposte a suo carico).

Né, tantomeno, è prospettabile nel giudizio di cassazione – secondo **Sez. 6-2, n. 20565/2018, Abete, Rv. 650348-01** - l'intervento di terzi che non hanno partecipato alle pregresse fasi di merito. Tale principio vale anche, come evidenziato da **Sez. 5, n. 33444/2018, Iofrida, Rv. 652035-01**, per l'intervento di colui che assuma essere subentrato a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. (come nell'ipotesi dell'incorporante la società originariamente parte del giudizio di cassazione), a meno che il dante causa non si sia costituito.

#### **2.5. L'impugnazione incidentale.**

Si pone in linea con l'orientamento consolidato **Sez. 5, n. 07640/2018, Giudicepietro, Rv. 647556-01**, secondo cui il ricorso per cassazione, proposto autonomamente dalla parte alla quale sia stato già notificato un ricorso avverso la medesima sentenza, vale come ricorso incidentale ed è ammissibile se notificato e depositato nei termini per quest'ultimo previsti.

Analogamente, **Sez. 3, n. 06138/2018, Iannello, Rv. 648420-01**, ha ribadito che il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investa questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione, o preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione di



parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, non siano state oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito. Qualora, invece, sia intervenuta detta decisione, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte di cassazione solo in presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale.

Tuttavia, **Sez. 5, n. 09671/2018, Fuochi Tinarelli, Rv. 647714-01**, ha invece affermato che il ricorso incidentale condizionato, proposto dalla parte interamente vittoriosa su questioni pregiudiziali decise in senso ad essa sfavorevole nella precedente fase di merito, può essere esaminato e deciso con priorità, senza tenere conto della sua subordinazione all'accoglimento del ricorso principale, quando sia fondato su una ragione più liquida che consenta di modificare l'ordine delle questioni da trattare, in adesione alle esigenze di celerità del giudizio e di economia processuale di cui agli artt. 24 e 111 Cost.

Sempre sul tema, **Sez. 6-L, n. 19503-2018, Ghinoy, Rv. 650157-01**, ha ribadito l'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato con il quale la parte vittoriosa nel giudizio di merito sollevi questioni che siano rimaste assorbite, ancorché in virtù del principio cd. della ragione più liquida, non essendo ravvisabile alcun rigetto implicito, in quanto tali questioni, in caso di accoglimento del ricorso principale, possono essere riproposte davanti al giudice di rinvio.

Anche sulla impugnazione incidentale tardiva, peraltro, si registra un contrasto tra **Sez. L, n. 06156/2018, Blasutto, Rv. 657499-01** e **Sez. 5, n. 13651/2018, Castorina, Rv. 649085-01**. Secondo la prima pronuncia, infatti, 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 (nella specie, si trattava dell'impugnazione concernente l'omessa pronuncia sulle spese dell'ordinanza d'appello ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c.). Con la seconda pronuncia (seguita dalla successiva **Sez. 5, n. 18415/2018, De Masi, Rv. 649766-01**), si è invece sostenuto che l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche se riguarda un capo della decisione diverso da quello oggetto del gravame o se investe lo stesso capo per motivi diversi da quelli già fatti valere, poiché la *ratio* della relativa disciplina è quella di consentire alla parte, che avrebbe di per sé accettato la decisione, di contrastare l'iniziativa della controparte, ove la stessa rimetta in discussione l'assetto degli

interessi derivante dalla pronuncia impugnata, con la conseguenza che sussiste l'interesse ad impugnare tutte le volte che l'eventuale accoglimento del gravame principale darebbe luogo ad una soccombenza totale o più grave, secondo un'interpretazione conforme al principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., atteso che una diversa, e più restrittiva, interpretazione, imporrebbe a ciascuna parte di cautelarsi, effettuando un'autonoma impugnazione tempestiva della statuizione rispetto alla quale è rimasta soccombente.

Sempre sul tema, **Sez. 3, n. 15220/2018, D'Arrigo, Rv. 649306-01**, ha affermato che in caso di declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, il ricorso incidentale tardivo è inefficace ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c., con la conseguenza che la soccombenza va riferita alla sola parte ricorrente in via principale, restando irrilevante se sul ricorso incidentale vi sarebbe stata soccombenza del controricorrente, atteso che la decisione della Corte di cassazione non procede all'esame dell'impugnazione incidentale e dunque l'applicazione del principio di causalità con riferimento al *decisum* evidenzia che l'instaurazione del giudizio è da addebitare soltanto alla parte ricorrente principale.

Questione affine è stata invece decisa da **Sez. 3, n. 19188/2018, Scoditti, Rv. 649738-01**, che ha ribadito l'orientamento per il quale, nel caso di improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale ricorso incidentale tardivo diviene inefficace, e ciò non in virtù di un'applicazione analogica dell'art. 334, comma 2, c.p.c. - dettato per la diversa ipotesi dell'inammissibilità dell'impugnazione principale -, bensì in base ad un'interpretazione logico-sistematica dell'ordinamento, che conduce a ritenere irrazionale che un'impugnazione (tra l'altro anomala) possa trovare tutela in caso di sopravvenuta mancanza del presupposto in funzione del quale è stata riconosciuta la sua proponibilità.

## **2.6. I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso).**

Anche nel 2018, un tema molto dibattuto è stato quello dei requisiti di contenuto-forma del ricorso e del controricorso, previsti in via generale dagli artt. 365, 366 e 370 c.p.c.

Anzitutto, su un piano generale, si segnala **Sez. 5, n. 29093/2018, Varrone, Rv. 651277-01**, secondo cui i requisiti di contenuto-forma devono essere assolti necessariamente con il ricorso e non possono essere ricavati da altri atti, come la sentenza

impugnata o il controricorso, dovendo il ricorrente specificare il contenuto della critica mossa alla sentenza impugnata indicando precisamente i fatti processuali alla base del vizio denunciato, producendo in giudizio l'atto o il documento della cui erronea valutazione si dolga, o indicando esattamente nel ricorso in quale fascicolo esso si trovi e in quale fase processuale sia stato depositato, e trascrivendone o riassumendone il contenuto nel ricorso, nel rispetto del principio di autosufficienza (nella specie, il ricorso della società contribuente non aveva riportato nel ricorso, nemmeno sinteticamente, la motivazione dell'avviso di accertamento, né quella degli atti istruttori sui quali l'atto impugnato in primo grado si fondava.)

Riguardo all'indicazione delle parti, requisito previsto dall'art. 366, comma 1, n. 1, c.p.c., **Sez. L, n. 26489/2018, Berrino, Rv. 650986-01**, ha ribadito che la notificazione del ricorso effettuata erroneamente nell'interesse di parte diversa da quella processuale non è affetta da nullità qualora, dalla lettura complessiva dell'atto, emerga chiaramente la riferibilità alla parte interessata, e comunque qualora l'atto abbia raggiunto il suo scopo, consentendo alla controparte di difendersi adeguatamente (nella specie, l'Avvocatura dello Stato aveva indicato, nella relata di notificazione via PEC, che il ricorso era proposto nell'interesse dell'Agenzia delle Entrate, soggetto che era estraneo al giudizio, svoltosi sin dall'inizio nei confronti del Ministero del lavoro e delle politiche sociali).

Sostanzialmente nello stesso senso si pone **Sez. L, n. 02827/2018, Blasutto, Rv. 647400-01**, secondo cui, qualora il ricorso per cassazione rechi una errata intestazione della parte contro cui è proposto, esso non è né inammissibile, né improcedibile, sempre che sia stato notificato proprio al soggetto che era stato parte in causa nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata e che, resistendo nel grado di giudizio di legittimità, dopo avere proposto l'eccezione per il motivo sopra esposto, si sia difeso nel merito. Pertanto, ogni nullità e/o irregolarità dell'atto di impugnazione rimane così sanata ai sensi dell'articolo 156 c.p.c., avendo l'atto medesimo raggiunto lo scopo cui era destinato e non potendovi essere incertezza circa il destinatario (nella specie, il ricorso per cassazione, seppure proposto solo nei confronti del soppresso INPDAP, e non nei confronti del successore INPS, era stato tuttavia correttamente notificato a quest'ultimo).

Infine, **Sez. 1, n. 16861/2018, Valitutti, Rv. 649539-01**, ha ribadito che l'erronea indicazione delle generalità del ricorrente nell'epigrafe del ricorso per cassazione non ne comporta

l'inammissibilità, qualora l'effettiva identità del suo autore sia individuabile in maniera non equivoca attraverso altre indicazioni, pur non risultanti dalla parte dell'atto destinata a contenerle e, segnatamente, mediante elementi desumibili dalla sentenza impugnata (fattispecie in cui la parte ricorrente era stata indicata nell'epigrafe del ricorso con un cognome diverso dal suo, ma poteva inequivocabilmente individuarsi in base all'intestazione, al dispositivo e al contenuto della pronuncia d'appello).

Riguardo all'onere di esposizione sommaria dei fatti di causa, prescritto dall'art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., si segnala anzitutto **Sez. 2, n. 10072/2018, Lombardo, Rv. 648165-01**, secondo cui detto requisito deve essere assolto necessariamente in modo sintetico, con la conseguenza che la relativa mancanza determina l'inammissibilità del ricorso, essendo la suddetta esposizione funzionale alla comprensione dei motivi nonché alla verifica dell'ammissibilità, pertinenza e fondatezza delle censure proposte.

Più in dettaglio, **Sez. 3, n. 05640/2018, Frasca, Rv. 648290-01**, ha affermato che la dichiarazione con la quale il ricorrente qualifichi espressamente una parte del ricorso come sede destinata all'esposizione del fatto e nella quale, pur indicando i fatti storici che hanno occasionato la controversia, ometta di individuare le ragioni giuridiche sulla base delle quali la domanda è stata introdotta, non assolve al requisito della esposizione sommaria dei fatti, in quanto non consente una conoscenza chiara e completa dei fatti di causa sostanziali e processuali. Secondo **Sez. 3, n. 17036/2018, Rossetti, Rv. 649425-01**, invece, per soddisfare il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti di causa non è necessario che tale esposizione costituisca parte a sé stante del ricorso ma è sufficiente che essa risulti in maniera chiara dal contesto dell'atto, attraverso lo svolgimento dei motivi.

Si iscrive sempre in quest'ambito **Sez. 6-L, n. 08204/2018, Esposito L., Rv. 647571-01**, secondo cui, ove si denunci la mancata ammissione della prova testimoniale, la censura è inammissibile qualora con essa il ricorrente non solo si dolga della valutazione rimessa al giudice del merito (quale è quella di non pertinenza della denunciata mancata ammissione della prova orale rispetto ai fondamenti della decisione), ma non alleggi neanche le ragioni che avrebbero dovuto indurre ad ammettere tale prova, né adempia agli oneri di allegazione necessari a individuare la decisività del mezzo istruttorio richiesto e la tempestività e ritualità della relativa istanza di ammissione.

Sotto altro profilo, **Sez. 5, n. 08245/2018, Esposito A.F., Rv. 647702-01**, ha ribadito che il ricorso per cassazione cd. "assemblato" mediante integrale riproduzione di una serie di documenti, implicando un'esposizione dei fatti non sommaria, viola l'art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., ed è pertanto inammissibile, salvo che i documenti e gli atti integralmente riprodotti possano essere agevolmente espunti, in quanto facilmente individuabili ed isolabili, sicchè l'atto processuale possa essere ricondotto al canone di sinteticità. A tal proposito, occorre anche segnalare **Sez. 5, n. 19562/2018, Locatelli, Rv. 649852-01**, secondo cui non può ritenersi inammissibile il ricorso per cassazione confezionato mediante inserimento di copie fotostatiche o scannerizzate di atti relativi al giudizio di merito, qualora la riproduzione integrale di essi sia preceduta da una chiara sintesi dei punti rilevanti per la risoluzione della questione dedotta.

Sempre con riguardo alla tecnica di redazione del ricorso, **Sez. 6-3, n. 13312/2018, De Stefano, Rv. 648924-01**, ha ribadito che il requisito imposto dall'articolo 366, comma 1, n. 3, c.p.c. è soddisfatto qualora il ricorso per cassazione contenga la chiara esposizione dei fatti di causa, dalla quale devono risultare le posizioni processuali delle parti con l'indicazione degli atti con cui sono stati formulati *causa petendi* e *petitum*, nonché degli argomenti dei giudici dei singoli gradi, non potendo tutto questo ricavarci da una faticosa o complessa opera di distillazione del successivo coacervo espositivo dei singoli motivi, perché tanto equivarrebbe a devolvere alla S.C. un'attività di estrapolazione della materia del contendere, che è riservata invece al ricorrente. Il requisito non è adempiuto, pertanto, qualora i motivi di censura si articolino in un'inestricabile commistione di elementi di fatto, riscontri di risultanze istruttorie, riproduzione di atti e documenti incorporati nel ricorso, argomentazioni delle parti e frammenti di motivazione della sentenza di primo grado.

Per quanto concerne i motivi di ricorso, requisito prescritto dall'art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c., occorre in primo luogo considerare **Sez. 1, n. 22478/2018, Pazzi, Rv. 650919-01**, secondo cui la parte non può limitarsi a riproporre, col ricorso, le tesi difensive svolte nelle fasi di merito e motivatamente disattese dal giudice dell'appello, senza considerare le ragioni offerte da quest'ultimo, poiché in tal modo si determina una mera contrapposizione della propria valutazione al giudizio espresso dalla sentenza impugnata che si risolve, in sostanza, nella proposizione di un "non motivo", come tale inammissibile.

**Sez. 6-5, n. 01479/2018, La Torre, Rv. 646999-01**, ha quindi ribadito che i motivi non possono consistere in deduzioni generali o affermazioni apodittiche, con le quali la parte non prenda concreta posizione, articolando specifiche censure esaminabili dal giudice di legittimità sulle singole conclusioni tratte dal giudice del merito in relazione alla fattispecie decisa. Infatti, il ricorrente – sia esso principale o incidentale - ha l'onere di indicare con precisione gli asseriti errori contenuti nella sentenza impugnata, in quanto, per la natura di giudizio a critica vincolata propria del processo di cassazione, il singolo motivo assolve alla funzione condizionante il "devolutum" della sentenza impugnata, con la conseguenza che il requisito in esame non può ritenersi soddisfatto qualora il ricorso per cassazione (principale o incidentale) sia basato sul mero richiamo dei motivi di appello; tale modalità di formulazione del motivo rende infatti impossibile individuare la critica mossa ad una specifica parte del giudizio espresso nella sentenza impugnata, rivelandosi del tutto carente nella enucleazione delle deficienze e degli errori asseritamente individuabili nella decisione.

Nella stessa prospettiva, **Sez. 6-2, n. 11603/2018, Cosentino, Rv. 648533-01**, sul presupposto per il quale il giudizio di cassazione è un giudizio a critica vincolata, delimitato e vincolato dai motivi di ricorso, che assumono una funzione identificativa condizionata dalla loro formulazione tecnica con riferimento alle ipotesi tassative formalizzate dal codice di rito, ha affermato che il motivo del ricorso deve necessariamente possedere i caratteri della tassatività e della specificità ed esige una precisa enunciazione, di modo che il vizio denunciato rientri nelle categorie logiche previste dall'art. 360 c.p.c., sicché è inammissibile la critica generica della sentenza impugnata, formulata con un unico motivo sotto una molteplicità di profili tra loro confusi e inestricabilmente combinati, non collegabili ad alcuna delle fattispecie di vizio enucleate dal codice di rito.

Proprio la caratteristica dell'impugnazione in esame condiziona la sua ammissibilità anche nel caso di *ius superveniens*. Infatti, **Sez. 5, n. 19617/2018, Dell'Orfano, Rv. 649858-01**, ha ribadito che ove la norma sopravvenuta introduca una nuova disciplina del rapporto controverso, essa può trovare di regola applicazione nel giudizio di legittimità solo alla duplice condizione che, da un lato, la sopravvenienza sia posteriore alla proposizione del ricorso per cassazione (ciò in quanto, in tale ipotesi, il ricorrente non ha potuto tener conto dei mutamenti operatisi successivamente nei presupposti legali che condizionano la disciplina dei singoli casi

concreti); e, dall'altro lato, la normativa sopraggiunta sia pertinente rispetto alle questioni proposte col ricorso, posto che i principi generali dell'ordinamento in materia di processo per cassazione - e soprattutto quello che impone che la funzione di legittimità sia esercitata attraverso l'individuazione delle censure espresse nei motivi di ricorso e sulla base di esse - impediscono di rilevare d'ufficio (o a seguito di segnalazione fatta dalla parte mediante memoria difensiva ai sensi dell'art. 378 c.p.c.) regole di giudizio determinate dalla sopravvenienza di disposizioni, ancorché dotate di efficacia retroattiva, afferenti ad un profilo della norma applicata che non sia stato investito, neppure indirettamente, dai motivi di ricorso e che concernano quindi una questione non sottoposta al giudice di legittimità.

Così, secondo **Sez. 5, n. 23518/2018, Fuochi Tinarelli, Rv. 650516-01**, l'applicazione d'ufficio dello *ius superveniens* è da escludersi qualora i motivi di ricorso debbano essere dichiarati inammissibili, atteso che, in detta ipotesi, la disciplina sopravvenuta non potrebbe comunque determinare l'accoglimento del ricorso stesso.

Del tutto peculiare è la fattispecie esaminata da **Sez. 5, n. 01325/2018, Venegoni, Rv. 646919-01**, secondo cui pur essendo prive dei requisiti della generalità e dell'astrattezza, le decisioni della Commissione dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aiuti di Stato) costituiscono fonte di produzione del diritto e, pertanto, vincolano il giudice nazionale anche nei giudizi pendenti, in quanto *ius superveniens* incidente sul rapporto controverso. Pertanto, qualora detta disciplina venga adottata nel corso del giudizio di legittimità e renda necessario procedere ad accertamenti di fatto, incompatibili con la struttura dello stesso, la pronuncia impugnata, se incompatibile con il nuovo regime, deve essere cassata con rinvio.

Sotto altro profilo, si segnala **Sez. 2, n. 14477/2018, Cavallari, Rv. 648975-02**, secondo cui nel giudizio di cassazione non possono prospettarsi nuove questioni di diritto o contestazioni che modifichino il *thema decidendum* ed implicino indagini ed accertamenti di fatto non effettuati dal giudice di merito, anche ove si tratti di questioni rilevabili d'ufficio, il che vale anche in caso di diritti assoluti, benché questi appartengano alla categoria dei cd. diritti autodeterminati.

Nello stesso senso, **Sez. 3, n. 15196/2018, D'Ovidio, Rv. 649304-01**, secondo cui, poiché il giudizio di cassazione ha la funzione di controllare la difformità della decisione del giudice di merito dalle norme e dai principi di diritto, ne restano precluse non

soltanto le domande nuove, ma anche nuove questioni di diritto, qualora queste postulino indagini ed accertamenti di fatto non compiuti dal giudice di merito che, come tali, sono esorbitanti dal giudizio di legittimità.

Ancora, in relazione al ricorso per cassazione proposto ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. avverso la sentenza di primo grado, **Sez. 1, n. 23320/2018, Mercolino, Rv. 650760-01**, ha affermato che il ricorso può essere proposto entro i limiti delle questioni già sollevate con l'atto di appello e di quelle riproposte ex art. 346 c.p.c., senza che possa assumere rilievo la diversa formulazione dei motivi, che trova giustificazione nella natura del ricorso per cassazione, quale mezzo di impugnazione a critica vincolata, proponibile esclusivamente per i vizi previsti dall'art. 360, comma 1, c.p.c., non comportando la dichiarazione di inammissibilità dell'appello sostanziali modificazioni nel giudizio di legittimità, fatta eccezione per la necessità che l'impugnazione sia rivolta direttamente contro la sentenza di primo grado e per l'esclusione della deducibilità del vizio di motivazione.

In altra ottica, **Sez. 6-2, n. 05001/2018, Lombardo, Rv. 648213-01**, ha affermato che, qualora siano stati denunciati vizi per violazione o falsa applicazione di norme di diritto (sostanziali o processuali), il principio di specificità dei motivi, di cui all'art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c., deve essere letto in correlazione al disposto dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., essendo dunque inammissibile, per difetto di specificità, il motivo di ricorso che, nel denunciare la violazione di norme di diritto, ometta di raffrontare la *ratio decidendi* della sentenza impugnata con la giurisprudenza della S.C. e, ove la prima risulti conforme alla seconda, ometta di fornire argomenti per mutare orientamento.

Ancora, rinviando sulla questione al § successivo, per maggiore approfondimento, occorre sin d'ora segnalare **Sez. 5, n. 12690/2018, Bernazzani, Rv. 648743-01**, secondo cui l'erronea indicazione della norma processuale violata nella rubrica del motivo non determina di per sé l'inammissibilità del ricorso ove la Corte possa agevolmente procedere alla corretta qualificazione del vizio denunciato sulla base delle argomentazioni giuridiche ed in fatto svolte dal ricorrente a fondamento della censura, in quanto è solo l'esposizione delle ragioni di diritto della impugnazione che chiarisce e qualifica, sotto il profilo giuridico, il contenuto della censura (fattispecie in cui la cui rubrica menzionava la violazione di una norma ormai abrogata e sostituita da un'altra disposizione di legge).



**Sez. 2, n. 26790/2018, Sabato, Rv. 651379-01**, ha poi ribadito che l'articolazione in un singolo motivo di più profili di doglianza costituisce ragione d'inammissibilità quando non è possibile ricondurre tali diversi profili a specifici motivi di impugnazione, dovendo le doglianze, anche se cumulate, essere formulate in modo tale da consentire un loro esame separato, come se fossero articolate in motivi diversi, senza rimettere al giudice il compito di isolare le singole censure teoricamente proponibili, al fine di ricondurle a uno dei mezzi d'impugnazione consentiti, prima di decidere su di esse (fattispecie in cui il ricorso era stato formulato con un unico motivo suddiviso in cinque capitoli, ma in cui la S.C. ha preso atto dell'impossibilità di individuare per ciascun capitolo, o per il complesso dei capitoli unitariamente considerati, una delle tipologie di censura consentite dall'art. 360 c.p.c.).

Ancora, **Sez. 5, n. 11493/2018, Balsamo, Rv. 648023-01**, ha ritenuto che qualora la decisione di merito si fondi su di una pluralità di ragioni, tra loro distinte e autonome, singolarmente idonee a sorreggerla sul piano logico e giuridico, la ritenuta infondatezza delle censure mosse ad una delle *rationes decidendi* rende inammissibili, per sopravvenuto difetto di interesse, le censure relative alle altre ragioni esplicitamente fatte oggetto di doglianza, in quanto queste ultime non potrebbero comunque condurre, stante l'intervenuta definitività delle altre, alla cassazione della decisione stessa.

Riguardo alla 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, ex art. 365 c.p.c., si segnala anzitutto **Sez. 3, n. 01255/2018, Frasca, Rv. 647759-01**, secondo cui il ricorso è inammissibile qualora la procura, apposta su foglio separato e non materialmente congiunta al ricorso, sia conferita con scrittura privata autenticata nella sottoscrizione dal difensore in violazione dell'art. 83, comma 3, c.p.c., dal momento che la norma non prevede un conferimento autonomo rispetto agli atti processuali a cui il mandato si riferisce (salvo che per la memoria di costituzione di nuovo difensore in sostituzione del precedente); né, tantomeno, è possibile una sanatoria dell'atto mediante rinnovazione ai sensi dell'art. 182 c.p.c., poiché l'art. 365 c.p.c. prescrive l'esistenza di una valida procura speciale come requisito di ammissibilità del ricorso.

**Sez. L, n. 28146/2018, Amendola F., Rv. 651515-01**, ha ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione in un caso in cui la procura, apposta su foglio separato e materialmente congiunto al

ricorso ai sensi dell'art. 83, comma 2, c.p.c., conteneva espressioni incompatibili con la specialità richiesta e dirette piuttosto ad attività proprie di altri giudizi e fasi processuali (fattispecie in cui la procura, spillata di seguito al ricorso, non conteneva alcun riferimento alla sentenza impugnata, né recava alcuna data, e risultava conferita "per tutte le fasi e gradi del presente giudizio").

Ancora, **Sez. 5, n. 01981/2018, Stalla, Rv. 646701-01**, ha ribadito che, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione, qualora l'originale dell'atto rechi la firma del difensore munito di procura speciale e l'autenticazione, ad opera del medesimo, della sottoscrizione della parte che la procura ha conferito, la mancanza di tale firma e dell'autenticazione nella copia notificata non determinano l'invalidità del ricorso, purché la copia stessa contenga elementi, quali l'attestazione dell'ufficiale giudiziario che la notifica è stata eseguita ad istanza del difensore del ricorrente, idonei ad evidenziare la provenienza dell'atto dal difensore munito di mandato speciale.

**Sez. U, n. 10266/2018, Cirillo E., Rv. 648132-03**, ha poi confermato che il ricorso per cassazione sottoscritto da un avvocato munito di una procura notarile di carattere generale, priva di ogni riferimento alla sentenza impugnata e all'impugnazione da proporsi, è inammissibile.

Peraltro, in tema di procura rilasciata all'estero, **Sez. 1, n. 16050/2018, Fraulini, Rv. 649564-01**, ha precisato come non ne sia sufficiente la semplice legalizzazione della sottoscrizione, occorrendo anche che sia autenticata da notaio o da altro pubblico ufficiale, autorizzato dalla legge dello Stato estero ad attribuirle pubblica fede; essa, pertanto, non può essere autenticata dal difensore italiano della parte, giacché tale potere di autenticazione non si estende oltre i limiti del territorio nazionale.

Secondo **Sez. 6-3, n. 12603/2018, De Stefano, Rv. 648720-01**, il ricorso per cassazione proposto dall'ex rappresentante di società cancellata dal registro delle imprese è inammissibile, sia per le peculiarità della operatività del mandato nel giudizio di legittimità, sia per la necessità che il relativo conferimento provenga da un soggetto esistente e capace di stare in giudizio. Conseguentemente, il detto rappresentante deve essere condannato alle spese in proprio, in quanto, spendendo tale qualità con riferimento a soggetto non più esistente, ha conferito il mandato all'avvocato, ed essendosi questi limitato ad autenticare la relativa sottoscrizione.

Con riferimento, invece, alla posizione del controricorrente, **Sez. 1, n. 19749/2018, Fraulini, Rv. 650164-01**, ha ribadito che la

procura da questi rilasciata in calce o a margine della copia notificata del ricorso, anziché in calce al controricorso medesimo, non è idonea per la valida proposizione di quest'ultimo, né per la formulazione di memorie, in quanto non dimostra l'avvenuto conferimento del mandato anteriormente o contemporaneamente alla notificazione dell'atto di resistenza, ma è idonea ai soli fini della costituzione in giudizio del controricorrente e della partecipazione del difensore alla discussione orale, non potendo a tali fini configurarsi incertezza circa l'anteriorità del conferimento del mandato stesso.

Infine, per **Sez. 3, n. 25385/2018, D'Arrigo, Rv. 651165-01**, qualora la certificazione dell'autografia della sottoscrizione della parte, apposta sulla procura speciale *ad litem* rilasciata in calce o a margine del ricorso (o del controricorso) per cassazione sia stata apposta da avvocato non ammesso al patrocinio innanzi alla S.C. essa costituisce una mera irregolarità, che non comporta la nullità della procura, allorché l'atto sia stato firmato anche da altro avvocato iscritto nell'albo speciale e indicato come codifensore.

Venendo, per ultimo, al requisito di autosufficienza del ricorso, di cui si rinviene oggi la fonte normativa nell'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., va qui in primo luogo segnalata **Sez. 1, n. 05478/2018, Di Marzio M., Rv. 647747-01**, secondo cui, qualora sia dedotta la omessa o viziata valutazione di documenti, deve procedersi ad un sintetico ma completo resoconto del loro contenuto, nonché alla 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 od accesso a fonti esterne ad esso (fattispecie relativa a un giudizio di impugnativa di delibere societarie di approvazione dei bilanci, in cui la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso perché privo di un'adeguata descrizione del contenuto dei bilanci stessi e degli atti intervenuti tra le parti, nonché dell'indicazione del fascicolo dove tali documenti sarebbero stati rinvenibili).

**Sez. L, n. 05508/2018, Lorito, Rv. 647532-01**, ha poi affermato che nel caso in cui il giudicato esterno sia riprodotto nel ricorso per cassazione, l'interpretazione di detto giudicato può essere effettuata anche direttamente dalla Corte di cassazione con cognizione piena. Ne deriva che, qualora l'interpretazione che abbia dato il giudice di merito sia ritenuta scorretta, il ricorso deve riportare il testo del giudicato che si assume erroneamente interpretato, con richiamo congiunto della motivazione e del

dispositivo, atteso che il solo dispositivo non può essere sufficiente alla comprensione del comando giudiziale.

Ancora, secondo **Sez. 5, n. 19360/2018, Delli Priscoli, Rv. 650046-01**, qualora con il ricorso per cassazione si deducano vizi relativi a regolamenti comunali, è necessario - in virtù del principio di autosufficienza - che le disposizioni rilevanti siano trascritte o allegate, in quanto per le norme giuridiche di rango secondario non opera il principio *iura novit curia*.

Analogamente, in ambito giuslavoristico, **Sez. L, 07981/2018, Torrice, Rv. 648192-01**, ha affermato che nel giudizio di legittimità, è possibile valutare la conformità alla legge e al c.c.n.l. del settore pubblico di un contratto integrativo - che non può, come tale, essere oggetto di diretta interpretazione - a condizione che detto contratto sia specificamente prodotto e indicato quale contratto su cui si fonda il ricorso, atteso che lo stesso, stipulato dalle amministrazioni pubbliche sulle singole materie, nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, se pure applicabile al territorio nazionale in ragione della P.A. interessata, ha una dimensione decentrata rispetto al comparto e non è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 47, comma 8, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 20694/2018, Giannaccari, Rv. 650009-01**, poiché i motivi di ricorso devono investire questioni già comprese nel *thema decidendum* del giudizio di appello, essendo preclusa alle parti, in sede di legittimità, la prospettazione di questioni o temi di contestazione nuovi, non trattati nella fase di merito né rilevabili di ufficio, qualora con lo stesso ricorso siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, il ricorrente deve, a pena di inammissibilità della censura, non solo allegarne l'avvenuta loro deduzione dinanzi al giudice di merito ma, in virtù del principio di autosufficienza, anche indicare in quale specifico atto del giudizio precedente ciò sia avvenuto (analogamente v. anche **Sez. 6-1, n. 15430/2018, Falabella, Rv. 649332-01**).

## 2.7. Vizi denunciabili.

Numerose pronunce hanno riguardato il tema delle censure proponibili col ricorso, ai sensi dell'art. 360, comma 1, c.p.c. Di seguito verranno indicate le più significative, rinviando, quanto alle questioni di giurisdizione e di competenza, ai relativi capitoli di questa Rassegna.

Iniziando dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., occorre considerare in primo luogo **Sez. 5, n. 15879/2018, Giudicepietro, Rv. 649017-01**, secondo cui con detto mezzo non può essere direttamente prospettata la violazione delle norme costituzionali, poiché il contrasto tra la decisione impugnata e i parametri costituzionali, realizzandosi sempre per il tramite dell'applicazione di una norma di legge, deve essere portato ad emersione mediante l'eccezione di illegittimità costituzionale della norma applicata. Né, del resto – secondo **Sez. 2, n. 09284/2018, Scarpa, Rv. 648149-01** – può costituire motivo di ricorso per cassazione la valutazione negativa che il giudice di merito abbia fatto circa la rilevanza e la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale, perché il relativo provvedimento (quand'anche in ipotesi definitivo del procedimento) ha carattere puramente ordinatorio, essendo riservato il relativo potere decisorio alla Corte costituzionale, e, d'altra parte, la stessa questione può essere riproposta in ogni grado di giudizio.

**Sez. 6-5, n. 19697/2018, Napolitano, Rv. 650360-01**, ha poi ribadito la non denunciabilità in cassazione, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., della pretesa violazione di circolari della P.A., trattandosi di atti interni destinati ad indirizzare e disciplinare in modo uniforme l'attività degli organi inferiori e, quindi, hanno natura non normativa, ma di atti amministrativi.

Analogamente, quanto alla pretesa violazione delle norme del regolamento condominiale di natura contrattuale, **Sez. 6-2, n. 20567/2018, Abete, Rv. 650349-01**, ha ribadito che esso è, in ogni caso, un atto di produzione privata, anche nei suoi effetti tipicamente regolamentari, cioè incidenti sulle modalità di godimento delle parti comuni dell'edificio; ne consegue che, non avendo il medesimo natura di atto normativo generale e astratto, il ricorso per cassazione col quale si lamenti la violazione o falsa applicazione delle norme di tale regolamento non è proponibile ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., ma solo come vizio di motivazione ai sensi del n. 5 del medesimo art. 360.

In quest'ambito, vanno opportunamente segnalate alcune pronunce che si sono occupate del vizio c.d. di sussunzione, la cui individuazione può manifestarsi problematica, trattandosi di questione al confine tra aspetti meramente fattuali e l'errore di diritto.

Così, occorre considerare **Sez. 3, n. 10320/2018, Guizzi, Rv. 648593-01**, secondo cui detto vizio, censurabile dal giudice di legittimità, può consistere o nell'assumere la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista non è idonea a regolarla, oppure nel trarre dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, conseguenze giuridiche che contraddicano la pur corretta sua interpretazione. Ancora, **Sez. 3, n. 13747/2018, Frasca, Rv. 649041-01**, ha precisato che il vizio di sussunzione, attenendo alla qualificazione giuridica dei fatti materiali, rientra nell'ipotesi di cui all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. e ricorre sia quando il giudice riconduce questi ultimi ad una fattispecie astratta piuttosto che ad un'altra, sia quando si rifiuta di assumerli in qualunque fattispecie astratta, pur sussistendone una in cui potrebbero essere inquadrati. **Sez. 3, n. 06035/2018, Vincenti, Rv. 648414-01**, ha infine affermato che la deduzione del vizio di sussunzione postula che l'accertamento in fatto operato dal giudice di merito sia considerato fermo ed indiscusso, sicché è estranea alla denuncia del vizio di sussunzione ogni critica che investa la ricostruzione del fatto materiale, esclusivamente riservata al potere del giudice di merito.

Significativa appare **Sez. 2, n. 30939/2018, Cosentino, Rv. 651600-02**, in tema di interpretazione della "Generalklausel". In una controversia attinente a violazioni del codice della strada, regolate dal combinato disposto degli artt. 126-bis, comma 2, nonché 180 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, tale decisione ha infatti affermato che l'accertamento dell'esistenza del "giustificato motivo" che esonera da responsabilità il proprietario del veicolo che deduca di non conoscere l'identità del conducente della vettura compete, con riferimento alla ricostruzione del relativo fatto storico, al giudice di merito e la sua qualificazione di tale fatto storico quale "giustificato motivo" è censurabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., sotto il profilo della sua coerenza con i principi dell'ordinamento e con gli standard valutativi esistenti nella realtà sociale che concorrono, unitamente a detti principi, a comporre il diritto vivente.

Sullo stesso tema, va inoltre segnalata **Sez. L, n. 07305/2018, Blasutto, Rv. 647544-01**, riguardo alla "giusta causa"

di licenziamento, ex art. 2119 c.c., la quale ha ritenuto che l'accertamento compiuto dal giudice di merito - ai fini della individuazione della giusta causa di licenziamento - non può essere censurato in sede di legittimità allorquando detta applicazione rappresenti la risultante logica e motivata della specificità dei fatti accertati e valutati nel loro globale contesto, mentre rimane praticabile il sindacato di legittimità ex art. 360, n. 3, c.p.c. nei casi in cui gli *standards* valutativi, sulla cui base è stata definita la controversia, finiscano per collidere con i principi costituzionali, con quelli generali dell'ordinamento, con precise norme suscettibili di applicazione in via estensiva o analogica, o si pongano in contrasto con regole che si configurano, per la costante e pacifica applicazione giurisprudenziale e per il carattere di generalità assunta, come diritto vivente.

In tema di presunzioni, si segnala **Sez. L, n. 29635/2018, Bellé, Rv. 651727-01**, secondo cui, qualora il giudice di merito sussuma erroneamente sotto i tre caratteri individuatori della presunzione (gravità, precisione, concordanza) fatti concreti che non sono invece rispondenti a quei requisiti, il relativo ragionamento è censurabile in base all'art. 360, n. 3, c.p.c. (e non già alla stregua del n. 5 dello stesso art. 360), competendo alla Corte di cassazione, nell'esercizio della funzione di nomofilachia, controllare se la norma dell'art. 2729 c.c., oltre ad essere applicata esattamente a livello di declamazione astratta, lo sia stata anche sotto il profilo dell'applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili alla fattispecie astratta.

Per quanto riguarda la nullità della sentenza o del procedimento, ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., occorre in primo luogo richiamare la già citata **Sez. 1, n. 02626/2018, Genovese, Rv. 646877-01**, che ha dato continuità all'orientamento della cd. nullità in concreto, secondo cui non rileva di per sé la mera sussistenza del vizio di attività del giudice, occorrendo specificare e dimostrare che esso sia effettivamente lesivo del proprio diritto di difesa, con correlativo onere per il ricorrente di indicare in cosa detto vizio gli abbia concretamente arrecato pregiudizio, giacché l'ordinamento non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma mira ad eliminare il concreto pregiudizio subito dalla parte (nella specie, si censurava la decisione del primo giudice con riferimento ad una questione preliminare di merito senza aver prima assegnato i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c.). La S.C. ha quindi affermato che il ricorrente non può limitarsi a dedurre tale violazione, ma a pena di inammissibilità deve specificare quale

sarebbe stato il fatto rilevante sul quale il giudice di primo grado si sarebbe dovuto pronunciare e quali prove sarebbero state dedotte ove fosse stata consentita la chiesta appendice scritta).

Si iscrive in detto orientamento **Sez. 6-3, n. 17267/2018, De Stefano, Rv. 649838-01**, secondo cui - ancorchè pronunciata impropriamente con ordinanza ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c. anziché con sentenza - la tardività dell'appello comporta non soltanto l'inammissibilità, per difetto di interesse e in mancanza di un diritto alla regolarità formale del processo in quanto tale, del ricorso per cassazione dispiegato avverso l'ordinanza di secondo grado, ma pure, in ragione del definitivo accertamento della tardività dell'originaria impugnazione e il conseguente passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, del ricorso per cassazione dispiegato avverso quest'ultima.

Riguardo alla valutazione delle risultanze della CTU da parte del giudice del merito, **Sez. 6-L, n. 19293/2018, Doronzo, Rv. 650202-01**, ha affermato che se essa è viziata da errore di percezione, può essere censurata con la revocazione ordinaria qualora l'errore attenga ad un fatto non controverso, mentre è sindacabile ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c., se l'errore ricade su di una circostanza che ha formato oggetto di discussione tra le parti (fattispecie in cui era stata respinta la domanda volta ad ottenere l'indennità di accompagnamento senza motivare il disaccordo rispetto alle conclusioni di segno opposto formulate dal consulente d'ufficio. La S.C. ha ritenuto sussistente l'*error in procedendo*, dichiarando nulla la sentenza).

Sempre sul tema della valutazione delle prove, **Sez. 1, n. 04699/2018, Di Marzio M., Rv. 647432-01**, ha ribadito che la violazione dell'art. 115 c.p.c. può essere dedotta come vizio di legittimità non in riferimento all'apprezzamento delle risultanze probatorie operato dal giudice di merito, ma solo sotto due profili: a) qualora il medesimo, esercitando il suo potere discrezionale nella scelta e valutazione degli elementi probatori, ometta di valutare le risultanze di cui la parte abbia esplicitamente dedotto la decisività, salvo escluderne in concreto, motivando sul punto, la rilevanza; ovvero b) quando egli ponga alla base della decisione fatti che erroneamente ritenga notori o la sua scienza personale.

Assai significativa è **Sez. 1, n. 23153/2018, Falabella, Rv. 650931-01**, secondo cui il cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito non dà luogo ad alcun vizio denunciabile con il ricorso per cassazione, non essendo inquadrabile né nell'alveo dell'art. 360,



comma 1, n. 5, c.p.c. (che attribuisce rilievo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e presenti carattere decisivo per il giudizio), né in quello del precedente n. 4, disposizione che - per il tramite dell'art. 132, n. 4, c.p.c. - dà rilievo unicamente all'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante.

Sempre sul tema, si segnala **Sez. 6-3, n. 26769/2018, Dell'Utri, Rv. 650892-01**, secondo cui la violazione dell'art. 2697 c.c. si configura soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella su cui esso avrebbe dovuto gravare secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni. Per dedurre invece la violazione dell'art. 115 c.p.c., occorre denunciare che il giudice, contraddicendo espressamente o implicitamente la regola posta da tale disposizione, abbia posto a fondamento della decisione prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli, non anche che il medesimo, nel valutare le prove proposte dalle parti, abbia attribuito maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività consentita dall'art. 116 c.p.c.

Non costituisce condizione essenziale per la validità del giudizio d'appello – secondo **Sez. 6-3, n. 20631/2018, Scrima, Rv. 650480-01**, che ha così ribadito un consolidato orientamento – la acquisizione del fascicolo d'ufficio di primo grado ex art. 347 c.p.c., sicché la relativa omissione non determina un vizio del procedimento o della sentenza di secondo grado, bensì, al più, il vizio di difetto di motivazione, a condizione che 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.

Per quanto concerne il vizio di motivazione (come già detto, oggetto di recente intervento normativo, con la riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. – v. par. 1 e, più diffusamente, il citato approfondimento di Scarpa), **Sez. L, n. 27112/2018, Ponterio, Rv. 651205-01**, ha ribadito che è nulla, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., per violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., la motivazione solo apparente, che non costituisce espressione di un autonomo processo deliberativo, quale la

sentenza di appello motivata *per relationem* alla sentenza di primo grado, attraverso una generica condivisione della ricostruzione in fatto e delle argomentazioni svolte dal primo giudice, senza alcun esame critico delle stesse in base ai motivi di gravame.

Ancora secondo **Sez. 6-L, n. 16611/2018, Spena, Rv. 649628-01**, sussiste il vizio di assenza della motivazione, di cui al n. 4 del comma 1 dell'art. 360 c.p.c., allorché la sentenza sia nulla per contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, che rendono incomprensibili le ragioni poste a base della decisione.

Sullo stesso tema, **Sez. 6-1, n. 19538/2018, Micolino, Rv. 650191-01**, ha ribadito che il vizio di omessa motivazione della sentenza è configurabile non solo quando il giudice abbia completamente omesso di esaminare una questione proposta, ma anche quando argomenti sulla base di elementi di prova menzionati in modo tale da presupporre che essi siano già conosciuti, perché li fa oggetto di mero richiamo, invece che di una descrizione sufficiente a dar conto della loro rilevanza, posto che anche in tal caso non è ricostruibile l'*iter* logico attraverso cui si è formato il suo convincimento, nè, quindi, è esercitabile il controllo della sufficienza e coerenza delle ragioni che lo sorreggono.

Con riferimento all'omessa pronuncia, ex art. 112 c.p.c., si segnala in primo luogo **Sez. 5, n. 01311/2018, Iannello, Rv. 646917-01**, secondo cui non può intergere tale vizio il difetto di esame della questione di legittimità costituzionale di una norma, in quanto strumentale rispetto alla domanda che implichi l'applicazione della norma medesima, senza che possa al riguardo configurarsi un vizio di motivazione, denunciabile con il ricorso per cassazione, giacché la relativa questione è deducibile e rilevabile nei successivi stati e gradi del giudizio che sia validamente instaurato, ove rilevante ai fini della decisione.

**Sez. 2, n. 03485/2018, Dongiacomo, Rv. 647804-01**, ha ribadito che il vizio di omessa pronuncia può essere dedotto anche in relazione ad un'eccezione, alla duplice condizione che essa risulti formulata inequivocabilmente, in modo da rendere necessaria una pronuncia su di essa e che sia stata riportata nel ricorso per cassazione nei suoi esatti termini con l'indicazione specifica dell'atto difensivo o del verbale di udienza in cui era stata proposta.

Ancora, **Sez. L, n. 16247/2018, Curcio, Rv. 649483-01**, ha affermato che sussiste il vizio di omessa pronuncia nell'ipotesi in cui il giudice abbia escluso la sussistenza del mobbing con enunciati meramente assertivi, pervenendo a conclusioni disancorate dalle risultanze istruttorie costituite dalle prove dichiarative e dalla

consulenza medico-legale acquisite in primo grado, con motivazione meramente figurativa e apparente.

Secondo **Sez. 1, n. 22784/2018, Campese, Rv. 650929-01**, non sussiste il vizio di omessa pronuncia, qualora questa abbia ad oggetto una domanda inammissibile, non rilevando nemmeno come motivo di ricorso per cassazione, in quanto, alla proposizione di una tale domanda, non consegue l'obbligo del giudice di pronunciarsi nel merito.

Sotto altro profilo, occorre considerare **Sez. 3, n. 06014/2018, Scarano, Rv. 648411-01**, che ha ribadito l'orientamento per cui, sebbene la Corte - qualora vengano denunciati *errores in procedendo* - sia anche giudice del fatto, potendo accedere direttamente all'esame degli atti processuali del fascicolo di merito, ciò non esclude che debba preliminarmente esaminarsi l'ammissibilità del motivo in relazione ai termini in cui è stato esposto. Ne deriva che, solo una volta accertatane l'ammissibilità diventa possibile valutare la fondatezza del motivo medesimo e, dunque, solo in tal caso la Corte di cassazione può e deve procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali.

Venendo ora al vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio, ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., nel testo antecedente alla modifica apportata dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012 (quanto alle pronunce relative alla nuova formulazione della norma, si rinvia al par. 1), si segnala, anzitutto, **Sez. 5, n. 02399/2018, Caiazzo, Rv. 646706-01**, secondo cui può dedursi in sede di legittimità l'errore causato da inesatta determinazione dei presupposti di una operazione, in quanto si risolve in un vizio logico della motivazione, a differenza dell'errore materiale di calcolo risultante dal confronto tra motivazione e dispositivo, il quale è suscettibile di correzione con la procedura di cui agli artt. 287 ss. c.p.c.

Ancora, **Sez. L, n. 02963/2018, Patti, Rv. 647393-01**, ha ribadito che sussiste il vizio di omessa o insufficiente motivazione qualora il giudice di merito non abbia tenuto conto alcuno delle inferenze logiche che possono essere desunte dagli elementi dimostrativi adottati in giudizio ed indicati nel ricorso con autosufficiente ricostruzione, e si sia limitato ad addurre l'insussistenza della prova, senza compiere una analitica considerazione delle risultanze processuali (fattispecie in cui la decisione impugnata aveva escluso fosse stata fornita la prova della

causale del contratto di somministrazione di lavoro, senza tuttavia dare conto delle specifiche richieste istruttorie articolate dall'utilizzatore).

Non costituisce vizio motivazionale, secondo **Sez. 1, n. 03960/2018, Falabella, Rv. 647419-01**, la mancata valutazione di prove raccolte in un diverso giudizio, giacché esse costituiscono elementi meramente indiziari: pertanto il difetto riscontrato non può costituire punto decisivo, implicando non un giudizio di certezza ma di mera probabilità rispetto all'astratta possibilità di una diversa soluzione.

Inoltre **Sez. L, n. 04070/2018, Negri della Torre, Rv. 647268-01**, ha ribadito che il controllo della motivazione in fatto consiste nel verificare che il discorso giustificativo svolto dal giudice di merito presenti i requisiti minimi dell'argomentazione (fatto probatorio - massima di esperienza - fatto accertato), mentre non è consentito alla Corte sostituire la massima di esperienza utilizzata con altra diversa o confrontare la sentenza impugnata con le risultanze istruttorie, al fine di prendere in considerazione un fatto probatorio diverso o ulteriore rispetto a quelli assunti a fondamento della decisione impugnata.

In tema di contratto di lavoro a tempo determinato, **Sez. L, n. 13660/2018, Curcio, Rv. 648629-01**, ha sottolineato che l'accertamento della sussistenza di una concorde volontà delle parti diretta allo scioglimento del vincolo contrattuale costituisce apprezzamento di merito, sindacabile nei limiti consentiti dall'art.360, comma 1, n. 5 c.p.c., tempo per tempo vigente.

Secondo quanto affermato da **Sez. 2, n. 21223/2018, Oricchio, Rv. 650030-01**, per potersi configurare vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, è necessario un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato a una diversa soluzione della vertenza. Pertanto, il mancato esame di elementi probatori costituisce vizio di omesso esame di un punto decisivo solo se le risultanze processuali non esaminate siano tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria delle altre circostanze sulle quali il convincimento è fondato, onde la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di base.

Infine, numerose pronunce si sono occupate sia del problema dell'erronea indicazione del motivo di ricorso e, quindi, della relativa errata sussunzione nell'ambito dei vizi denunciabili,

secondo le varie ipotesi di cui all'art. 360 c.p.c., sia della impropria commistione, nella prospettazione del motivo, tra vizi di natura diversa (questioni di cui in parte s'è già detto al par. precedente).

Sotto il primo profilo, sostanzialmente in linea con l'insegnamento di Sez. U, n. 17931/2013, Piccialli, Rv. 627268-01, è stato affermato da **Sez. 6-5, n. 04289/2018, Manzon, Rv. 647135-01**, che il motivo mediante il quale venga dedotto il vizio di omessa pronuncia facendo erroneamente riferimento all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., in luogo del n. 4 della stessa disposizione, non è inammissibile, purché venga posta con univoca chiarezza la questione dell'omessa pronuncia, individuandone l'oggetto, quale specifico vizio processuale della sentenza impugnata.

Nello stesso senso si pone **Sez. 2, n. 10862/2018, Abete, Rv. 648018-01**, secondo cui, ove il ricorrente lamenti l'omessa pronuncia, da parte dell'impugnata sentenza, in ordine ad una delle domande o eccezioni proposte, non è indispensabile che faccia esplicita menzione della ravvisabilità della fattispecie di cui al n. 4 del comma 1 dell'art. 360 c.p.c., con riguardo all'art. 112 c.p.c., purché il motivo rechi univoco riferimento alla nullità della decisione derivante dalla relativa omissione, dovendosi, invece, dichiarare inammissibile il gravame allorché sostenga che la motivazione sia mancante o insufficiente o si limiti ad argomentare sulla violazione di legge. Sempre sullo stesso tema, **Sez. 6-5, n. 16170/2018, Luciotti, Rv. 649268-01**, ha ribadito che qualora il vizio di omessa pronuncia sia erroneamente denunciato ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. e non in virtù del n. 4 della medesima disposizione normativa, il motivo proposto non è inammissibile, ove prospetti con chiarezza la questione dell'omessa pronuncia quale specifico vizio processuale della sentenza impugnata.

Peraltro, su un piano leggermente diverso sembra porsi **Sez. 5, n. 04963/2018, Mondini, Rv. 647216-01**, per la quale l'erronea deduzione di un difetto di attività del giudice di secondo grado ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. e non del n. 4 della stessa disposizione, non rende inammissibile il motivo ove la Corte non sia tenuta ad esaminare gli atti del giudizio di merito, esercitando un potere sussistente solo per i vizi denunciati ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

Sotto il secondo profilo, va segnalata **Sez. 5, n. 08915/2018, Giudicepietro, Rv. 647708-01**, secondo cui il ricorso per cassazione il quale cumuli in un unico motivo le censure di cui all'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 5, c.p.c., è ammissibile, qualora esso

evidenzi comunque specificamente la trattazione delle doglianze relative all'interpretazione o all'applicazione delle norme di diritto appropriate alla fattispecie ed i profili attinenti alla ricostruzione del fatto (nello stesso senso, **Sez. 5, n. 24493/2018, Succio, Rv. 650743-01**).

Assai più rigorosa, invece, appare **Sez. 1, n. 26874/2018, Di Marzio M., Rv. 651324-01**, che – in evidente contrasto col superiore orientamento, ed attingendo ad altro filone interpretativo – ha affermato che è inammissibile la mescolanza e la sovrapposizione di mezzi d'impugnazione eterogenei, facenti riferimento alle diverse ipotesi contemplate dall'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 5, c.p.c., non essendo consentita la prospettazione di una medesima questione sotto profili incompatibili, quali quello della violazione di norme di diritto (che suppone accertati gli elementi del fatto in relazione al quale si deve decidere della violazione o falsa applicazione della norma), e del vizio di motivazione (che quegli elementi di fatto intende precisamente rimettere in discussione); o quale l'omessa motivazione (che richiede l'assenza di motivazione su un punto decisivo della causa rilevabile d'ufficio), e l'insufficienza della motivazione (che richiede la puntuale e analitica indicazione della sede processuale nella quale il giudice d'appello sarebbe stato sollecitato a pronunciarsi), e la contraddittorietà della motivazione (che richiede la precisa identificazione delle affermazioni, contenute nella sentenza impugnata, che si porrebbero in contraddizione tra loro). Infatti, l'esposizione diretta e cumulativa delle questioni concernenti l'apprezzamento delle risultanze acquisite al processo e il merito della causa mira a rimettere al giudice di legittimità il compito di isolare le singole censure teoricamente proponibili, onde ricondurle ad uno dei mezzi d'impugnazione enunciati dall'art. 360 c.p.c., per poi ricercare quale o quali disposizioni sarebbero utilizzabili allo scopo, così attribuendo, inammissibilmente, al giudice di legittimità il compito di dare forma e contenuto giuridici alle lagnanze del ricorrente, al fine di decidere successivamente su di esse.

## **2.8. Ulteriori questioni procedurali.**

Riguardo al termine per la proposizione del ricorso, si segnala **Sez. 1, n. 07154/2018, Campese, Rv. 647842-01**, secondo cui in assenza di normativa speciale circa la decorrenza del termine breve avverso l'ordinanza resa ex art. 702-quater c.p.c., non rileva che la comunicazione dell'ordinanza sia avvenuta in forma integrale

a mezzo PEC, dovendo trovare applicazione la disposizione generale di cui all'art. 133, comma 2, c.p.c. (come modificato con l'art. 45, comma 1, lett. b), del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. con modif. dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) secondo il quale la comunicazione da parte della cancelleria del testo integrale della sentenza non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'art. 325 c.p.c.

**Sez. 3, n. 02625/2018, Genovese, Rv. 646866-01**, ha ribadito che nel giudizio di legittimità, dominato dal principio dell'impulso d'ufficio, non opera l'istituto dell'interruzione del processo, sicchè la cancellazione dal registro delle imprese della società ricorrente non ne preclude la prosecuzione. Nello stesso senso, **Sez. 5, n. 30341/2018, Guida, Rv. 651560-01**, ha ritenuto ammissibile il ricorso sottoscritto dal difensore munito di mandato *ad litem* sottoscritto dal legale rappresentante della società prima della cancellazione della stessa dal registro delle imprese.

Quanto al cd. *overruling* (che consiste nel mutamento di precedente consolidata interpretazione della norma processuale), va anzitutto segnalata **Sez. U, n. 28575/2018, Frasca, Rv. 651358-01**, dettata in tema di procedimento volto al riconoscimento della protezione internazionale. E' stato ritenuto che nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. 15 settembre 2011, n. 150, così come modificato dall'art. 27 comma 1, lett. f) del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, l'appello ex art. 702-quater c.p.c. proposto avverso la decisione di primo grado deve essere introdotto con ricorso e non con citazione, in aderenza alla volontà del legislatore desumibile dal nuovo tenore letterale della norma. Tale innovativa esegesi, in quanto imprevedibile e repentina rispetto al consolidato orientamento pregresso, costituisce un "overruling" processuale che, nella specie, assume carattere peculiare in relazione al momento temporale della sua operatività, il quale potrà essere anche anteriore a quello della pubblicazione della prima pronuncia di legittimità che praticò la opposta esegesi (Sez. 6-1, n. 17420/2017, Nappi, Rv. 644940-01), e ciò in dipendenza dell'affidamento sulla perpetuazione della regola antecedente, sempre desumibile dalla giurisprudenza della Corte, per cui l'appello secondo il regime dell'art. 702-quater c.p.c. risultava proponibile con citazione. Resta fermo il principio che, nei giudizi di rinvio riassunti a seguito di cassazione, il giudice del merito è vincolato al principio enunciato a norma dell'art. 384 c.p.c., al quale dovrà uniformarsi anche se difforme dal nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità.

Analogamente, sulla stessa questione, si sono pronunciate **Sez. 6-1, n. 29506/2018, Genovese, Rv. 651503-01**, nonché **Sez. 6-1, n. 32059/2018, Sambito, Rv. 651967-01**.

**Sez. 2, n. 00194/2018, Sabato, Rv. 647151-01**, nel solco di un risalente orientamento, ha ribadito che nel caso in cui sia stata precedentemente espressa riserva di impugnazione avverso la sentenza non definitiva, ai sensi dell'art. 361, comma 2, c.p.c., unitamente al ricorso contro la sentenza che definisce il giudizio, ben può la parte, anche dopo la pubblicazione di quella definitiva, optare per l'impugnazione della sola sentenza non definitiva, la cui eventuale cassazione comporta comunque la caducazione anche della sentenza definitiva quando le statuizioni di quest'ultima dipendono da quelle della prima.

Ancora, secondo **Sez. 5, n. 11513/2018, De Masi, Rv. 648365-01**, qualora una sentenza sia stata impugnata con due successivi ricorsi per cassazione, il primo dei quali non sia stato depositato dal ricorrente o lo sia stato tardivamente, è ammissibile la proposizione del secondo, anche quando contenga nuovi e diversi motivi di censura, purché la notificazione dello stesso abbia avuto luogo nel rispetto del termine breve decorrente dalla notificazione del primo, e l'improcedibilità di quest'ultimo non sia stata ancora dichiarata, non comportando la mera notificazione del primo ricorso la consumazione del potere d'impugnazione.

Sotto altro profilo, **Sez. 6-1, n. 01825/2018, Nazzicone, Rv. 647879-01**, ha ribadito che qualora la parte non adempia all'ordine di integrazione del contraddittorio emesso dalla S.C., il ricorso deve essere dichiarato inammissibile (nello stesso senso, **Sez. 1, n. 22783/2018, Genovese, Rv. 650587-01**).

Sempre sul tema, va segnalata **Sez. 2, n. 11287/2018, Falaschi, Rv. 648501-01**, secondo cui anche nel giudizio di legittimità, il rispetto del principio della ragionevole durata del processo impone, in presenza di un'evidente ragione d'inammissibilità del ricorso o qualora questo sia *prima facie* infondato, di definire con immediatezza il procedimento, senza la preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti dei litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti notificato, trattandosi di un'attività processuale del tutto ininfluenza sull'esito del giudizio e non essendovi, in concreto, esigenze di tutela del contraddittorio, delle garanzie di difesa e del diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità. Nello stesso senso, **Sez. 2, n. 12515/2018, Manna, Rv. 648755-01**.



Significativa, in tema di comunicazioni di cancelleria con modalità telematiche nel procedimento ex art. 380-bis c.p.c., è **Sez. 6-L, n. 12876/2018, Cavallaro, Rv. 648684-01**, secondo cui, la notificazione del decreto di fissazione dell'udienza camerale e della proposta del relatore è validamente effettuata all'indirizzo PEC del difensore di fiducia, quale risultante dal Reginde, indipendentemente dalla sua indicazione in atti, ai sensi dell'art. 16 sexies del d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., in l. n. 221 del 2012, non potendosi configurare un diritto a ricevere le notificazioni esclusivamente presso il domiciliatario indicato. Nello stesso senso, **Sez. 6-L, n. 25948/2018, Spena, Rv. 651000-01**, ha ribadito che il decreto di fissazione dell'udienza, ex art. 380-bis, comma 2, c.p.c., è ritualmente notificato all'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore risultante dal Reginde, ai sensi dell'art. 136, comma 2, c.p.c. e dell'art. 16, comma 4, del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. in l. n. 221 del 2012, a nulla rilevando l'eventuale diverso indirizzo PEC indicato negli atti difensivi.

Connessa alla superiore questione è quella affrontata da **Sez. 5, n. 07029/2018, Fuochi Tinarelli, Rv. 647554-01**, che ha affermato trattarsi di evento imputabile al destinatario il mancato buon esito della comunicazione telematica di un provvedimento giurisdizionale, dovuto alla saturazione della capienza della sua casella di posta elettronica del destinatario, in ragione dell'inadeguata gestione dello spazio per l'archiviazione e la ricezione di nuovi messaggi, sicché 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.

Relativamente allo *ius postulandi*, di grande rilevanza, per le ricadute pratiche che ne derivano, appare la recentissima **Sez. 5, n. 33639/2018, Fichera, Rv. 651915-01**. Detta pronuncia - nel solco di **Sez. 5, n. 15869/2018, Castorina, Rv. 649219-01**, nonché di **Sez. 5, n. 28741/2018, Stalla, Rv. 651604-01 e 651604-02** - premesso che l'estinzione *ope legis* delle società del c.d. "gruppo Equitalia" ai sensi dell'art. 1 del d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. in l. 1° dicembre 2016, n. 225, 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. La S.C. ha conseguentemente dichiarato, nel caso di specie e stante la mancanza di dette evidenze, la nullità della costituzione in giudizio del nuovo ente, mediante la memoria ex art. 380-bis.1 c.p.c., a firma dell'avvocato del libero foro precedentemente costituito, statuendo che, in detta ipotesi, conformemente all'art. 111 c.p.c., il processo prosegue tra le parti originarie.

Per quanto concerne la rinuncia al ricorso per cassazione, deve anzitutto segnalarsi **Sez. 6-5, n. 14782/2018, Manzon, Rv. 649019-01**, che ha ribadito il principio per cui, sebbene l'atto di rinuncia al ricorso per cassazione, in assenza dei requisiti di cui all'art. 390, ultimo comma, c.p.c. (notifica alle parti costituite o comunicazione agli avvocati delle stesse per l'apposizione del visto), non sia idoneo a determinare l'estinzione del processo, esso denota il definitivo venire meno di ogni interesse alla decisione e comporta, pertanto, l'inammissibilità del ricorso.

Sostanzialmente analoga appare la posizione affermata da **Sez. 6-3, n. 19907/2018, Scarano, Rv. 650288-01**, secondo cui la dichiarazione di rinuncia al ricorso per cassazione, non sottoscritta dalla parte di persona ma dal solo difensore, senza tuttavia che questi risulti munito di mandato speciale a rinunciare, mancando dei requisiti previsti dall'art. 390, comma 2, c.p.c., non produce l'effetto dell'estinzione del processo, ma, rivelando il sopravvenuto difetto di interesse del ricorrente a proseguire il giudizio, in specie quando la controparte non si sia neppure costituita, è idonea a determinare la declaratoria di cessazione della materia del contendere.

Infine, deve segnalarsi **Sez. 6-2, n. 32368/2018, Picaroni, Rv. 652064-01**, secondo cui, ove la parte che ha proposto ricorso per cassazione vi rinunci, nel rispetto dei termini e delle modalità previste dall'art. 390 c.p.c. (avuto riguardo al procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 380-bis c.p.c.), alla manifestazione di tale volontà abdicativa segue la declaratoria di estinzione, anche se sussista una causa di inammissibilità dell'impugnazione sulla base del rilievo assorbente che qualunque valutazione sul ricorso presuppone che esso sia in atto e che ciò è escluso dalla sua rinuncia.

Quanto alla memoria ex art. 378 c.p.c. ed a quella omologa di cui all'art. 380-bis c.p.c., occorre considerare **Sez. 6-3, n. 05355/2018, Scrima, Rv. 648236-01**, per la quale i vizi di genericità o indeterminatezza dei motivi del ricorso per cassazione non possono essere sanati da integrazioni, aggiunte o chiarimenti contenuti nella memoria di cui all'art. 378 c.p.c., la cui funzione è quella di illustrare e chiarire le ragioni giustificatrici dei motivi già debitamente enunciati nel ricorso e non già di integrare quelli originariamente inammissibili. Nello stesso senso, **Sez. 2, n. 30760/2018, Falaschi, Rv. 651598-01**, in relazione alla memoria di cui all'art. 380-bis, comma 2, c.p.c.

Sul tema della produzione documentale, **Sez. 2, n. 11683/2018, Criscuolo, Rv. 648334-01**, ha ritenuto ammissibile la produzione nel giudizio di legittimità di atti processuali facenti parte del fascicolo d'ufficio dei precedenti gradi di merito, non essendo invocabile la previsione di cui all'art. 372 c.p.c.

Ancora, **Sez. 6-5, n. 12344/2018, Carbone, Rv. 648517-01**, ha ritenuto l'ammissibilità del deposito di un documento, ai sensi dell'art. 372 c.p.c., munito di timbro postale attestante la data certa, ove lo stesso documento, ancorché privo di timbro postale, sia stato prodotto nei precedenti gradi del processo (fattispecie in cui la decisione impugnata aveva dichiarato inammissibile l'appello dell'Agenzia delle Entrate ritenendo insufficiente, ai fini della prova della tempestività del gravame, la produzione della distinta-elenco delle raccomandate predisposta dall'amministrazione, non munita del timbro postale).

Sotto altro profilo, **Sez. 6-5, n. 14426/2018, La Torre, Rv. 649204-01**, ha ribadito che la produzione di copia incompleta della sentenza impugnata è causa di improcedibilità del ricorso per cassazione ex art. 369 c.p.c. solo ove non consenta di dedurre con certezza l'oggetto della controversia e le ragioni poste a fondamento della pronuncia.

Ancora, **Sez. 1, n. 15580/2018, Vella, Rv. 649273-01**, 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. 2 febbraio 2006, n. 40- 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., senza che a tal fine, possa 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.

Sempre sul tema, secondo **Sez. L, n. 18464/2018, Bellé, Rv. 649870-01**, è ammissibile la produzione di documenti non prodotti in precedenza solo ove attengano alla nullità della sentenza impugnata o all'ammissibilità processuale del ricorso o del controricorso, ovvero al maturare di un successivo giudicato, mentre non è consentita la produzione di documenti nuovi relativi alla fondatezza nel merito della pretesa, per far valere i quali, se rinvenuti dopo la scadenza dei termini, la parte che ne assuma la decisività può esperire esclusivamente il rimedio della revocazione straordinaria ex art. 395, n. 3, c.p.c. Nello stesso senso, sostanzialmente, **Sez. 1, n. 28999/2018, Iofrida, Rv. 651476-01**.

Peraltro, **Sez. 6-5, n. 22095/2018, Solaini, Rv. 650066-01**, ha precisato che la nozione di nullità della sentenza che consente la produzione nel giudizio di legittimità di nuovi documenti, ex art 372 c.p.c., va interpretata in senso ampio, comprendendo nella stessa non solo le nullità derivanti dalla mancanza di requisiti formali della pronunzia, ma anche quelle correlate a vizi del procedimento che influiscono direttamente sulla decisione medesima: ne deriva che assumono rilievo anche le certificazioni "postume" rilasciate dalla cancelleria del giudice d'appello in ordine al rispetto degli adempimenti processuali.

Quanto ai poteri della Corte di cassazione, va anzitutto segnalata **Sez. 6-5, n. 05971/2018, Manzon, Rv. 647366-01**, che ha ribadito che qualora sia denunciato un *error in procedendo* per difetto dell'attività valutativa del giudice *a quo*, la Corte di cassazione deve decidere la questione, mediante l'accesso diretto agli atti processuali, dichiarando, se del caso, la nullità della sentenza impugnata.

In proposito, peraltro, **Sez. 2, n. 20716/2018, Falaschi, Rv. 650015-02**, ha precisato che, in caso di preteso *error in procedendo*, il sindacato del giudice di legittimità investe direttamente l'invalidità denunciata, mediante l'accesso diretto agli atti sui quali il ricorso è fondato, indipendentemente dalla sufficienza e logicità della motivazione adottata al riguardo dal giudice del merito, posto che, in tali casi, la Corte di cassazione è giudice anche del fatto.

In tema di ricorso avverso la sentenza che abbia deciso sull'impugnazione di lodo arbitrale, si segnala **Sez. 6-1, n. 02985/2018, Di Virgilio, Rv. 647336-01, nonché Rv. 647336-02**. Con il primo principio è stato affermato che il controllo della Suprema Corte non può mai consistere nella rivalutazione dei fatti,

neppure in via di verifica della adeguatezza e congruenza dell'iter argomentativo seguito dagli arbitri, sicchè è inammissibile il motivo del ricorso per cassazione, formulato avverso la sentenza della Corte territoriale ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5. c.p.c., con il quale il ricorrente riproponga questioni di fatto già oggetto della decisione arbitrale. Con il secondo principio, correlativamente, è stato statuito che la Corte di cassazione non può 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.

Sotto altro profilo, **Sez. 3, n. 11754/2018, Vincenti, Rv. 648794-04**, ha affermato che - per il suo carattere pubblicistico, e per il fatto che esso ha ad oggetto questioni assimilabili a quelle di diritto, anziché di fatto - anche nel giudizio di legittimità il giudicato esterno è, al pari del giudicato interno, rilevabile d'ufficio, non solo qualora emerga da atti comunque prodotti nel giudizio di merito, ma anche nel caso in cui si sia formato successivamente alla sentenza impugnata; in quest'ultima ipotesi la sua utile deducibilità non è impedita dalla deduzione nella fase di merito di un precedente giudicato esterno su cui sia intervenuta pronuncia, negatoria della rilevanza dello stesso giudicato, impugnata in sede di legittimità e, in caso di contrasto, il secondo giudicato prevale sul primo, sempre che la seconda sentenza non sia stata sottoposta a revocazione.

**Sez. 2, n. 12525/2018, Scarpa, Rv. 651377-01**, ha poi ritenuto la piena applicabilità al giudizio di cassazione della norma contenuta nell'art. 177 c.p.c., secondo la quale le ordinanze *lato sensu* istruttorie e quelle destinate a regolare lo svolgimento del processo possono essere modificate o revocate dal giudice che le ha emesse, salvo i casi previsti dal terzo comma della stessa norma, in virtù del principio secondo cui tali ordinanze non possono pregiudicare la decisione della causa (fattispecie in tema di revoca dell'ordinanza interlocutoria di rinvio della causa a nuovo ruolo).

Infine, va segnalata **Sez. 3, n. 17015/2018, Guizzi, Rv. 649511-03**, secondo cui la Corte di cassazione può ricondurre entro il paradigma dell'art. 2043 c.c. le condotte, astrattamente compatibili con la fattispecie di cui all'art. 2087 c.c., dedotte dal ricorrente a sostegno dell'azione risarcitoria, purché tale diverso inquadramento

abbia ad oggetto i fatti prospettati dalle parti, non potendo l'esercizio del potere di qualificazione giuridica comportare la modifica officiosa della domanda così come definita nelle fasi di merito (fattispecie concernente un giudizio, promosso dal pilota di un rimorchiatore per ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di un sinistro verificatosi durante la navigazione, in cui il giudice di merito aveva erroneamente attribuito alla sola condotta del danneggiato l'eziologia dell'evento dannoso).

In relazione alle formule decisorie adottabili dalla S.C., va anzitutto segnalata **Sez. U, n. 08980/2018, Frasca, Rv. 650327-01**, secondo cui nel caso in cui nel corso del giudizio di legittimità le parti definiscano la controversia con un accordo convenzionale, la Corte deve dichiarare cessata la materia del contendere, con conseguente venir meno dell'efficacia della sentenza impugnata, non essendo inquadrabile la situazione in una delle tipologie di decisione indicate dagli artt. 382, comma 3, 383 e 384 c.p.c. e non potendosi configurare un disinteresse sopravvenuto delle parti per la decisione sul ricorso e, quindi, una inammissibilità sopravvenuta dello stesso.

In linea col suddetto arresto, **Sez. 1, n. 26299/2018, Campese, Rv. 651303-01**, ha quindi ribadito che, una volta dichiarata cessata la materia del contendere e rimosse, con cassazione senza rinvio, le sentenze già emesse, prive di attualità, occorre provvedere con pronuncia finale sulle spese, secondo una valutazione di soccombenza virtuale.

Ancora, **Sez. 3, n. 16786/2018, Frasca, Rv. 649548-01**, nel solco di un risalente orientamento, ha ritenuto doversi cassare senza rinvio, in applicazione dell'art. 382, comma 3, c.p.c., la statuizione con cui il giudice liquida, in favore della parte vittoriosa in appello, le spese processuali del primo grado di giudizio, nel quale però la stessa era rimasta contumace. Ciò 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.

Significativa è **Sez. 6, n. 24083/2018, Frasca, Rv. 650607-01**, secondo cui 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.

Ancora, **Sez. 3, n. 26703/2018, Frasca, Rv. 651169-01**, in tema di opposizione agli atti esecutivi, ex art. 617 c.p.c., ha affermato che la tardività dell'opposizione stessa può essere rilevata d'ufficio senza necessità di stimolare il contraddittorio, atteso che l'art. 382, comma 3, c.p.c., nel disciplinare la statuizione conseguente a tale rilievo, non impone di sottoporre la questione alle parti in quanto costituisce norma speciale sia rispetto all'art. 101, comma 2, c.p.c., sia rispetto all'art. 384, comma 3, c.p.c., il quale si applica nella diversa ipotesi in cui la Corte di cassazione, dopo aver cassato la sentenza, pronuncia nel merito assumendo i poteri del giudice della sentenza cassata.

Relativamente al regime delle spese, si segnala in primo luogo **Sez. 5, n. 10198/2018, Nonno, Rv. 647968-01**, secondo cui ove il contribuente rinunci al ricorso durante il procedimento di legittimità – avvalendosi della definizione agevolata delle controversie tributarie ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.l. n. 193 del 2016 (conv., con modif., nella l. n. 225 del 2016) - non trova applicazione la regola generale di cui all'art. 391, comma 2, c.p.c., poiché la condanna alle spese del medesimo contrasterebbe con la "ratio" della definizione agevolata, dissuadendolo ad aderire alla stessa, mediante la previsione di oneri ulteriori rispetto a quelli contemplati dalla legge, sicché, anche se l'Amministrazione finanziaria non accetta la rinuncia, deve essere disposta la compensazione delle spese. Nello stesso senso, Sez. 6-L, n. 28311/2018, Cavallaro, Rv. 651733-01.

Avuto poi riguardo al regime di cui all'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della l. 24 dicembre 2012, n. 228, è significativa **Sez. 6-3, n. 08170/2018, Vincenti, Rv. 648699-01**, secondo cui l'obbligo di versamento, per il ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, sorgendo *ipso iure*, non può costituire un capo del provvedimento di definizione dell'impugnazione dotato di contenuto condannatorio né di contenuto declaratorio. Ne deriva che l'errore del giudice nel collegare il detto obbligo alla sostanziale integrale soccombenza nel

merito dell'impugnazione ed alla condanna alle spese, in luogo del pur sussistente fatto oggettivo del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa per l'impugnante, del gravame, non può condurre alla cassazione della sentenza impugnata, potendo solo consentire un'attestazione *ex lege* della non debenza del detto ulteriore contributo.

Sul tema, inoltre, **Sez. L, n. 12103/2018, Cinque, Rv. 648965-01**, ha affermato che il meccanismo sanzionatorio del cd. "doppio contributo unificato" ha la finalità di scoraggiare le impugnazioni dilatorie o pretestuose ed è applicabile laddove l'impugnazione si concluda con una pronuncia di rigetto integrale, di inammissibilità o di improcedibilità, con apprezzamento da svolgere in base all'esito complessivo dell'impugnazione e non ad una verifica atomistica e circoscritta delle singole doglianze.

Così, **Sez. 3, n. 13055/2018, Frasca, Rv. 649105-02**, ha evidenziato che, in proposito, il giudice deve unicamente attestare l'aver adottato una decisione di inammissibilità o improcedibilità o di "respingimento integrale" dell'impugnazione, anche incidentale, competendo in via esclusiva all'Amministrazione valutare se, nonostante l'attestato tenore della pronuncia, spetti in concreto la doppia contribuzione. Ne consegue che, qualora l'Amministrazione constati l'esenzione o la prenotazione a debito (come nel caso di patrocinio a spese dello Stato), le ulteriori deliberazioni rimangono di sua spettanza ed è contro di esse che potrà estrinsecarsi la reazione della parte, mediante i mezzi di tutela avverso l'eventuale illegittima pretesa di riscossione, senza che l'attestazione del giudice civile possa leggersi come di debenza della doppia contribuzione, non avendo essa tale oggetto. Per il caso di rinuncia al ricorso per adesione alla definizione agevolata in materia tributaria, **Sez. 6-5, n. 14782/2018, Manzon, Rv. 649019-02**, ha negato la sussistenza dei presupposti per condannare il contribuente al pagamento del cd. "doppio contributo unificato", ove il presupposto per la rinuncia e, quindi, la causa di inammissibilità del ricorso sia sopravvenuta rispetto alla proposizione del medesimo. Nello stesso senso, **Sez. 5, n. 31732/2018, Fasano, Rv. 651779-01**, nonché, in caso di rinuncia al ricorso in generale, **Sez. 6-1, n. 19071/2018, Genovese, Rv. 649792-01**.

Sotto altro profilo, **Sez. 6-5, n. 15111/2018, Napolitano, Rv. 649208-01**, ha affermato che la statuizione di condanna al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato ha natura amministrativa, poiché non attiene alla decisione sul diritto controverso, riguardando, invece, il rapporto del



contribuente con l'erario rispetto alle condizioni per l'accesso alla giustizia, con la conseguenza che la Corte di cassazione può valutarne la legittimità anche d'ufficio. Nello stesso senso, **Sez. 6-5, n. 20018/2018, Napolitano, Rv. 650106-02.**

Peraltro, secondo **Sez. 3, n. 26907/2018, Frasca, Rv. 651141-01**, la citata normativa non impone al giudice di dichiarare, oltre alla ricorrenza di un caso di infondatezza, inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, anche se la parte, in dipendenza di tale esito, sia in concreto tenuta al versamento del contributo, essendo tale accertamento rimesso all'amministrazione giudiziaria e, quindi, al funzionario di cancelleria.

Si ritiene poi, nella giurisprudenza della Corte, che il ricorrente non possa essere tenuto al versamento del doppio contributo ove sia stato ammesso al patrocinio a spese dello Stato, stante il meccanismo della prenotazione a debito. Tuttavia, qualora, ciononostante, una tale pronuncia sia stata adottata dal giudice d'appello, **Sez. 1, n. 27699/2018, Di Marzio M., Rv. 651121-01**, ha ribadito che il vizio può essere denunciato con autonomo ricorso per cassazione, giacché la possibile alternativa (ossia, la segnalazione dell'erronea declaratoria in sede di riscossione) si porrebbe in contrasto con l'art. 6 CEDU e con l'art. 47 della Carta Fondamentale dell'Unione Europea.

### **3. Il giudizio di rinvio.**

Numerose pronunce, infine, hanno riguardato il giudizio di rinvio, delle quali alcune meritano particolare considerazione.

Anzitutto, con riferimento al sindacato della Corte di cassazione rispetto alla sentenza adottata dal giudice del rinvio, **Sez. 6-5, n. 02652/2018, Conti, Rv. 647108-01**, ha affermato che qualora il ricorso sia fondato sulla deduzione della infedele esecuzione dei compiti affidatigli con la precedente pronuncia di annullamento, occorre distinguere a seconda che l'annullamento stesso sia avvenuto per violazione di norme di diritto ovvero per vizi della motivazione in ordine a punti decisivi della controversia. Infatti, nella prima ipotesi, il giudice del rinvio è tenuto soltanto ad uniformarsi al principio di diritto enunciato nella sentenza di cassazione, senza possibilità di modificare l'accertamento e la valutazione dei fatti, già acquisiti al processo, mentre, nel secondo caso, la sentenza rescindente - indicando i punti specifici di carenza o di contraddittorietà della motivazione - non limita il potere del giudice di rinvio all'esame dei soli punti indicati, da considerarsi

come isolati dal restante materiale probatorio, ma conserva al giudice stesso tutte le facoltà che gli competevano originariamente quale giudice di merito, relative ai poteri di indagine e di valutazione della prova, nell'ambito dello specifico capo della sentenza di annullamento. In quest'ultima ipotesi, poi, il giudice di rinvio, nel rinnovare il giudizio, è tenuto a giustificare il proprio convincimento secondo lo schema esplicitamente od implicitamente enunciato nella sentenza di annullamento, in sede di esame della coerenza del discorso giustificativo, evitando di fondare la decisione sugli stessi elementi del provvedimento annullato, ritenuti illogici, e con necessità, a seconda dei casi, di eliminare le contraddizioni e sopperire ai difetti argomentativi riscontrati.

Sulla medesima questione, **Sez. 1, n. 03955/2018, Marulli, Rv. 647417-01**, ha poi affermato che, ove sia in discussione, in rapporto al *petitum* concretamente individuato dal giudice di rinvio, la portata del *decisum* della sentenza di legittimità, la Corte di cassazione, nel verificare se il giudice di rinvio si sia uniformato al principio di diritto da essa enunciato, deve interpretare la propria sentenza in relazione alla questione decisa e al contenuto della domanda proposta in giudizio dalla parte, con la quale la pronuncia rescindente non può porsi in contrasto.

Peraltro, secondo **Sez. 5, n. 19594/2018, Condello, Rv. 649824-01**, nell'ipotesi di annullamento con rinvio per violazione di norme di diritto, la pronuncia della Corte di cassazione vincola al principio affermato ed ai relativi presupposti in fatto, sicché il giudice di rinvio deve uniformarsi non solo alla regola giuridica enunciata, ma anche alle premesse logico-giuridiche della decisione adottata, attenendosi agli accertamenti già compresi nell'ambito di tale enunciazione. Nello stesso senso, **Sez. 3, n. 20887/2018, Rubino, Rv. 650434-01**.

Sempre sul tema, deve poi segnalarsi **Sez. 2, n. 22989/2018, Sabato, Rv. 650379-01**, che ha ribadito che, quando la cassazione avvenga sia per vizi di violazione di legge che per vizi di motivazione, essa non incide sul potere del giudice di rinvio non solo di riesaminare i fatti, oggetto di discussione nelle precedenti fasi, non presupposti dal principio di diritto, ma anche, nei limiti in cui non si siano già verificate preclusioni processuali o decadenze, di accertarne di nuovi da apprezzare in concorso con quelli già oggetto di prova.

Riaffermata la struttura “chiusa” del giudizio di rinvio, ossia della cristallizzazione della posizione delle parti nei termini in cui era rimasta definita nelle precedenti fasi processuali fino al giudizio

di cassazione e più precisamente fino all'ultimo momento utile nel quale detta posizione poteva subire eventuali specificazioni, **Sez. L, n. 11411/2018, Cinque, Rv. 648820-01**, ha ribadito che il giudice di rinvio può prendere in considerazione fatti nuovi incidenti sulla posizione delle parti, senza violare il divieto di esame di punti non prospettati o prospettabili dalle parti fino a quel momento, soltanto a condizione che si tratti di fatti dei quali, per essere avvenuta la loro verifica dopo quel momento, non era stata possibile l'allegazione, a meno che la nuova attività assertiva ed istruttoria non sia giustificata proprio dalle statuizioni della Corte di cassazione in sede di rinvio. Ne consegue che, allorché il giudice del rinvio sia chiamato a prendere in considerazione un fatto che si assuma integrare da una parte una pretesa cessazione della materia del contendere, intanto può esaminarlo in quanto si sia verificato successivamente all'udienza di discussione in cassazione, posto che, ove esso si fosse verificato prima, l'udienza stessa sarebbe stata il momento ultimo entro il quale sarebbe dovuta avvenire l'allegazione, restando, in questo caso, il fatto in questione non esaminabile, unitamente agli eventuali documenti con i quali si voglia farlo constare.

Sempre in considerazione della natura "chiusa" del giudizio di rinvio, secondo **Sez. L, n. 19436/2018, Amendola F., Rv. 649971-01**, la parte soccombente non può dolersi dell'omesso rilievo officioso di una questione di diritto nuova, che tenda a porre nel nulla o a limitare gli effetti intangibili della sentenza di cassazione e l'operatività del principio di diritto in essa enunciato.

Nello stesso senso, **Sez. 6-5, n. 26108/2018, La Torre, Rv. 651434-01**, ha ribadito che nel giudizio di rinvio è preclusa l'acquisizione di nuove prove, e segnatamente la produzione di nuovi documenti, anche se consistenti in una perizia d'ufficio disposta in altro giudizio, salvo che la loro produzione non sia giustificata da fatti sopravvenuti riguardanti la controversia in decisione, da esigenze istruttorie derivanti dalla sentenza di annullamento della Corte di cassazione o dall'impossibilità di produrli in precedenza per causa di forza maggiore.

Infine, sul tema della struttura "chiusa" del giudizio di rinvio e del relativo materiale istruttorio, deve segnalarsi **Sez. 5, n. 27823/2018, D'Orazio, Rv. 651407-01**, secondo cui restano salve le eccezioni previste dall'art. 394 c.p.c., e l'ipotesi nella quale la sentenza sia stata cassata per un vizio di violazione o falsa applicazione di legge, che reimposti, secondo un diverso angolo visuale, i termini giuridici della controversia, così da richiedere

l'accertamento dei fatti, intesi in senso storico o normativo, non trattati dalle parti e non esaminati dal giudice di merito, perché ritenuti erroneamente privi di rilievo.

Sotto altro profilo, **Sez. 6-2, n. 11614/2018, Lombardo, Rv. 648233-01**, ha ribadito che la designazione del giudice di rinvio, operata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 383 c.p.c., attribuisce a detto giudice una competenza funzionale *ratione materiae*, che non può essere modificata dal giudice di rinvio.

Significativa è **Sez. 6-3, n. 14302/2018, Tatangelo, Rv. 649339-01**, secondo cui in caso di rinvio al giudice di primo grado, ex art. 383 c.p.c., qualora il giudice ometta di definire la fase rescissoria e si pronunci invece su una nuova domanda, irrualmente proposta dal ricorrente in seno allo stesso giudizio, tale fase va intesa non come impropria prosecuzione del giudizio di rinvio, ma quale giudizio iniziato *ex novo*, sicché le parti sono reintegrate nella pienezza di tutti i poteri processuali propri del giudizio di primo grado e il giudice può riesaminare liberamente la controversia, senza i vincoli di statuizioni pregresse (fattispecie in cui, a seguito della cassazione con rinvio di una sentenza nella quale il giudice di pace si era pronunciato unicamente su un motivo di opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c., e non sui motivi di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., pure contestualmente proposti, il giudice del rinvio aveva invece deciso esclusivamente un motivo di opposizione all'esecuzione. La S.C., ritenendo che tale fase integrasse un nuovo giudizio di primo grado, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione avverso la relativa sentenza, da ritenersi impugnabile con l'appello).

Sempre **Sez. 6-3, n. 13532/2018, Rossetti, Rv. 648921-01**, richiamando un risalente orientamento, ha ribadito che la pronuncia di assorbimento non può giustificarsi rispetto ad uno o più motivi del ricorso, nonostante legati da un rapporto di interdipendenza con gli altri, ogni qual volta le ragioni per le quali è accolto uno dei motivi non siano tali da escludere che nel giudizio di rinvio possano ripresentarsi le questioni già sollevate con gli altri motivi, venendo in tal caso a mancare l'estremo della superfluità dell'esame della questione, che caratterizza la pronuncia di assorbimento.

Resta fermo il principio, riaffermato da **Sez. 3, n. 30184/2018, Scoditti, Rv. 651851-01**, per cui il giudice del rinvio è obbligato a pronunciare sulle questioni dichiarate assorbite dalla sentenza di cassazione soltanto se esse siano state espressamente riproposte davanti a lui, restando altrimenti coperte dal giudicato.

Riguardo alla pronuncia di restituzione della somma che una parte abbia corrisposto in forza di una sentenza poi cassata, ex art. 389 c.p.c., **Sez. 2, n. 17374/2018, Tedesco, Rv. 649347-02**, ha ribadito che detta pronuncia può essere omessa dal giudice di rinvio quando questi, con la decisione che definisce il relativo giudizio, ponga nuovamente in essere il titolo giustificativo del pagamento, condannando la medesima parte a versare un importo pari o superiore.

Sempre sul tema, **Sez. L, n. 21969/2018, Cinque, Rv. 650529-01**, ha riaffermato il principio secondo cui la domanda di restituzione delle somme pagate in esecuzione della sentenza di appello cassata non costituisce domanda nuova, in quanto la ripetizione - che non è inquadrabile nell'istituto della *condictio indebiti* - è diretta alla restaurazione della situazione patrimoniale precedente alla sentenza che, nel caducare il titolo del pagamento rendendolo indebito sin dall'origine, determina il sorgere dell'obbligazione e della pretesa restitutoria che non poteva essere esercitata se non a seguito e per effetto della sentenza rescindente.

Ancora, secondo **Sez. 6-1, n. 25355/2018, Campanile, Rv. 651351-01**, le domande di restituzione o di riduzione in pristino di cui all'art. 389 c.p.c. possono essere proposte al giudice designato dalla S.C. ai sensi dell'art. 383 c.p.c. anche in via autonoma rispetto a quelle oggetto del giudizio di rinvio.

Interessante è **Sez. 3, n. 20790/2018, Iannello, Rv. 650411-01**, secondo cui il giudice del rinvio può rilevare, d'ufficio o su eccezione di parte, l'esistenza di un giudicato esterno formatosi in data antecedente alla sentenza di cassazione, qualora quest'ultima abbia annullato la sentenza impugnata per vizi di motivazione e non contenga alcuna, neppure implicita, pronuncia sulla questione del giudicato, atteso che in tal caso egli conserva tutte le facoltà relative ai poteri di indagine e di valutazione della prova che gli competevano originariamente quale giudice del merito, salvo l'obbligo di eliminare le contraddizioni o sopperire ai difetti argomentativi riscontrati, e dunque può nuovamente prendere in considerazione l'intero materiale probatorio, formando il proprio libero convincimento anche sulla base di elementi trascurati dal primo giudice, ivi compreso il giudicato esterno.

Qualora, nel corso del giudizio di rinvio, venga disposta la cancellazione della causa dal ruolo e la causa non venga tempestivamente riassunta, secondo **Sez. 2, n. 21469/2018, Besso Marcheis, Rv. 650311-01**, si determina l'estinzione dell'intero processo, ma ciò non preclude la riproposizione della domanda. In

tal caso, la precedente statuizione della Corte di cassazione è ancora vincolante, ma, poiché la decisione di annullamento ha effetto soltanto sulle parti della decisione di merito in relazione alle quali essa è operante, e cioè soltanto sulle parti cassate, i capi di pronuncia non cassati non sono travolti dall'estinzione e acquistano autorità di giudicato. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che la decisione del giudice di appello, che aveva dichiarato la rescissione del contratto preliminare, non essendo stata cassata nel giudizio di legittimità, era passata in giudicato a seguito dell'estinzione del giudizio di rinvio, cosicché la riproposizione della domanda volta ad ottenere la riduzione ad equità del contratto, non poteva essere accolta).

Tuttavia, **Sez. 3, n. 30994/2018, Gianniti, Rv. 651865-01**, ha precisato che l'estinzione del processo per tardiva riassunzione - in base all'art. 307, comma 4, c.p.c., nella formulazione anteriore alla riforma introdotta dall'art. 46 della l. 18 giugno 2009, n. 69, applicabile *ratione temporis* - non può essere rilevata d'ufficio, ma solo a seguito di eccezione di parte da formularsi "prima di ogni altra sua difesa", dovendosi intendere quest'ultima espressione non come equivalente a quella di "prima udienza" ma nel senso, corrispondente alla lettera della norma oltre che alla sua *ratio*, che l'eccezione di estinzione del processo deve precedere ogni diversa difesa, quale che sia il momento nel quale le difese vengono formulate.

Quanto al termine trimestrale per la riassunzione, **Sez. 1, n. 29204/2018, Pazzi, Rv. 651478-01**, ha affermato che il *dies a quo*, ex art. 392 c.p.c., decorre, sia che la Corte di cassazione decida con sentenza che con ordinanza, dal deposito in cancelleria del provvedimento, non potendosi attribuire alcun rilievo al tenore letterale dell'art. 392 c.p.c., in quanto non coordinato con le modifiche successivamente apportate all'art. 375 c.p.c. - che ha previsto i casi in cui la Corte di cassazione può decidere con ordinanza in camera di consiglio - in ragione della natura pienamente decisoria che caratterizza entrambi i provvedimenti, che si distinguono solo per essere assunti all'esito di diverse modalità di sviluppo dell'iter di decisione del ricorso.

Ancora, per l'ipotesi di rinvio c.d. improprio o restitutorio alla corte d'appello - che si verifica quando la sentenza impugnata, senza entrare nel merito, si sia limitata ad una pronuncia meramente processuale - secondo **Sez. 1, n. 23314/2018, Di Marzio M., Rv. 650758-01**, la corte territoriale, diversamente da quanto accade nel caso di rinvio cd. prosecutorio, conserva tutti i poteri connaturati

alla funzione di giudice dell'impugnazione avverso la sentenza del tribunale, e deve pertanto esaminare tutte le questioni ritualmente proposte che non incidano sul suo obbligo di conformarsi al principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte.

**Sez. 2, n. 26521/2018, Dongiacomo, Rv. 650842-01**, riaffermata la vincolatività del principio di diritto enunciato dalla S.C. ex art. 384 c.p.c. sia per il giudice del rinvio che per la stessa Corte di cassazione nuovamente investita del ricorso avverso la sentenza pronunciata in sede di rinvio, ha dato continuità all'orientamento secondo cui essa presuppone l'omogeneità delle situazioni devolute al giudizio di legittimità e non opera con riguardo ad un *thema decidendum* non affrontato in occasione del primo giudizio rescindente o quando sopravvenga un fatto, estintivo o modificativo del diritto fatto valere, afferente a un profilo non affrontato in precedenza dai giudici di merito ed esulante dal *decisum* del giudizio rescindente.

Infine, sempre sul tema, **Sez. 2, n. 27343/2018, Grasso Giu., Rv. 651022-01**, ha ribadito che i limiti e l'oggetto del giudizio di rinvio sono fissati esclusivamente dalla sentenza di cassazione, la quale non può essere sindacata o elusa dal giudice di rinvio, neppure in caso di violazione di norme di diritto sostanziale o processuale o per errore del principio di diritto affermato, la cui giuridica correttezza non è sindacabile dal giudice del rinvio neanche alla stregua di successivi arresti giurisprudenziali della Corte di legittimità.

## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **L'EVOLUZIONE DEL SINDACATO SULLA MOTIVAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE**

(DI ANTONIO SCARPA)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il difetto di motivazione in senso formale – 3. La nozione di “fatto” ex art. 360, n. 5, c.p.c. – 4. L'omesso esame degli elementi istruttori - 5. Il fatto noto da cui è desunto quello ignoto - 6. Il fatto «decisivo» - 7. Il fatto «oggetto di discussione tra le parti» - 8. L'errore sul fatto «non oggetto di discussione tra le parti» - 9. Il «doppio conforme omesso esame circa un fatto».

#### **1. Premessa.**

La lettura della pratica applicativa del nuovo art. 360, n. 5, c.p.c., introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, sia pur limitata alle pronunce dell'ultimo anno, smentisce categoricamente il timore che la Suprema Corte abbia, col concorso del legislatore del 2012, cancellato la rilevanza del vizio di motivazione quale oggetto del sindacato di legittimità, il che avrebbe messo a dura prova altresì la tenuta del precetto di cui all'art. 111, comma 6, Cost.

Senza contrastare la traccia indicata da Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629831-01 e Rv. 629830 - 01, i provvedimenti che verranno di seguito richiamati rassicurano che la Corte di Cassazione non si sia rassegnata a svolgere una verifica burocratica dell'assolvimento solo formale dell'obbligo di motivazione, spingendo ancora il proprio controllo, piuttosto, fino al riscontro che la decisione sia altresì apparentemente “giusta”, ovvero razionalmente giustificata ed intimamente coerente, beninteso sempre nell'ambito della specifica parte di sentenza impugnata e della specifica questione sollevata con il motivo di censura.

L'area del sindacato di legittimità sui «fatti», sebbene talvolta costretto ad avventurarsi nell'irto sentiero della violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., rimane, dunque, sensibile al profilo della logicità e della plausibilità del giudizio finale. Anche la dichiarata riluttanza a valorizzare le risultanze del singolo elemento istruttorio, negletto dal giudice di merito, vacilla quando emerge che il «fatto», per quanto esaminato nella sentenza impugnata, sia



stato, in realtà, oggetto di più prove, meritevoli di una valutazione combinata.

Resta l'ostacolo selettivo della necessaria "decisività" del fatto non esaminato, ove intesa come connotazione di prognosi certa di un diverso esito della controversia, atteso che la percorribilità di una diversa ricostruzione inferenziale della *quaestio facti* non appartiene per definizione alla cognizione propria del giudice di legittimità.

Sebbene apparentemente confinato, così, il rilievo del «fatto» nel giudizio di cassazione ad un mezzo di censura che suppone un'omessa valutazione, per di più determinante, la Suprema Corte non rifiuta, dunque, di controllare la giustificazione "esterna" della decisione impugnata davanti ad essa, e cioè la razionalità degli enunciati descrittivi del giudice di merito sull'esistenza o inesistenza dei fatti di causa, senza accontentarsi della mera correttezza della forma grammaticale della motivazione esposta.

## 2. Il difetto di motivazione in senso formale.

Per Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629830 - 01, rimane comunque oggetto dichiarato del sindacato di legittimità la mancanza di motivazione in senso formale (*i.e.* della motivazione intesa come «contenitore documentale»), mancanza evidentemente percepibile dalla lettura del solo testo della sentenza impugnata, senza necessità di alcun raffronto con le risultanze processuali. Le decisioni della Suprema Corte di seguito evidenziate hanno dato, allora, «sostanza» a tale controllo dichiaratamente solo formale della motivazione, attuando, nei fatti, tuttora una verifica di intima coerenza della decisione di merito, e cioè di connessione tra le parti di cui essa si compone.

Per **Sez. L, n. 27112/2018, Ponterio, Rv. 651205-01**, è, così, nulla, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., per violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., la motivazione solo apparente, che non costituisce espressione di un autonomo processo deliberativo, quale la sentenza di appello motivata *per relationem* alla sentenza di primo grado, attraverso una generica condivisione della ricostruzione in fatto e delle argomentazioni svolte dal primo giudice, senza alcun esame critico delle stesse in base ai motivi di gravame.

Analogamente, afferma **Sez. 6 - 3, n. 22598/2018, D'Arrigo, Rv. 650880-01**, l'obbligo di motivazione previsto in via generale dall'art. 111, comma 6, Cost. e dall'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., è violato qualora la stessa motivazione sia totalmente mancante o meramente apparente, ovvero essa risulti del tutto inidonea ad assolvere alla funzione specifica di esplicitare le ragioni della decisione, dando luogo

ad una nullità processuale deducibile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

Anche **Sez. 5, n. 01702/2018, Balsamo**, non massimata, assume che la causa di nullità della sentenza per difetto del requisito essenziale costituito dalla motivazione si riscontra non soltanto in caso di totale assenza “materiale” o “fisica” della motivazione, ma anche allorquando quest'ultima si riveli apparente, perché apodittica e priva dell'indicazione di qualsivoglia reale vaglio critico in grado di chiarire e sostenere - in fatto ed in diritto - la decisione assunta, al punto da precludere l'individuazione dell'esatta ragione accolta dal giudice e, al contempo, l'esercizio di qualsivoglia controllo sulla sua correttezza in rapporto alla fattispecie dedotta in giudizio.

**Sez. 2, n. 00077/2018, Scarpa, Rv. 646663-01**, ravvisa la motivazione apparente, o comunque obiettivamente incomprensibile, della sentenza impugnata, in quanto essa aveva respinto l'impugnazione principale e parzialmente accolto l'appello incidentale senza rendere percepibile il fondamento della decisione, precludendo al ricorrente la possibilità di assolvere l'onere probatorio su di esso gravante e ricorrendo ad argomentazioni inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento.

La motivazione è, invece, intrinsecamente contraddittoria quando è strutturata su proposizioni successive che affermano che una stessa circostanza sia e non sia, ovvero su fatti reciprocamente escludentisi.

Il controllo di non contraddittorietà attiene, quindi, alla plausibilità del giudizio finale, ovvero proprio a quell'intima coerenza argomentativa della decisione che, cacciata dalla porta, rientra dalla finestra.

Si è deciso che integri, pertanto, una motivazione insanabilmente contraddittoria quella che dapprima afferma la sussistenza di un presupposto per l'applicazione di una norma e poi ne nega, senza dar spiegazioni, la conseguente applicazione (**Sez. 6-3, n. 4367/2018, n. 04367, De Stefano, Rv. 648037 - 01**); come quella che denoti un irriducibile contrasto con quanto statuito in dispositivo (**Sez. 2, n. 12527/2018, Scarpa, non massimata**).

### **3.La nozione di “fatto” ex art. 360, n. 5, c.p.c.**

Già a seguito della sostituzione dell'art. 360 c.p.c. operata dal d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, oggetto del vizio di cui al n. 5, non è più un «punto decisivo della controversia», ma un «fatto decisivo per il giudizio».

Costituisce, allora, un “fatto”, agli effetti dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., non una “questione” o un “punto”, ma

un vero e proprio “fatto”, in senso storico e normativo, e, cioè, un preciso accadimento ovvero una precisa circostanza, da intendersi in senso storico-naturalistico, e però tanto un fatto principale, ex art. 2697 c.c. (cioè un “fatto” costitutivo, modificativo impeditivo o estintivo), quanto un fatto secondario (cioè un fatto dedotto ed affermato dalle parti in funzione di prova di un fatto principale).

Non costituiscono, viceversa, “fatti”, il cui omesso esame possa cagionare il vizio ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.:

le argomentazioni o deduzioni difensive (**Sez. 1, n. 26305/2018, Valitutti, Rv. 651305-01**);

le questioni interpretative (**Sez. 2, n. 20718/2018, Falaschi, Rv. 650016-02**);

gli elementi istruttori in quanto tali, quando il fatto storico da essi rappresentato sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché questi non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti (**Sez. 2, n. 27415/2018. Scarpa, Rv. 651028-01**);

le domande o le eccezioni formulate nella causa di merito, ovvero i motivi di appello, i quali costituiscono i fatti costitutivi della “domanda” in sede di gravame (**Sez. 2, n. 01539/2018, Orilia, Rv. 647081 - 01**).

In sostanza, traendo spunto da quest’ultima pronuncia, sembra chiaro in giurisprudenza che se la censura è volta a denunciare l’omissione di un fatto da sé solo interamente integrativo di una domanda o di un’eccezione sollevata dal ricorrente, oppure il mancato esame di un fatto, esclusivamente processuale, quale uno specifico motivo di appello, il vizio deve essere prospettato come omessa pronuncia, e deve contenere un chiaro riferimento alla nullità della decisione derivante dalla relativa omissione. Se, invece, il fatto ignorato è elemento di una più ampia difesa della parte svolta nel contesto di una domanda o di una eccezione pur decise dal giudice, viene in rilievo il vizio ex art. 360 n. 5 c.p.c. Quando l’omesso esame del fatto costitutivo, impeditivo, modificativo ed estintivo integra già altro vizio del catalogo di cui all’art. 360, comma 1, c.p.c., non può darsi il ricorso al n. 5 di esso, il quale va ristretto ai casi in cui occorre un diverso sindacato di legittimità.

#### **4. L’omesso esame degli elementi istruttori.**

Seguendo l’insegnamento di Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629831-01, **Sez. 2, n. 27415/2018. Scarpa, Rv. 651028-01**, ha dunque ribadito che il mancato esame di un mezzo di prova (documento, testimonianza, ecc.) può essere denunciato per cassazione solo nel caso in cui abbia determinato l’omesso esame circa un fatto storico decisivo

della controversia e, segnatamente, quando la prova non esaminata offra la dimostrazione di una circostanza di tale portata da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di fondamento. Perciò la censura deve contenere, a pena di inammissibilità, ex art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c., l'indicazione delle ragioni per le quali il documento o la deposizione trascurati avrebbero senza dubbio dato luogo a una decisione diversa.

Ne consegue, in modo vieppiù radicale, che l'omessa pronuncia su un'istanza istruttoria, giammai reputata prospettabile come violazione dell'art. 112 c.p.c. (configurandosi questa come riferibile unicamente a domande attinenti al merito), e però un tempo ritenuta almeno denunciabile sotto il profilo del vizio di motivazione, rischia di rimanere sprovvista di rilievo in sede di controllo di legittimità per difetto di decisività, ove il fatto che la prova richiesta intendeva dimostrare sia stato comunque già oggetto di altre risultanze processuali valutate dal giudice (si veda da ultimo **Sez. 2 , n. 27415/2018, Scarpa, Rv. 651028 -02**). Il filtro preliminare di decisività della deduzione istruttoria del tutto ignorata onera, così, il ricorrente di prospettare anche gli argomenti per i quali la mancata ammissione della prova abbia sottratto per intero l'emersione di un «fatto» all'interno del giudizio, il che significa, nella sostanza, subordinare il controllo di legittimità sulla (mancata) attività del giudice di merito ad una prognosi di fondatezza nella sostanza della domanda o eccezione elusa, ovvero ad un vaglio sull'ingiustizia di fondo della sentenza impugnata, implicante, per di più, il riesame, da parte della Corte di Cassazione, di tutto il materiale istruttorio acquisito alla causa.

Si fanno allora strada, anche su questo aspetto, interpretazioni giurisprudenziali meno restrittive: pure l'esame incompleto, incoerente o illogico di un mezzo di prova finisce talvolta per equivalere all'omesso esame del fatto che quella prova dovrebbe dimostrare.

Se, d'altro canto, è corretto sottrarre alla censurabilità per cassazione, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., la valutazione di inferenza probatoria del giudice di merito, l'omesso o incompleto esame di una prova difficilmente non equivale all'omesso controllo dell'esistenza di un fatto che rileva per la pronuncia giudiziale. Tuttavia, un «fatto» non può reputarsi insindacabilmente esaminato dal giudice di merito sol perché egli abbia valutato una delle tante risultanze probatorie che di quel fatto dimostrano l'esistenza o l'inesistenza. Se un medesimo fatto è oggetto di più prove, il

giudizio su quel fatto non è che l'esito di una valutazione combinata che includa tutte le prove che lo riguardano. Tale valutazione va operata considerando e comparando le diverse possibili versioni del fatto, per poi stabilire quale tra queste versioni risulti logicamente confermata da un grado più elevato di attendibilità.

Ed allora, per **Sez. 3, n. 16812/2018, Gianniti, Rv. 649421-01**, anche il mancato esame di un documento può essere denunciato per cassazione quando tale documento offra la prova di circostanze di tale portata da invalidare, con un giudizio di certezza, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito.

Secondo, invece, **Sez. 3, n. 13770/2018, Di Florio, Rv. 649151-01**, nonché **Sez. 3, n. 13399/2018, Fieconi, Rv. 649039-01**, altresì il mancato esame delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio integra un vizio della sentenza che può essere fatto valere, nel giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. Non può, viceversa, essere dedotto, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., il vizio di omesso esame di un fatto decisivo della controversia per la mancata considerazione di una perizia stragiudiziale, in quanto la stessa costituisce un mero argomento di prova (**Sez. 6 - 5, n. 8621/2018, Napolitano, Rv. 647730-01**).

Per **Sez. 6 - 5, n. 28174/2018, Napolitano, Rv. 651118-01**, inoltre, il travisamento della prova, e cioè la verifica che un'informazione probatoria utilizzata in sentenza sia contraddetta da uno specifico atto processuale, esclude che possa vertersi in ipotesi di cosiddetta «doppia conforme» quanto all'accertamento dei fatti, preclusiva del ricorso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., giusta l'art. 348 ter, ultimo comma, c.p.c.

## 5. Il fatto noto da cui è desunto quello ignoto.

Sez. U, n. 08053/2014, Botta, cit., chiariva che la riforma del 2012 non ha sottratto al controllo di legittimità le questioni relative al «valore» ed alla «operatività» delle presunzioni, seppure il controllo sulla sussistenza degli estremi cui l'art. 2729, comma 1, c.c., dovrebbe avvenire nelle forme del sindacato per violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. Ciò anche quando il giudice abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma.

Avverte, invece, **Sez. 3, n. 17720/2018, Frasca, Rv. 649663-01**, che la denuncia della mancata applicazione di un ragionamento presuntivo, ove il giudice di merito non abbia motivato alcunché al riguardo, non è deducibile come vizio

di violazione di norma di diritto, bensì solo ai sensi e nei limiti dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., cioè proprio come omesso esame di un fatto secondario, dedotto come giustificativo dell'inferenza di un fatto ignoto principale.

## 6. Il fatto «decisivo».

Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629831-01, precisava come il nuovo testo dell'art. 360 n. 5 c.p.c. imponga che il fatto abbia carattere “decisivo”, «vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia».

Essendo tale decisività correlata all'interesse all'impugnazione, essa si addice perciò a quel fatto che, se esaminato, avrebbe condotto il giudice ad una decisione favorevole al ricorrente, rimasto soccombente nel giudizio di merito.

Poiché l'attributo si riferisce al “fatto” in sé (e non al vizio, come si opinava nella vigenza della formulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., introdotta nel 1950), la “decisività” asserisce al nesso di causalità tra la circostanza non esaminata e la decisione: essa deve, cioè, apparire tale che, se presa in considerazione, avrebbe portato con certezza il giudice del merito ad una diversa ricostruzione della fattispecie (non bastando, invece, la prognosi che il fatto non esaminato avrebbe reso soltanto possibile o probabile una ricostruzione diversa) (**Sez. 2, n. 21223/2018, Oricchio, Rv. 650030-01**, in fattispecie che, al contrario di quanto riportato nel principio massimato, risultava soggetta proprio al nuovo art. 360, n. 5, c.p.c., introdotto del d.l. n. 83 del 2012).

La Corte di Cassazione viene, però, così investita del compito di ricontrollare l'intero giudizio di fatto, al fine di verificare se, includendovi l'esame del dato non esaminato dal giudice del merito, il risultato della decisione cambi.

## 7. Il fatto «oggetto di discussione tra le parti».

Il fatto, di cui sia stato omesso l'esame, ai fini dell'art. 360, n. 5, c.p.c., deve essere stato altresì «oggetto di discussione fra le parti». A tal fine, Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629831-01, aveva altresì spiegato che il ricorrente deve indicare, alla stregua degli artt. 366, comma 1, n. 6, e 369, comma 2, n. 4, c.p.c. – il fatto storico, il cui esame sia stato omesso, il dato, testuale (emergente dalla sentenza) o extratestuale (emergente dagli atti processuali), da cui ne risulti l'esistenza, il come e il quando (nel quadro

processuale) tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti.

Un fatto storico che non sia stato oggetto di discussione tra le parti esso non può, pertanto, mai essere oggetto di denuncia per «omesso esame» ai fini dell'art. 360 n. 5 c.p.c. Se, dunque, il giudice afferma in sentenza che un fatto è esistente o provato, perché pacifico o non contestato, ovvero che un fatto è inesistente o non provato, giacché è pacifico il fatto ad esso contrario o non è stato dimostrato dai mezzi istruttori assunti, in ogni caso si evince che il fatto è stato così oggetto di esame, e, ove voglia censurarsi tale punto della decisione, si rimane sempre al di fuori del vizio ex art. 360 n. 5 c.p.c., potendosi configurare o una violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., o una violazione degli artt. 115, comma 1, 167, comma 1, c.p.c. e 2697 c.c. (**Sez. 2, n. 26274/2018, Scarpa, Rv. 650840 - 02**).

## **8. L'errore sul fatto «non oggetto di discussione tra le parti».**

Se «la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa», oppure «è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita», e tale fatto non aveva costituito un punto controverso fra le parti, si configura il vizio revocatorio ex art. 395, n. 4, c.p.c.

Per aversi revocazione, è comunque necessario che l'errore di fatto riveli un carattere commissivo, consistendo in una fallace valutazione espressa di esistenza o di inesistenza del fatto, e non in una mera negligenza dello stesso: la semplice circostanza che un certo fatto non sia stato esaminato dal giudice non implica, infatti, che l'esistenza di quel fatto sia stata espressamente negata (cfr. **Sez. 2, n. 23014/2018, Scarpa**).

## **9. Il «doppio conforme omesso esame circa un fatto».**

Se il ricorrente assume che il giudice di primo grado abbia omesso l'esame circa un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti, ed il giudice di secondo grado abbia, non di meno, confermato la prima decisione per le stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto poste a base della sentenza impugnata, ovvero abbia pronunciato l'ordinanza di inammissibilità dell'appello a norma dell'art. 348-*bis* c.p.c., semmai incorrendo nel medesimo omesso esame di quel dato materiale, i commi, rispettivamente, 4 e 5

dell'art. 348-*ter* c.p.c. impediscono comunque la proposizione del ricorso per cassazione (rispettivamente avverso il provvedimento di primo grado o la sentenza d'appello) per il motivo di cui al n. 5 del comma 1 dell'art. 360 c.p.c. (cfr. **Sez. U, n. 22430/2018, Cosentino, Rv. 650458-01**, relativa alla denuncia di travisamento delle risultanze peritali inerenti alla eccessività di un carico di acqua causa di danneggiamento).

Ciò fa paventare il rischio che, ove i giudici di entrambi i gradi del giudizio di merito omettano di esaminare un medesimo fatto decisivo e controverso, l'ordinamento non dia alcun rimedio.

Allorché, peraltro, il soccombente al primo grado abbia proposto uno specifico motivo di appello al riguardo dell'omesso esame di fatto imputabile alla sentenza di primo grado, può essere ravvisabile l'omessa pronuncia, da far valere in sede di legittimità mediante deduzione del relativo *error in procedendo*, contro la sentenza d'appello che eluda la specifica censura. Analoga tutela non ha, però, l'interessato se, dopo l'omesso esame perpetrato dal primo giudice e dopo che sia proposto appello sul punto, venga dichiarata l'inammissibilità dell'impugnazione ai sensi degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c., visto che **Sez. U, n. 1914/2016, Di Iasi, Rv. 638369-01**, non essendo ricorribile per cassazione l'ordinanza di inammissibilità per denunciare l'omessa pronuncia su un singolo motivo di gravame.

La già richiamata **Sez. 6 - 5, n. 28174/2018, Napolitano, Rv. 651118-01**, argomenta, altrimenti, che se il ricorrente allega che un'informazione probatoria utilizzata in sentenza sia contraddetta da uno specifico atto processuale, non può mai vertersi in ipotesi di cosiddetta «doppia conforme» quanto all'accertamento dei fatti, preclusiva del ricorso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.





## CAPITOLO XV

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

(DI FULVIO FILOCAMO, ANGELO NAPOLITANO ED ELEONORA REGGIANI)\*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione – 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. I provvedimenti riguardanti l'esercizio e la titolarità della responsabilità genitoriale – 6. Le statuizioni in materia successoria – 7. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione – 8. I provvedimenti del giudice del fallimento e delle altre procedure concorsuali – 9. Le ordinanze sull'inammissibilità dell'appello ex art. 348 *ter* c.p.c. – 10. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare e possessoria – 11. La statuizione d'inammissibilità dell'azione di classe – 12. La condanna alla pena pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 *bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010 – 13. La liquidazione delle spese nel procedimento ex art. 696 *bis* c.p.c. – 14. L'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricsuzione del giudice – 15. Altri provvedimenti non impugnabili – 16. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge.

#### 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

---

\* Eleonora Reggiani ha redatto i paragrafi da 1 a 7 e da 9 a 15, Angelo Napolitano il paragrafo 8 e Fulvio Filocamo il paragrafo 16.

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 delle parti coinvolte nel processo, si sostanzia nella stessa enunciazione del principio.

Entrambi gli istituti saranno esaminati nei successivi paragrafi, tenendo conto che quando non è proponibile il ricorso ordinario per cassazione, entro certi limiti, è ancora possibile esperire il ricorso *ex art. 111, comma 7, Cost.* e, qualora non siano proponibili, o non siano proposti, né il ricorso ordinario né quello straordinario per cassazione, ovvero, pur essendo proposti, questi ultimi risultino inammissibili, alla presenza di determinate condizioni, è consentita l'enunciazione ad opera della Corte di cassazione del principio di diritto, che, se non può regolare la fattispecie concreta, è comunque in grado di orientare la giurisprudenza futura, e di incidere, di fatto, sugli stessi provvedimenti impugnati che, essendo di norma inidonei al giudicato (ad esempio, misure cautelari), potrebbero essere oggetto di revoca e/o modifica in base al principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 363 c.p.c.

## **2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione.**

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"*).

La S.C. aveva precisato che, nel regime vigente prima delle modifiche apportate dall'art. 2 del d.lgs. n. 40 del 2006, avverso i provvedimenti impugnabili solo con il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., era consentito dedurre esclusivamente la violazione di legge, sicché le censure

attinenti al vizio di motivazione, così come delineato dal previgente art. 360, comma 1, n. 5), c.p.c., erano ammissibili solo se riflettenti la materiale omissione o la mera apparenza della stessa, l'inidoneità delle argomentazioni espresse nel rivelare la *ratio decidendi* del medesimo, oppure l'inconciliabilità logica delle stesse (o la loro obiettiva incomprendibilità), rimanendo inammissibile la denuncia del motivo *ex art.* 360, comma 1, n. 5), c.p.c. in relazione ai vizi di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (**Sez. 1, n. 09371/2018, Campese, Rv. 648446-01**; conf. Sez. 3, n. 02043/2010, Chiarini, Rv. 611245-01).

### **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.

Con riferimento alle sentenze della Sezione giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati, riguardanti le controversie di lavoro del personale della stessa Camera, si è precisato, invero, che le stesse esulano dalla giurisdizione comune in forza dell'art. 12 del Regolamento della Camera del 18 febbraio 1971, deliberato ai sensi dell'art. 64 Cost. (e rimasto sostanzialmente identico nel nuovo testo del 16 febbraio 1998), che costituisce una norma primaria insuscettibile di disapplicazione, sottratta anche al sindacato di legittimità costituzionale, in ragione dell'indipendenza garantita alle Camere rispetto ad ogni altro potere, con la conseguenza che è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione contro le decisioni emanate, nelle predette controversie, dalla Sezione giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati, senza che tale sistema abbia subito effetti innovativi ad opera del nuovo testo dell'art. 111 Cost. che – pur senza estromettere l'autodichia dall'area della giurisdizione – non ha scalfito le garanzie di indipendenza del Parlamento, mantenendo pur sempre alcune aree di esenzione o di delimitazione del sindacato di legittimità proprio della Corte di cassazione (Sez. U, n. 11019/2004, Foglia, Rv. 573520-01).

Nel ribadire, nell'anno in rassegna, tale orientamento, **Sez. L, n. 21972/2018, Di Paolantonio, Rv. 650530-01**, ha richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 262 del 2017, con la quale è stato respinto il ricorso per conflitto di attribuzione, sollevato proprio dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione nei confronti del Senato della Repubblica e del Presidente della Repubblica, in relazione alle disposizioni regolamentari, che disciplinano la tutela giurisdizionale nelle controversie di lavoro dei loro dipendenti. La S.C. ha ricordato in motivazione che, nella citata sentenza, la Corte costituzionale ha affermato che i collegi interni a tali organi costituzionali, a cui è affidato il compito di interpretare ed applicare le norme relative al rapporto di lavoro dei loro dipendenti, non sono giudici speciali ex art. 102 Cost. e pertanto non è possibile ipotizzare il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., contro le loro decisioni, la cui sottrazione al controllo della giurisdizione comune è un riflesso dell'autonomia degli organi in cui sono inseriti.

Occorre inoltre considerare che la Corte di cassazione ha di recente confermato l'orientamento già espresso, secondo il quale deve ritenersi inammissibile il ricorso straordinario contro le sentenze o le ordinanze emesse nei giudizi di revocazione delle proprie decisioni, perché tale rimedio impugnatorio è esperibile solo nei confronti dei provvedimenti del giudice di merito, aventi carattere decisorio e non altrimenti impugnabili (**Sez. 1, n. 08592/2018, Fraulini, Rv. 648549-01**; conf. Sez. 2, n. 21019/2016, Orilia, Rv. 641662-01). Nella decisione richiamata è pure evidenziato, in continuità con i precedenti ivi riportati, che il principio di effettività del giudizio di cassazione, derivante dall'art. 111, comma 7, Cost., implica che il ricorso straordinario non possa ritenersi utilizzabile quando il controllo di legittimità sull'oggetto del giudizio sia stato già svolto dalla S.C., dovendo prevalere, in tal caso, l'esigenza di assicurare che il processo giunga a conclusione in tempi ragionevoli, in applicazione dell'art. 111, comma 2, Cost.

#### **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 adottato in forma diversa, che abbia comunque carattere decisorio, incidendo su diritti soggettivi, e definitivo, in quanto non sia altrimenti impugnabile.

Tale principio, non posto successivamente in discussione, è stato sancito da Sez. U, n. 02593/1953, Duni, Rv. 881234-01, la quale ha affermato che il ricorso cd. 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).

Nel corso degli anni, la giurisprudenza della Corte ha assunto il compito di verificare, con riferimento alle diverse tipologie di provvedimenti, la presenza di tali requisiti, in alcuni casi esprimendo un orientamento costante, oramai consolidato, ed 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 accolte.

In tale prospettiva, saranno di seguito illustrate le pronunce che, nel corso dell'anno 2018, hanno esaminato il problema dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, seguendo un criterio che tenga conto della materia o della tipologia dei provvedimenti impugnati, ed evidenzi gli elementi di continuità o di discontinuità rispetto alle precedenti statuizioni.

## **5. I provvedimenti riguardanti l'esercizio e la titolarità della responsabilità genitoriale.**

L'orientamento tradizionalmente assunto dalla giurisprudenza di legittimità, con riferimento ai provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale (all'epoca, potestà genitoriale), nonché con riguardo ai provvedimenti relativi all'affidamento dei figli nati fuori del matrimonio, è stato quello di escludere l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, poiché tali decisioni erano ricondotte nell'ambito della giurisdizione volontaria, dovendosi peraltro ritenere la possibilità di modifica e quella di revoca delle stesse quale circostanza ostativa alla configurazione del requisito della definitività (in tal senso, Sez. U, n. 11026/2003, Criscuolo, Rv. 565056-01; sul previgente art. 317 *bis* c.c., v. in particolare Sez. U, n. 09042/2008, Benini, Rv. 602386-01 e Sez. U, n. 25008/2007, Salmé, Rv. 602804-01; in tema di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, Sez. 1, n. 15341/2012, Sangiorgio, Rv. 624333-01; Sez. 6-1, n. 16227/2015, Valitutti, Rv. 636331-01; Sez. 6-1, n. 24477/2015, Acierno, Rv. 638152-01; Sez. 1, n. 18562/2016, Cristiano, Rv. 642045-01).

A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 54 del 2006, la giurisprudenza ha peraltro assunto un diverso orientamento, almeno per quanto riguarda le statuizioni in materia di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio.

In particolare, la S.C. ha ritenuto che la predetta legge, dichiarando applicabili ai relativi procedimenti le regole da essa introdotte per i procedimenti previsti in materia di separazione e divorzio, ha espresso, sia pure solo per tale aspetto, un'evidente assimilazione della posizione dei figli nati fuori dal matrimonio a quella dei figli nati in costanza di matrimonio, conferendo una certa autonomia ai procedimenti di cui al previgente art. 317 *bis* c.c. rispetto a quelli previsti dall'art. 336 c.c., e avvicinandoli ai giudizi in materia di separazione e divorzio.

Non è stato dunque attribuito alcun rilievo al mantenimento del rito camerale, nonostante il riconoscimento della natura contenziosa della controversia, tenuto conto che anche in altri casi (soprattutto per ragioni legate alla celerità e snellezza del rito) è previsto il modello cautelare per la tutela di veri e propri diritti soggettivi.

La Corte ha così affermato che, a seguito dell'emanazione della l. n. 54 del 2006, devono ritenersi impugnabili mediante ricorso straordinario per cassazione anche i provvedimenti emessi

in sede di reclamo nei confronti di provvedimenti riguardanti l'affidamento e il mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio (Sez. 1, n. 23032/2009, Dogliotti, Rv. 609998-01; Sez. 1, n. 23411/2009, Dogliotti, Rv. 610466-01).

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 154 del 2013, che ha eliminato ogni distinzione tra figli di genitori coniugati e figli di genitori non coniugati, la S.C. ha ribadito tale posizione, riconoscendo la sussistenza dei requisiti della decisorietà e della definitività, sia pure *rebus sic stantibus*, per tutti i provvedimenti riguardanti l'affidamento dei figli: tale soluzione interpretativa può quindi ritenersi ormai consolidata (Sez. 1, n. 06132/2015, Lamorgese, Rv. 634872-01; Sez. 6-1, n. 18194/2015, Bernabai, Rv. 637108-01; Sez. 1, n. 03192/2017, Acierno, Rv. 643720-01).

In adesione all'orientamento appena richiamato, **Sez. 1, n. 28998/2018, Iofrida, Rv. 651475-01**, ha nuovamente affermato che il decreto emesso dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso un provvedimento del tribunale, che, nell'ambito del conflitto genitoriale, dispone l'affidamento del minore nato fuori dal matrimonio ai servizi sociali, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., perché, già nel vigore della l. n. 54 del 2006, ed, a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 154 del 2013, al predetto decreto vanno riconosciuti i requisiti della decisorietà (risolvendo contrapposte pretese di diritto soggettivo) e di definitività (assumendo un'efficacia simile a quella del giudicato, sia pure *rebus sic stantibus*), senza che assuma rilevanza, a sostegno della tesi contraria, che si tratti di un provvedimento di affidamento ai servizi sociali, perché ciò non comporta alcuna diversa qualificazione giuridica, trattandosi comunque di statuizione relativa all'affidamento dei figli.

Con riguardo invece ai provvedimenti ablativi o limitativi delle responsabilità genitoriale, la giurisprudenza della Corte ha mostrato un orientamento incerto, tenuto conto che anche quest'anno vi è stata ancora una pronuncia, che aderisce all'orientamento tradizionale, sopra riportato, escludendo l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, anche se sta acquistando sempre maggiore spazio una diversa soluzione interpretativa, che trova ispirazione nelle nuove disposizioni di legge introdotte in materia di filiazione (v. già Sez. 1, n. 23633/2016, Cristiano, Rv. 642798-01).

In particolare, la tesi tradizionale è stata ribadita da **Sez. 1, n. 18149/2018, Nazzicone, Rv. 649897-01**, ove, in motivazione, si legge che i provvedimenti di cd. giurisdizione camerale o volontaria



o non contenziosa non possono ritenersi definitivi, perché mirano ad adeguare costantemente la realtà giuridica a quella di fatto, tant'è che, in aderenza al mutamento delle condizioni concrete, ed al fine di operare un regolamento degli interessi quanto più aderente alle esigenze materiali, l'ordinamento consente la riconsiderazione della situazione ad opera dello stesso giudice che ha inizialmente provveduto, ammettendo, oltre al reclamo *ex art. 739 c.p.c.*, anche la revoca e la modifica *ex art. 742 c.p.c.*

Nella medesima pronuncia, si è inoltre evidenziato che vi sono alcune situazioni nelle quali il legislatore non richiede neppure un mutamento delle circostanze, per rimettere in discussione un dato regolamento giudiziale degli interessi, in ragione della particolare delicatezza delle situazioni coinvolte, consentendo la continua ed aperta possibilità di riconsiderazione della decisione adottata anche con effetto *ex tunc*.

Secondo tale pronuncia, un esempio di quanto appena rilevato è costituito proprio dalla disciplina dei provvedimenti assunti ai sensi dell'art. 333 c.c., ove il giudice, secondo le circostanze, “*può adottare i provvedimenti convenienti*”, che “*sono revocabili in qualsiasi momento*”, a conferma dell'intenzione del legislatore di offrire strumenti di intervento ogni volta in cui ciò si renda opportuno, mediante l'adozione di statuizioni che ovviamente sono da ritenersi prive del requisito della definitività.

Del tutto diverso è l'orientamento espresso da **Sez. 1, n. 29001/2018, Campese, Rv. 651477-01**, la quale, ritenuta la sussistenza del duplice requisito della decisorietà e della definitività, ha invece affermato l'impugnabilità *ex art. 111, comma 7, Cost.*, dei decreti adottati, in sede di reclamo, in materia di decadenza della responsabilità genitoriale ai sensi degli artt. 330 e 336 c.c., in forza della riconosciuta attitudine al giudicato *rebus sic stantibus* di tali provvedimenti, non revocabili né modificabili, se non in caso di sopravvenienza di fatti nuovi.

Con approfondite argomentazioni, anche **Sez. 1, n. 19780/2018, Valitutti, Rv. 648855-01**, ha affermato che i provvedimenti che incidono sul diritto degli ascendenti ad instaurare - e a mantenere - rapporti significativi con i nipoti minorenni, ai sensi del novellato art. 317 *bis* c.c. (nel testo introdotto dall'art. 42 del d.lgs. n. 154 del 2013), al pari di quelli ablativi della responsabilità genitoriale ai sensi degli artt. 330 e 336 c.c., oltre a dirimere conflitti tra posizioni soggettive, riguardano diritti personalissimi di rango costituzionale, hanno anche attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*, ritenendo conseguentemente

ammissibile il ricorso straordinario per cassazione contro il decreto della corte di appello che, in sede di reclamo, confermi, revochi o modifichi i predetti provvedimenti.

In motivazione, la Corte di cassazione, in continuità con la richiamata Sez. 1, n. 23633/2016, Cristiano, Rv. 642798-01, ha dato fondamentale rilievo agli argomenti posti a sostegno della dedotta "stabilità" di siffatti provvedimenti.

La stessa Corte ha messo in risalto la ritenuta irragionevole differenza di disciplina, a cui condurrebbe la tesi tradizionale, tra i provvedimenti adottati nei procedimenti limitativi e ablativi della responsabilità genitoriale, ritenuti non ricorribili per cassazione, e quelli relativi all'affidamento dei figli, senza dubbio ricorribili per cassazione, sebbene questi ultimi possano comprendere anche i primi, in quanto l'esercizio della responsabilità genitoriale ben può essere regolato attraverso la sua parziale o totale compressione, aggiungendo che la mancanza di giustificazione di tale distinzione è ancora più evidente ora che la l. n. 219 del 2012, nel novellare l'art. 38 disp. att. c.c., ha attribuito, in pendenza dei cosiddetti "giudizi separativi", al giudice ordinario (e non più al giudice minorile) il potere di adottare, insieme alle statuizioni sull'affidamento, anche i provvedimenti ablativi e limitativi della responsabilità genitoriale.

Sull'argomento è quindi intervenuta la recentissima decisione a Sezioni Unite (**Sez. U, n. 32529/2018, Sambito, Rv. 651936-01**), che ha ribadito l'ammissibilità del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., nei confronti del decreto della Corte di appello che, in sede di reclamo, confermi, revochi o modifichi i provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale, non essendo revocabile né modificabile, se non in caso di sopravvenienza di fatti nuovi.

In motivazione, le Sezioni Unite hanno evidenziato che anche i procedimenti in questione dirimono conflitti tra posizioni soggettive diverse, non essendovi dubbio che la previsione del procedimento camerale, da sempre impiegato per la trattazione di controversie su diritti e *status*, non sia di per sé sufficiente ad escludere l'idoneità dei provvedimenti emessi al suo esito alla formazione del giudicato, sia pure *rebus sic stantibus*.

Le stesse Sezioni Unite hanno inoltre rilevato che gli argomenti sui quali si fonda l'indirizzo tradizionale, secondo cui, a differenza della modifica delle condizioni di separazione e divorzio, la definitività e la decisorietà dei provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. sarebbe esclusa in ragione del fatto che essi attengono alla compressione della titolarità della responsabilità genitoriale e sono

assunti nell'esclusivo interesse del minore, non tengono, rispettivamente, conto che l'esercizio della responsabilità genitoriale può ben essere regolato attraverso la sua parziale o totale compressione o comunque risentirne e che, anche nell'ambito di un giudizio di separazione, o di divorzio, o promosso ai sensi dell'art. 316 c.c., i provvedimenti concernenti l'affidamento dei figli minori sono assunti nel loro esclusivo interesse morale e materiale.

Nell'indicata pronuncia le Sezioni Unite hanno inoltre affermato che, per effetto della "competenza per attrazione", prevista dall'art. 38 disp. att. c.c., quale riformulato dall'art. 3, comma 1, della l. n. 219 del 2012, la medesima sentenza del giudice ordinario potrebbe contenere, in relazione alla medesima materia, statuizioni assunte ai sensi dell'art. 337 *bis* e ss. c.c. ed altre assunte ai sensi degli artt. 330 e 333 c.c., con evidente incongruità del sistema, ove si ritenesse di continuare ad operare una distinzione nell'ambito di esse attribuendo solo alle prime, e non anche alle seconde, attitudine al giudicato *rebus sic stantibus* e se ne differenziasse, in conseguenza, il regime impugnatorio.

Infine, le Sezioni Unite hanno considerato che la conclusione assunta si presenta come quella che più si adatta alla tutela degli interessi coinvolti, perché l'emissione dei provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale incide su diritti di natura personalissima e di rango costituzionale, tenuto conto del potenziale concreto mutamento della sfera relazionale primaria dei soggetti che ne sono coinvolti, sicché la circostanza che tali provvedimenti possano, in teoria, esser modificati o revocati con effetti *ex tunc* non è considerata idonea a porre il soggetto che li subisca al riparo dagli effetti nefasti che possano *medio tempore* prodursi nell'ambito delle relazioni familiari, sicché, tenuto conto del potenziale grado d'incisività di tali effetti sui diritti dei soggetti implicati e principalmente sulla vita del minore, la tesi tradizionale che, ritenendoli non decisori e definitivi, esenta siffatti provvedimenti dall'immediato controllo garantistico della Corte di cassazione comporta un *vulnus* al diritto di difesa e deve essere pertanto superata.

## 6. Le statuizioni in materia successoria.

Con riferimento al diritto alla separazione dei beni mobili del defunto da quelli dell'erede, assume particolare rilievo **Sez. U, n. 11849/2018, Manna F., Rv. 648546-01**, la quale, in assenza di precedenti specifici, ha affermato che il decreto con il quale la Corte

di appello rigetta o dichiara inammissibile la domanda ai sensi dell'art. 517 c.c. è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111, comma 7, Cost., in quanto idoneo, una volta decorso il termine di decadenza di cui all'art. 516 c.c., ad incidere definitivamente in maniera negativa sul diritto del creditore del *de cuius* a costituirsi un titolo di preferenza sui beni del defunto rispetto ai creditori particolari dell'erede.

In motivazione, le Sezioni Unite hanno evidenziato che il diritto alla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede è un diritto potestativo, che ha l'effetto di costituire (non un patrimonio separato ma) un diritto reale di garanzia sui beni separati ed hanno attribuito al relativo procedimento, disciplinato dall'art. 517 c.c., natura di volontaria giurisdizione, dato che il giudice non è chiamato ad accertare il credito, ma solo a verificarne in maniera sommaria l'esistenza, al fine di valutare la legittimazione attiva del richiedente e di dettare le disposizioni necessarie alla conservazione dei beni. E, in effetti, nonostante l'accoglimento della domanda, l'esistenza del credito del separatista potrà essere integralmente messa in discussione in qualsiasi giudizio, non godendo di alcuno statuto favorevole. È per questo che viene escluso il requisito della decisorietà al provvedimento di accoglimento della domanda di separazione.

Le stesse Sezioni Unite hanno tuttavia rilevato che si deve giungere a diverse conclusioni, ove si consideri il caso in cui la separazione non venga disposta. Fatta salva la facoltà di riproporre la domanda (ove il breve termine dell'art. 516 c.c., stabilito a pena di decadenza, non sia ancora decorso), il diritto del creditore non ha infatti altra possibilità di tutela. Il provvedimento reiettivo incide sul diritto del creditore alla separazione, escludendolo, e comporta in maniera irretrattabile il concorso del creditore istante con i creditori particolari dell'erede senza alcuna preferenza.

Sono quindi riconosciuti i requisiti della decisorietà e definitività ai provvedimenti di rigetto o di declaratoria di inammissibilità della domanda di separazione, cui consegue l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione.

Per completezza, sempre in materia successoria, si deve richiamare anche **Sez. 2, n. 24218/2018, Giannaccari, Rv. 650644-01**, la quale, in conformità ad un orientamento precedente, ha affermato che, in considerazione dell'espresso richiamo all'art. 710 c.c. contenuto nell'art. 750 c.p.c., il provvedimento del presidente del tribunale che revochi la nomina dell'esecutore testamentario per gravi irregolarità nell'adempimento dei suoi

obblighi, è reclamabile davanti al presidente della corte d'appello e la decisione assunta da quest'ultimo non è impugnabile in cassazione con ricorso straordinario ex art. 111 Cost., perché si tratta di un provvedimento di volontaria giurisdizione, che ha natura endoprocedimentale ed è privo di contenuto decisorio.

## 7. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione.

Nel corso dell'anno 2018, sono state adottate varie pronunce in ordine all'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione contro determinate categorie di provvedimenti adottati nel corso del processo esecutivo.

In tutte le fattispecie esaminate è stata sempre negata l'esperibilità di tale rimedio, in ragione della mancanza del requisito della definitività del provvedimento da impugnare.

In tema, occorre anzitutto richiamare **Sez. 6-3, n. 02185/2018, Tatangelo, Rv. 647697-01**, relativa ad una fattispecie in cui, a seguito di reclamo ex art. 630 c.p.c., il tribunale aveva dichiarato estinta, con ordinanza (e non con sentenza, come previsto dall'art. 630 c.p.c.) la procedura esecutiva, per mancata tempestiva instaurazione del giudizio di merito ex art. 624, comma 3, c.p.c.

In questo caso, la Corte di legittimità, in conformità ad orientamento già espresso, ha affermato che detta ordinanza ha sostanza di sentenza, soggetta ad appello secondo le regole ordinarie e, pertanto, non essendo qualificabile come provvedimento definitivo, non è ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost. (conf. Sez. 3, n. 02500/2003, Vittoria, Rv. 561049-01; Sez. 3, n. 04875/2005, Trifone, Rv. 580776-01).

Anche **Sez. 6-3, n. 19102/2018, Rubino, Rv. 650239-01**, ha ritenuto che il provvedimento dichiarativo dell'estinzione di un procedimento di reclamo ex art. 630 c.p.c., per mancata comparizione delle parti, ha il contenuto sostanziale di sentenza anche quando ha assunto la forma dell'ordinanza e, pertanto, è impugnabile con l'appello, e non già col ricorso straordinario per cassazione.

Inoltre, **Sez. 6-3, n. 07754/2018, Scoditti, Rv. 648350-01**, ha escluso che il provvedimento di chiusura anticipata del processo esecutivo per infruttuosità dell'espropriazione, adottato ai sensi dell'art. 164 *bis* disp. att. c.p.c., possa essere impugnato con il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., non

trattandosi di un atto definitivo, perché contro di esso può essere proposta l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

Con riferimento alle operazioni delegate al notaio, **Sez. 6-3, n. 11817/2018, Frasca, Rv. 648617-01**, ha precisato che l'art. 591 *ter c.p.c.*, nella parte in cui dispone che *“restano ferme le disposizioni di cui all'art. 617 c.p.c.”*, deve essere interpretato nel senso che l'opposizione agli atti esecutivi è il mezzo esperibile contro le ordinanze del giudice dell'esecuzione, pronunciate sia a seguito del reclamo contro i decreti adottato dal giudice dell'esecuzione su sollecitazione del notaio delegato (in relazione a difficoltà insorte nelle corso delle operazioni delegate) sia a seguito del reclamo contro gli atti del notaio delegato, restando comunque esclusa ogni possibilità di impugnativa diversa dal reclamo, tanto nei confronti dei decreti del giudice dell'esecuzione quanto degli atti del notaio delegato sopra menzionati.

La S.C. ha quindi escluso la possibilità di immediata opposizione *ex art. 617 c.p.c.* ed anche di proposizione del ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost., contro gli atti da ultimo richiamati, in quanto reclamabili, precisando, inoltre, che le decisioni emesse in sede di reclamo, possono essere impugnate con l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, ma non con il ricorso straordinario per cassazione, perché, appunto, essendo opponibili, non dono definitivi.

## **8. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere.**

Con riferimento al procedimento fallimentare, che rappresenta insieme a quello delle procedure concorsuali in generale, uno dei terreni più “fertili” per l'individuazione giurisprudenziale di atti e provvedimenti definitivi e decisorii ricorribili per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., **Sez. 1, n. 27123/2018, Dolmetta, Rv. 651308-01**, ha affermato che il termine di sessanta giorni per la proposizione del ricorso straordinario avverso i provvedimenti definitivi di contenuto decisorio adottati dal tribunale fallimentare, tra cui il decreto che pronuncia sul compenso del curatore *ex art. 39 l.f.*, non decorre dalla data del deposito in cancelleria del decreto, bensì dalla data della comunicazione o notificazione d'ufficio dello stesso agli interessati, eseguita esclusivamente dall'organo competente, cioè dal cancelliere. Ne consegue che, in quanto funzionale alla individuazione del momento di decorrenza di un termine

perentorio, essa non può trovare un equipollente nella conoscenza di fatto, *aliunde* acquisita, del provvedimento stesso, ad esempio perché comunicato dal nuovo curatore al curatore revocato.

L'arresto, pur essendo conforme ad un precedente di legittimità, reso sullo stesso tema del termine per l'impugnazione per cassazione del decreto che liquida il compenso del curatore fallimentare (Sez. 1, n. 02991/2016, Napoleoni, Rv. 588401-01), appare distonico rispetto ad altre decisioni della S.C., tese a valorizzare, nel caso di impugnazione per cassazione di ordinanze decisorie, la conoscenza di fatto che l'interessato abbia avuto del provvedimento (Sez. 2, n. 01850/1995, Mensitieri, Rv. 490550-01; Sez. 2, n. 06474/1997, Mensitieri, Rv. 506025-01).

Si consideri che **Sez. 1, n. 29466/2018, Pazzi, Rv. 651482-01**, ha affermato che, una volta effettuato il deposito delle somme non rimosse dai creditori ai sensi della previgente formulazione dell'art. 117, comma 3, l.f., e chiusa la procedura fallimentare, il debitore o i suoi aventi causa che vantino diritti sulle somme riversate nel Fondo unico di Giustizia devono esercitare un'azione con le forme della cognizione ordinaria, sicché è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione proposto contro il decreto del tribunale che, ex art. 26 l.f., abbia rigettato l'istanza di attribuzione delle dette somme.

Ancora in tema di procedure concorsuali, si è escluso che provvedimenti emessi in esito a procedimenti di natura cautelare possano essere impugnati con ricorso straordinario per cassazione.

In particolare, in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, la S.C. ha affermato che il subprocedimento di cui all'art. 182 *bis*, commi 6 e 7, l.f., essendo finalizzato ad ottenere misure protettive, quali la sospensione di eventuali azioni cautelari ed esecutive in funzione dell'esito delle trattative in corso (destinate a culminare nella formalizzazione dell'accordo), ha natura cautelare, sicché è inammissibile il ricorso per cassazione contro la decisione assunta dalla corte di appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale, non essendo in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale (**Sez. 1, n. 16161/2018, Terrusi, Rv. 649478-01**).

Occorre poi considerare che, in tema di concordato preventivo, il tribunale può emettere, nell'ambito del procedimento ex art. 162 l.f., provvedimenti di rigetto o di improcedibilità della proposta formulata dal debitore anche al di fuori delle ipotesi di violazione dei requisiti formali di cui agli artt. 160, commi 1 e 2, e 161 l.f., ogniqualvolta venga a conoscenza di atti che costituiscono

violazione di regole di natura sostanziale, come pagamenti ritenuti lesivi della *par condicio creditorum*. In tal caso, il decreto di rigetto o di improcedibilità, in assenza della contestuale dichiarazione di fallimento, non ha carattere decisorio e non è suscettibile di ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. (**Sez. 1, n. 05479/2018, Genovese, Rv. 647748-01**).

Tra i provvedimenti non decisori emessi in ambito concorsuale, e dunque insuscettibili di essere impugnati mediante ricorso straordinario per cassazione, si colloca anche il decreto con il quale il giudice delegato abbia respinto il reclamo diretto ad ottenere la revoca dell'autorizzazione all'esecuzione degli atti conformi al programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori (**Sez. 1, n. 01902/2018, Dolmetta, Rv. 646861-01**).

Di fondamentale rilievo è, poi, la posizione assunta da **Sez. 6-1, n. 04500/2018, Terrusi, Rv. 647890-01**, la quale, in linea di continuità con Sez. 6-1, n. 06516/2017, Rv. 644270-01, ha enunciato il principio in virtù del quale il decreto reiettivo del reclamo avverso il provvedimento che ha dichiarato inammissibile la proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, non decidendo nel contraddittorio tra le parti su diritti soggettivi e non escludendo, pertanto, la reiterabilità della proposta medesima, è privo dei caratteri della decisorietà e definitività e non è ricorribile per cassazione. Nel ribadire tale orientamento, **Sez. 1, n. 30534/2018, Pazzi, Rv. 651654-01**, ha sottolineato che tale conclusione non determina alcun *vulnus* al diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., dal momento che il decreto, in relazione al quale non è prevista alcuna forma di impugnazione, non preclude la riproposizione della medesima domanda, anche prima del decorso dei cinque anni di cui all'art. 7, comma 2, lett. b), della l. 27 gennaio 2012, n. 3, operando tale termine preclusivo nella sola ipotesi che il debitore abbia concretamente beneficiato degli effetti riconducibili a una procedura della medesima natura.

Occorre considerare che, peraltro, secondo quanto statuito da **Sez. 1, n. 04451/2018, Dolmetta, Rv. 647424-01**, è ammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto di rigetto del reclamo proposto nei confronti del provvedimento con cui il Tribunale, in composizione monocratica, abbia respinto l'istanza di omologazione del piano proposto dal consumatore nell'ambito della procedura di sovraindebitamento disciplinata dalla l. n. 3 del 2012, come integrata dalla l. n. 221 del 2012, in quanto provvedimento dotato del requisito della definitività - non essendo revocabile in



dubbio che lo stesso sia «non altrimenti impugnabile» - e di quello della decisorietà.

## **9. Le ordinanze sull'inammissibilità dell'appello *ex art. 348 ter c.p.c.***

Nel corso dell'anno 2018 la Corte di cassazione ha più volte esaminato il problema dei concreti limiti all'esperibilità del ricorso *ex art. 111*, comma 7, Cost. avverso le ordinanze sopra menzionate (a prescindere dalla possibilità proporre ricorso contro le decisioni di primo grado, previsto dall'*art. 348 ter*, commi 3 e 4, c.p.c.).

Com'è noto, le Sezioni Unite hanno stabilito che l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, resa ai sensi dell'*art. 348 ter c.p.c.* è ricorribile per cassazione *ex art. 111*, comma 7, Cost., limitatamente ai vizi suoi propri, costituenti violazioni della legge processuale (quali, per mero esempio, l'inosservanza delle previsioni di cui agli artt. 348 *bis*, comma 2, e 348 *ter*, commi 1, primo periodo e 2, primo periodo, c.p.c.), purché compatibili con la logica e la struttura del giudizio ad essa sotteso (così Sez. U, n. 1914/2016, Di Iasi, Rv. 638368-01, confermata da ultimo da **Sez. 6-1, n. 14312/2018, Sambito, Rv. 649145- 01**).

In aderenza al principio appena richiamato, **Sez. 6-3, n. 19333/2018, D'Arrigo, Rv. 650283-01**, ha affermato che l'inosservanza della previsione di cui all'*art. 348 ter*, comma 1, c.p.c. – secondo cui l'inammissibilità dell'appello deve essere dichiarata, sentite le parti, prima di procedere alla trattazione *ex art. 350 c.p.c.* – costituisce un vizio proprio dell'ordinanza resa a norma dell'*art. 348 bis c.p.c.* ed integra una violazione della legge processuale, deducibile per cassazione ai sensi dell'*art. 111*, comma 7, Cost., senza che sia necessario valutare se da tale violazione sia derivato un concreto ed effettivo pregiudizio al diritto di difesa delle parti (nella specie, la S.C. ha annullato con rinvio l'ordinanza della corte territoriale che aveva dichiarato inammissibile l'appello, dopo essere pervenuta alla fase della trattazione della causa, avendo le parti dibattuto sull'ammissibilità delle richieste istruttorie e sulla sospensione della provvisoria esecutività della sentenza impugnata).

**Sez. 6-3, n. 20758/2017, De Stefano, Rv. 645477-01**, aveva già enunciato lo stesso principio, accogliendo il ricorso straordinario, in una fattispecie in cui la corte territoriale, dopo aver disposto un rinvio puro e semplice della prima udienza, aveva dichiarato inammissibile l'appello, senza procedere a sentire specificamente le parti sull'applicabilità dell'*art. 348 bis c.p.c.*

Anche **Sez. 3, n. 20861/2018, Iannello, Rv. 650429-01**, ha ribadito che l'ordinanza di inammissibilità dell'appello, resa *ex art. 348 ter* c.p.c., è ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., limitatamente ai vizi suoi propri, costituenti violazioni della legge processuale, compatibili con la logica e la struttura del giudizio ad essa sotteso, aggiungendo che pertanto non sono deducibili quali vizi della menzionata ordinanza gli *errores in iudicando* o i vizi di motivazione (salvi i casi – che, però, trascendono in violazione della legge processuale – di motivazione mancante sotto l'aspetto materiale e grafico, della motivazione apparente, del contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili ovvero di motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile), perché l'appellante può proporre ricorso per cassazione contro la sentenza di primo grado, prospettando tali censure, con la conseguenza che, con riferimento a tali aspetti, l'ordinanza non può ritenersi definitiva.

Particolare rilievo ha, sulla questione, **Sez. 1, n. 23151/2018, Lamorgese, Rv. 650821-01**. Invero, in tale pronuncia la S.C. ha dato preliminarmente atto che, in alcuni casi, è stato già ammesso il ricorso per cassazione contro l'ordinanza *ex art. 348 bis* c.p.c., che, rilevando l'inesattezza della motivazione della decisione di primo grado, l'aveva sostituita con una diversa argomentazione in punto di fatto o di diritto (**Sez. 3, n. 15644/2017, D'Arrigo, Rv. 644750-01**, subito seguita da **Sez. 3, n. 03023/2018, Fanticini, Rv. 647940-01**), ovvero che, indicando *rationes decidendi* assenti nella sentenza di primo grado, aveva corroborato la decisione di primo grado con nuovi argomenti (**Sez. 3, n. 05655/2018, Cirillo F.M., Rv. 648291-01**), evidenziando che a fondamento delle decisioni assunte vi era la considerazione che, in quei casi, l'ordinanza aveva in realtà il contenuto di una sentenza.

Nella medesima pronuncia, la Corte ha evidenziato che, in un altro caso, è stato ammesso il ricorso straordinario per cassazione contro l'ordinanza *ex art. 348 bis* c.p.c., che aveva erroneamente ritenuto tardive le istanze istruttorie formulate dall'appellante *ex art. 345*, comma 3, c.p.c., perché, riflettendosi tale vizio sulla prognosi di accoglibilità del gravame, non avrebbe potuto essere dedotto con l'impugnazione della sentenza di primo grado (**Sez. 3, n. 02351/2017, Vincenti, Rv. 642719-01**).

Tali esiti interpretativi non sono stati tuttavia condivisi dalla richiamata pronuncia **Sez. 1, n. 23151/2018, Lamorgese, Rv. 650821-01**. La Corte di legittimità ha infatti affermato che l'art. 348 *ter*, comma 3, c.p.c. testualmente prevede che il ricorso per

cassazione debba essere proposto avverso il provvedimento di primo grado, in tutti i casi in cui il giudice d'appello ritenga che l'impugnazione non abbia una ragionevole probabilità di accoglimento. La preoccupazione che venga negata alla parte la possibilità di giovare dell'impugnazione quando, come nel caso da ultimo evidenziato, il giudice non ammetta un mezzo di prova in appello, non è ritenuta fondata, perché, spiega la S.C., le doglianze della parte nei confronti della decisione di inammissibilità vengono comunque convogliate verso il provvedimento di primo grado, sul quale è destinato a formarsi il giudicato, in mancanza di impugnazione.

A supporto di tale impostazione, la Corte ha richiamato anche la decisione delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 01914/2016, Di Iasi, Rv. 638369-01), costituente il *leading case* in materia, nella parte in cui, in motivazione, viene affermato che l'ordinanza di inammissibilità ex art. 348 *ter* c.p.c. non è ricorribile per cassazione, quando si denunci l'omessa pronuncia su un motivo di gravame e dunque venga prospettato un vizio proprio dell'ordinanza del giudice d'appello.

La medesima Corte ha sottolineato che non deve stupire il fatto che, in sede di impugnazione del provvedimento di primo grado, sia richiesto al ricorrente per cassazione di denunciare gli errori sostanziali o processuali imputabili al giudice di appello, atteso che, nel caso in cui l'ordinanza di inammissibilità sia fondata su ragioni diverse o ulteriori rispetto a quelle poste a base della decisione di primo grado, al medesimo ricorrente è consentito di formulare anche un motivo ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5), c.p.c., facoltà che invece è assente nel caso in cui l'inammissibilità sia fondata sulle stesse ragioni poste a base della impugnata decisione di primo grado.

La posizione della giurisprudenza non è tuttavia ancora definita, in quanto, poco tempo dopo tale decisione, la S.C. ha adottato un'altra pronuncia, che, in conformità agli orientamenti in precedenza espressi, ha ribadito l'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 348 *ter* c.p.c., che abbia dichiarato inammissibile l'appello, sostituendo la *ratio decidendi* posta a fondamento della decisione di primo grado con altra e diversa, destinata, in ogni caso, a sostituire la prima, in applicazione del principio della ragione più liquida (**Sez. 3, n. 25366/2018, Guizzi, Rv. 651463-01**).

Nella motivazione di tale decisione è nuovamente affermato che l'ordinanza in questione deve ritenersi impugnabile con il

ricorso straordinario per cassazione in presenza di vizi propri, riconducibili ad una violazione della normativa processuale, cui devono aggiungersi le ipotesi in cui la menzionata ordinanza sia resa al di fuori della condizione sostanziale, prevista dall'art. 348 *bis* c.p.c. (ipotizzabile quando il giudizio prognostico negativo in ordine all'accoglimento dell'appello si sostanzia nella conferma di una sentenza ritenuta giusta, per essere l'appello *prima facie* destituito di fondamento).

Secondo tale impostazione, pertanto, il giudice d'appello non può dichiarare inammissibile il ricorso, sostituendo la motivazione del provvedimento impugnato con un diverso percorso argomentativo, in quanto, così operando, finisce con l'entrare nel merito del giudizio di appello, deragliando dai binari dell'art. 348 *bis* c.p.c., che invece prevede una delibazione meramente sommaria.

#### **10. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare e possessoria.**

Le pronunce della S.C. adottate nel corso dell'anno 2018 confermano un orientamento oramai consolidato, secondo il quale non è ammesso il ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza adottata in sede di reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c., anche quando ne sia dedotta l'abnormità (perché recante statuizioni eccedenti la funzione meramente cautelare), trattandosi 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 (**Sez. 3, n. 09830/2018, Fiecconi, Rv. 648431-01**; conf. Sez. 6-1, n. 23763/2016, Scaldaferrì, Rv. 642793-01).

Occorre considerare che **Sez. 6-2, n. 12229/2018, Orilia, Rv. 648537-01**, nel ribadire il medesimo principio, ha anche precisato che tale soluzione non si pone in contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., perché l'ordinanza in questione non è idonea ad incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale e non ha alcuna influenza sul successivo giudizio di merito, né integra una violazione dell'art. 6 CEDU, tenuto conto che è comunque garantita una duplice fase di tutela davanti a un'istanza nazionale e che la fondatezza o meno della decisione in sede di reclamo nulla ha a che vedere con la garanzia prevista dalla norma indicata.

Allo stesso modo, con riferimento alle statuizioni adottate in sede di reclamo dei provvedimenti interinali adottati in materia

possessoria, **Sez. 6-2, n. 01501/2018, Manna F., Rv. 647381-01**, ha affermato l'inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, atteso che, tenuto conto della struttura eventualmente bifasica del relativo provvedimento, delineata dal novellato art. 703 c.p.c., in caso di prosecuzione del giudizio di merito, l'ordinanza rimane assorbita nella sentenza, che costituisce l'unico provvedimento avente carattere decisorio, e, ove il giudizio si estingua – come accade in altri casi previsti dalla legge – opera solo una preclusione *pro indicato*, mentre, nel caso in cui il giudizio non venga proseguito, l'ordinanza acquista una stabilità puramente endoprocessuale, inidonea al giudicato (conf. Sez. 2, n. 3629/2014, Manna F., Rv. 629431-01).

### **11. La statuizione d'inammissibilità dell'azione di classe.**

In conformità alla recente pronuncia a Sezioni Unite resa sulla questione (Sez. U, n. 02610/2017, Petitti, Rv. 642267-01), **Sez. 3, n. 26725/2018, Graziosi, Rv. 650908-01**, ha ribadito che l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe, adottata dalla corte di appello in sede di reclamo, non ha carattere decisorio e, quindi, non è impugnabile con il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., ove detta azione sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche di un interesse collettivo, essendo il medesimo diritto tutelabile attraverso una comun azione individuale (nella specie, la S.C. ha escluso che fosse diretta alla tutela di un interesse collettivo l'azione di classe promossa per ottenere l'accertamento della responsabilità di una struttura sanitaria, che aveva esposto una serie di neonati al rischio di contagio da tubercolosi, e la condanna al risarcimento dei danni subiti, in conseguenza di tale condotta, da uno degli appartenenti alla classe, oltre che dal suo rappresentante legale).

Richiamando gli argomenti della richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, **Sez. 3, n. 7244/2018, D'Arrigo, Rv. 647956-01**, ha affermato, su un piano più generale, che l'ordinanza che decide sulla ammissibilità dell'azione di classe è priva di decisorietà, in quanto si pronuncia, pur in modo definitivo, solo sulle modalità di svolgimento dell'azione e non sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguenza che contro di essa è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione.

## **12. La condanna alla pena pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 *bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010.**

In questo caso, la S.C. ha ritenuto non ammissibile il ricorso straordinario per cassazione per difetto del requisito della definitività del provvedimento.

In particolare, **Sez. 6-1, n. 02030/2018, Falabella, Rv. 647881-01**, ha affermato che non è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione, ma con l'appello, la statuizione con la quale il giudice condanna la parte costituita, che non ha partecipato al procedimento obbligatorio di mediazione senza giustificato motivo, al pagamento di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, ai sensi dell'art. 8, comma 4 *bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010.

La Corte di cassazione ha infatti evidenziato che la norma appena richiamata prevede, alla presenza di determinati presupposti, l'adozione di una sanzione pecuniaria, che non è assimilabile a quelle disciplinate dall'art. 179, comma 2, c.p.c. – adottate con ordinanza non impugnabile, ma ricorribile per cassazione, in quanto incidente con efficacia di giudicato su diritti soggettivi – perché le disposizioni dell'articolo appena menzionato sono applicabili alle sole sanzioni previste nel codice di rito, in attuazione di un potere latamente disciplinare del giudice, mentre nella specie si tratta di una sanzione prevista da una legge speciale, che non ha nulla a che vedere con il potere disciplinare e che riguarda condotte di inerzia anteriori all'instaurazione del processo e ad esso esterne.

La medesima Corte ha anche precisato che non incide sul regime di impugnazione il fatto che il menzionato provvedimento sanzionatorio sia stato adottato con ordinanza in corso di causa, e non con sentenza alla definizione del giudizio, perché il mancato rispetto dei tempi e delle forme del processo non costituisce argomento per affermare che la pronuncia sia inappellabile, giacché il contenuto del provvedimento è, nelle due ipotesi, il medesimo.

## **13. La liquidazione delle spese nel procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.***

In tema di consulenza tecnica preventiva, richiesta ai fini della composizione della lite, **Sez. 6-3, n. 26573/2018, D'Arrigo, Rv. 650891-01**, ha rilevato che, per effetto del combinato disposto degli artt. 669 *septies*, comma 2, e 669 *quaterdecies* c.p.c., il giudice può

procedere alla liquidazione delle spese processuali (a carico della parte ricorrente) solamente nei casi in cui dichiarare la propria incompetenza o l'inammissibilità del ricorso, oppure lo rigetti senza procedere all'espletamento del mezzo istruttorio richiesto, ma, ove il medesimo giudice adotti il provvedimento di liquidazione dopo aver dato corso alla consulenza, tale provvedimento, pur essendo abnorme, non è impugnabile *ex art. 111, comma 7, Cost.*, perché è privo dei caratteri della definitività e della decisorietà, dato che è sindacabile nell'eventuale giudizio di merito e comunque, se azionato come titolo esecutivo, è opponibile *ex art. 615 c.p.c.*, come se fosse un titolo stragiudiziale, assumendo l'opposizione il valore della *querela nullitatis*.

#### **14. L'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione del giudice.**

Con riferimento all'ordinanza di cui all'art. 54, comma 3, c.p.c., **Sez. 1, n. 31361/2018, Di Marzio M., Rv. 652086-01**, ha escluso l'esperibilità del ricorso straordinario per cassazione, pur evidenziando che, a seguito della modifica dell'art. 111 Cost., che sancisce in modo solenne il principio dell'imparzialità del giudice, adeguando il sistema processuale al fondamentale precetto dell'art. 6 CEDU, l'esigenza di far decidere la controversia da un giudice imparziale non costituisce soltanto una questione amministrativa relativa all'organizzazione degli uffici giudiziari, ma corrisponde ad un diritto soggettivo della persona fondamentale e insopprimibile.

In particolare, la S.C., richiamando numerosi precedenti conformi, ha escluso l'ammissibilità dell'impugnazione *ex art. 111, comma 7, Cost.*, evidenziando che il rigetto dell'istanza di ricusazione non preclude il riesame della relativa questione nel corso del processo, mediante il controllo sulla pronuncia resa dal (o con il concorso del) *index suspectus*, in quanto l'eventuale vizio causato dalla incompatibilità del giudice ricusato si risolve in motivo di nullità dell'attività svolta dal giudice stesso e, quindi, di gravame della sentenza da lui emessa (da ultimo, v. **Sez. 6-3, n. 01932/2015, Frasca, Rv. 634244-01** e **Sez. 6-1, n. 02562/2016, Bisogni, Rv. 638466-01**).

#### **15. Altri provvedimenti non impugnabili.**

In tema di riunione e di separazione di procedimenti, **Sez. 6-1, n. 08024/2018, Sambito, Rv. 647903-01**, ha affermato, in

continuità con un orientamento ormai consolidato (così Sez. U, n. 02245/2015, Spirito, Rv. 634424-01 e, subito dopo, Sez. 3, n. 01053/2016, Pellecchia, Rv. 638403-01), che i relativi provvedimenti, fondandosi su valutazioni di mera opportunità, costituiscono esercizio del potere discrezionale del giudice ed hanno natura ordinatoria, perché non incidono sul diritto di azione delle parti, essendo pertanto insuscettibili di impugnazione e insindacabili in sede di legittimità (nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario promosso da un rilevantissimo numero di assegnatari di alloggi di edilizia economico-popolare avverso il provvedimento con cui il tribunale aveva disposto la separazione delle cause cumulativamente proposte).

La Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile anche il ricorso proposto ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. contro il decreto di nomina o di sostituzione di un arbitro, ritenendo il provvedimento privo di carattere decisorio e insuscettibile di produrre effetti sostanziali o processuali di cosa giudicata (**Sez. 1, n. 18004/2018, Caiazzo, Rv. 649894-01**; v. già Sez. 1, n. 11665/2007, Rordof, Rv. 597181-01).

In motivazione, la Corte ha precisato che tale principio non è contraddetto dal recente orientamento, espresso dalle Sezioni Unite (Sez. U, n. 25045/2016, Ragonesi, Rv. 641779-02), che, ribaltando una precedente giurisprudenza, ha affermato la natura decisoria, con attitudine al giudicato, del provvedimento di liquidazione del compenso agli arbitri, con conseguente ricorribilità in cassazione, posto che gli argomenti utilizzati nella richiamata statuizione non sono applicabili al provvedimento di nomina o revoca degli arbitri, che, a differenza di quello che riguarda il loro compenso, è privo del carattere della decisorietà e non esprime un composizione del contenzioso su diritti soggettivi.

Anche con riferimento ai provvedimenti emessi dal Presidente del tribunale, in forza degli artt. 11 e 12 disp. att. c.c., nell'espletamento della sua funzione di nomina e sorveglianza sull'attività compiuta dai liquidatori delle fondazioni e delle associazioni private riconosciute e, per analogia, anche di quelle non riconosciute, non è ammessa l'impugnazione straordinaria per cassazione, ex art. 111 Cost., in quanto tali provvedimenti costituiscono misure di volontaria giurisdizione, prive di decisorietà e di definitività, essendo il liquidatore revocabile o sostituibile in ogni tempo, anche d'ufficio, e fondandosi le relative statuizioni su un'indagine sommaria, eseguita *incidenter tantum* (**Sez. 1, n. 19309/2018, Lamorgese, Rv. 649951-01**).



## **16. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge.**

Il ricorso per cassazione nell'interesse della legge disciplinato dall'art. 363 c.p.c. è un istituto volto precipuamente a realizzare la funzione nomofilattica attribuita alla Corte di Cassazione quale sua massima espressione e con l'art. 65 ord. giud. costituisce la conferma dello *ius constitutionis* ovvero del giudizio per cassazione come giudizio diretto ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione della legge.

L'istituto, di origine francese, era stato scarsamente impiegato sino alla riforma intervenuta con l'art. 4 del d.lgs. n. 40 del 2006 che ha riformulato la norma, sostituendo il ricorso nell'interesse della legge con il principio di diritto nell'interesse della legge. Tra le novità introdotte è previsto che la Corte, a fronte di un precedente provvedimento giudiziario di merito ritenuto erroneo, non provvede alla cassazione ma enuncia, nell'interesse della legge, il principio di diritto al quale il giudice avrebbe dovuto attenersi. Ciò può avvenire, non solo per l'iniziativa del Procuratore generale presso la Suprema Corte, ma anche d'ufficio da parte della medesima Corte qualora il ricorso sia dichiarato inammissibile e la questione sia ritenuta di particolare importanza.

L'enunciazione del principio di diritto può avvenire non solo quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini della legge o vi hanno rinunciato, ma anche “quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile” ovvero nei casi in cui è esclusa anche la possibilità del ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., in quanto trattasi di provvedimenti privi del carattere della decisorietà e definitività, come, ad esempio, quelli di natura camerale e cautelare i quali, in difetto, finirebbero con lo “sfuggire” al controllo di legittimità della Corte di cassazione.

Nondimeno, in conformità con la natura esclusivamente nomofilattica dell'istituto, l'enunciazione del principio di diritto non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito, non essendo diretto all'annullamento dello stesso, limitandosi a dichiararne l'erroneità.

### **16.1. Il ricorso del Procuratore Generale.**

Il ricorso nell'interesse della legge, da tenersi distinto dal ricorso ordinario che il Procuratore Generale presso la Suprema

Corte, in qualità di parte, può proporre e la cui decisione produrrà effetti sulla pronuncia impugnata, ha la finalità di far correggere un principio errato contenuto in un provvedimento di merito, indipendentemente dall'esito del relativo giudizio, essendo unicamente diretto all'enunciazione del principio di diritto e non alla tutela giurisdizionale dei diritti delle parti, quale esercizio della nomofilachia.

Pertanto, come di recente evidenziato da Sez. U, n. 23469/2016, De Stefano, Rv. 641536-01, lo stesso non è un mezzo di impugnazione, bensì un procedimento dotato di una propria autonomia diretto a consentire il controllo sulla corretta osservanza ed uniforme applicazione della legge “quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini della legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile”. Tale ricorso si estrinseca, in particolare, in una richiesta diretta alla Suprema Corte che non deve essere quindi notificata alle parti, poiché prive di legittimazione a partecipare al procedimento, non risultando in alcun modo pregiudicato il provvedimento presupposto. Tale iniziativa, pur non potendo influire sulla fattispecie concreta, non può prescindere, infatti, non avendo natura di impugnazione, non può assumere carattere preventivo o esplorativo, potendosene servire solo in caso di decisione contraria alla legge per far correggere alla Corte l'errore e chiedere che venga chiarita l'esatta portata e il reale significato della normativa di riferimento. Essa è diretta al Primo Presidente “il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza” e deve contenere “una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza”.

Tale potere d'iniziativa è discrezionale e caratterizzato dall'avvenuta decisione giurisdizionale non impugnata o impugnabile, dalla sua ritenuta illegittimità e dall'interesse della legge quale interesse pubblico, trascendente da quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto per la ritenuta importanza di una sua formulazione espressa.

## **16.2. Il potere officioso della Corte.**

A norma dell'art. 363, comma 3, c.p.c. - come novellato dall'art. 4 del d.lgs. n. 40 del 2006 - se le parti non possono, nel loro interesse e sulla base della normativa vigente, investire la Corte di cassazione di questioni di particolare importanza in rapporto a

provvedimenti giurisdizionali non impugnabili, ed il Procuratore Generale presso la stessa Corte non chiede l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, la S.C. può esercitare d'ufficio il potere discrezionale di formulare il principio di diritto concretamente applicabile. Tale potere, espressione della funzione di nomofilachia, comporta che - in relazione a questioni la cui particolare importanza sia desumibile non solo dal punto di vista normativo, ma anche da elementi di fatto - la Corte di cassazione possa eccezionalmente pronunciare una regola di giudizio che, sebbene non influente nella concreta vicenda processuale, serva tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi o simili.

Tale potere può essere affidato sia alle sezioni unite che a quelle semplici che, dichiarata l'inammissibilità del ricorso, possono enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge in relazione alla questione, ritenuta di particolare importanza, sollevata nel ricorso.

Si segnala, in questa prospettiva, **Sez. 1, n. 22472/2018, Terrusi, Rv. 650585-01**, la quale, a seguito della declaratoria d'inammissibilità del ricorso, la Corte ha esaminato egualmente, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., la questione giuridica sottesa, considerata l'importanza della stessa sul piano pratico, per le potenziali ricadute nel settore delle vendite fallimentari, rilevata anche l'assenza di precedenti.

Analogamente è possibile, come ha precisato Sez. U, n. 20661/2014, Giusti, Rv. 632239-01, che, nel pronunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge, la Corte sollevi una questione di legittimità costituzionale, poiché la rilevanza della questione può essere affermata anche quando la norma sia destinata a trovare applicazione nell'enunciazione del principio di diritto, ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c. in quanto la funzione nomofilattica sottesa non si esaurisce nella dimensione statica della legalità ordinaria. Diversamente, in assenza della proposizione di un ricorso in cassazione, nel caso di un'istanza di enunciazione del principio contenuta in una semplice comunicazione scritta indirizzata da una delle parti al Primo Presidente si impone la pronuncia di non luogo a provvedere (Sez. 6-2, n. 10557/2015, Rv. 635423-01).

Il procedimento è incompatibile con il rito camerale previsto dagli artt. 375 e 380 *bis* c.p.c., poiché esso rappresenta uno strumento per rendere più celere il giudizio in determinate tipologie decisionali tra le quali non può rientrare l'enunciazione del principio nell'interesse della legge, che presuppone una particolare

importanza della questione giuridica esaminata (**Sez. 3, n. 05665/2018, Porreca, Rv. 648294-01**).

In caso di estinzione del giudizio di cassazione a seguito di rinuncia al ricorso ad opera della parte, così come in caso di rilevata inammissibilità, la Corte può pronunciare d'ufficio il principio di diritto sulla questione ritenuta di particolare importanza, essendole preclusa solamente la possibilità di pronunciarsi sulle censure con effetti sul concreto diritto dedotto in giudizio. Allo stesso modo, anche a seguito di ricorso per motivi di giurisdizione avverso una decisione del giudice contabile, dichiarata inammissibile, le sezioni unite della Corte possono enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge, se ritengono che la questione decisa sia di particolare importanza.

La *questio iuris* può attenere anche a profili diversi dall'inammissibilità del ricorso che possano comunque desumersi dallo stesso.

### **16.3. L'enunciazione dei principi di diritto più rilevanti nell'interesse della legge.**

Sin da questi primi anni di applicazione, l'istituto disciplinato dall'art. 363 c.p.c., specie mediante l'attribuzione alla Corte di cassazione di enunciare d'ufficio il principio di diritto nell'interesse della legge a fronte dell'inammissibilità del ricorso proposto, ha consentito alla stessa di intervenire su questioni giuridiche di fondamentale importanza.

Nel 2018, tra queste si segnala senz'altro **Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-01**, la quale – nonostante l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse derivante dalla conclusione transattiva della controversia – ha enunciato ex art. 363, comma 3, c.p.c., il principio, di elevato rilievo nomofilattico, stante la novità delle relative questioni giuridiche, secondo cui il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo PEC, senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, della l. 21 gennaio 1994, n. 53 o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non ne comporta l'improcedibilità ove il controricorrente (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica del ricorso ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificatogli ex art. 23, comma 2, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Le

Sezioni Unite hanno precisato che, diversamente, ove il destinatario della notificazione a mezzo PEC del ricorso nativo digitale rimanga solo intimato (così come nel caso in cui non tutti i destinatari della notifica depositino controricorso) ovvero disconosca la conformità all'originale della copia analogica non autenticata del ricorso tempestivamente depositata, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità sarà onere del ricorrente depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio. (Principio enunciato ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c.).

Peculiare rilievo assume poi, Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914-01, la quale ha affermato l'innovativo principio per il quale, nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile, sicché non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi, sebbene il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere debba corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i suoi limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero ed alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

Principio di diritto enunciato nell'interesse della legge è, poi, quello espresso da Sez. U, n. 11799/2017, Frasca, Rv. 644305-01, la quale ha chiarito che, in tema di impugnazioni, qualora un'eccezione di merito sia stata respinta in primo grado, in modo espresso o attraverso un'enunciazione indiretta che ne sottenda, chiaramente ed inequivocamente, la valutazione di infondatezza, la devoluzione al giudice d'appello della sua cognizione, da parte del convenuto rimasto vittorioso quanto all'esito finale della lite, esige la proposizione del gravame incidentale, non essendone, altrimenti, possibile il rilievo officioso ex art. 345, comma 2, c.p.c. (per il giudicato interno formatosi ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c.), né sufficiente la mera riproposizione, utilizzabile, invece, e da effettuarsi in modo espresso, ove quella eccezione non sia stata oggetto di alcun esame, diretto o indiretto, ad opera del giudice di prime cure, chiarendosi, altresì, che, in tal caso, la mancanza di detta riproposizione rende irrilevante in appello l'eccezione, se il potere di

sua rilevanza è riservato solo alla parte, mentre, se compete anche al giudice, non ne impedisce a quest'ultimo l'esercizio ex art. 345, comma 2, c.p.c.

Né può trascurarsi la rilevanza, per orientare le differenti posizioni espresse in sede di merito dai giudici dell'esecuzione, di Sez. 3, n. 19792/2011, De Stefano, Rv. 619568-01, la quale ha chiarito, enunciando un principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c., che un bene gravato da uso civico non può essere oggetto di espropriazione forzata, per il particolare regime della sua titolarità e della sua circolazione, che lo assimila ad un bene appartenente al demanio, nemmeno potendo per esso configurarsi una cosiddetta sdemanializzazione di fatto.



## **CAPITOLO XVI**

### **GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE**

(DI VALERIA PIRARI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Revocazione. - 2.1. Dolo di una delle parti. - 2.2. Acquisizione di documenti. - 2.3. Errore di fatto cd. revocatorio. - 3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione - 4. Questioni procedurali. - 5. L'opposizione di terzo.

#### **1. Premessa.**

Nel corso del 2018, 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 ordinario (ipotesi di cui ai n. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.) ovvero straordinario (casi di cui ai n. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.) 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 elencati nell'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. Dolo di una delle parti.**

Con riguardo al motivo indicato al n. 1 dell'art. 395 c.p.c., **Sez. 6 - 5, n. 22851/2018, Luciotti, Rv. 650814-01**, in linea con il precedente orientamento (cfr. Sez. L, n. 12875/2014, Venuti, Rv.



631268-01), ha escluso che costituisca motivo di revocazione il comportamento della parte che, pur censurabile sotto il diverso profilo della lealtà e correttezza processuale, sia inidoneo a pregiudicare il diritto di difesa della controparte, la quale resta pienamente libera di avvalersi dei mezzi offerti dall'ordinamento al fine di pervenire all'accertamento della verità, ribadendo che il dolo processuale di una delle parti in danno dell'altra possa costituire motivo di revocazione della sentenza soltanto quando consista in un'attività deliberatamente fraudolenta, concretantesi in artifici o raggiri tali da paralizzare, o sviare, la difesa avversaria e da impedire al giudice l'accertamento della verità, facendo apparire una situazione diversa da quella reale.

Nel caso esaminato, ad esempio, è stato escluso il dolo nella condotta dell'amministrazione finanziaria che aveva sottaciuto il mancato possesso, da parte del dipendente che aveva sottoscritto l'avviso di accertamento, della necessaria qualifica dirigenziale, così impedendo al contribuente di esperire adeguata impugnazione.

In applicazione del suddetto principio, **Sez. 6 - L, n. 26078/2018, Cavallaro, Rv. 651002-01**, ha analogamente escluso che integrasse un'ipotesi di dolo processuale la condotta della parte che, nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata, aveva agito quale procuratore speciale di un soggetto deceduto anteriormente al rilascio della procura *ad litem*, senza dichiarare tale circostanza nei due gradi di merito.

## 2.2. Acquisizione di documenti.

Con riguardo invece all'ipotesi di revocazione per il motivo di cui al n. 3) dell'art. 395 c.p.c., sono stati ribaditi alcuni principi in ordine sia all'onere della prova, sia all'ammissibilità della produzione documentale nel giudizio di legittimità.

Quanto alla prima questione, la Corte ha affermato che colui che agisce assumendo di essersi trovato nell'impossibilità, non per sua colpa, di produrre i documenti nel giudizio di merito, è tenuto a dimostrare, per giustificare la revocazione, che l'ignoranza dell'esistenza dei documenti e del luogo ove essi si trovavano fino al momento dell'assegnazione della causa a sentenza, non è dipesa da sua colpa, ma da fatto dell'avversario o da causa di forza maggiore (**Sez. 2, n. 00885/2018, Criscuolo M., Rv. 647074-01**).

Quanto alla seconda questione, **Sez. L, n. 18464/2018, Bellè, Rv. 649870-01**, ha precisato che la produzione di documenti non depositati in precedenza è ammissibile, nel giudizio di

cassazione, soltanto in quanto attengano alla nullità della sentenza impugnata o all'ammissibilità processuale del ricorso o del controricorso, ovvero al maturare di un successivo giudicato, mentre non è consentita la produzione di documenti nuovi relativi alla fondatezza nel merito della pretesa, per far valere i quali, se rinvenuti dopo la scadenza dei termini, la parte che ne assuma la decisività può esperire esclusivamente il rimedio della revocazione straordinaria *ex art. 395, n. 3, c.p.c.*

### 2.3. Errore di fatto cd. revocatorio.

In relazione alla ricorrente ipotesi di cui al n. 4) dell'art. 395, c.p.c., diverse sono state le pronunce che hanno chiarito gli aspetti relativi all'istituto, precisandone e delineandone i contenuti, sia con riferimento al requisito del fatto non controverso, sia alla questione che ha interessato l'erronea percezione del giudice.

Relativamente al requisito secondo cui il fatto non deve costituire un punto controverso, **Sez. 5, n. 27622/2018, D'Orazio, Rv. 651078-01**, ha chiarito cosa si intenda per "fatto controverso", evidenziando che tale presupposto ricorre quando la questione sia stata oggetto di posizioni contrapposte tra le parti e abbia dato luogo ad una discussione in corso di causa e affermando che, in tali ipotesi, la pronuncia del giudice non si configura come mera svista percettiva, ma assume necessariamente natura valutativa, così da essere sottratta al rimedio revocatorio (Nella specie, è stato ad esempio reputato controverso il fatto della presenza in contabilità dei buoni di consegna, posto a base della domanda, in quanto era stato oggetto del contraddittorio tra le parti e di esame da parte della decisione della Commissione regionale).

Inoltre, **Sez. 5, n. 14929/2018, Perrino, Rv. 649363-01**, ha chiarito che il punto può dirsi controverso quando sia oggetto di controversia, ossia incerto e per questo dibattuto, e che è la contestazione di un fatto a renderlo incerto e a farlo divenire giustiziabile, così da comportare l'assoggettamento di esso al dibattito del processo e da imporre al giudice di sciogliere l'incertezza, valutando la contestazione e stabilendone la fondatezza o meno, sicché, se vi è valutazione del contrasto tra le parti, è da escludere alcuna svista percettiva e la stessa ammissibilità del ricorso revocatorio.

Nella specie, si è detto che non costituisce punto controverso oggetto di decisione quello rispetto al quale una parte si sia limitata

a sollecitare l'esercizio di poteri di controllo officiosi da parte del giudice.

Anche la valutazione delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, effettuata dal giudice di merito e viziata da erronea percezione, può essere censurata, secondo **Sez. 6 - L, n. 19293/2018, Doronzo, Rv. 650202-01**, con la revocazione ordinaria quando l'errore attenga ad un fatto non controverso, mentre è sindacabile ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 115 c.p.c., quando l'errore ricada su circostanza che ha formato oggetto di discussione tra le parti, come in caso di mancato esame delle ragioni medico-legali illustrate nella consulenza tecnica d'ufficio che avevano formato oggetto di discussione tra le parti, anche se, ove esaminate, avrebbero condotto ad un risultato diverso. Si è detto infatti che, venendo in quest'ultimo caso censurato il giudizio fondato su una costruzione logico-giuridica incompatibile con le risultanze istruttorie e l'omessa motivazione sul punto, si configura un tipico *error in iudicando* sotto il profilo della asserita erroneità del giudizio sul fatto (nel quale si estrinseca il vizio di motivazione di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.).

Con più generale riferimento alla nozione di errore di fatto cd. revocatorio, **Sez. 6 - L, n. 06405/2018, Esposito L., Rv. 647570-01**, ha ribadito il consolidato principio per il quale lo stesso consiste in una falsa percezione della realtà, ossia in una "svista" materiale, obiettivamente e immediatamente rilevabile, su circostanze decisive emergenti direttamente dagli atti di causa, alla cui stregua si è affermata o supposta l'esistenza di un fatto decisivo incontestabilmente escluso dagli atti e dai documenti di causa ovvero l'inesistenza di un fatto decisivo positivamente accertato sulla base degli stessi atti e documenti, così da non potersi ravvisare in caso di vizi relativi all'interpretazione della domanda giudiziale (nella specie, l'errore prospettato riguardava la valutazione sul fatto che una malattia professionale fosse comprensiva o meno di un'altra, in quanto concernente la qualificazione della domanda e non l'omessa considerazione di elementi di fatto).

Analogamente, è stato escluso che rientrino nell'ambito del vizio cd. revocatorio le valutazioni giuridiche sulle risultanze processuali (cfr. **Sez. 5, n. 27570/2018, Castorina, Rv. 651070-02**) o la valutazione, ancorché errata, del contenuto degli atti di parte e della motivazione della sentenza impugnata, trattandosi di vizio costituente errore di giudizio e non di fatto (**Sez. 6 - L, n. 10184/2018, Esposito L., Rv. 648204-01**).

Per contro, **Sez. 5, n. 07617/2018, Nonno, Rv. 647693-01**, ha ravvisato l'errore di fatto rilevante ai fini della revocazione ex art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. nella pronuncia fondata, in modo evidente e immediatamente rilevabile, su una svista percettiva di carattere decisivo sull'intero oggetto del contendere (nella specie si era statuito sul condono "tombale" presentato da un professionista, anziché sul condono "clemenziale" presentato dalla società ricorrente).

In termini analoghi, **Sez. 6 - L, n. 04565/2018, Ghinoy, Rv. 647376-01**, esaminando il caso del giudice di merito, che, adito in revocazione, aveva dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione ex art. 395 n. 4 c.p.c., avverso una sentenza di rigetto per tardività di ricorso proposto ex art. 445 *bis*, comma 6, c.p.c., sull'erroneo presupposto che il non aver tenuto conto della scadenza del termine in giorno festivo configurasse errore di diritto e non di fatto, ha per contro ravvisato l'errore di fatto in quello commesso sul computo del termine per la proposizione dell'impugnazione, riguardando esso un fatto interno alla causa risolvendosi in una falsa percezione di quanto rappresentato dalle parti e costituendo il rilievo del *dies ad quem* e l'applicazione del calendario comune - adempimenti indispensabili per valutare la tempestività dell'impugnazione - elementi facilmente riscontrabili dalla lettura degli atti da parte del giudice, così come **Sez. 6 - 5, n. 06464/2018, Solaini, Rv. 647323-01**, ha ritenuto denunciabile con lo strumento della revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., e non con ricorso per cassazione, la sentenza d'appello dichiarativa della cessazione della materia del contendere erroneamente fondata sulla supposizione di un fatto in realtà insussistente.

Infine, **Sez. 2, n. 15043/2018, Cosentino, Rv. 649170-01**, ha sostenuto che l'errore del giudice di merito circa l'omessa produzione in giudizio di un documento decisivo può essere fatto valere soltanto in sede di revocazione, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c., purché ne ricorrano le condizioni, mentre il vizio di omesso esame di un documento decisivo non è deducibile in cassazione se il giudice di merito ha accertato che quel documento non è stato prodotto in giudizio, non essendo configurabile un difetto di attività del giudice circa l'efficacia determinante, ai fini della decisione della causa, di un documento non portato alla cognizione del giudice stesso.

### 3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione

Ai sensi dell'art. 391 *bis* c.p.c. la revocazione per errore di fatto ex art. 395 n. 4) c.p.c. può essere richiesta anche contro le decisioni pronunciate dalla Corte di cassazione.

Con riguardo all'ambito applicativo dell'istituto, **Sez. U, n. 08984/2018, Cirillo E., Rv. 648127-02**, ha precisato che, sulla base del combinato disposto dell'art. 391 *bis* e dell'art. 395, n. 4, c.p.c., non costituiscono causa di revocazione della sentenza di cassazione né l'errore di diritto, sostanziale o processuale, né l'errore di giudizio o di valutazione, rilievi questi proponibili soltanto contro le decisioni di merito nei limiti dell'appello e del ricorso per cassazione, ritenendo non irrazionale la scelta del legislatore di riconoscere ai motivi di revocazione una propria specifica funzione e di escludere a questi fini le predette ipotesi, sia in quanto, nel sistema delle impugnazioni, la Costituzione non impone al legislatore ordinario altri vincoli oltre a quelli, previsti dall'art. 111 Cost., della ricorribilità in cassazione per violazione di legge di tutte le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, sia in quanto, con riguardo all'effettività della tutela giurisdizionale, la giurisprudenza europea e quella costituzionale riconoscono la necessità che le decisioni, una volta divenute definitive, non possano essere messe in discussione, onde assicurare la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché l'ordinata amministrazione della giustizia.

È stato poi ulteriormente precisato, da **Sez. 6-3, n. 03760/2018, Rossetti, Rv. 647695-01**, che la revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione è configurabile soltanto nelle ipotesi in cui essa sia giudice del fatto ed incorra in errore meramente percettivo, sicché non può ritenersi inficiata da errore di fatto la sentenza della quale si censuri la valutazione di uno dei motivi del ricorso ritenendo che sia stata espressa senza considerare le argomentazioni contenute nell'atto d'impugnazione, perché in tal caso è dedotta un'errata considerazione e interpretazione dell'oggetto di ricorso.

Quanto al discrimine tra l'istituto in esame e gli ordinari mezzi di impugnazione, **Sez. 1, n. 26643/2018, Mercolino, Rv. 651443-01**, ha chiarito che l'errore di fatto idoneo a legittimare la revocazione della sentenza di cassazione, *ex artt. 391-bis e 395, n. 4 c.p.c.*, deve riguardare gli atti interni al giudizio di legittimità, che la Corte può esaminare direttamente, con propria indagine di fatto, nell'ambito dei motivi di ricorso e delle questioni rilevabili d'ufficio,

e deve quindi avere carattere autonomo, nel senso di incidere esclusivamente sulla sentenza di legittimità, mentre, ove l'errore sia stato causa determinante della sentenza di merito, in relazione ad atti o a documenti che, ai fini della stessa, sono stati o avrebbero dovuto essere esaminati, il vizio della sentenza deve essere fatto valere con gli ordinari mezzi di impugnazione.

Circa poi la nozione di errore revocatorio, **Sez. L, n. 28143/2018, Torrice, Rv. 651495-01**, dopo avere affermato che tale errore deve dipendere da una falsa percezione della realtà ovvero da una svista obiettivamente ed immediatamente rilevabile, la quale abbia portato ad affermare o supporre l'esistenza di un fatto decisivo, incontestabilmente escluso dagli atti e documenti, ovvero l'inesistenza di un fatto decisivo, che dagli atti o documenti stessi risulti positivamente accertato, e che in nessun modo coinvolga l'attività valutativa del giudice di situazioni processuali esattamente percepite nella loro oggettività, ha affermato che la parte può avvalersi del rimedio della revocazione ordinaria per far valere, ad esempio, la non corretta instaurazione del processo nel giudizio in cassazione e, conseguentemente, l'erroneità della pronuncia di ammissibilità del ricorso, quando la Corte, sull'erroneo presupposto dell'avvenuta costituzione della parte intimata smentita con evidenza dagli atti, abbia ritenuto validamente costituito il rapporto processuale, senza compiere alcuna valutazione sulla regolarità del procedimento notificatorio, invece da escludersi per difetto di prova dell'avvenuta consegna del piego raccomandato al destinatario indicato nell'atto.

Con riguardo all'errore involgente aspetti processuali ed, in particolare, il procedimento notificatorio, **Sez. L, n. 24355/2018, Di Paolantonio, Rv. 650577-01**, ha affermato che, nel giudizio di revocazione delle pronunce della Corte di cassazione, ove si deduca che l'errore di fatto in cui è incorso il giudice sia consistito nell'aver supposto l'esistenza dell'avviso di ricevimento della notifica del ricorso introduttivo, in realtà mai formato, l'onere di provare che quell'atto era stato depositato unitamente al ricorso, o comunque prima dell'udienza di discussione, grava sull'originario ricorrente, e che se questi omette di costituirsi in giudizio e di depositare il fascicolo di parte del procedimento nel quale è stata pronunciata la sentenza cui si riferisce la revocazione, l'atto deve ritenersi come se non fosse stato depositato, sempre che di quel deposito non vi sia traccia nel fascicolo d'ufficio.

Analogamente, è possibile far valere con l'istituto della revocazione, secondo **Sez. 6-2, n. 18443/2018, Scarpa, Rv.**

**649862-01**, l'omessa rilevazione di un vizio che avrebbe comportato l'inammissibilità del controricorso (nella specie, mancata sottoscrizione dell'atto da parte di un avvocato iscritto nell'apposito albo), costituendo lo stesso errore di fatto rilevante ai sensi degli artt. 391 *bis* c.p.c. e 395 n. 4, c.p.c., purché il ricorrente dimostri che la sentenza avrebbe potuto avere un diverso contenuto - in ordine all'accoglimento dell'impugnazione, invece respinta, e non alla semplice conseguente statuizione sulle spese di lite - ove si fosse evitata la "percettibilità" di fatti derivati dalla lettura delle allegazioni difensive contenute in tale controricorso, e, secondo **Sez. 5, n. 00602/2018, Frasca, Rv. 646910-01**, l'omesso avviso di fissazione dell'udienza o della camera di consiglio a tutte le parti costituite, quale fatto incontestabilmente mai avvenuto, ma non anche l'assunta nullità dello stesso, essendo in tal caso configurabile la denuncia di errore di diritto.

Nell'ipotesi, invece, di pronuncia di cassazione con rinvio, secondo **Sez. 6-2, n. 12046/2018, D'Ascola, Rv. 648547-01**, il ricorso per revocazione è ammissibile in caso di pronuncia di accoglimento fondata su un vizio processuale dovuto a un errore di fatto o se il fatto di cui si denuncia l'errore percettivo è assunto come decisivo nell'enunciazione del principio di diritto, o, nell'economia della sentenza, è stato determinante per condurre all'annullamento per vizio di motivazione, mentre è inammissibile soltanto se l'errore revocatorio enunciato ha 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.

Con riguardo al merito della decisione, **Sez. 5, n. 10032/2018, Crucitti, Rv. 647965-01**, ha sostenuto che integra errore di fatto, ai sensi degli artt. 391-*bis* e 395, n. 4, c.p.c., la ritenuta inesistenza di un motivo del ricorso originario, non esaminato dal giudice di primo grado, in quanto ritenuto espressamente assorbito dall'accoglimento di un altro motivo e ritualmente riproposto, ex art. 346 c.p.c., in appello ed in quella sede assorbito per la medesima ragione, trattandosi, ove decisiva, di una "svista" immediatamente percepibile dagli atti processuali.

Negli stessi termini, si sono espresse **Sez. L, n. 07988/2018, Manna A., Rv. 648262-01**, secondo cui costituisce errore di fatto, denunciabile ex art. 395 n. 4, c.p.c., l'omessa percezione di questioni sulle quali il giudice d'appello non si è pronunciato in quanto ritenute, anche implicitamente, assorbite, senza che rilevi, ai fini della sua decisività, l'eventuale omessa riproposizione in sede di

legittimità della questione assorbita, su cui non si forma giudicato implicito, atteso che può essere riproposta e decisa nel giudizio di rinvio (come nel caso relativo a una causa in materia di licenziamento collettivo, nella quale era stato omesso l'esame della tardività della comunicazione di avvio della procedura e della mancata inclusione nella stessa dei nominativi degli altri lavoratori mantenuti in servizio, in quanto reputate assorbite dalla corte territoriale), e **Sez. 5, n. 23502/2018, Federici, Rv. 650515-01**, la quale ha ritenuto sussistente l'invocato errore revocatorio in una decisione della stessa Corte di cassazione che aveva accolto il ricorso dell'Agenzia fondato su una questione preliminare e aveva poi deciso la causa nel merito, rigettando la domanda del contribuente, senza avvedersi che quest'ultimo aveva riproposto in appello motivi di ricorso che erano stati assorbiti, come già in primo grado.

Non si è invece in presenza di errori di fatto rilevanti ai fini della revocazione avverso una sentenza della Corte di legittimità, secondo **Sez. L, n. 23608/2018, Marotta, Rv. 650625-01**, nel caso di richiesta fondata sulla pretesa erronea qualificazione giuridica del provvedimento impugnato come sentenza, piuttosto che come ordinanza, trattandosi non già di errore percettivo bensì di valutazione in diritto, e, per **Sez. 3, n. 07795/2018, De Stefano, Rv. 648307-01**, nell'ipotesi di pretesa erroneità della persistente controvertibilità di una questione o della lettura di uno o più degli atti dei gradi di merito che siano state oggetto della sentenza di secondo grado e poi dei motivi di ricorso per cassazione, sia perché in tal caso la questione è già stata oggetto di discussione tra le parti, sia perché un eventuale errore di diritto o di fatto commesso in tesi dalla Corte di cassazione e diverso dalla mera svista su atti processuali del solo giudizio di legittimità non sarebbe suscettibile di emenda in base al vigente sistema processuale.

In termini analoghi, si è espressa **Sez. 5, n. 00443/2018, Frasca, Rv. 646689-01**, la quale ha ritenuto inammissibile il ricorso nel quale era stata prospettata l'erronea affermazione dell'intervenuta prescrizione del diritto al recupero di dazi doganali, in quanto gli errori indicati non riguardavano la percezione ma la valutazione, in fatto e in diritto, delle risultanze processuali, sostenendo che l'errore di fatto rilevante ai fini dell'ammissibilità dell'istanza di revocazione di una pronuncia della Corte di cassazione, proponibile ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.c., consiste in un errore di percezione, o in una mera svista materiale, che abbia indotto il giudice a supporre l'esistenza (o l'inesistenza) di un fatto



decisivo, che risulti, invece, in modo incontestabile escluso (o accertato) in base agli atti e ai documenti di causa, sempre che tale fatto non abbia costituito oggetto di un punto controverso, su cui il giudice si sia pronunciato, e presuppone, quindi, il contrasto fra due diverse rappresentazioni dello stesso fatto, delle quali una emerge dalla sentenza, l'altra dagli atti e documenti processuali, sempreché la realtà desumibile dalla sentenza sia frutto di supposizione e non di giudizio, formatosi sulla base di una valutazione.

#### 4. Questioni procedurali.

Occorre in primo luogo considerare, in tema di ammissibilità della domanda, **Sez. 2, n. 08526/2018, Tedesco, Rv. 648008-01**, la quale ha ritenuto che il giudice della revocazione, quando una sentenza di appello, fondata su due autonome ragioni, sia impugnata con riferimento soltanto ad una di esse per revocazione, e con riferimento all'altra con ricorso per cassazione, non possa dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione, in quanto rivolta contro una soltanto delle ragioni della decisione, ma debba provvedere con sentenza dichiarativa dell'esistenza o meno del vizio revocatorio, sentenza che resta subordinata al definitivo esito del ricorso per cassazione in ordine all'autonoma ragione della decisione della sentenza di appello.

Con riguardo alla domanda di revocazione della sentenza della Corte di cassazione per errore di fatto, **Sez. 6-1, n. 14126/2018, Cristiano, Rv. 649692-01**, ha asserito che essa debba contenere, a pena di inammissibilità, oltre all'indicazione del motivo della revocazione prescritta dall'art. 398, comma 2, c.p.c., anche l'esposizione dei fatti di causa richiesta dall'art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., al fine di rendere agevole la comprensione della questione controversa e dei profili di censura formulati, in immediato coordinamento con il contenuto della sentenza impugnata, sicché è inammissibile il ricorso *ex art. 391 bis* c.p.c. nel quale l'esposizione dei fatti di causa sia stata effettuata mediante il semplice rinvio al precedente ricorso per cassazione.

Quanto al termine per proporre il ricorso, **Sez. 6- 5, n. 13358/2018, Lucioti, Rv. 648688-01**, ha precisato che, in virtù della disciplina transitoria dettata dall'art. 2 del d.l. n. 168 del 2016, conv., con modif., dalla l. n. 197 del 2016, il termine cd. lungo di sei mesi previsto dall'art. 391 *bis*, comma 1, c.p.c., nella formulazione novellata dall'art. 1 *bis* del citato decreto, ai fini dell'impugnazione per revocazione delle decisioni della Corte di cassazione, decorrente

dalla pubblicazione delle stesse, è applicabile ai ricorsi depositati successivamente, ovvero a quelli già proposti per i quali non è stata fissata udienza o adunanza in camera di consiglio, alla data di entrata in vigore della legge di conversione (ovvero il 30 ottobre 2016), mentre, sullo stesso argomento, **Sez. 6-3, n. 21280/2018, D'Arrigo, Rv. 650490-01**, ha per contro sostenuto che la riduzione del termine per la proposizione del ricorso per la correzione degli errori materiali o per la revocazione delle sentenze della Corte di cassazione, 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 solamente ai provvedimenti pubblicati dopo l'entrata in vigore della legge di riforma, ossia il 30 ottobre 2016, in applicazione del principio generale posto dall'art. 12 delle preleggi, 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 applicano 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).

Sotto un distinto profilo, **Sez. L, n. 20469/2018, Ponterio, Rv. 650092-01**, ha ritenuto che la sospensione del procedimento di legittimità, in pendenza del giudizio di revocazione, non possa essere disposta ai sensi dell'art. 295 c.p.c., non ricorrendone i presupposti, poiché la sospensione necessaria del processo, quando non sia imposta da una specifica disposizione di legge, presuppone l'esistenza di una relazione sia di pregiudizialità logica (nel senso che la definizione di una controversia rappresenti un momento ineliminabile del processo logico relativo alla decisione della causa dipendente) sia di pregiudizialità giuridica (nel senso che la controversia pregiudiziale sia diretta alla formazione di un giudicato che, in difetto di coordinamento tra i due procedimenti, possa porsi in conflitto con la decisione adottata nell'altro giudizio), e poiché nel giudizio di revocazione la fase rescindente ha per oggetto l'accertamento del denunciato vizio della sentenza impugnata e non l'esistenza o il contenuto del rapporto giuridico in ordine al quale la sentenza stessa abbia giudicato, mentre solo l'eventuale fase rescissoria viene a rinnovare il giudizio su tali punti.

La citata pronuncia ha poi proseguito sostenendo che il sistema delineato dal codice di procedura civile non è irrispettoso delle esigenze di tutela dei diritti di cui agli artt. 24 Cost. e 6 CEDU, posto che l'art. 398, comma 4, c.p.c. collega la facoltà di sospensione del giudizio di cassazione e del relativo termine per

impugnare al mero requisito della "non manifesta infondatezza" della revocazione proposta.

Quanto poi all'eventuale avvenuta fissazione di un ricorso per revocazione in pubblica udienza, anziché in camera di consiglio, come prescritto dall'art. 391 *bis* c.p.c., **Sez. L, n. 14400/2018, Rivero, Rv. 648995-01**, ha ritenuto tale evenienza pienamente legittima, in quanto non comportante alcun pregiudizio ai diritti di azione e difesa delle parti, considerato che l'udienza pubblica rappresenta, anche nel procedimento davanti alla Corte di cassazione, lo strumento di massima garanzia di tali diritti, consentendo ai titolari di questi di esporre compiutamente i propri assunti. In tal caso, si è detto che, in caso di ammissibilità e fondatezza del ricorso, non occorre il rinvio all'udienza pubblica per la fase rescissoria, potendo nella stessa udienza decidersi il ricorso per revocazione ed eventualmente – in caso di suo accoglimento – anche il ricorso in precedenza deciso con la pronuncia oggetto di revocazione.

In relazione alle spese, **Sez. 6-3, n. 23914/2018, Rossetti, Rv. 651362-01**, ha precisato che il ricorso per revocazione, a differenza del procedimento di correzione materiale esente secondo quanto previsto dalla Circolare del Ministero della Giustizia del 18 marzo 2003, non ha natura amministrativa ma giurisdizionale ed è pertanto soggetto al pagamento del contributo unificato (ed al cd. "raddoppio" in caso di soccombenza), mentre con specifico riferimento alla condanna *ex art. 96 c.p.c.*, **Sez. 1, n. 02040/2018, Nazzicone, Rv. 646863-01**, ha ritenuto che integri la "*colpa grave*" – quale stato soggettivo che si concreta nel mancato doveroso impiego di quella diligenza che consenta di avvertire agevolmente l'ingiustizia della propria domanda – la proposizione di un ricorso per revocazione di una sentenza della Corte di cassazione ove si prospetti come vizio revocatorio un preteso *error in iudicando* commesso dalla Corte stessa, in presenza di una consolidata e costante giurisprudenza che esclude l'errore di giudizio dai vizi revocatori di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c. per le sentenze di legittimità.

Con riguardo poi all'impugnabilità del provvedimento emesso in sede di revocazione, **Sez. 1, n. 08592/2018, Fraulini, Rv. 648549-01**, ha affermato che le sentenze e le ordinanze *ex art. 380-bis c.p.c.*, emesse dalla Corte di cassazione nel giudizio di revocazione, non sono suscettibili di una nuova impugnazione per revocazione, essendo esauriti i mezzi di impugnazione ordinari, né contro le stesse può proporsi il ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*, esperibile soltanto avverso un provvedimento di merito

avente carattere decisorio e non altrimenti impugnabile, e che il principio di effettività del giudizio di cassazione, derivante dall'art. 111, comma 7, Cost., implica che tale rimedio non è utilizzabile quando il controllo di legittimità sull'oggetto del giudizio sia stato già svolto dalla Suprema Corte, dovendo prevalere, in tal caso, l'esigenza di assicurare che il processo giunga a conclusione in tempi ragionevoli, *ex* art. 111, comma 2, Cost.

In caso di giudicati contrastanti sulla medesima questione, **Sez. 6-5, n. 13804/2018, Napolitano, Rv. 648694-01**, ha chiarito che, al fine di stabilire quale dei due debba prevalere, occorre fare riferimento al criterio temporale, nel senso che il secondo giudicato prevale in ogni caso sul primo, purché la seconda sentenza contraria ad altra precedente non sia stata sottoposta a revocazione, impugnazione questa ammessa però esclusivamente ove la decisione oggetto della stessa non abbia pronunciato sulla relativa eccezione di giudicato (v., in termini analoghi, anche **Sez. 3, n. 11754/2018, Vincenti, Rv. 648794-04**, la quale, dopo avere chiarito che, nel giudizio di cassazione, il giudicato esterno - il cui accertamento ha carattere pubblicistico ed ha ad oggetto questioni assimilabili a quelle di diritto, anziché di fatto - è, al pari del giudicato interno, rilevabile d'ufficio, non solo qualora emerga da atti comunque prodotti nel giudizio di merito, ma anche nel caso in cui si sia formato successivamente alla sentenza impugnata, ha ritenuto che, in quest'ultima ipotesi, la sua utile deducibilità non è impedita dalla deduzione nella fase di merito di un precedente giudicato esterno su cui sia intervenuta pronuncia, negatoria della rilevanza dello stesso giudicato, impugnata in sede di legittimità e che, in caso di contrasto, il secondo giudicato prevale sul primo, sempre che la seconda sentenza non sia stata sottoposta a revocazione, reputando nella specie vincolante l'accertamento della validità della clausola *claims made* inserita in una delle polizze assicurative dedotte in giudizio, contenuto in una sentenza, resa sullo stesso rapporto e tra le medesime parti e passata in giudicato successivamente alla pronuncia impugnata con ricorso per cassazione, in quanto statuizione prevalente rispetto ad altri giudicati contrastanti perché ad essi successiva).

In applicazione di tale principio, è stata ritenuta la prevalenza del giudicato formatosi sull'illegittimità del diniego al riconoscimento di benefici fiscali di cui all'art. 26 del d.P.R. n. 601 del 1973 in favore del contribuente e la conseguente caducazione del diritto dell'Amministrazione alla riscossione delle somme ritenute dovute in virtù dei precedenti giudicati.

Quanto al processo tributario, **Sez. 5, n. 12784/2018, Balsamo, Rv. 648664-01**, discostandosi dal precedente orientamento (vedi Sez. 6-5, n. 22385/2017, Conti R.G., Rv. 645999-01, secondo cui il richiamo alla “non ulteriore impugnabilità” della sentenza sul punto dell'accertamento in fatto, non si riferisce all'inoppugnabilità derivante dalla scadenza dei termini per l'impugnazione, ma a quella derivante dalle preclusioni relative all'oggetto del giudizio), ha sostenuto che i ricorsi per revocazione proposti ai sensi dell'art. 64, comma 1, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (nella formulazione, applicabile *ratione temporis*, anteriore all'entrata in vigore dell'art. 9, comma 1, lett. cc), del d.lgs. n. 156 del 2015), sono ammissibili soltanto nei confronti di sentenze che, involgendo accertamenti di fatto, non siano ulteriormente impugnabili sul punto controverso o non siano state impugnate nei termini con i mezzi ordinari di gravame, tra i quali rientra il ricorso per cassazione, mentre **Sez. 6-5, n. 00327/2018, Lucioti, Rv. 647097-01**, ha precisato che, in tema di impugnazioni nel processo tributario, ai sensi dell'art. 64, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, nel testo modificato dall'art. 9, comma 1, lett. cc), del d.lgs. n. 156 del 2015, applicabile ai ricorsi depositati a decorrere dal 1° gennaio 2016, la revocazione cd. ordinaria è ammissibile anche se la stessa sentenza sia stata oggetto di ricorso per cassazione, in conformità, peraltro, all'art. 398, comma 4, c.p.c. (secondo cui la proposizione della revocazione non sospende il termine per proporre il ricorso per cassazione o il procedimento relativo), norma operante nel processo tributario, stante il generale rinvio al codice di procedura civile di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992.

## 5. Opposizione di terzo.

L'art. 404, comma 1, c.p.c. prevede che un terzo possa fare opposizione contro la sentenza pronunciata tra altre persone, passata in giudicato o comunque esecutiva, quando 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.

Con riguardo alla finalità del predetto rimedio, occorre considerare **Sez. 3, n. 24539/2018, Olivieri, Rv. 651137-01**, che, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 268, comma 2, c.p.c., in riferimento agli artt.

3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui prevede che il terzo intervenore possa partecipare ad un processo già iniziato *rebus sic stantibus* senza poter incidere sullo sviluppo delle fasi processuali, ha sostenuto che tale limite non costituisca ostacolo alla tutela effettiva del suo diritto (connesso per l'oggetto o per il titolo), essendogli consentito far valere le proprie ragioni, in condizione di piena eguaglianza con le altre parti, mediante la proposizione di un autonomo giudizio o dell'opposizione *ex art. 404 c.p.c.*

In proposito si è infatti evidenziato come la citata regola in tema di intervento del terzo soddisfi l'esigenza di bilanciare le ragioni di opportunità del *simultaneus processus* tra cause oggettivamente connesse (ossia quelle di evitare la formazione di giudicati anche soltanto logicamente contrastanti e di realizzare la concentrazione di cause analoghe per motivi di economia dei mezzi processuali, in funzione del principio di efficienza dell'esercizio della funzione giurisdizionale in quanto strumentale all'effettività della tutela dei diritti), e i principi, entrambi di rango costituzionale *ex art. 111 Cost.*, del "*regolare e spedito svolgimento del processo*" (in funzione della pronuncia di merito regolativa del rapporto controverso) e del "*processo equo*", sulla base dei quali le regole che disciplinano lo svolgimento del giudizio non soltanto non devono risolversi in un impedimento all'esercizio del diritto di difesa ma, specularmente, non devono neppure tradursi in ingiustificate asimmetrie, squilibrando i poteri processuali a vantaggio o detrimento di una soltanto delle parti.

In merito ai presupposti del rimedio in esame, **Sez. 1, n. 06985/2018 Tricomi L., Rv. 648140-01**, ha ritenuto inammissibile l'opposizione di terzo avverso la sentenza, passata in giudicato, di disconoscimento della paternità legittima, proposta da colui che sia indicato come vero padre, quando l'opponente deduca che l'esito (positivo) dell'azione di disconoscimento di paternità si riverbera sull'azione di riconoscimento della paternità intentata nei suoi confronti, in quanto il pregiudizio fatto valere è di mero fatto, laddove il rimedio contemplato dall'art. 404 c.p.c. presuppone che l'opponente azioni un diritto autonomo, la cui tutela sia però incompatibile con la situazione giuridica risultante dalla sentenza impugnata.

Con riguardo alla legittimazione all'azione, **Sez. 2, n. 28277/2018, Gorjan, Rv. 651182-01**, ha stabilito che il litisconsorte pretermesso nel procedimento camerale di rettificazione degli atti dello stato civile è legittimato a proporre opposizione di terzo ordinaria avverso la sentenza che lo conclude ovvero ad ottenere, in

via di eccezione in altro procedimento, la declaratoria di inopponibilità a sé della pronunzia medesima, e ha dichiarato l'ammissibilità dell'eccezione di inopponibilità della sentenza di rettificazione dell'atto di morte del padre, proposta dalla figlia naturale del *de cuius* nel diverso procedimento fondato sulla *petitio hereditatis* relativamente ad un bene ereditario.

In tema, **Sez. 2, n. 24234/2018, Giannaccari, Rv. 650646-01**, ha affermato che, in un giudizio di opposizione di terzo in cui l'attore aveva chiesto che venisse accertato il proprio diritto di comproprietà, autonomo e incompatibile rispetto a quello -di proprietà esclusiva- vantato dal convenuto, fosse necessario integrare il contraddittorio verso coloro che sarebbero risultati comproprietari dell'immobile, ove il bene non fosse stato compreso nella compravendita invocata dall'opposto, sostenendo che, in tema di domanda di rivendica di un bene proposta da uno o più soggetti che assumono di esserne i comproprietari, la necessità dell'integrazione del contraddittorio dipenda dal comportamento del convenuto. Qualora egli si limiti a negare il diritto di comproprietà degli attori, non si richiede, infatti, la citazione in giudizio di altri soggetti, non essendo in discussione la comunione del bene, mentre, nel caso in cui, al contrario, eccepisca di essere il proprietario esclusivo del bene, la controversia ha come oggetto la comunione di esso, cioè l'esistenza del rapporto unico plurisoggettivo, e il contraddittorio deve svolgersi nei confronti di tutti coloro dei quali si prospetta la contitolarità (litisconsorzio necessario), affinché la sentenza possa conseguire un risultato utile che altrimenti, in caso di mancata partecipazione al giudizio di alcuni, non avrebbe, non essendo a loro opponibile.

Secondo **Sez. 2, n. 21492/2018, Giannaccari, Rv. 650314-02**, il successore a titolo particolare nel diritto controverso non è terzo, bensì l'effettivo titolare del diritto in contestazione, tanto da poter essere destinatario dell'impugnazione proposta dall'avversario del cedente e da poter resistere alla medesima senza che tale suo diritto possa essere condizionato dal suo mancato intervento nelle fasi pregresse del giudizio, così come è legittimato a proporre impugnazione avverso la sentenza, anche pronunciata nei confronti del dante causa non estromesso, assumendo la stessa posizione di quest'ultimo, mentre è esclusa l'esperibilità da parte sua dell'opposizione ordinaria di terzo ex art. 404, comma 1, c.p.c.

Con riguardo, infine, all'opposizione di terzo revocatoria, di cui al secondo comma dell'art. 404 c.p.c., **Sez. 2, n. 21492/2018, Giannaccari, Rv. 650314-01**, ha precisato che tale rimedio

presuppone che la sentenza sia l'effetto di comportamenti dolosi o collusivi delle parti in danno del terzo, avente causa o creditore di una delle parti, e non è, pertanto, esperibile ove tali comportamenti siano stati posti in essere da una parte in danno dell'altra per la definizione, in suo favore, della lite.





## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'**

(DI FRANCESCA PICARDI)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2, e 336 c.p.c. – 3. Le impugnazioni e le preclusioni. – 4. Il giudicato ed il primato del diritto europeo.

#### **1. Premessa.**

Resta un problema di difficile soluzione quello della individuazione dei criteri che regolano la formazione progressiva del giudicato in virtù dell'impugnazione parziale e della conseguente acquiescenza tacita qualificata rispetto alle parti della sentenza non impugnate, dovendosi coordinare l'art. 329, comma 2, con il successivo art. 336 c.p.c., ai sensi del quale, da un lato, la riforma o la cassazione parziale ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata o cassata e, dall'altro, la riforma o la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata.

L'esigenza della ragionevole durata del processo, che ha ormai dignità costituzionale, ha indotto a dilatare la portata dell'istituto anche a scapito di altre regole processuali, come, ad esempio, quella della rilevanza d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, del difetto di giurisdizione. Così, come noto, Sez. U, n. 24883/2008, Merone, Rv. 604576-01, ha affermato che 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, e la parte può proporre ricorso per cassazione ex art. 360 n. 1 c.p.c. avverso la sentenza di appello, precisando che 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 esempio, 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 orientamento ha trovato ulteriore conferma nel corrente anno. **Sez. U, n. 10265/2018, Manna F., 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 - nella specie, 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. **Sez. U, n. 25937/2018, Giusti, Rv. 651342-01**, ha chiarito che, in tema di azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione della RAI (nella specie, il direttore generale), ove la decisione di condanna in primo grado del giudice contabile sia stata appellata senza la proposizione di uno specifico motivo di gravame attinente alla giurisdizione, deve ritenersi formato il giudicato implicito sul punto, con conseguente inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione formulata nel corso del giudizio di impugnazione, senza che rilevi, quale *ius superveniens*, l'introduzione dell'art. 49 bis nel d.lgs. n. 177 del 2005 ad opera dell'art. 3 della l. n. 220 del 2015, il quale prevede la soggezione degli organi di gestione e di controllo della RAI alle ordinarie azioni civili di responsabilità stabilite per le società di capitali, atteso che, ai fini della verifica della sussistenza dei presupposti fondanti la giurisdizione, rilevano le disposizioni vigenti al momento in cui è stata tenuta la condotta ipotizzata come illecita e che, per altro verso, il momento determinate la giurisdizione va fissato non solo con riguardo allo stato di fatto esistente al tempo della proposizione della domanda, ma anche con riferimento alla legge vigente in quel momento, senza che possano rilevare eventuali sopravvenienze in fatto o in diritto.

## **2. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2, e 336 c.p.c.**

Dal punto di vista sostanziale, occorre ricordare che il giudicato parziale si forma solo sulle parti della sentenza che, fondate su diversi presupposti, indipendenti da quelli relativi

alle statuizioni impugnate, abbiano, rispetto a queste ultime, carattere autonomo ed individualità a sé stante. Si tende, invece, ad escludere la formazione del giudicato interno non solo relativamente alle parti della sentenza dipendenti da quella impugnata, a cui espressamente si riferisce l'art. 336, comma 1, c.p.c., ma anche alle premesse logiche della statuizione impugnata. Al riguardo va menzionata Sez. U, n. 9872/1994, Sgroi, Rv. 488759-01, che, in virtù dell'esclusione della formazione del giudicato interno relativamente alle parti della sentenza integranti premesse logiche di quella impugnata, ha negato che la pronunzia sulla legge applicabile al rapporto controverso - che è meramente strumentale all'attribuzione del bene della vita - possa costituire oggetto di acquiescenza e/o di giudicato autonomo rispetto a quella sul rapporto ed ha ammesso, anche in sede di legittimità, l'applicazione dello *ius superveniens*, costituito dal d.l. n. 333 del 1992, conv. in l. n. 359 del 1992, così pervenendo alla cassazione con rinvio della sentenza impugnata, anche se non era stata sollevata alcuna questione al riguardo ed era in discussione solo la concreta attribuzione del bene della vita.

Aiutano nell'individuazione dell'ambito applicativo dell'art. 329, comma 2, c.p.c.:

**Sez. 3, n. 02379/2018, Iannello, Rv. 647932 - 01**, secondo cui 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 (nel caso di specie, le censure respinte denunciava la violazione del giudicato asseritamente formatosi relativamente a mere circostanze di fatto quali, ad esempio, l'inidoneità della tubazione di smaltimento delle acque esistente nell'intercapedine condominiale);

**Sez. 1, n. 22776/2018, Iofrida, Rv. 650903 - 01**, per la quale il principio dettato dall'art. 336 c.p.c. trova applicazione rispetto ai capi non impugnati autonomamente, ma necessariamente collegati ad altro che sia stato impugnato, per cui, in tema di contratti bancari, la riforma o la cassazione della sentenza che abbia dichiarato la nullità del contratto di conto corrente per difetto di forma scritta e contenga l'espressa statuizione della non debenza di interessi e spese, impedisce il passaggio in giudicato della parte di sentenza relativa alla non debenza degli accessori, trattandosi di statuizione necessariamente collegata al capo impugnato e riformato o cassato;

**Sez. L, n. 16853/2018, Torrice, Rv. 649361-01, e Sez. 6 - L, n. 24783/2018, Cavallaro, Rv. 650927 - 01,** secondo cui, ai fini della selezione delle questioni, di fatto o di diritto, suscettibili di devoluzione e, quindi, di giudicato interno se non censurate in appello, la locuzione giurisprudenziale "minima unità suscettibile di acquisire la stabilità del giudicato interno" individua la sequenza logica costituita dal fatto, dalla norma e dall'effetto giuridico, ossia la statuizione che affermi l'esistenza di un fatto sussumibile sotto una norma che ad esso ricollegghi un dato effetto giuridico, sicché, sebbene ciascun elemento di detta sequenza possa essere oggetto di singolo motivo di appello, nondimeno l'impugnazione motivata anche in ordine ad uno solo di essi riapre la cognizione sull'intera statuizione, perché, impedendo la formazione del giudicato interno, impone al giudice di verificare la norma applicabile e la sua corretta interpretazione - in virtù di tale principio la citata Sez. L, n. 16853/2018, ha ritenuto sufficiente 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, è stata ritenuta sufficiente a censurare la relativa statuizione, sulla quale, pertanto, non si era verificato alcun giudicato interno. In particolare, mediante tale pronuncia la S.C. 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.

Per quanto concerne l'individuazione dei provvedimenti suscettibili di essere oggetto di acquiescenza parziale, occorre considerare **Sez. L, n. 21720/2018, Patti, Rv. 650224 - 01,** secondo cui, nel cd. rito Fornero, l'ordinanza conclusiva della fase sommaria, salvo il caso di omessa opposizione, è priva di idoneità al giudicato, atteso che il giudizio di primo grado è unico a composizione bifasica, con una prima fase ad istruttoria sommaria, diretta ad assicurare una più rapida tutela al lavoratore, e una seconda, a cognizione piena, che non è una *revisio prioris instantiae*, ma solo una prosecuzione del giudizio di primo grado in forma ordinaria, per cui non si forma il giudicato sulla parte di tale ordinanza che non abbia formato oggetto di opposizione.

### 3. Le impugnazioni e le preclusioni.

Va, dunque, esclusa la configurabilità dell'acquiescenza e del giudicato rispetto alle parti di sentenza non appellate, dipendenti da quelle impugnate. Afferma esplicitamente tale principio Sez. U, n. 21691/2016, Curzio, Rv. 641723-02, secondo cui il ricorso per cassazione per violazione di legge sopravvenuta retroattiva incontra il limite del giudicato, che, tuttavia, ove sia stato proposto appello, sebbene limitatamente al c.p. della sentenza concernente l'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, non è configurabile in ordine al c.p. concernente le conseguenze risarcitorie, legato al primo da un nesso di causalità imprescindibile, atteso che, in base al combinato disposto degli artt. 329, comma 2, e 336, comma 1, c.p.c., l'impugnazione nei confronti della parte principale della decisione impedisce la formazione del giudicato interno sulla parte da essa dipendente.

Tuttavia, dalla mancata formazione del giudicato non deriva l'indiscriminata proponibilità, nel successivo giudizio di legittimità, di censure relativamente alle statuizioni dipendenti da quelle espressamente impugnate. Le limitazioni esistenti vengono, però, giustificate non in virtù del giudicato, ma dalle preclusioni che maturano nell'ambito dei giudizi di impugnazione alla luce dell'attuale disciplina di diritto positivo, fondata sulla progressiva riduzione del *thema decidendum*, collegata, a sua volta, all'onere imposto alle parti dagli artt. 329, 342, 360, 346 c.p.c. di coltivare le questioni. Difatti, in conseguenza dell'onere di riproposizione in appello delle eccezioni non accolte in primo grado (nella specie, di prescrizione), che opera anche nel processo tributario, a norma dell'art. 56 del d.lgs. n. 546 del 1992, l'omessa specifica riproposizione in sede di gravame preclude l'esame del relativo motivo di ricorso per cassazione (**Sez. 6 - 5, n. 12191/2018, Carbone, Rv. 648484 - 01**).

Le preclusioni in questione condizionano, del resto, anche i poteri dell'organo giudicante, come si evince da **Sez. 6 - L, n. 25933/2018, Cavallaro, Rv. 650998-01**, secondo cui, se una sentenza di condanna al risarcimento del danno viene impugnata dal soccombente soltanto nella parte in cui se ne afferma sussistere la responsabilità, incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice del gravame il quale, senza modificare le statuizioni sulla responsabilità, modifichi la quantificazione del danno - nella specie la S.C. ha cassato senza rinvio la sentenza della corte d'appello che aveva riformato la statuizione avente ad oggetto l'entità del risarcimento del danno spettante al lavoratore per

licenziamento illegittimo, nonostante il datore di lavoro non avesse, sul punto, formulato specifico motivo di gravame.

Relativamente alle preclusioni specifiche dei giudizi di impugnazione, resta una questione complessa l'individuazione della linea di confine tra l'onere di proposizione del ricorso o appello incidentale e quello di mera riproposizione di una domanda o eccezione non accolta.

Ad esempio, secondo **Sez. 3, n. 21018/2018, De Stefano, Rv. 650186-01**, in tema di risarcimento di danni cagionati da animali, l'adduzione indifferenziata, quale titolo di responsabilità del convenuto, sia della qualità di proprietario che di soggetto fruitore dell'animale comporta che l'accoglimento della domanda in primo grado in base alla seconda prospettazione, a meno di una esplicita esclusione della prima, non onera la parte danneggiata vittoriosa della proposizione di appello incidentale per avvalersi validamente, mediante la mera ma univoca riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c., di quella non accolta dal primo giudice; ne consegue che il giudice di appello non può esimersi, ove escluda la sussistenza del secondo titolo di responsabilità (la disponibilità dell'animale), dall'esaminare nel merito la sussistenza dell'altra (la proprietà o comproprietà), mentre **Sez. 6-3, n. 06716/2018, Scoditti, Rv. 648490-01**, ha ritenuto che la parte che sia rimasta soccombente su di una questione preliminare - qual è la qualificazione giuridica di un contratto rispetto all'accertamento dell'inadempimento dell'obbligo di adempiere, quando essa abbia condizionato l'impostazione e la definizione dell'indagine di merito - ha l'onere di proporre appello incidentale condizionato, pena il formarsi sulla stessa del giudicato interno, per effetto dell'acquiescenza, che concerne anche gli accertamenti che costituiscono il presupposto logico-giuridico della decisione - nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale la corte territoriale, in assenza di appello incidentale della parte vincitrice ma soccombente in merito alla questione preliminare, aveva qualificato l'azione quale domanda sulla base di contratto autonomo di garanzia, in luogo della differente qualificazione, in primo grado, come fideiussione.

Come precisato da **Sez. L, n. 21264/2018, Cinque, Rv. 650208-01**, in tema di impugnazioni, qualora un'eccezione di merito sia stata respinta in primo grado, in modo espresso o attraverso un'enunciazione indiretta che ne sottenda, chiaramente ed inequivocamente, la valutazione di infondatezza, la devoluzione al giudice d'appello della sua cognizione, da parte del convenuto rimasto vittorioso quanto all'esito finale della lite, esige la proposizione del gravame incidentale, non essendone, altrimenti, possibile il

rilievo officioso ex art. 345, comma 2, c.p.c. (per il giudicato interno formatosi ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c.), né sufficiente la mera riproposizione, utilizzabile, invece, e da effettuarsi in modo espresso, ove quella eccezione non sia stata oggetto di alcun esame, diretto o indiretto, ad opera del giudice di prime cure, chiarendosi, altresì, che, in tal caso, la mancanza di detta riproposizione rende irrilevante in appello l'eccezione, se il potere di sua rilevazione è riservato solo alla parte, mentre, se compete anche al giudice, non ne impedisce a quest'ultimo l'esercizio ex art. 345, comma 2, c.p.c. Nello stesso senso si è espressa **Sez. I, n. 28926/2018, Patti, Rv. 651392-02**, secondo cui, nel giudizio di appello, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., va affermata la necessità di riproposizione delle eccezioni che non siano state oggetto di alcun esame, diretto o indiretto del primo giudice, ma non anche di quelle rilevabili d'ufficio, sulle quali, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., sussiste per il giudice un obbligo di decidere: in applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, in tema di impugnativa di licenziamento disciplinare illegittimo, aveva ommesso di esaminare, perché ritenuti non riproposti, i profili attinenti all'inidoneità degli addebiti e alla non proporzionalità della sanzione.

**Sez. 2, n. 20690/2018, Falaschi, Rv. 650005-01**, ha chiarito che anche il vizio di omessa pronuncia su una domanda della parte vincitrice in relazione ad altre domande deve costituire oggetto di un puntuale motivo di appello incidentale, con il quale si segnali l'errore commesso dal giudice di primo grado, sebbene la specificazione delle ragioni poste a fondamento del motivo possa esaurirsi nell'evidenziare la mancata adozione in sentenza di una decisione sulla domanda ritualmente proposta, dovendo reputarsi inammissibile la mera riproposizione in sede di gravame della relativa questione. La stessa soluzione è stata adottata da **Sez. 6 - 2, n. 10406/2018, Falaschi, Rv. 648229-01**, secondo cui, nel caso in cui il giudice di primo grado abbia ommesso di pronunciarsi sulla domanda riconvenzionale, tale vizio deve essere portato alla cognizione del giudice di appello, già adito dalla controparte, anch'essa soccombente, necessariamente mediante appello incidentale, non essendo sufficiente, attesa la nuova configurazione dell'appello come *revisio prioris instantiae*, la mera riproposizione della domanda non esaminata in prime cure.

Nondimeno, la parte pienamente vittoriosa nel merito in primo grado, in ipotesi di gravame formulato dal soccombente, non ha l'onere di proporre appello incidentale per richiamare in discussione le proprie domande o eccezioni non accolte nella pronuncia, da intendersi come



quelle che risultino superate o non esaminate perché assorbite; in tal caso la parte è soltanto tenuta a riproporle espressamente nel giudizio di appello o nel giudizio di cassazione in modo tale da manifestare la sua volontà di chiederne il riesame, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo - così **Sez. U, n. 13195/2018, Scarano, Rv. 648680-01**, che ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto implicitamente rigettata un'eccezione di prescrizione, da considerarsi, invece, semplicemente assorbita dalla pronuncia fondata sulla c.d. ragione più liquida. Parimenti l'appellante che impugni la sentenza con la quale il giudice di primo grado non si sia espressamente pronunciato su una domanda dallo stesso formulata (nella specie, condanna al risarcimento del danno per inadempimento), avendola ritenuta assorbita dalla decisione su una questione pregiudiziale di rito (nella specie, rilievo del difetto di legittimazione attiva dell'attore), non ha l'onere di formulare uno specifico motivo di gravame sul merito della domanda medesima, ma soltanto quello di riproporla nel rispetto dell'art. 346 c.p.c. (**Sez. 3, n. 13768/2018, Di Florio, Rv. 648713 - 01**). Del resto, già **Sez. 6 - 3, n. 02991/2018, Rossetti, Rv. 647992-01**, aveva ribadito che, in caso di rigetto della domanda principale e conseguente omessa pronuncia sulla domanda di garanzia condizionata all'accoglimento, la devoluzione di quest'ultima al giudice investito dell'appello sulla domanda principale non richiede la proposizione di appello incidentale, essendo sufficiente la riproposizione della domanda ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

Dal punto di vista della forma, occorre ricordare che, ad avviso di **Sez. 2, n. 02091/2018, Falaschi, Rv. 647787-01**, la parte vittoriosa in primo grado che abbia visto, però, respingere taluna delle sue tesi od eccezioni, ovvero alcuni dei suoi sistemi difensivi, pur non avendo l'onere di proporre appello incidentale per chiederne il riesame, è tenuta, comunque, a manifestare in maniera esplicita e precisa la propria volontà di riproporre la domanda o le eccezioni rigettate, onde superare la presunzione di rinuncia e, quindi, la decadenza di cui all'art. 346 c.p.c. In ottica complementare, secondo **Sez. 1, n. 20520/2018, Iofrida, Rv. 650166-01**, il generico richiamo al contenuto degli scritti difensivi di primo grado non è idoneo a manifestare la volontà della parte di sottoporre nuovamente al giudice del gravame tutte le domande non accolte in primo grado e, quindi, a ritenere assolto l'onere previsto dall'art. 346 c.p.c. di specifica riproposizione in appello di quelle domande, a pena di rinuncia alle stesse.

Deve, per completezza, essere poi segnalata **Sez. 5, n. 01322/2018, Tedesco, Rv. 646918-01**, per la quale, in

tema di appello, la regola per cui le domande non esaminate perché ritenute assorbite, pur non potendo costituire oggetto di motivo d'appello, devono comunque essere riproposte ai sensi dell'art. 346 c.p.c., non trova applicazione in caso di impugnazione della decisione che ha giudicato inammissibile il ricorso di primo grado, la quale costituisce comunque manifestazione di volontà di proseguire nel giudizio, con implicita riproposizione della domanda principale, specialmente quando tale volontà sia anche chiaramente espressa con l'esplicito rinvio, nelle conclusioni dei motivi di appello, al ricorso introduttivo, non avendo altrimenti alcuna valida e concreta ragione la sola impugnativa della questione pregiudiziale di rito - nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che, in tema di processo tributario, il rinvio al ricorso introduttivo contenuto nell'appello è sufficiente ad investire il giudice del gravame della domanda di annullamento dell'atto impositivo, senza che sia necessaria la riproposizione anche dei motivi di censura, essendo potere-dovere del giudice enucleare, nell'ambito del ricorso originario, il contenuto ancora attuale e quello assorbito dalla precedente dichiarazione di inammissibilità.

In ordine al processo tributario, è stato ribadito che l'art. 56 del d.lgs. n. 546 del 1992, nel prevedere che le questioni e le eccezioni non accolte in primo grado, e non specificamente riproposte in appello, si intendono rinunciate, fa riferimento, come il corrispondente art. 346 c.p.c., all'appellato e non all'appellante, principale o incidentale che sia, in quanto l'onere dell'espressa riproposizione riguarda, nonostante l'impiego della generica espressione "non accolte", non le domande o le eccezioni respinte in primo grado, bensì solo quelle su cui il giudice non abbia espressamente pronunciato (ad esempio, perché ritenute assorbite), non essendo ipotizzabile, in relazione alle domande o eccezioni espressamente respinte, la terza via - riproposizione/rinuncia - rappresentata dagli artt. 56 del detto d.lgs. e 346 c.p.c., rispetto all'unica alternativa possibile dell'impugnazione - principale o incidentale - o dell'acquiescenza, totale o parziale, con relativa formazione di giudicato interno (**Sez. 5, n. 14534/2018, Greco, Rv. 649002 - 01**).

#### **4. Il giudicato ed il primato del diritto europeo.**

Peraltro, non si può trascurare che il primato del diritto comunitario sulle norme processuali interne può comportare un'attenuazione delle preclusioni processuali e dello stesso giudicato. La regolamentazione del processo resta, difatti, una prerogativa degli ordinamenti nazionali, ma

il divieto, che incombe su tutti i giudici degli Stati membri, in quanto giudici dell'Unione Europea, di applicare il diritto nazionale in contrasto con il diritto comunitario, ha delle rilevanti conseguenze nel nostro sistema processuale, in quanto può determinare un superamento del rigido sistema delle preclusioni processuali, che caratterizzano il giudizio civile e tributario. Pur non riscontrandosi nell'anno in esame delle pronunce riconducibili a tale problematica, va ricordata, in considerazione della sua importanza: Sez. 5, n. 26285/2010, Papa, Rv. 615753-01, la quale ha ritenuto che la commissione tributaria regionale non avrebbe potuto rilevare l'inammissibilità per tardiva costituzione dei gravami proposti dall'Agenzia delle Entrate, in questo modo impedendo il recupero di un aiuto di Stato reso obbligatorio in virtù di una decisione esecutiva della Commissione europea, in quanto erogato in contrasto con il diritto comunitario. La pronuncia precisa che, avendo la decisione impugnata invaso il campo di competenza della Commissione europea, procedendo ad una ricostruzione diversa da quella da quest'ultima effettuata in materia di aiuti di stato, la Commissione tributaria regionale non avrebbe mai potuto rilevare la formazione del giudicato dal momento che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale come l'art. 2909 c.c. italiano, volta a sancire il principio dell'autorità della cosa giudicata, nei limiti in cui detta disposizione ostacoli il recupero di un aiuto di Stato la cui incompatibilità con il mercato comune sia stata accertata con decisione della Commissione europea divenuta definitiva» (così Corte di giustizia 18 giugno 2007, C-119/05).

Si è, tuttavia, anche recentemente ribadito 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, nemmeno quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione, salva l'ipotesi, assolutamente eccezionale, 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: così Sez. 5, n. 02046/2017, Sabato, Rv. 642529-01, che ha anche precisato che, qualora il ricorso per cassazione sia inammissibile (nella specie, in quanto redatto mediante integrale riproduzione di una serie di documenti, con brevissima narrazione riassuntiva e motivi non preceduti da alcuna esposizione sommaria dei fatti) e la sentenza impugnata sia conseguentemente passata in giudicato, non è consentito il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Del

resto, il diritto comunitario, così come costantemente interpretato anche dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea (sentenza 3 settembre 2009, C-2/08 e sentenza 16 marzo 2006, C-234/04) non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne da cui deriva l'autorità di cosa giudicata di una decisione, nemmeno quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione, salve le ipotesi, da ritenersi assolutamente eccezionali, in cui ricorrano discriminazioni tra situazioni di diritto comunitario e situazioni di diritto interno ovvero che sia reso in pratica impossibile o estremamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario. La Corte di giustizia ha sempre riconosciuto, al fine di garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici e buona amministrazione della giustizia, la necessità del giudicato, la cui operatività è stata negata solo in ipotesi eccezionali e, cioè, in una situazione caratterizzata dalla violazione della competenza esclusiva della Commissione delle Comunità europee in merito all'esame della compatibilità con il mercato comune di una misura nazionale di aiuti di Stato (Corte di giustizia, 18 luglio 2007, C-119/05) ed in un'altra caratterizzata da giudicato esterno idoneo, in forza di "revirement" giurisprudenziale, a precludere l'applicazione di norme comunitarie tese a reprimere pratiche abusive in tema di IVA (Corte di giustizia, 3 settembre 2009, C-2/08).

In ambito tributario, opera, comunque, il principio in base al quale le controversie in materia di IVA 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 dalla sua eventuale proiezione oltre il periodo di imposta, che ne costituisce specifico oggetto, atteso che, secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte di Giustizia CE 3 settembre 2009, in causa C-2/08, la certezza del diritto non può tradursi in una violazione dell'effettività del diritto euro-unitario (Sez. 5, n. 08855/2016, Scoditti, Rv. 639650-01).



## CAPITOLO XVII

### IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

(DI GIOVANNI ARMONE)

SOMMARIO: 1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro. – 1.1. Il rapporto d'impiego pubblico privatizzato. – 1.2. Personale in regime di diritto pubblico. – 1.3. Prestazioni previdenziali e assistenziali. – 1.4. Rapporti con la giurisdizione contabile. – 1.5. Rapporti di lavoro all'estero e giurisdizione. – 2. La competenza del giudice del lavoro. – 2.1. La competenza per materia. – 2.1.1. Controversie di lavoro e procedure concorsuali. – 2.1.2. Altre questioni di competenza. – 2.2. La competenza territoriale. – 3. La fase introduttiva del giudizio. – 3.1. La decadenza. – 3.2. Gli atti introduttivi. – 3.3. L'ampliamento del *thema decidendum* e *probandum*. – 4. Contenuti ed esecutorietà della sentenza ex art. 429 c.p.c. – 5. L'appello. – 6. Il ricorso per cassazione. – 7. Il cd. rito Fornero. – 8. Le controversie in materia di assistenza e previdenza. Questioni generali. – 8.1. L'opposizione a cartella esattoriale. – 8.2. L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis c.p.c.

#### 1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro.

##### 1.1. Il rapporto d'impiego pubblico privatizzato.

La fase di costituzione del rapporto, nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, continua ad alimentare questioni di giurisdizione.

**Sez. U, n. 08985/2018, Tria, Rv. 647916-01**, ha anzitutto ribadito il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui non rientrano tra le progressioni verticali – le cui controversie sono devolute al giudice amministrativo ex art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 – né le progressioni meramente economiche, né quelle che, in base alla contrattazione collettiva applicabile, comportano il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese nella stessa area, categoria o fascia di inquadramento e, come tali, caratterizzate, da profili professionali omogenei nei tratti fondamentali, diversificati sotto il profilo quantitativo piuttosto che qualitativo (fattispecie relativa alle selezioni per la progressione da un livello di inquadramento a quello immediatamente superiore nel profilo di tecnologo, bandite dall'Agenzia Spaziale Italiana).

Sull'incerto confine tra procedure concorsuali propriamente dette e forme alternative di reclutamento del personale, merita poi di essere citata **Sez. U, n. 21599/2018, Doronzo, Rv. 650280-01**, con cui la S.C. ha escluso che abbia natura concorsuale la procedura

per il conferimento degli incarichi di specialista ambulatoriale interno in convenzione con le aziende del servizio sanitario nazionale, costituendo piuttosto espressione del potere negoziale della P.A. in veste di datore di lavoro: a fondamento della decisione, sta il fatto che l'art. 21 dell'Accordo nazionale per la disciplina dei rapporti con gli specialisti ambulatoriali, veterinari ed altre professionalità sanitarie prevede che la selezione dei candidati avvenga sulla base di parametri specifici e vincolanti, stabiliti dalla contrattazione collettiva, senza alcun bando e valutazione discrezionale dei titoli o atto di approvazione finale.

Un settore particolarmente vivo è poi quello delle procedure di mobilità.

Nell'ambito di una procedura di passaggio da un ente pubblico territoriale al Ministero della giustizia, **Sez. U, n. 01417/2018, Tria, Rv. 647036-01**, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia sul diritto soggettivo conseguente al superamento della selezione. Analogamente, **Sez. U, n. 32624/2018, D'Antonio, Rv. 651958 - 01** e **Sez. U, n. 33213/2018, Tria, Rv. 651961-01**, hanno escluso che possa dar luogo a una procedura concorsuale in senso proprio il passaggio di un dipendente da un Comune all'altro, anche quando tale passaggio sia governato da un bando per la copertura del posto, atteso che la procedura non è comunque finalizzata alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro.

Su un terreno contiguo, **Sez. U, n. 08821/2018, D'Antonio, Rv. 647913-01**, si è pronunciata per la giurisdizione del giudice ordinario in una controversia riguardante l'annullamento dell'ordinanza ministeriale sulle modalità attuative della l. n. 107 del 2015 e del c.c.n.l. integrativo concernente la mobilità del personale docente e ATA, trattandosi della fase esecutiva del rapporto di lavoro.

Le questioni di giurisdizione nel pubblico impiego privatizzato assumono poi connotati di particolare delicatezza quando vengano in rilievo atti di macro-organizzazione.

Anche nel corso del 2018, la S.C. ha ribadito che, determinandosi la giurisdizione in base al *petitum* sostanziale, la rilevanza degli atti di macro-organizzazione dipende dalla domanda; ove dunque il giudizio verta su pretese attinenti al rapporto di lavoro e riguardi, quindi, posizioni di diritto soggettivo del lavoratore, in relazione alle quali i suddetti provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti, la giurisdizione è del giudice ordinario che ha il potere di disapplicarli;

spetta, invece, alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi.

Va dunque affermata la giurisdizione amministrativa nel caso di contestazione del diritto di coprire i posti di dirigente ospedaliero attraverso lo scorrimento di graduatoria di concorso pubblico, anziché mediante le procedure di mobilità "preventiva" esterna (**Sez. U, n. 26596/2018, Tria, Rv. 650877-01**) ovvero di critica alla scelta manifestata e realizzata da un'Amministrazione regionale di ricercare all'esterno, piuttosto che nella sua dotazione organica, la professionalità idonea a ricoprire incarichi dirigenziali (**Sez. U, n. 29080/2018, Doronzo, non massimata**).

Viceversa, appartiene all'autorità giudiziaria ordinaria la controversia avente per oggetto la revoca di un incarico dirigenziale in conseguenza del trasferimento di determinate funzioni amministrative da un Ministero all'altro, sulla base di una riorganizzazione complessiva dell'assetto governativo (**Sez. U, n. 32625/2018, D'Antonio, Rv. 651959 - 01**).

Può tuttavia accadere che, pur in presenza di una contestazione delle modalità di esercizio del potere e dunque in una controversia in astratto da devolvere al giudice amministrativo, il difetto di giurisdizione non sia rilevato e la giurisdizione si radichi presso l'a.g.o., con formazione del giudicato interno sulla questione. In tal caso, **Sez. L, n. 00743/2018, Di Paolantonio, Rv. 646800-01**, ha precisato che il giudicato non incide in alcun modo sulle altre norme, processuali e sostanziali, applicabili alla controversia in ragione della natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio; pertanto, nel caso in cui quest'ultima sia qualificabile come interesse legittimo, operano i limiti posti al controllo del giudice ordinario sugli atti amministrativi dall'art. 5 della l. n. 2248 del 1865, all. E, confermati, nella materia del lavoro pubblico, dall'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, con la conseguenza che resta esclusa la possibilità di disporre l'annullamento o la modifica degli atti di esercizio del potere non conformi a legge, la cui rimozione farebbe assumere alla situazione giuridica azionata la consistenza di diritto soggettivo, nella specie, la S.C., a conferma della sentenza di appello, ha affermato che il ricorrente, nel far valere il diritto



all'assunzione censurava la scelta, discrezionale, della P.A. di non procedere allo scorrimento della graduatoria.

La distinzione sin qui tracciata presuppone peraltro la corretta individuazione degli atti di macro-organizzazione. Così, la giurisdizione del giudice ordinario è stata riaffermata in una controversia relativa all'impugnazione degli elenchi delle cattedre pubblicate per incarichi di supplenza in posti di sostegno nella scuola, avendo **Sez. U, n. 26802/2018, Bronzini, Rv. 651209-01**, sottolineato che tali atti non costituiscono espressione di macro-organizzazione, poiché non definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici o i modi di conferimento della titolarità degli stessi, ma rientrano nell'ordinaria attività organizzativa posta in essere dall'amministrazione con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato.

## **1.2. Personale in regime di diritto pubblico.**

Le controversie del personale non contrattualizzato del pubblico impiego, di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 165 del 2001, sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Lo si ricava con chiarezza sia dall'art. 63, comma 4, del d. lgs. n. 165 del 2001, sia dall'art. 133, comma 1, lett. i), del d. lgs. n. 104 del 2010.

Proprio tale ultima disposizione ha tuttavia sollevato alcuni dubbi interpretativi con riferimento al personale di alcune autorità amministrative indipendenti, tra cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che è menzionata sia nell'art. 3 del testo unico sul pubblico impiego che nell'art. 133 c.p.a., ma alla lettera l), dove sono escluse dalla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie "inerenti ai rapporti di impiego privatizzati".

Ci si è chiesti se tale previsione abbia riqualificato i rapporti di lavoro del personale delle autorità e li abbia ricondotti alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

A dare risposta a tale interrogativo è stata **Sez. U, n. 16156/2018, D'Antonio, Rv. 649309-01**, la quale ha escluso che l'art. 3 del d.lgs. 165 del 2001 abbia subito deroghe per effetto dell'art. 133 c.p.a., definita norma processuale, meramente ricognitiva. Sono perciò sottratti alla giurisdizione esclusiva i soli rapporti qualificabili di impiego privato, senza intaccare la deroga costituita dalla devoluzione al g.a. dei rapporti di lavoro non privatizzati, giustificata dall'autonomia di tutte le Autorità indipendenti, rispetto al potere esecutivo la quale si riflette anche sul momento conformativo del rapporto di lavoro.

Assai peculiare è poi il caso affrontato da **Sez. L, n. 31489/2018, Marchese, Rv. 652011-01**. La controversia riguardava una serie di contratti a termine conclusi da un lavoratore con l'ANAS nella fase di sua trasformazione da azienda autonoma a ente pubblico economico, che è regolata dal d. lgs. n. 143 del 1994; pur ribadendo il principio di infrazionabilità della giurisdizione per le fattispecie a cavaliere della data di discriminazione tra giurisdizione amministrativa e ordinaria (che il d.lgs. fissa al 26 luglio 1995), la S.C. ha escluso che, per i contratti esauriti prima di tale data rispetto ai quali non si controverta della loro abusiva reiterazione, sussista la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

### **1.3. Prestazioni previdenziali e assistenziali.**

In materia di provvedimenti amministrativi che sorreggono l'erogazione di prestazioni previdenziali e assistenziali e di posizioni soggettive che vi si fronteggiano, la tendenza della S.C. è quella di riconoscere a tali posizioni consistenza di diritti soggettivi pieni e dunque la giurisdizione dell'a.g.o.

Nel corso del 2018 lo si è potuto constatare in due interessanti pronunce.

**Sez. U, n. 21435/2018, Tria, Rv. 649980-01**, ha affermato la giurisdizione ordinaria in una controversia avente ad oggetto la domanda con cui si contestava il mancato pagamento integrale, da parte dell'INPS, dell'indennità di mobilità in deroga, successivamente sia al decreto dirigenziale della Regione di autorizzazione della concessione del beneficio, con inclusione del lavoratore tra i relativi destinatari, sia al conseguente provvedimento dell'INPS. **Sez. U, n. 08982/2018, D'Antonio, Rv. 647915-01**, lo ha fatto a proposito dei benefici di cui all'art. 1, comma 565, della l. n. 266 del 2005 in favore delle vittime del dovere, affermando che in tali casi la P.A. è priva di discrezionalità, sia in ordine alla decisione di erogare, o meno, le provvidenze che alla misura di esse. Tale diritto non rientra nell'ambito di quelli inerenti al rapporto di lavoro subordinato dei dipendenti pubblici, potendo esso riguardare anche coloro che non abbiano con la P.A. un siffatto rapporto, ma abbiano in qualsiasi modo svolto un servizio, ed ha, inoltre, natura prevalentemente assistenziale, sicché la competenza a conoscerne è regolata dall'art. 442 c.p.c. e la giurisdizione è del giudice ordinario, quale giudice del lavoro e dell'assistenza sociale.

In altre due ipotesi, sempre relative alla materia previdenziale, si discuteva se la giurisdizione appartenesse al giudice ordinario o a quello tributario.

In entrambi i casi, la S.C. ha affermato la giurisdizione dell'a.g.o., sia pure con motivazioni diverse. **Sez. U, n. 04236/2018, D'Antonio, Rv. 647314-01**, lo ha fatto in una controversia relativa alla restituzione delle somme versate alla fondazione Opera Nazionale Assistenza Orfani Sanitari Italiana (ONAOISI) a titolo di contributo previdenziale obbligatorio, sulla base dell'argomento per cui tale contribuzione è dovuta, nell'ambito del rapporto tra l'iscritto e la fondazione, al fine di costituire a favore dei beneficiari specifiche prestazioni, mancando una funzione pubblica assistenziale e di finanziamento di spese pubbliche. **Sez. U, n. 19523/2018, Manna A., Rv. 649757-01**, chiamata a pronunciarsi in un caso relativo alla legittimità d'un avviso di addebito per contributi previdenziali IVS emesso dall'INPS (avviso che dal 1° gennaio 2011 ha sostituito, ex art. 30 del d.l. n. 78 del 2010, conv., con modif., dalla l n. 122 del 2010, la cartella di pagamento per i crediti di natura previdenziale di detto istituto), ha osservato che simili controversie hanno ad oggetto diritti ed obblighi attinenti ad un rapporto previdenziale nell'ambito del quale, in presenza di richiesta del versamento dei contributi mediante iscrizione a ruolo, il contribuente, ex art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, può proporre opposizione innanzi al giudice del lavoro, a nulla rilevando che la pretesa creditoria dell'INPS sia nata da un accertamento tributario da parte dell'Agenzia delle Entrate.

Peculiare e assai complesso è poi il caso affrontato da **Sez. U, n. 26595/2018, Manna A., Rv. 650876-01**.

In una controversia concernente l'accertamento dell'obbligo di copertura contributiva di un rapporto di pubblico impiego per un periodo anteriore al 30 giugno 1998 (da devolvere di regola al giudice amministrativo), è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario, perché in un precedente giudizio tra le stesse parti, avente per oggetto il risarcimento del danno previdenziale per l'omesso versamento dei contributi relativi al medesimo periodo, si era formato il giudicato in sede di regolamento di giurisdizione. La funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione e della competenza fa sì che alla S.C. spetti il potere di adottare decisioni, che sono dotate di efficacia esterna (cd. efficacia panprocessuale), al di là del *petitum* formale.

#### 1.4. Rapporti con la giurisdizione contabile.

I confini tra giurisdizione ordinaria e contabile a proposito dei rapporti di lavoro, già tracciati da Sez. U, n. 15057/2017, De Stefano, Rv. 644579-01, hanno ricevuto sostanziale conferma nel 2018: dapprima da parte di **Sez. U, n. 04237/2018, Tria, Rv. 647164-01**, in una fattispecie relativa alla maggiorazione del trattamento pensionistico spettante ai dipendenti in quiescenza dell'Ente Acquedotti Siciliani (EAS) nella quale la materia del contendere aveva per oggetto l'applicazione di aumenti stipendiali destinati ad integrare detto trattamento; in seguito da parte di **Sez. U, n. 29396/2018, Garri, Rv. 651317-01**, la quale ha chiarito, in una controversia relativa allo svolgimento di mansioni superiori da parte di un pubblico dipendente e al conseguente trattamento economico, che la giurisdizione è del giudice ordinario quando la domanda, ancorché proposta in epoca successiva al collocamento in quiescenza, non sia finalizzata al mero ricalcolo della pensione, ma sia diretta all'accertamento del diritto alle maggiori spettanze retributive per effetto delle mansioni svolte e solo di riflesso alla riliquidazione del trattamento pensionistico, in conseguenza dell'obbligo di versamento da parte dell'Amministrazione di maggiori contributi.

Correlativamente, lo stesso *discrimen* ha condotto **Sez. U, n. 24670/2018, Bronzini, Rv. 650869-01**, ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti, quale giudice della pensione, anziché quella del giudice amministrativo, in una controversia avente per oggetto la domanda di un ufficiale della marina militare, diretta a ottenere il computo nella base pensionistica dei maggiori emolumenti riconosciuti nel corso del rapporto di pubblico impiego, influenzando la relativa cognizione unicamente sull'entità del trattamento pensionistico e non sul pregresso rapporto.

Particolare attenzione va posta nel caso di azioni di ripetizione.

Ove l'oggetto della domanda sia costituito da emolumenti indebitamente percepiti dal pubblico dipendente nel corso del rapporto di lavoro, la giurisdizione è del giudice ordinario, ancorché, al momento in cui l'azione viene esercitata, il dipendente sia già in quiescenza e il recupero sia dunque esercitato mediante trattenute mensili sulla pensione (**Sez. U, n. 29284/2018, Greco, Rv. 651315-01**).

Se però l'azione di ripetizione incide direttamente sulle modalità con cui è stato costruito il trattamento pensionistico, come

accade allorché si pretenda la restituzione di contributi versati in eccesso, si cade in un'ipotesi nella quale il rapporto pensionistico costituisce elemento identificativo del *petitum* sostanziale e, quindi, la giurisdizione appartiene in via esclusiva alla Corte dei conti ex artt. 13 e 62 del r.d. n. 1214 del 1934 (**Sez. U, n. 26252/2018, Di Virgilio, Rv. 650873-01**). Appartiene ugualmente alla giurisdizione della Corte dei conti la controversia in cui l'ex dipendente pubblico rivendichi dall'Inps somme a titolo di perequazione del trattamento pensionistico, a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2015 (**Sez. U, n. 33661/2018 e 33662/2018, Berrino, non massimate**).

Va infine affermata la giurisdizione ordinaria nelle azioni con cui la P.A. miri al recupero di corrispettivi indebitamente percepiti dal lavoratore del pubblico impiego privatizzato, per incarichi non autorizzati. Come puntualizzato da **Sez. U, n. 01415/2018, Manna A., Rv. 647008-01**, anche dopo l'inserimento, nell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, del comma 7 bis, l'obbligo di versamento previsto dal comma 7 dello stesso articolo ha natura sanzionatoria e prescinde dalla sussistenza di specifici profili di danno richiesti per la giurisdizione del giudice contabile (fattispecie relativa a una domanda riconvenzionale proposta dall'ente strumentale Croce Rossa Italiana nell'ambito del giudizio di impugnazione del licenziamento disciplinare promosso dal dipendente).

## 1.5. Rapporti di lavoro all'estero e giurisdizione.

In tema di rapporti di lavoro all'estero va segnalata **Sez. U, n. 26597/2018, Manna A., Rv. 650878-01**, avente per oggetto la domanda di conversione di una serie di contratti di lavoro a termine in un unico rapporto a tempo indeterminato, avanzata da un lavoratore di nazionalità tunisina assunto all'estero da un datore di lavoro domiciliato in Italia: la S.C. ha affermato la giurisdizione del giudice italiano, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della l. n. 218 del 1995.

## 2. La competenza del giudice del lavoro.

### 2.1. La competenza per materia.

Nella determinazione della competenza per materia del giudice del lavoro, le questioni relative alla corretta individuazione delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. si intrecciano con quelle attinenti al rito applicabile.

In linea generale, rito e competenza attengono a sfere diverse. La natura della controversia di lavoro è idonea ad influire solo sul rito applicabile, ma non può di per sé portare a una declinatoria di competenza o all'attivazione degli strumenti impugnatori tipici di tale istituto. Coerente con tale premessa è **Sez. L, n. 07199/2018, Amendola F., Rv. 647517-01**: in un caso in cui il giudice di merito aveva ricondotto l'attività svolta da un avvocato, in favore di un istituto di credito del quale non era dipendente, nell'ambito dell'art. 409, n. 3, c.p.c., la S.C. ha statuito l'inammissibilità del motivo di ricorso con cui era stata eccepita l'incompetenza per materia del giudice adito, il quale abbia seguito un rito diverso da quello previsto dalla legge; l'errore del rito può rilevare solo quando si sia tradotto in uno specifico pregiudizio processuale (con l'ulteriore conseguenza dell'ultrattività del rito eventualmente erroneo, seguito in primo grado, come ribadito da **Sez. 6-3, n. 20705/2018, Scoditti, Rv. 650484-01**).

Tuttavia, l'espressione "competenza" continua a essere utilizzata per descrivere le attribuzioni del giudice del lavoro, salvo poi valutare le conseguenze della sua eventuale carenza. Talvolta, tale carenza incide soltanto sulla distribuzione degli affari all'interno dello stesso ufficio giudiziario; in altri casi, in combinazione con diversi criteri di "vera" competenza, può portare alla declinatoria della competenza e allo spostamento del foro; infine, può accadere che l'esclusione dalle attribuzioni del giudice del lavoro dipenda da

altri fattori e conduca alla dichiarazione di inammissibilità della domanda ad esso proposta, come accade quando opera la *vis atractiva* del giudice della procedura concorsuale.

Di seguito, sono riportate le pronunce più significative del 2018 sul tema delle attribuzioni per materia del giudice del lavoro, senza specifica attenzione alle conseguenze processuali derivanti da un'attribuzione eventualmente erranea.

### **2.1.1. Controversie di lavoro e procedure concorsuali.**

Non si ferma l'opera di delimitazione dei rapporti tra giudice del lavoro e giudici delle procedure concorsuali latamente intese.

Di particolare rilievo è **Sez. L, n. 07990/2018, Patti, Rv. 648263-01**, con cui la S.C. ha chiarito che nel riparto di competenza tra giudice del lavoro e giudice del fallimento il discrimine va individuato nelle rispettive speciali prerogative, spettando al primo, quale giudice del rapporto, le controversie riguardanti lo *status* del lavoratore, in riferimento ai diritti di corretta instaurazione, vigenza e cessazione del rapporto, della sua qualificazione e qualità, volte ad ottenere pronunce di mero accertamento oppure costitutive, come quelle di annullamento del licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro; al fine di garantire la parità tra i creditori, rientrano, viceversa, nella cognizione del giudice del fallimento, le controversie relative all'accertamento ed alla qualificazione dei diritti di credito dipendenti dal rapporto di lavoro in funzione della partecipazione al concorso e con effetti esclusivamente endoconcorsuali, ovvero destinate comunque ad incidere nella procedura concorsuale.

**Sez. L, n. 01646/2018, Patti, Rv. 646369-01**, ha coerentemente affermato la competenza del giudice del lavoro a proposito della domanda volta a far dichiarare la nullità, l'invalidità o l'inefficacia degli atti di cessione del ramo di azienda e la conseguente domanda di condanna al ripristino del rapporto di lavoro con la cedente, nonostante il fallimento della cessionaria.

Viceversa, le controversie relative a crediti derivanti da sgravi contributivi antecedenti alla procedura concorsuale appartengono – **Sez. L, n. 10955/2018, Rivero, Rv. 648198-01** – alla competenza del tribunale fallimentare, ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 270 del 1999, poiché essi incidono sul patrimonio della società insolvente e dunque sulla relativa massa attiva.

### 2.1.2. Altre questioni di competenza.

Fuori dall'ambito appena esaminato, appaiono d'interesse alcune pronunce di portata più generale.

In una controversia in cui la non riconducibilità della domanda a un rapporto di lavoro ex art. 409 determinava in astratto anche un vero spostamento di competenza territoriale, **Sez. 6-L, n. 00298/2018, Arienzo, Rv. 646183-01**, ha però ribadito che il giudice non può rilevare d'ufficio la propria incompetenza per territorio semplice, trovando applicazione in tal caso l'art. 38, comma 1, c.p.c., per il quale detta incompetenza deve essere eccepita, a pena di decadenza, nella memoria difensiva tempestivamente depositata, e corredata dell'indicazione del giudice che la parte ritiene competente.

**Sez. 6-L, n. 00410/2018, Fernandes, Rv. 646184-01**, ha invece precisato che l'azione di risarcimento proposta dal datore di lavoro nei confronti del terzo, in conseguenza delle lesioni personali subite da un proprio dipendente, per il danno derivante dalla mancata utilizzazione delle prestazioni lavorative dello stesso, non rientra nella competenza del giudice del lavoro, in quanto il rapporto di lavoro tra l'attore ed il danneggiato non è l'oggetto della relativa controversia.

Ancor più restrittiva sulla competenza del giudice del lavoro è stata **Sez. 3, n. 00907/2018, Ambrosi, Rv. 647127-01**, con cui la S.C. ha affermato la cognizione del giudice competente secondo il generale criterio del valore la domanda di risarcimento dei danni proposta dai congiunti del lavoratore deceduto non *jure hereditario*, per far valere la responsabilità contrattuale del datore di lavoro nei confronti del loro dante causa, bensì *jure proprio*, quali soggetti che dalla morte del loro congiunto hanno subito danno e, quindi, quali portatori di un autonomo diritto al risarcimento che ha la sua fonte nella responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.

In coerenza con il tradizionale insegnamento secondo cui, nella determinazione della competenza, assume valore decisivo la prospettazione delle parti, **Sez. 6 - L, n. 17309/2018, Ghinoy, Rv. 649835-01**, ha poi affermato che, allorché la responsabilità del direttore generale di una società per azioni sia stata prospettata sotto il profilo delle inadempienze poste in essere nello svolgimento delle sue mansioni, ossia nell'ambito del rapporto di lavoro, l'azione non va proposta alla sezione specializzata del Tribunale delle imprese, di cui al d.lgs. n. 168 del 2003, ma al giudice del lavoro, attesa l'espressa salvezza stabilita dall'art. 2396 c.c.



## 2.2. La competenza territoriale.

Nel processo del lavoro, la competenza territoriale ha regole particolari, non sempre di facile interpretazione.

Una delle questioni più delicate riguarda l'ipotesi delle cause di lavoro in rapporto di connessione cd. debole o impropria (art. 33 c.p.c.). L'impossibilità di far operare in tali casi l'art. 40, comma 3, c.p.c. potrebbe indurre a soluzioni poco efficienti, per il rischio di separazione di giudizi. Da tempo tuttavia la giurisprudenza di legittimità afferma che, in alcuni casi di cumulo soggettivo, il nesso tra le diverse cause è così stretto da giustificare la deroga alla competenza per territorio.

Tale orientamento è stato ribadito nel corso del 2018 da **Sez. 6-L, n. 12232/2018, Di Paola, Rv. 648405-01**, la quale ha affermato che il lavoratore che, sul presupposto della non genuinità dell'appalto cui è stato adibito, agisca per la costituzione del rapporto di lavoro con l'effettivo utilizzatore delle prestazioni o, in subordine, con il subentrante nell'appalto, può adire il giudice territorialmente competente per la causa principale anche per la domanda subordinata, ricorrendo un'ipotesi di cumulo soggettivo di domande connesse per il titolo ai sensi dell'art. 33 c.p.c.

Anche la nozione di dipendenza dell'azienda, di cui all'art. 413, comma 2, c.p.c., genera dubbi, ma il S.C. negli ultimi tempi ne ha fornito una lettura ampia, includendovi l'abitazione privata del lavoratore, se dotata di strumenti di supporto dell'attività lavorativa, in una fattispecie relativa a un lavoratore che accedeva da casa a una piattaforma informatica per la gestione di richieste di noleggio di biciclette, con obbligo di reperibilità su ventiquattro ore e di comunicazione di qualsiasi spostamento e/o assenza (**Sez. 6-L, n. 03154/2018, Di Paola, Rv. 646944-01**), nonché il parcheggio di proprietà di terzi, in cui sono collocati i beni strumentali alla prestazione lavorativa, ove hanno inizio e fine le mansioni quotidianamente svolte dal lavoratore, in una fattispecie in cui il dipendente effettuava viaggi nazionali ed internazionali utilizzando mezzi aziendali (**Sez. 6-L, n. 29344/2018, Di Paola, Rv. 646181-01**). Alla base di tali interpretazioni estensive vi è la finalità legislativa di rendere più funzionale e celere il processo, radicando la cognizione nei luoghi normalmente vicini alla residenza del dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari al giudizio.

Sul versante del pubblico impiego privatizzato, **Sez. 6-L, n. 06458/2018, Cavallaro, Rv. 647501-01**, ne ha fatto

coerentemente derivare che il giudice competente dev'essere individuato in relazione al luogo in cui si trova la sede di effettivo servizio del dipendente (purché dotata di un minimo di struttura sufficiente per la sua operatività), e non al luogo in cui viene effettuata la gestione amministrativa del rapporto, anche nel caso in cui vi sia un'assegnazione temporanea da un ufficio all'altro della stessa amministrazione.

A proposito del rapporto di agenzia, **Sez. 6-L, n. 28566/2018, Spina, Rv. 651738-01**, ha chiarito che il foro esclusivo coincide con il domicilio dell'agente, da intendersi quale luogo ove il lavoratore parasubordinato ha stabilito il centro dei suoi affari, atteso che, per la prossimità al luogo in cui il rapporto ha avuto svolgimento, esso è tale da consentire un più agevole accertamento dei fatti; il medesimo criterio trova applicazione anche nell'ipotesi di controversia promossa successivamente alla cessazione del rapporto di agenzia, con la precisazione che, in tal caso, deve aversi riguardo all'ultimo domicilio dell'agente in costanza di rapporto.

Molto particolare è infine il caso in cui la P.A., al fine di ottenere la restituzione di retribuzioni percepite indebitamente, faccia ricorso all'ingiunzione fiscale: nel giudizio di opposizione, per la determinazione della competenza territoriale non opera la regola di cui all'art. 413 c.p.c., attinente ai rapporti di lavoro, bensì l'art. 3 del r.d. n. 639 del 1910, il quale, costituendo norma speciale dettata con specifico riguardo al procedimento esecutivo per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato, prevale sulle norme generali in materia di competenza per territorio (**Sez. 6-L, n. 28640/2018, Esposito, Rv. 651730 - 01**).

### **3. La fase introduttiva del giudizio.**

#### **3.1. La decadenza.**

L'art. 6, comma 2, della l. n. 604 del 1966, come modificato dall'art. 32, comma 1, della l. n. 183 del 2010, prevede un doppio termine di decadenza, il secondo dei quali dipendente dal compimento di un atto giudiziale. In dottrina e nella giurisprudenza di merito, ci si è chiesti quale tipo di atto sia idoneo ad assolvere a tale onere e in particolare se possa esserlo il ricorso ex art. 700 c.p.c.

**Sez. L, n. 29429/2018, Ponterio, Rv. 651711 - 01**) lo ha negato, sulla base della seguente ricostruzione: sono da considerare idonei a impedire la decadenza il deposito del ricorso giudiziale

nella cancelleria del giudice del lavoro, nelle forme di cui all'art. 414 c.p.c. o dell'art. 1, comma 48, della l. n. 92 del 2012 ovvero, alternativamente, la comunicazione alla controparte della richiesta di conciliazione o arbitrato; non lo è invece il ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., perché, da un lato, la proposizione di una domanda di provvedimento d'urgenza è incompatibile con il previo tentativo di conciliazione e, dall'altro lato, perché l'assenza, nel sistema della strumentalità attenuata di cui all'art. 669 octies, comma 6, c.p.c., di un termine entro il quale instaurare il giudizio di merito all'esito del procedimento cautelare vanificherebbe l'obiettivo della disciplina introdotta dalla l. n. 183 del 2010, che è quello di provocare in tempi ristretti una pronuncia di merito sulla legittimità del licenziamento.

### 3.2. Gli atti introduttivi.

Ricco, come di consueto, il dibattito intorno ai requisiti di validità degli atti introduttivi.

La S.C. sembra ispirarsi a una logica antiformalistica, evitando di imporre al ricorrente oneri eccessivi, quando il contenuto della pretesa sia chiaramente desumibile dalla lettura complessiva dell'atto e non abbia arrecato pregiudizi al diritto di difesa della controparte.

In una fattispecie in cui il giudice di merito aveva ritenuto la nullità del ricorso - volto all'accertamento della sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato - per mancata indicazione del c.c.n.l. applicabile e dell'inquadramento di riferimento, benché fossero state allegate le mansioni concretamente esercitate e le ulteriori circostanze in cui era stata resa la prestazione, **Sez. L, n. 19009/2018, Negri Della Torre, Rv. 649932-01**, ha cassato la decisione, affermando il principio per cui la nullità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per mancata determinazione dell'oggetto della domanda o per mancata esposizione delle ragioni, di fatto e di diritto, sulle quali essa si fonda ricorre allorché sia assolutamente impossibile l'individuazione dell'uno o dell'altro elemento attraverso l'esame complessivo dell'atto; solo in tal caso il convenuto non è posto in condizione di predisporre la propria difesa né il giudice di conoscere l'esatto oggetto del giudizio. Analoga la posizione espressa da **Sez. L, n. 07199/2018, Amendola F., Rv. 647517-02**.

Ancor meno rilevante è la collocazione topografica delle deduzioni all'interno dell'atto: **Sez. L, n. 17991/2018, Rivero, Rv.**

**649811-01**, ha recisamente escluso la necessità che l'allegazione di un fatto costitutivo, come di altra circostanza rilevante ai fini del decidere, venga formulata nel contenuto narrativo del ricorso o della memoria di costituzione del convenuto, potendo essere individuata attraverso un esame complessivo dell'atto, senza che occorra l'uso di formule sacramentali o solenni, desumendola anche dalle deduzioni istruttorie e dalle produzioni documentali, secondo una interpretazione riservata al giudice del merito.

**Sez. L, n. 11631/2018, Boghetich, Rv. 648874-01**, ha tuttavia precisato che, ove, proprio da un esame complessivo dell'atto non emerga una chiara omogeneità delle allegazioni rispetto alla domanda formulata nelle conclusioni, espressamente e senza condizioni circoscritte, il giudice non può d'ufficio, in contrasto con l'art. 112 c.p.c., pronunciarsi in difformità (si trattava di un caso in cui la sentenza di appello, confermata dalla Cassazione, aveva ritenuta nuova la domanda avente ad oggetto il licenziamento orale e la nullità dei contratti a termine in quanto la lavoratrice, pur avendo dedotto nel corpo del ricorso in primo grado un licenziamento orale e la stipula di più contratti a termine nulli con diverse società, aveva circoscritto il *petitum* al riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato nei confronti di un unico centro autonomo di interessi).

Da parte sua, **Sez. L, n. 03968/2018, De Felice, Rv. 647444-01**, ha chiarito il contenuto minimo che deve possedere un ricorso con cui si deduca la violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione; poiché per discriminazione si intende non una generica differenza di trattamento, bensì un trattamento diverso e deteriore rispetto a quello riservato ad altri appartenenti alla stessa classe di persone, non può essere accolto il motivo di ricorso che si limiti a richiamare principi ordinamentali e giurisprudenziali interni ed europei, senza procedere ad una deduzione comparativa del danno rispetto al trattamento, riservato ai pubblici dipendenti appartenenti alla stessa classe della lavoratrice asseritamente discriminata, basato su uno dei fattori di discriminazione solo astrattamente invocati.

Ove non sia raggiunto un grado minimo di specificità, la sanzione è la nullità, sanabile ai sensi dell'art. 164, comma 5, c.p.c., ma con l'avvertenza che tale sanatoria non vale a rimettere in termini il ricorrente rispetto ai mezzi di prova non indicati in ricorso; il convenuto può pertanto eccepire, in ogni tempo e in ogni grado del giudizio, il mancato rispetto da parte dell'attore delle

norme sull'onere della prova (**Sez. L n. 07705/2018, Cinque, Rv. 647673-01**).

Maggiormente rigorosa appare la giurisprudenza di legittimità quando si tratta di valutare la posizione del convenuto, al quale è imposto un onere di contestazione più gravoso. Si tratta di una tendenza espressa da **Sez. 6-L, n. 16970/2018, Ghinoy, Rv. 649635-01**, che, in relazione a domanda ex art. 2087 c.c., ha giudicato generica la contestazione del datore di lavoro pubblico in ordine alle modalità usuranti dell'attività lavorativa, limitandosi ad una generica negazione solo di talune circostanze fattuali.

Inoltre, **Sez. L, n. 06183/2018, Manna A., Rv. 647534-01**, ha chiarito che l'assolvimento di tale onere da parte del convenuto non ribalta sull'attore l'onere di "contestare l'altrui contestazione", dal momento che egli ha già esposto la propria posizione a riguardo.

### **3.3. L'ampliamento del *thema decidendum* e *probandum*.**

La rigidità del rito del lavoro in punto di modifica degli atti introduttivi si attenua, come ricorda **Sez. L, n. 06597/2018, Negri Della Torre, Rv. 648181-01**, quando l'esigenza di procedervi dipenda dalle allegazioni in fatto contenute nella memoria di costituzione avversaria (e, pertanto, dei fatti di cui la controparte in tal modo dimostri di avere già conoscenza); in tal caso non si attua alcuna pregiudizievole estensione del *thema probandum*, rimanendo pienamente integra la parità delle parti nel processo (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva ritenuto inammissibile *mutatio libelli* il nuovo motivo di impugnazione del licenziamento per violazione della l. n. 223 del 1991, svolto dal ricorrente alla luce delle allegazioni contenute nella memoria difensiva del datore di lavoro, in risposta all'originaria domanda di accertamento dell'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo).

Analogamente, **Sez. L, n. 21675/2018, Bellè, Rv. 650250-01**, ha fissato i limiti entro i quali è possibile la negazione dei fatti precedentemente non contestati: vi deve essere stato un mutamento delle circostanze che hanno comportato la mancata contestazione dei fatti costitutivi del diritto (nella specie, revoca della certificazione INAIL di esposizione ultradecennale all'amianto vincolante per l'INPS) e la modifica dell'atteggiamento difensivo deve avvenire con modalità coerenti con la dinamica processuale del rito del lavoro, per cui, come le sopravvenienze devono essere

allegate nella prima occasione processuale utile, anche la conseguente contestazione dovrà essere tempestivamente operata nella prima difesa.

Con riguardo all'allargamento del *thema probandum*, **Sez. L, n. 01916/2018, Amendola F., Rv. 647241-01**, ha avuto cura di precisare che la valutazione, ex art. 420, comma 5, c.p.c., in ordine alla rilevanza dei mezzi di prova, ed al fatto che la loro proposizione tempestiva non fosse altrimenti possibile - o perché la necessità della richiesta sia sorta per effetto di fatti adottati a difesa dalla controparte o a sostegno di domande riconvenzionali, ovvero in relazione ad una inaspettata contestazione sollevata dall'avversario su di una circostanza che poteva ragionevolmente considerarsi pacifica, o anche a seguito della contestazione della prova documentale allegata *ab origine*, ritenuta dalla parte istante quale prova idonea a sostenere i fatti dedotti in giudizio - appartiene all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito e non è preclusa ove si siano tenute precedenti udienze in cui non è stata svolta alcuna attività perché le parti avevano concordemente richiesto rinvii finalizzati al componimento della lite.

Una particolare forma di allargamento del *thema probandum* è poi quella delineata dall'art. 425 c.p.c., a proposito delle informazioni e osservazioni, che possono essere fornite in giudizio dall'associazione sindacale indicata dalla parte. **Sez. L, n. 30137/2018, Marotta, Rv. 651643-02**, ha però chiarito che dette informazioni sono inidonee, anche in considerazione del loro carattere unilaterale, ad identificare la comune intenzione delle parti stipulanti il contratto collettivo, rilevante ai sensi dell'art. 1362 c.c., ma, salva l'ipotesi in cui siano suffragate da elementi aventi un'intrinseca valenza probatoria, hanno la funzione di fornire chiarimenti ed elementi di valutazione riguardo agli elementi di prova già disponibili, rientrando, in tali limiti, nella nozione di materiale istruttorio valutabile, con la motivazione richiesta dalle circostanze, dal giudice.

Sul terreno della prova, vanno poi rammentate **Sez. L, n. 04076/2018, Negri Della Torre, Rv. 647446-01**, e **Sez. L, n. 16150/2018, Patti, Rv. 649482-01**, con cui è stata ribadita l'estensione applicativa dell'art. 432 c.p.c., norma su cui possono sorgere equivoci: a proposito del lavoro straordinario, la Corte ha chiarito che il lavoratore che ne chieda la remunerazione ha l'onere di dimostrare di aver lavorato oltre l'orario normale di lavoro, senza che l'assenza di tale prova possa esser supplita dalla

valutazione equitativa del giudice ex art. 432, utilizzabile solo in riferimento alla quantificazione del compenso.

#### **4. Contenuti ed esecutorietà della sentenza ex art. 429 c.p.c.**

Con riferimento alla sentenza che chiude il processo del lavoro di primo grado, vanno anzitutto segnalate, per il 2018, alcune pronunce di legittimità in tema di applicabilità ufficiosa della rivalutazione monetaria e degli interessi ai sensi dell'art. 429, comma 3, c.p.c.,

Residuavano dei dubbi circa il fatto che gli interessi legali e la rivalutazione monetaria si calcolassero anche sull'indennità riconosciuta ex art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, dubbi alimentati dalla sua funzione risarcitoria e dalla sua onnicomprensività, come espressamente dichiarata dalla legge.

**Sez. L, n. 05953/2018, Ponterio, Rv. 647514-01, e Sez. L, n. 26234/2018, Marotta, Rv. 651195-01**, hanno dissipato ogni incertezza, sottolineando che tale indennità rientra tra i crediti di lavoro, nell'ampia accezione riferibile a tutti i crediti connessi al rapporto di lavoro e non soltanto a quelli aventi natura strettamente retributiva. La prima delle due sentenze ha anche precisato che tale calcolo deve avvenire indipendentemente dall'epoca di entrata in vigore della legge, posto che il comma 7 del citato art. 32 ne ha sancito l'applicabilità anche ai giudizi pendenti.

Di rilievo è anche **Sez. L, n. 20765/2018, Di Paolantonio, Rv. 650306-05**, con cui la S.C. ha tracciato i limiti operativi della nota sentenza della Corte costituzionale del 2 novembre 2000, n. 459, con la quale è stato affermato che il divieto di cumulo di rivalutazione monetaria ed interessi non vale per i crediti retributivi dei dipendenti privati: ebbene, tale regola non può trovare applicazione per i dipendenti privati di enti pubblici non economici (nella specie, lettori di lingua dell'Università degli studi), per i quali ricorrono, ancorché i rapporti di lavoro risultino privatizzati, le "ragioni di contenimento della spesa pubblica" che sono alla base della disciplina differenziata secondo la *ratio decidendi* prospettata dal giudice delle leggi.

Sul versante dell'esecutorietà, è stato invece ribadito da **Sez. L, n. 07576/2018, Garri, Rv. 647658-01**, che una sentenza di condanna del datore di lavoro alla prestazione di un *facere* infungibile, pur idonea a produrre i suoi normali effetti mediante l'eventuale esecuzione volontaria dell'obbligato e a costituire inoltre il presupposto per ulteriori conseguenze giuridiche derivanti

dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto (tra cui il risarcimento del danno), non rende il lavoratore titolare dell'azione esecutiva (fattispecie relativa all'accertamento del diritto del lavoratore a una qualifica superiore e condanna del datore di lavoro all'attribuzione di detta qualifica).

## 5. L'appello.

Rispetto alla fase introduttiva del giudizio d'appello, meritano anzitutto segnalazione alcune pronunce della S.C. sulla nota questione delle conseguenze, in appello, dell'omessa notificazione del ricorso e del decreto di fissazione di udienza.

**Sez. L, n. 06159/2018, Boghetich, Rv. 647533-01**, ha ribadito l'indirizzo, ormai granitico, per il quale, nelle controversie di lavoro in grado d'appello, la mancata notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza determina l'improcedibilità dell'impugnazione, senza possibilità per il giudice di assegnare un termine perentorio per provvedervi, in quanto tale omissione lede la legittima aspettativa della controparte al consolidamento, entro un termine predefinito e ragionevolmente breve, di un provvedimento giudiziario già emesso, a differenza di quanto avviene nel processo del lavoro di primo grado, dove la notifica del ricorso assolve unicamente la funzione di consentire l'instaurazione del contraddittorio.

A tale problema se ne ricollega però un secondo, relativo alla mancata comunicazione del decreto di fissazione di udienza da parte della cancelleria, che, dopo la sentenza n. 15 del 1977 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 435 c.p.c., impedisce il decorso del termine per la notifica.

Ebbene, **Sez. L, n. 14839/2018, Blasutto, Rv. 648999-01**, ha affermato che la mancata comunicazione rileva purché l'appellante partecipi all'udienza di discussione e chieda di essere rimesso in termini ai sensi dell'art. 153 c.p.c.; dal canto suo, **Sez. L, n. 19083/2018, Di Paolantonio, Rv. 649967-01**, ne ha affermata l'irrilevanza quando dagli atti processuali risulti in modo certo che l'appellante abbia, comunque, acquisito conoscenza della data fissata per la discussione della causa (nella specie, la prova della conoscenza era stata desunta dal deposito di un'istanza di anticipazione di udienza).

A conseguenze assai meno gravi porta invece la violazione del termine non minore di venticinque giorni che, a norma dell'art. 435, comma 3, c.p.c., deve intercorrere tra la data di notifica



dell'atto di appello e quella dell'udienza di discussione. Secondo **Sez. L, n. 09404/2018, Bellè, Rv. 647776-01**, e **Sez. 6-L, n. 22166/2018, Esposito, Rv. 650502-01**, l'impugnazione non è in tal caso improcedibile, ma affetta da nullità, sanabile *ex tunc* senza che sia necessario giustificare il ritardo, essendo possibile avvalersi della spontanea costituzione dell'appellato o della rinnovazione disposta dal giudice ex art. 291 c.p.c.

All'appellato resta peraltro la possibilità di chiedere, all'atto della costituzione, un rinvio dell'udienza per usufruire dell'intero periodo previsto dalla legge ai fini di un'adeguata difesa (**Sez. L, n. 09735/2018, Marotta, Rv. 648185-01**).

La sanzione dell'improcedibilità ritorna invece in caso di mancata costituzione di entrambe le parti all'udienza di discussione (**Sez. L, n. 17368/2018, Calafiore, Rv. 649595-01**): qui il giudice di appello deve dichiarare d'ufficio l'improcedibilità - che non è nella disponibilità delle parti - senza poter rinviare la causa ad altra udienza, ai sensi dell'art. 348, comma 2, c.p.c., poiché detto rinvio presuppone la regolare *vocatio in ius* e nelle ipotesi in cui l'appellante non provi che la notifica del ricorso e del decreto di fissazione sia avvenuta, non è consentito al giudice assegnare un termine per la rinotifica, dovendosi tutelare l'aspettativa della controparte al giudicato.

Sul contraddittorio in appello si è soffermata **Sez. L, n. 09232/2018, Garri, Rv. 648638-01**, affermando che l'appellante in via principale non ha un diritto soggettivo al deposito di note scritte per controdedurre alle difese dell'appellato, neppure nel caso in cui sia proposto appello incidentale, essendo tale possibilità prevista, in suo favore, solo in via indiretta, a norma del combinato disposto dell'ultimo comma dell'art. 437 c.p.c. e del comma 2 dell'art. 429 dello stesso codice, come effetto dell'esercizio da parte del giudice del potere discrezionale di consentire alle parti, se necessario, il deposito di note difensive.

Si ricollega alla fase introduttiva l'annoso problema delle conseguenze della riforma in appello della sentenza di primo grado favorevole al lavoratore.

Al riguardo, **Sez. L, n. 02292/2018, Cinque, Rv. 647305-01**, ha precisato che la richiesta di restituzione di somme corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado, anche nel rito del lavoro, consegue alla richiesta di modifica della decisione impugnata e, non costituendo domanda nuova, è ammissibile in appello, se formulata, a pena di decadenza, con l'atto di gravame, ove a tale momento la sentenza sia stata già eseguita, ovvero nel corso del giudizio, qualora

l'esecuzione sia avvenuta dopo la proposizione dell'impugnazione; la sua proposizione è, invece, preclusa nelle note finali, trattandosi di atto di carattere meramente illustrativo, senza che rilevi che la decisione di primo grado sia stata messa in esecuzione tra l'udienza di conclusioni e la scadenza del termine per il deposito delle relative comparse.

Quanto alla ricostituzione del rapporto di lavoro operata in esecuzione di sentenza poi riformata o cassata, **Sez. L, n. 28918/2018, Amendola F., Rv. 651703-01**, ha rammentato che essa viene travolta da detta statuizione, in applicazione dell'effetto espansivo esterno di cui all'art. 336, comma 2, c.p.c., senza che sia necessario un atto di recesso datoriale, sicché va rigettato perché infondato il ricorso teso a conseguire il ripristino del rapporto di lavoro.

In ordine ai *nova* e ai poteri officiosi del giudice d'appello, **Sez. L, n. 07694/2018, Marchese, Rv. 647667-01** e **Sez. L, n. 11994/2018, Lorito, Rv. 648910-01**, hanno concordemente affermato che nel rito del lavoro occorre temperare il principio dispositivo con quello di verità, sicché, ai sensi dell'art. 437, comma 2, c.p.c., il deposito in appello di documenti non prodotti in prime cure non è oggetto di preclusione assoluta ed il giudice può ammettere, anche d'ufficio, detti documenti ove li ritenga indispensabili ai fini della decisione, in quanto idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione.

La condizione perché tali poteri siano esercitabili è però (**Sez. L, n. 11845/2018, Riversono, Rv. 648821-01**) che i documenti siano allegati nell'atto introduttivo, seppure implicitamente, e che sussistano significative "piste probatorie" emergenti dai mezzi istruttori, intese come complessivo materiale probatorio, anche documentale, correttamente acquisito agli atti del giudizio di primo grado. Sulla stessa falsariga, **Sez. L, n. 09226/2018, Calafiore, Rv. 648637-01**, ha affermato che, pur configurandosi l'eccezione di interruzione della prescrizione come eccezione in senso lato e non in senso stretto, che può essere rilevata anche d'ufficio da parte del giudice del gravame, non sussiste la facoltà di produrre per la prima volta in appello i documenti attestanti l'avvenuta interruzione, ove una qualche prova in merito non sia stata acquisita, o il fatto interruttivo non sia stato allegato in primo grado, posto che il potere officioso di acquisizione documentale è destinato solo a vincere i dubbi residuati dalle risultanze di primo grado; ne consegue che le prove del fatto interruttivo non acquisite in primo grado devono ritenersi ammissibili in appello, ai sensi dell'art. 437

c.p.c., solo ove rispondano al duplice requisito dell'indispensabilità e della finalizzazione alla dimostrazione di fatti già allegati e discussi fra le parti in prime cure. Agli stessi fini, **Sez. L, n. 05708/2018, Cavallaro, Rv. 647523-01**, ha escluso che possa costituire principio di prova, ai fini della dimostrazione del mancato superamento del limite reddituale e delle altre circostanze rilevanti ai fini del possesso dei requisiti previsti per l'accesso alle prestazioni previdenziali e assistenziali, l'autocertificazione rilevante nei rapporti amministrativi.

In materia pensionistica, **Sez. L, n. 19274/2018, Bellè, Rv. 649936-01**, ha escluso che possa essere considerata tardiva in appello la prospettazione da parte dell'INPS del corretto criterio giuridico di ricalcolo della pensione di reversibilità, attenendo ai fatti costitutivi del diritto rivendicato e non costituendo quindi eccezione in senso stretto.

A proposito dei poteri officiosi nel giudizio di rinvio, occorre considerare **Sez. 6-L, n. 17196/2018, Cavallaro, Rv. 649748-01**, secondo la quale il pagamento costituisce eccezione in senso lato e dunque il giudice del rinvio deve rilevarlo anche d'ufficio quando esso risulti dalla documentazione ritualmente prodotta; la produzione di nuovi documenti, in deroga al divieto ex art. 437 c.p.c., può avvenire anche in appello (e quindi nel giudizio di rinvio), se essi siano ritenuti dal giudice indispensabili ai fini della decisione della causa, perché dotati di un grado di decisività e certezza tali che, da soli considerati, conducano ad un esito necessario della controversia.

## 6. Il ricorso per cassazione.

In tema di ricorso per cassazione, merita anzitutto di essere menzionata **Sez. L, n. 31155/2018, Cinque, Rv. 651923 - 01**, con cui la S.C. ha ribadito la sindacabilità per violazione di legge della coerenza e pertinenza dell'operazione logica di sussunzione della fattispecie concreta nella clausola elastica della giusta causa, da compiersi secondo *standard* conformi ai valori dell'ordinamento, che trovino conferma nella realtà sociale (nella specie, la S.C. ha ritenuto apodittica ed apparente la motivazione della Corte territoriale che aveva escluso la gravità della minaccia di morte profferita nei confronti di un superiore peraltro al di fuori di una conversazione animata).

La riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. ha poi ridotto i casi in cui le carenze motivazionali possono essere dedotte davanti alla Corte di cassazione.

Tra questi vi è però senz'altro il caso della sentenza che non rispetti il "minimo costituzionale" richiesto per la motivazione, come affermato da **Sez. L, n. 26018/2018, Curcio, Rv. 651047-01**, nel caso di una decisione di merito che aveva affermato la legittimità del contratto di somministrazione di lavoro sulla base di asserzioni apodittiche, che non consentano di apprezzare la effettività della causale dedotta a fondamento dell'assunzione e la sua correlazione con la situazione lavorativa del dipendente.

Peculiare è poi il caso affrontato da **Sez. L, n. 21972/2018, Di Paolantonio, Rv. 650530-01**: il ricorso straordinario per cassazione era stato proposto avverso la decisione emanata dall'organo preposto a decidere le controversie inerenti al rapporto di lavoro del personale della Camera dei deputati; la S.C. ne ha dichiarata l'inammissibilità, sul presupposto che tali controversie esulano dalla cognizione del giudice ordinario in forza dell'art. 12 del Regolamento della Camera del 18 febbraio 1971, norma che si sottrae al sindacato di costituzionalità e non è suscettibile di disapplicazione da parte del giudice ordinario; le decisioni rese in sede di autodichia sono sottratte al controllo giurisdizionale del giudice ordinario e tale sottrazione è un riflesso dell'autonomia di cui godono gli organi costituzionali.

Diversa natura ha poi il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 420 *bis* c.p.c. contro la sentenza che decida una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale. In tal caso, il ricorso determina una sospensione di diritto del processo, cui si applica la

disciplina dell'art. 297 c.p.c., con la conseguenza che il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio di sei mesi (nel testo *ratione temporis* applicabile, previgente all'entrata in vigore della l. n. 69 del 2009), decorrente dalla data di pubblicazione della sentenza della S.C. che decide sulla questione pregiudiziale (**Sez. L, n. 07696/2018, A. Manna, Rv. 647670-01**).

## 7. Il cd. rito Fornero.

Continuano gli approfondimenti della giurisprudenza di legittimità sul cd. rito Fornero, introdotto dall'art. 1, commi 48 ss., l. n. 92 del 2012.

Anzitutto, l'oggetto di tale rito speciale è stato delimitato con esattezza da **Sez. L, n. 21959/2018, Marchese, Rv. 650494-01**: esso comprende tutte le questioni che il giudice deve affrontare e risolvere nel percorso per giungere alla decisione di merito sulla domanda concernente la legittimità o meno del licenziamento, tra cui l'accertamento della natura giuridica del rapporto di lavoro, così come l'individuazione del soggetto che si assume essere datore di lavoro.

**Sez. L, n. 07586/2018, Torrice, Rv. 647664-01**, ha aggiunto, in una fattispecie particolare di pubblico impiego privatizzato, che nel caso di impugnativa di licenziamento secondo il rito di cui all'art. 1, comma 48, della l. n. 92 del 2012, ove sia accertata la nullità del rapporto di impiego pubblico perché costituito, in violazione dell'art. 97 Cost., al di fuori della procedura del pubblico concorso e sia perciò rigettata la domanda diretta a ottenere i provvedimenti restitutori, reali ed economici, previsti dall'art. 18 st. lav., è comunque ammissibile la domanda volta al pagamento della retribuzione dovuta ai sensi dell'art. 2126 c.c. nell'arco temporale compreso tra il provvedimento espulsivo e la sua esecuzione, in quanto fondata sugli identici fatti costitutivi dedotti nel processo e dunque compatibile con le esigenze del rito speciale.

Di fondamentale importanza è poi la risoluzione del controverso problema dell'ammissibilità dell'azione datoriale di accertamento della legittimità del licenziamento nelle forme di cui all'art. 1, comma 48 e ss., della l. n. 92 del 2012.

Nel 2014, le Sezioni Unite erano state chiamate a pronunciarsi in sede di regolamento di competenza e non avevano pertanto definito la questione (Sez. U, n. 17443/2014, Di Cerbo,

Rv. 63260501), che è stata invece analizzata *funditus* da **Sez. L, n. 30433/2018, Marchese, Rv. 651712-01 e 651712-02.**

La sentenza prende le mosse da un duplice dato: l'obbligatorietà del rito Fornero per le controversie concernenti l'impugnazione dei licenziamenti e la chiara volontà del legislatore del 2012 di assicurare alle controversie in materia di impugnazione dei licenziamenti una corsia di trattazione, con il dichiarato fine, di interesse generale, di pervenire alla celere definizione di una situazione sostanziale di forte impatto sociale ed economico, che attiene a diritti primari dell'individuo. Da questa premessa consegue che il rito Fornero è sottratto alla disponibilità delle parti, alle quali deve essere riconosciuta la medesima tutela giurisdizionale, in base al principio costituzionale di equivalenza nell'attribuzione dei mezzi processuali esperibili.

La S.C. intravede una continuità con l'orientamento anteriore, che aveva sempre ravvisato un interesse del datore di lavoro ad agire per l'accertamento della legittimità del licenziamento, senza che oggi, su tale interesse, possa incidere la nuova fattispecie decadenziale di cui all'art. 6 della l. n. 604 del 1966 (come modificato dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010). Negare l'assoggettamento al rito Fornero dell'azione datoriale significherebbe ammettere, in relazione al medesimo licenziamento, la possibilità di due giudizi – l'uno, intrapreso dalla parte datoriale, con rito ordinario di lavoro e l'altro, dal lavoratore, secondo il rito Fornero –, soluzione contraria ai principi di unitarietà della giurisdizione e di economia delle risorse giudiziarie. Coerentemente, la Corte ritiene ammissibile anche una domanda riconvenzionale (vale a dire di accertamento dell'illegittimità licenziamento, con applicazione di tutela *ex* art. 18 cit.) da parte del lavoratore nel giudizio intrapreso, ai sensi dell'art. 1, co. 48, legge nr. 92 del 2012, dal datore di lavoro per l'accertamento della legittimità del recesso. La necessità di una sola pronuncia sulla medesima vicenda porta la Corte a superare il fatto che l'art. 1 della l. n. 92 del 2012 preveda la possibilità di una domanda riconvenzionale solo nella fase di opposizione.

Passando all'esame degli snodi procedurali del rito Fornero, va anzitutto rammentato che la fase sommaria si chiude con un'ordinanza che, a determinati fini, come ad esempio in vista dell'esercizio del diritto di opzione per l'indennità sostitutiva di cui all'art. 18, comma 3, st. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, è equipollente alla sentenza. Lo ha affermato **Sez. L, n. 16024/2018, F. Amendola, Rv. 649355-01**, sulla base

del rilievo che detta ordinanza è un provvedimento immediatamente esecutivo e suscettibile di passaggio in giudicato in assenza di opposizione, avuto anche riguardo alla finalità dell'istituto del diritto di opzione, quale strumento di semplificazione dei rapporti in funzione transattiva della controversia.

Nel 2018 si è poi consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, inaugurato da Sez. U, n. 19674/2014, Amoroso, Rv. 63260001, secondo cui il procedimento di primo grado è unico a composizione bifasica: una prima fase ad istruttoria sommaria, diretta ad assicurare una più rapida tutela al lavoratore, e una seconda, a cognizione piena, che non è una *revisio prioris instantiae*, ma solo una prosecuzione del giudizio di primo grado in forma ordinaria (**Sez. L, n. 21720/2018, Patti, Rv. 650224-01; Sez. L, n. 30443/2018, Amendola F., Rv. 651680 - 01**).

L'unicità del procedimento in primo grado ha molteplici implicazioni.

Ne consegue anzitutto che, fuori dei casi di omessa opposizione, l'ordinanza conclusiva della fase sommaria è priva di idoneità al giudicato, cosicché, in caso di opposizione, non si forma il giudicato sulla parte di tale ordinanza che non ne abbia formato oggetto (**Sez. L, n. 21720/2018, Patti, Rv. 650224-01** e v. anche **Sez. L, n. 21156/2018, Marchese, non massimata**).

Quanto all'opposizione, il suo statuto è stato compiutamente definito dalle citate **Sez. L, n. 30443/2018, Amendola F.,** e **Sez. L, n. 30433/2018, Marchese**.

La prima delle due pronunce ha anzitutto ribadito – sulla scia di quello che può essere ormai definito diritto vivente (Sez. U, n. 04308/2017, Tria, Rv. 643112-01), consacrato anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 78 del 2015) – che l'opposizione non ha natura impugnatoria.

Pertanto, alla fase a cognizione piena non possono applicarsi neanche in via analogica le regole previste per le impugnazioni incidentali, anche tardive. L'opposizione produce la riespansione del giudizio, per cui il giudice di primo grado è chiamato a esaminare l'oggetto dell'originaria impugnativa di licenziamento nella pienezza della cognizione integrale, secondo le scansioni procedurali proprie dell'ordinario giudizio di primo grado, ex art. 413 ss. c.p.c. Non sono immaginabili preclusioni derivanti dall'esaurimento della fase sommaria, se è vero che l'opposizione consente perfino l'ampliamento dell'oggetto del contendere rispetto a quella fase, attraverso la possibilità di chiamare terzi in causa e di

proporre domande riconvenzionali. A tale ultimo proposito, la S.C. ha peraltro osservato che la possibilità per l'opposto di proporre domande riconvenzionali non riguarda la riproposizione di questioni sulle quali le parti abbiano già dedotto nella prima fase: pertanto non danno luogo a riconvenzionali in senso proprio né la reiterazione del lavoratore opposto della domanda di tutela reintegratoria proposta e disattesa nella fase sommaria, né la riproposizione, da parte del datore di lavoro evocato in giudizio dal lavoratore che chieda una maggior tutela, dei motivi che lo avevano spinto nella prima fase a chiedere il rigetto dell'impugnativa.

La seconda pronuncia si è invece occupata – come illustrato – della fase di opposizione dall'angolo visuale dell'azione promossa dal datore di lavoro, cui si contrapponga una domanda riconvenzionale del lavoratore. Secondo la Corte, qualora, all'esito della fase sommaria, la domanda riconvenzionale del lavoratore venga accolta solo parzialmente, l'instaurazione dell'eventuale giudizio di opposizione ad opera del datore di lavoro consentirà al lavoratore, con la memoria difensiva, di riproporre la (parte della) domanda non accolta, e ciò anche nella ipotesi in cui per esso sia spirato il termine per proporre un autonomo atto di opposizione.

L'unicità del procedimento di primo grado implica inoltre che deve considerarsi valida la notifica del ricorso in opposizione fatta al procuratore domiciliatario, dato che la fase oppositiva a cognizione piena, per quanto autonoma ed eventuale, interviene in un contesto in cui è già instaurato il contraddittorio tra le parti, che legittimamente sono rappresentate dai procuratori costituiti. (**Sez. L, n. 25086/2018, Leone, Rv. 650729-01**).

Detta unicità non può tuttavia risolversi a detrimento delle parti, con la conseguenza che, nel giudizio di opposizione, il giudice non può sanzionare in rito con l'improcedibilità l'omessa notifica del ricorso, sul mero rilievo della mancata comparizione delle parti all'udienza prefissata, senza aver prima verificato d'ufficio che l'opponente abbia avuto effettiva conoscenza del decreto di fissazione dell'udienza, da notificarsi, unitamente all'opposizione, nei termini di cui al comma 52 dell'art. 1 della l. n. 92 del 2012. In forza di un'interpretazione adeguatrice ai valori costituzionali e convenzionali, fondata sul generale criterio per il quale ove sia prescritto un termine per il compimento di una certa attività processuale, la cui omissione si risolva in un pregiudizio della situazione tutelata, deve essere assicurata la conoscibilità dell'atto che funge da presupposto condizionante l'onere notificatorio, sebbene la suddetta norma non preveda esplicitamente la



comunicazione, va evitato che la sua omissione si traduca in una preclusione alla prosecuzione del giudizio, con pregiudizio irreversibile dell'opponente (**Sez. L, n. 09142/2018, Amendola F., Rv. 648636-01**).

La specialità del rito si riflette anche sul momento conclusivo della fase a cognizione piena, giacché il comma 57 dell'art. 1 cit., prevedendo unicamente che la sentenza, completa di motivazione, debba essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione, esclude l'obbligo di lettura del dispositivo in udienza (**Sez. L, n. 20749/2018, Blasutto, Rv. 650126-01**).

L'eventuale lettura in udienza della sentenza, oltre che non obbligatoria, è anche inidonea a far decorrere il termine breve di trenta giorni, previsto dall'art. 1, comma 58, della l. n. 92 del 2012, per la proposizione del reclamo alla corte di appello: la specialità del rito rispetto alla disciplina ordinaria e la necessità di interpretare restrittivamente la norma in tema di decadenza dall'impugnazione, non consentono di individuare un momento di decorrenza della stessa diverso da quello indicato dalla legge (**Sez. 6-L, n. 06059/2018, Esposito, Rv. 647388-02**).

Detto termine decorre inoltre dalla semplice comunicazione del provvedimento, trattandosi di previsione speciale, 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. (**Sez. L, n. 19862/2018, Amendola F., Rv. 650041-01**).

Sempre in tema di impugnazioni, **Sez. L, 19089/2018, Arienzo, Rv. 649968-01**, ha precisato che le esigenze acceleratorie che giustificano la speciale disciplina sull'introduzione e sullo svolgimento del procedimento di primo grado secondo il cd. rito Fornero non riguardano il reclamo ed il ricorso per cassazione, il cui regime processuale deve, quindi, integrarsi con la disciplina generale; pertanto, avverso la sentenza conclusiva del procedimento di reclamo ai sensi dell'art. 1, comma 60, della l. n. 92 del 2012, è ammesso il ricorso incidentale ex art. 371 c.p.c. nei termini di cui all'art. 334 c.p.c.

Coerente con tale premessa è **Sez. L, n. 31987/2018, Garri, Rv. 652014 - 01**, che è tornata sul tema, assai dibattuto, della rilevanza officiosa dei vizi del licenziamento, che integrino un'ipotesi di nullità e che tuttavia non siano stati fatti valere con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado; nel ribadire

l'orientamento negativo prevalente (su cui v. Sez. L, n. 07687/2017, Di Paolantonio, Rv. 643577-01), la S.C. ha osservato che la deduzione di tali nuovi vizi va incontro alla preclusione del mutamento in secondo grado degli elementi materiali del fatto costitutivo della pretesa, con ciò confermandosi che il reclamo del cd. rito Fornero è una vera e propria impugnazione.

## **8. Le controversie in materia di assistenza e previdenza. Questioni generali.**

Nell'ambito del processo previdenziale, non si sono registrati, nel corso del 2018, significativi mutamenti giurisprudenziali. Ci si limiterà dunque a segnalare alcune pronunce di portata generale.

**Sez. L, n. 21163/2018, Riverson, Rv. 650113-01**, ha precisato che la controversia di natura previdenziale non è soggetta alla sospensione dei termini feriali anche se trattata dal giudice fallimentare con il relativo rito.

In sede di interpretazione dell'art. 443 c.p.c., **Sez. L, n. 27384/2018, Bellè, Rv. 650990-01**, ha ribadito che la domanda amministrativa, in quanto elemento costitutivo del diritto, deve precedere ed è condizione di ammissibilità di quella giudiziaria (in materia di rivalutazione contributiva per esposizione all'amianto).

**Sez. 6 - L, n. 17964/2018, Esposito, Rv. 649868-01**, ha affermato che, nelle controversie previdenziali, non può essere dichiarata la inammissibilità della domanda per mancata indicazione del valore della prestazione dedotta in giudizio, atteso che l'art. 152 disp. att. c.p.c., per la parte che prevedeva a pena di inammissibilità la necessaria specificazione del relativo importo nell'atto introduttivo, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza della Corte cost. n. 241 del 2017.

**Sez. L, n. 19020/2018, Calafiore, Rv. 649881-01**, ha seguito la scia di Sez. U, n. 10454/2015, Nobile, Rv. 635277-01, ribadendo che le prestazioni di assistenza sociale hanno natura alimentare, perché fondate esclusivamente sullo stato di bisogno del beneficiario, a differenza delle prestazioni previdenziali, che presuppongono un rapporto assicurativo e hanno più ampia funzione di tutela. Pertanto, nelle controversie relative a prestazioni assistenziali, il valore della causa ai fini della liquidazione delle spese di giudizio si stabilisce con il criterio previsto dall'art. 13, comma 1, c.p.c. per le cause relative alle prestazioni alimentari, sicché, se il

titolo è controverso, il valore si determina in base all'ammontare delle somme dovute per due anni.

### 8.1. L'opposizione a cartella esattoriale.

In tema di opposizione a cartella esattoriale, va anzitutto segnalata una pronuncia con cui sono stati estesi al procedimento di cui all'art. 24 del d. lgs. n. 46 del 1999 gli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza degli ultimi anni in tema di improcedibilità e *overruling* processuale.

È nota la regola, di matrice giurisprudenziale, elaborata nel 2008 e successivamente affinata: qualora la legge assegni un termine per la notificazione del ricorso e del decreto e la parte non vi provveda, il ricorso è improcedibile, anche se il termine non sia qualificato come perentorio, ogni volta che ci si trovi nell'ambito di un procedimento nel quale l'omessa notificazione può ledere la legittima aspettativa della controparte al consolidamento, entro un termine predefinito e ragionevolmente breve, di un provvedimento giudiziario già emesso.

Nella materia lavoristica, ciò vale per l'appello (v. da ultimo la citata **Sez. L, n. 06159/2018, Boghetich, Rv. 647533-01**), per l'opposizione a decreto ingiuntivo (v. la capostipite Sez. U, n. 20604/2008, Vidiri, Rv. 604555-01), per l'opposizione del cd. rito Fornero (su cui v. Sez. L, n. 17325/2016, Ghinoy, Rv. 640877-01).

**Sez. L, n. 07833/2018, Marchese, Rv. 648040-01**, ha esteso tale regola all'opposizione a cartella esattoriale, ma ha altresì precisato che anche in tale ipotesi trovano applicazione i contemperamenti delineati dalla giurisprudenza post-2008 sul cd. *prospective overruling* (v. in particolare Sez. L, n. 07755/2012, Stile, Rv. 623141-01 e Sez. L, n. 05962/2013, Tria, Rv. 625840-01): deve dunque escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dal mutamento di giurisprudenza nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo.

Sulla tempestività dell'opposizione, non può dirsi nuovo il principio affermato da **Sez. 6-L, n. 19226/2018, Esposito, Rv. 649889-01**, secondo cui l'accertamento di tale tempestività involge la verifica di un presupposto processuale quale la

proponibilità della domanda e va, pertanto, eseguito di ufficio, a prescindere dalla sollecitazione delle parti; ma la pronuncia merita segnalazione per la precisazione che il giudice è tenuto a verificarla anche mediante l'acquisizione di elementi *aliunde*, in applicazione degli artt. 421 e 437 c.p.c., con conseguente nullità della sentenza in ipotesi di mancato rilievo officioso dell'eventuale carenza di detto presupposto.

La S.C. ha poi precisato i termini di applicazione al giudizio di opposizione a cartella di altre regole processuali generali.

Sugli oneri di allegazione e contestazione, può anzitutto vedersi **Sez. 6-L, n. 27274/2018, Spena, Rv. 651293-01**, con cui la S.C. ha puntualizzato che l'onere della prova gravante a carico dell'INPS, parte attrice in senso sostanziale, resta 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. A proposito dei rilievi mossi dall'opponente ai conteggi dell'obbligazione contributiva, depositati dall'INPS in primo grado ed all'atto della costituzione in appello, è invece d'interesse **Sez. L, n. 05949/2018, Cavallaro, Rv. 647513-01**.

Sull'eccezione di interruzione della prescrizione, **Sez. 6-L, n. 14755/2018, Cavallaro, Rv. 649249-01**, ha affermato che l'eccezione di interruzione della prescrizione, diversamente da quella di prescrizione, si configura come eccezione in senso lato sicché può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, in qualsiasi stato e grado del processo, purché sulla base delle allegazioni e di prove ritualmente acquisite o acquisibili al processo e quindi, nelle controversie soggette al rito del lavoro, anche all'esito dell'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio di cui all'art. 421, comma 2, c.p.c., legittimamente esercitabili dal giudice, tenuto all'accertamento della verità dei fatti rilevanti ai fini della decisione, ancor più nelle controversie in cui, venendo in considerazione la scissione oggettiva tra ente impositore e concessionario della riscossione, può rilevare l'acquisizione da quest'ultimo di ogni documento relativo ad atti della procedura di riscossione da cui derivino conseguenze di rilievo nei rapporti tra creditore e debitore, con il solo limite dell'avvenuta allegazione dei fatti (controversia in cui la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato prescritto il credito per contributi previdenziali ritenendo di non poter utilizzare, a fini probatori dell'intervenuta interruzione della prescrizione, la relata di

notifica della cartella esattoriale, che aveva preceduto la notifica dell'intimazione di pagamento, in ragione della tardiva costituzione del concessionario nel giudizio di primo grado). Sulla stessa falsariga, **Sez. 6-L, n. 23415/2018, Esposito L., Rv. 650924-01**, ha chiarito che costituisce domanda nuova, non proponibile per la prima volta in appello, quella che, alterando anche uno soltanto dei presupposti della domanda iniziale, introduca una *causa petendi* fondata su situazioni giuridiche non prospettate in primo grado, inserendo nel processo un nuovo tema di indagine, sul quale non si sia formato in precedenza il contraddittorio; su queste basi, la Corte ha escluso che le questioni sollevate dall'ente impositore, a fronte dell'eccezione di prescrizione formulate dal contribuente, comportassero la modifica della domanda così come originariamente prospettata nella cartella di pagamento prodromica all'impugnata ingiunzione.

In **Sez. L, n. 28134/2018, Perinu, Rv. 651494-01**, torna il tema delle cd. piste probatorie, a proposito dei giudizi sulle prestazioni d'invalidità civile: ove tali piste sussistano e siano significative, il giudice ha il potere-dovere, ex art. 437 c.p.c., di acquisire d'ufficio la documentazione relativa al requisito reddituale ove siano stati allegati, nell'atto introduttivo, i fatti costitutivi del diritto in contestazione (nella specie, la S.C. ha cassato la decisione impugnata, che aveva ritenuto di non dover acquisire d'ufficio la documentazione necessaria a valutare il requisito reddituale per l'anno 2010, benché il ricorrente avesse depositato, nella fase di merito, la certificazione sostitutiva di atto notorio, quella dell'Agenzia delle entrate attestante l'impossibilità di certificare la situazione reddituale, per l'anno 2005, del ricorrente medesimo, nonché altra ancora comprovante l'impossibilità di quest'ultimo di acquisire la certificazione reddituale).

## **8.2. L'accertamento tecnico preventivo ex art. 445-bis c.p.c.**

Nel corso del 2018, il procedimento di accertamento tecnico preventivo obbligatorio (art. 445-bis c.p.c.) ha dato luogo a un numero limitato di pronunce.

Rispetto al ricorso introduttivo, va menzionata **Sez. 6-L, n. 21985/2018, Ghinoy, Rv. 650304-01**, secondo cui tale atto costituisce domanda idonea ad impedire la decadenza ex art. 42, comma 3, del d.l. n. 269 del 2003, anche laddove sia dichiarato inammissibile per difetto dei relativi presupposti, trattandosi di atto di esercizio giudiziale del diritto alla prestazione previdenziale

comunque idoneo ad instaurare un rapporto processuale diretto ad ottenere l'intervento del giudice, produttivo di conseguenze processuali e sostanziali.

**Sez. 6-L, n. 14880/2018, Ghinoy, Rv. 649250-01**, ha precisato che il secondo termine previsto dall'art. 195 c.p.c., comma 3, così come modificato dalla l. n. 69 del 2009, svolge, ed esaurisce, la sua funzione nel sub-procedimento che si conclude con il deposito della relazione dell'ausiliare, sicché, in difetto di esplicita previsione in tal senso, la mancata prospettazione al consulente tecnico di ufficio di rilievi critici non preclude alla parte di arricchire e meglio specificare le relative contestazioni difensive nel prosieguo del procedimento, nell'ambito del quale, al fine di impedire la ratifica dell'esito finale della consulenza, è previsto il rimedio della dichiarazione di dissenso cui fa seguito la proposizione del ricorso ex art. 445 bis c.p.c., comma 6, c.p.c.

**Sez. 6-L, n. 24408/2018, Spena, Rv. 650580-01**, ha esteso al termine per il deposito in cancelleria della dichiarazione di contestazione delle conclusioni del CTU di cui al comma 4 dell'art. 445-bis, l'art. 155, comma 5, c.p.c., trattandosi di "atto processuale" che si svolge fuori dall'udienza.

Con riferimento alla natura e alla impugnabilità dell'ordinanza sommaria che definisce il procedimento, la S.C. ha ribadito che tale pronuncia è per legge destinata a riguardare solo un elemento della fattispecie costitutiva (il c.d. requisito sanitario), sicché quanto in essa deciso non può contenere un'efficace declaratoria sul diritto alla prestazione, che è destinata a sopravvivere solo in esito ad accertamenti relativi agli ulteriori requisiti socio-economici (**Sez. L, n. 27010/2018, Bellè, Rv. 651249-01**). Se ne trae la conseguenza che non è 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**).



## CAPITOLO XVIII

### IL PROCESSO DI ESECUZIONE

(DI RAFFAELE ROSSI)

SOMMARIO: 1. Titolo esecutivo. – 2. Espropriazione presso terzi. – 2.1. (*segue*) Accertamento dell'obbligo del terzo. – 3. Espropriazione immobiliare. – 3.1. (*segue*) La distribuzione del ricavato: rapporti tra esecuzione individuale, credito fondiario e fallimento. – 4. Espropriazione di beni indivisi: il giudizio di divisione. – 5. Le spese nell'espropriazione forzata. – 6. Opposizioni esecutive: profili comuni. – 7. Opposizione all'esecuzione. – 8. Opposizione agli atti esecutivi. – 9. Opposizione di terzo all'esecuzione. – 10. La stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata.

#### 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.

Fondamento dell'intero sistema è il monopolio assoluto del giudice civile nell'attuazione di ogni titolo esecutivo - anche di quelli formati in seno alle giurisdizioni speciali - e la conseguente devoluzione in via esclusiva al giudice ordinario delle controversie aventi ad oggetto l'esistenza o l'efficacia di un titolo siffatto: principio ribadito da **Sez. U, n. 19280/2018, D'Ascola, Rv. 649755-01**, con riferimento ad un'opposizione all'esecuzione proposta dagli eredi di un pubblico dipendente condannato per danno erariale con sentenza della Corte dei Conti.

Nell'esecuzione forzata il soddisfacimento del diritto portato dal titolo avviene attraverso la sostituzione all'obbligato di un terzo nel compimento dell'attività a tal fine occorrente: ne deriva, per l'imprescindibile esigenza del rispetto della libertà delle persone, la non realizzabilità in via coattiva delle prestazioni a carattere infungibile, quelle cioè che postulano una non surrogabile condotta del soggetto obbligato oppure che implicano una specifica determinazione di volontà dello stesso.

Resta pertanto esclusa la esperibilità di azioni esecutive in forma specifica in caso di sentenze di condanna del datore di lavoro all'attribuzione al lavoratore di una qualifica superiore ed al



conferimento delle relative mansioni, attività presupponenti la necessaria collaborazione del debitore (**Sez. L, n. 07576/2018, Garri, Rv. 647658-01**) e di sentenze dichiarative del diritto all'iscrizione negli elenchi dei braccianti agricoli, siccome richiedenti l'adozione di un provvedimento *ad hoc* da parte dell'INPS (**Sez. 6-3, n. 01211/2018, Rubino, Rv. 647352-01**).

E' compito precipuo del giudice dell'esecuzione verificare se a fondamento dell'intrapresa esecuzione forzata si ponga un titolo esecutivo, giudiziale o stragiudiziale, sussumibile nel catalogo, tassativo e tipico, delineato dall'art. 474 c.p.c.: con specifico riguardo ai provvedimenti giudiziali, l'attribuzione di idoneità *in executivis*, pur in difetto di espressa qualificazione positiva, discende dalla natura o dalla funzione del provvedimento stesso.

Così, in tema di giudizio di scioglimento della comunione, la sentenza recante l'assegnazione dei beni ai condividenti legittima l'esercizio delle azioni inerenti il godimento della quota assegnata in proprietà e costituisce titolo esecutivo per ottenere il rilascio dei beni componenti la quota nei confronti del condividente che, in conseguenza della compiuta divisione, non abbia più ragione giustificante l'ulteriore detenzione (così **Sez. 2, n. 20961/2018, Giannaccari, Rv. 650023-02**).

Quanto più in generale a titoli costituiti da sentenze, la provvisoria anticipazione dell'attitudine esecutiva rispetto al giudicato sancita dall'art. 282 c.p.c. concerne anche le statuizioni condannatorie contenute in sentenze costitutive aventi carattere accessorio (quali il capo di condanna alla refusione delle spese o al risarcimento del danno) oppure che siano meramente dipendenti dall'effetto costitutivo: sulla base di questa argomentazione, **Sez. 3, n. 28508/2018, Dell'Utri, Rv. 651634-01**, ha ravvisato valido titolo esecutivo nella condanna alla restituzione di immobile pronunciata contestualmente all'accoglimento di una revocatoria fallimentare, negando invece eguale efficacia alle pronunce condannatorie legate all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico (quale, ad esempio, la condanna al pagamento del prezzo della compravendita nella sentenza costitutiva del contratto definitivo non concluso).

E' devoluta altresì al giudice dell'esecuzione l'interpretazione del titolo esecutivo (con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità se esente da vizi logici o giuridici, in quanto afferente un presupposto fattuale dell'esecuzione: **Sez. 6-3, n. 15538/2018, Tatangelo, Rv. 649428-01**) per determinare l'esatta portata della prestazione da ottemperare forzosamente: a tal fine, come ha

chiarito **Sez. 6-3, n. 14356/2018, Cirillo F.M., Rv. 649427-01**, il titolo esecutivo di matrice giudiziale non si esaurisce nel documento giudiziario in cui è consacrato l'obbligo da eseguire, per essere al giudice consentita la esegesi extratestuale del provvedimento 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.

Il contenuto del comando precettivo da attuare vincola la scelta tra le procedure espropriative e quelle di esecuzione forzata in forma specifica: la condanna al pagamento di una somma di denaro, anche quando il titolo rechi la indicazione di determinate modalità di adempimento, può essere attuata esclusivamente attraverso uno dei procedimenti di espropriazione forzata (implicanti necessariamente l'aggressione del patrimonio del debitore e la sua liquidazione) e non già mediante il procedimento di cui all'art. 612 c.p.c., che consente soltanto di fissare le modalità di attuazione di una determinata condotta materiale fungibile in sostituzione del debitore (**Sez. 6-3, n. 23900/2018, Tatangelo, Rv. 650883-01**).

Del principio *nulla executio sine titulo* la giurisprudenza di legittimità ha suggerito da tempo una accezione dinamica, nel senso cioè della immanenza del titolo esecutivo rispetto alla procedura, della necessaria esistenza di un titolo, valido ed efficace, dalla notifica del prodromico atto di precetto sino al compimento dell'atto terminale del procedimento esecutivo.

In questa prospettiva, le possibili vicende evolutive dei titoli giudiziali, legate allo sviluppo del giudizio di cognizione in cui essi si sono formati o allo svolgimento di rimedi impugnatori, possono rilevare nel senso della caducazione (con privazione *ex tunc* di ogni efficacia degli atti esecutivi compiuti in forza del titolo posto nel nulla) oppure nel senso della trasformazione (con conservazione degli effetti delle attività svolte in virtù del titolo sostituito).

Sul punto, con riferimento ai rapporti tra sentenza di primo grado e sentenza resa in appello nell'ambito della giurisdizione contabile, **Sez. 3, n. 29021/2018, Rubino, Rv. 651659-01**, ha spiegato che l'effetto sostitutivo della sentenza d'appello, la quale confermi integralmente o riformi parzialmente la decisione di primo grado, comporta che l'esecuzione già promossa in virtù della prima sentenza prosegua sulla base delle statuizioni ivi contenute confermate in sede di impugnazione; nel caso in cui, invece, l'esecuzione non sia ancora iniziata, essa deve essere intrapresa sulla

base della pronuncia di secondo grado quale titolo esecutivo da notificare prima o congiuntamente al precetto ai fini della validità di quest'ultimo, anche quando il dispositivo della sentenza di appello contenga esclusivamente il rigetto dell'appello e l'integrale conferma della sentenza di primo grado.

## 2. Espropriazione presso terzi.

Numerose pronunce dell'anno in rassegna hanno riguardato la disciplina della espropriazione presso terzi, involgendo anche gli aspetti innovati dalle riforme legislative degli ultimi anni, sottoposti per le prime volte al vaglio del giudice di legittimità.

Tra questi ultimi, oggetto di disamina è stato il criterio di radicamento territoriale delle espropriazioni presso terzi in danno di pubbliche amministrazioni, individuato dall'art. 26-bis, comma 1, c.p.c. (introdotto dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162) nel luogo di residenza, dimora, domicilio o sede del terzo debitore, salvo quanto previsto dalle leggi speciali.

Della disposizione, motivo di divergenze ermeneutiche in dottrina e nella giurisprudenza di merito, **Sez. 6-3, n. 08172/2018, Frasca, Rv. 648765-02**, ha definito l'ambito di operatività: essa trova applicazione ogni qualvolta il debitore rivesta la qualità di pubblica amministrazione come individuata alla stregua dell'art.1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, dovendo invece escludersi che il richiamo all'art. 413, comma 5, c.p.c. contenuto nell'art. 26-bis c.p.c. concerna l'oggetto del credito per cui le pubbliche amministrazioni sono debitorici, ovvero si riferisca a procedure aventi ad oggetto crediti nascenti da rapporti di lavoro alle dipendenze delle P.A.

Sempre ad avviso di **Sez. 6-3, n. 08172/2018, Frasca, Rv. 648765-03**, l'inciso "salvo quanto disposto dalle leggi speciali" presente nel medesimo art. 26-bis, comma 1, c.p.c. attribuisce alla norma desumibile dalla legge speciale valenza di regola esclusiva di determinazione della competenza *ratione loci*, in deroga al criterio del luogo di residenza, dimora, domicilio o sede del terzo pignorato: nel caso in cui debitore sia una delle pubbliche amministrazioni assoggettate al sistema di tesoreria previsto dalla l. 29 ottobre 1984, n. 720 il foro dell'espropriazione di crediti va pertanto individuato, in via esclusiva, nel luogo di concreto espletamento del servizio di tesoreria, secondo gli accordi intercorsi tra la p.a. ed il soggetto

cassiere e tesoriere, non assumendo rilievo, qualora questi abbia natura di persona giuridica, il luogo di ubicazione della sua sede.

Atto conclusivo del procedimento di espropriazione presso terzi è l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c., determinante, sin dal momento della sua emissione, il trasferimento (*sub specie* di cessione coattiva) del credito pignorato dal debitore esecutato al creditore procedente, ovvero la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio nel lato attivo, mutando, con la sostituzione dell'assegnatario all'originario creditore, il soggetto nei cui confronti il debitore è tenuto ad adempiere per liberarsi dal vincolo.

Dalla illustrata ricostruzione si è inferito che:

- in quanto disposta “salvo esazione”, l'assegnazione in pagamento del credito staggito ex art. 553 c.p.c. non opera anche l'immediata estinzione del credito azionato in via esecutiva, essendo quest'ultima assoggettata alla condizione sospensiva del pagamento eseguito dal terzo assegnato al creditore assegnatario, evento con il quale si realizza il duplice effetto estintivo dell'obbligazione del *debitor debitoris* nei confronti del soggetto esecutato e del debito di quest'ultimo verso il creditore assegnatario (**Sez. 3, n. 30862/2018, Iannello, Rv. 651638-01**);

- prima di provvedere alla *solutio* il terzo pignorato ha facoltà di opporre in compensazione propri crediti vantati nei confronti del creditore originario assegnatario, seppure sorti anteriormente all'assegnazione, poiché la coesistenza di reciproche e contrapposte ragioni di debito e credito tra originario creditore e terzo pignorato si verifica per effetto ed in conseguenza della pronuncia dell'ordinanza di assegnazione (**Sez. 6-3, n. 17441/2018, Rubino, Rv. 649842-01**).

Nel dichiarato intento di chiarire il senso di precedenti degli anni passati, **Sez. 6-3, n. 09173/2018, Tatangelo, Rv. 648801-01**, ha riconosciuto all'ordinanza di assegnazione efficacia di titolo esecutivo a favore del creditore assegnatario e nei confronti del terzo pignorato in via immediata, ovvero sin dall'epoca della sua emissione e prima della sua comunicazione o notificazione al terzo, fatta salva una previsione di tenore differente specificamente contenuta nel provvedimento stesso. Da quanto sopra ha desunto che il creditore assegnatario può procedere alla notificazione di detta ordinanza anche unitamente all'intimazione dell'atto di precetto: in tal caso, tuttavia, il rispetto del principio di correttezza e buona fede nell'attuazione dei rapporti obbligatori impone che laddove il terzo debitore intimato (il quale può apprendere della formazione del titolo nei suoi confronti proprio in conseguenza

della notifica del precetto) provveda all'integrale pagamento di tutte le somme dovute in un termine ragionevole (pur eventualmente superiore a quello di dieci giorni previsto dall'art. 480 c.p.c.), da accertarsi in concreto in base a tutte le circostanze rilevanti nella singola fattispecie, deve ritenersi inapplicabile l'art. 95 c.p.c., e le spese di precetto e funzionali all'esecuzione restano a carico del creditore intimante; laddove, al contrario, il pagamento avvenga in un termine ragionevole, ma non sia integrale, le spese di precetto sono ripetibili dal creditore nei limiti di quanto necessario per il recupero delle sole somme effettivamente non pagate con tempestività dal debitore.

La medesima **Sez. 6-3, n. 09173/2018, Tatangelo, Rv. 648801-02**, in relazione ad una vicenda in cui era controversa la integralità del pagamento effettuato da un terzo pignorato a seguito di ordinanza ex art. 553 c.p.c., ha altresì precisato che le somme oggetto di assegnazione in favore del creditore all'esito del procedimento di espropriazione presso terzi (laddove riferibili a crediti già scaduti) costituiscono nella loro interezza (e cioè tanto per gli importi a titolo di capitale, quanto per quelli a titolo di spese di esecuzione) crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro ai sensi dell'art. 1282 c.c., e come tali (in mancanza di diversa specificazione nel titolo) producono di regola interessi di pieno diritto dalla data dell'ordinanza di assegnazione dalla comunicazione o notificazione della stessa ordinanza al terzo e dalla sussistenza di una mora di quest'ultimo.

## 2.1. (*segue*). Accertamento dell'obbligo del terzo.

Ricco il catalogo delle pronunce sulle controversie di accertamento dell'obbligo del terzo, interessate negli ultimi anni da una travagliata evoluzione legislativa (novellate, in dettaglio, dapprima dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228, poi dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. nella l. 10 novembre 2014, n. 162, ed infine dal d.l. 27 giugno 2015 n. 83, conv. nella l. 6 agosto 2015, n. 132) che ha trasformato la struttura (e, per conseguenza, lo statuto di disciplina) del giudizio, degradato da processo a cognizione piena ed esauriente svolto nelle articolate 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.

Considerando gli arresti suscettibili di applicazione (seppure soltanto come traccia da seguire) nell'assetto vigente all'attualità, va innanzitutto segnalata **Sez. 6-3, n. 16266/2018, Tatangelo, Rv. 649508-01**: ravvisata la funzione del giudizio di accertamento nella determinazione dell'oggetto del pignoramento, ovvero nell'accertare l'esistenza, i caratteri e la misura del credito del debitore verso il terzo, ha ritenuto che in quella sede si debba procedere anche alla esatta quantificazione dei relativi importi.

Frequentemente ricorrenti - tanto nel precedente quanto nel vigente assetto regolamentare - le questioni in tema di distribuzione dell'onere probatorio tra le parti in lite: sul punto, dando continuità a pregressi orientamenti, **Sez. 3, n. 09624/2018, Frasca, Rv. 648425-02**, ha ribadito che il creditore pignorante è tenuto a provare l'esistenza del credito del proprio debitore verso il terzo pignorato, mentre quest'ultimo - che eccepisca l'estinzione di detto credito per compensazione con un proprio controcredito, contestato dal creditore precedente, verso l'esecutato - deve provare il fatto estintivo dedotto.

Nello stesso ordine di idee, con statuizione espressamente riferita anche al giudizio a cognizione sommaria oggi regolato dall'art. 549 c.p.c., **Sez. 6-3, n. 24867/2018, D'Arrigo, Rv. 651366-01**: premesso che in sede di accertamento dell'obbligo il creditore precedente (in quanto non agisce in nome e per conto del proprio debitore bensì *iure proprio*) è terzo rispetto ai rapporti intercorsi fra il debitore esecutato e il *debitor debitoris*, ha affermato che la quietanza di pagamento rilasciata dal debitore al terzo pignorato è opponibile al creditore soltanto qualora abbia data certa (ex art. 2704 c.c.)

anteriore alla notificazione dell'atto di pignoramento, precisando altresì che in ogni caso detta quietanza, poiché *res inter alios acta*, non gode del valore probatorio privilegiato di cui all'art. 2702 c.c. ma ha il rilievo meramente indiziario di una prova atipica, può quindi essere liberamente contestata dal creditore precedente e contribuisce a fondare il convincimento del giudice unitamente agli altri elementi istruttori acquisiti al processo.

Sulla natura e sul regime del provvedimento che definisce la controversia come ad oggi riformata, con principio di diritto nuovo (dacché inedita la problematica) **Sez. 3, n. 26702/2018, Frasca, Rv. 651168-01**, ha individuato nell'opposizione agli atti esecutivi l'unico rimedio esperibile avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione risolve le questioni relative all'esistenza della posizione debitoria del terzo e disponga (anche *uno actu*, non essendo necessario un separato o differito provvedimento) l'assegnazione delle somme pignorate ed escluso l'impugnabilità di tale ordinanza con il mezzo dell'appello, "posto che, a differenza del precedente regime giuridico, in forza del quale sulle contestazioni relative alla dichiarazione del terzo occorreva decidere in base ad un ordinario procedimento di cognizione, il nuovo art. 549 c.p.c. abilita lo stesso giudice dell'esecuzione a risolvere dette questioni, all'esito di un accertamento sommario".

### **3. Espropriazione immobiliare.**

Fatte salve evenienze peculiari determinanti un diverso esito (ad esempio, la conversione del pignoramento), il momento centrale della espropriazione forzata immobiliare è rappresentato dalla fase liquidativa, ovvero dalla trasformazione del bene staggito in denaro liquido da distribuire poi tra i creditori.

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* dell'intero segmento procedimentale e regola, anche mediante una eterointegrazione del dato positivo (cioè con statuizioni ulteriori 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.

Le descritte considerazioni, esplicitate con dichiarata valenza nomofilattica, fondano il *dictum* di **Sez. 3, n. 24570/2018, Porreca, Rv. 651156-01** (pronuncia facente parte nel “progetto esecuzioni” della terza sezione civile, cui è *amplius* dedicato il successivo approfondimento della presente rassegna redatto da Fanticini, *Il “Progetto esecuzioni” della Terza Sezione Civile della Suprema Corte*), chiamata a risolvere problemi di diritto intertemporale indotti dalle modifiche apportate dal d.l. n. 83 del 2015 (conv. nella l. n. 132 del 2015) all’art. 572 c.p.c. in tema di offerta minima nella vendita senza incanto.

Il principio di diritto è stato così formulato: la sopravvenuta modifica delle norme relative alla vendita, pur quando e nei limiti in cui essa sia applicabile per espressa opzione legislativa di disciplina transitoria (nel caso, la possibilità di aggiudicazione a prezzo ribassato ai sensi dell’art. 572, comma 3, c.p.c.), diviene parte del regime proprio del relativo subprocedimento solo se richiamata nella sottesa ordinanza - come modificata di ufficio dal giudice o all’esito di fondata impugnazione -, attesa la necessaria immutabilità delle iniziali condizioni del subprocedimento di vendita, decisiva nelle determinazioni dei potenziali offerenti; la violazione della speciale disciplina della vendita contenuta nell’ordinanza può essere fatta valere da tutti gli interessati, cioè da tutti i soggetti del processo esecutivo, compreso il debitore.

Atto conclusivo del subprocedimento di vendita forzata è il decreto di trasferimento ex art. 586 c.p.c., atto con cui si produce l’effetto traslativo sostanziale in favore dell’acquirente.

Il contenuto del decreto è determinante per la individuazione dei beni trasferiti: la erronea indicazione in esso di beni immobili in tutto o in parte differenti da quelli aggrediti con il pignoramento non rende inesistente il decreto ma lo inficia di invalidità, da far valere con l’opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. (**Sez. 2, n. 25687/2018, Scarpa, Rv. 650833-01**).

Agli immobili espressamente menzionati nel decreto vanno poi aggiunti, quali oggetto del trasferimento, quei beni ai quali gli effetti del pignoramento si estendono automaticamente, ai sensi dell’art. 2912 c.c. (come accessori, pertinenze, frutti, miglioramenti ed addizioni) e quei beni che, pur non espressamente menzionati nel predetto decreto, siano uniti fisicamente alla cosa principale, sì da costituirne parte integrante, come le accessioni propriamente



dette, sicché il trasferimento di un terreno all'esito di procedura esecutiva comporta, in difetto di espressa previsione contraria, il trasferimento del fabbricato insistente su di esso, ancorché abusivo (**Sez. 3, n. 17041/2018, Di Florio, Rv. 649444-01**).

Dal principio di attrazione al compendio staggito di accessori, pertinenze e frutti civili sancito dal citato art. 2912 c.c. deriva che anche questi beni sono sottratti alla giuridica disponibilità del debitore esecutato: in caso di pignoramento di immobile concesso in locazione, quindi, la legittimazione a richiedere e ad accettare i canoni non spetta al proprietario-locatore, bensì ed in via esclusiva al custode (**Sez. 6-1, n. 07748/2018, Falabella, Rv. 647901-01**), tenuto alla amministrazione dei beni pignorati nell'interesse del solo ceto creditorio; in ipotesi di cessazione dall'incarico di custodia, la legittimazione ad esercitare le azioni nascenti dal contratto ritorna al proprietario - debitore esecutato, senza tuttavia che si verifichi alcun fenomeno successorio rispetto al custode (in virtù di ciò **Sez. 2, n. 22029/2018, Grasso, Rv. 650071-01**, ha ritenuto che il diritto alla restituzione dei frutti riguardanti un immobile già pignorato decorresse dalla domanda del proprietario – già debitore esecutato – e non da quella precedentemente proposta dal custode giudiziario).

La trascrizione dell'atto di 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; possono tuttavia egualmente verificarsi vicende che, indipendenti dal regime di pubblicità immobiliare, incidono sull'oggetto dell'azione esecutiva e ne impediscono la prosecuzione.

Tra siffatte eventualità si colloca, ad avviso di **Sez. 3, n. 30990/2018, Tatangelo, Rv. 651864-01** (decisione ricompresa nel già richiamato "progetto esecuzioni"), la sopravvenienza, nel corso della procedura espropriativa, di una confisca penale di qualunque natura (nel caso esaminato, si trattava di confisca facoltativa disposta ex art. 240 c.p. su bene costituente profitto del reato).

Secondo la pronuncia in commento, è principio generale dell'ordinamento quello per cui gli effetti di qualsivoglia confisca penale prevalgono sui diritti dei terzi creditori del soggetto in danno del quale il provvedimento ablatorio in questione è operato, anche ove si tratti di diritti reali di garanzia iscritti anteriormente, con il solo limite dell'intervenuto trasferimento del bene pignorato prima della confisca, essendo sufficiente che quest'ultima sia disposta (a prescindere dalla sua trascrizione) nel momento in cui il bene risulti ancora di proprietà del condannato; l'eventuale conflitto tra i diritti

dei creditori del condannato (pur se assistiti da garanzia reale o perfino pignoranti) e quelli dello Stato, beneficiario della confisca, non si risolve, sul piano civilistico, in base all'*ordo temporalis* della iscrizione o trascrizione nei registri immobiliari dei relativi acquisti ma sul piano penalistico, nel contesto dell'incidente di esecuzione della misura di sicurezza.

### **3.1. (segue). La distribuzione del ricavato: rapporti tra esecuzione individuale, credito fondiario e fallimento.**

Profili di particolare complessità presenta la fase della distribuzione del ricavato dell'espropriazione forzata allorché la procedura esecutiva individuale sia intrapresa o proseguita su istanza di un creditore che proceda in virtù di un finanziamento a carattere fondiario in danno di un debitore esecutato dichiarato fallito.

Viene qui in rilievo, infatti, il (non agevole) coordinamento tra le disposizioni dettate dall'art. 41, commi secondo e quarto, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (nella parte in cui prevedono il versamento diretto al creditore fondiario della somma ricavata dalla vendita nella misura corrispondente al complessivo credito dello stesso e l'attribuzione al fallimento dell'importo eccedente detta misura, facoltando il curatore a spiegare intervento nell'esecuzione) e dall'art. 52 della legge fallimentare, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (il quale impone per ogni credito, senza eccezione per quelli fondiari, l'accertamento nelle forme e con le modalità del concorso).

Una esaustiva ricostruzione della tematica è stata compiuta, con l'anelito nomofilattico proprio delle pronunce del "progetto esecuzioni", da **Sez. 3, n. 23482/2018, Tatangelo, non massimata**.

La pronuncia muove dalla seguente affermazione: la natura meramente provvisoria dell'attribuzione al creditore fondiario del ricavato dalla vendita effettuata in ambito esecutivo esclude soltanto la definitività di detta attribuzione (la quale si verifica alla chiusura del fallimento) ma non esprime un'irrilevanza nella espropriazione singolare degli accertamenti sui crediti già compiuti in sede fallimentare; l'osservanza del principio di economia dei mezzi processuali e l'esigenza di una razionale coerenza sistematica tra le esecuzioni individuali e le procedure concorsuali impongono, al contrario, che il giudice dell'esecuzione, nell'attribuire il ricavato al creditore fondiario, sia vincolato alle verifiche (sulla esistenza, entità e graduazione dei crediti, anche in prededuzione) già

avvenute (in via definitiva o anche solo provvisoria) nella procedura fallimentare, onde evitare duplicazioni dell'attività di accertamento nonché future azioni di ripetizione da parte del curatore.

In seno alla procedura espropriativa quindi: l'aver sottoposto la propria pretesa alla verifica del passivo fallimentare ex art. 52 l.f. con esito positivo (ovvero con un provvedimento di ammissione, ancorché non definitivo) costituisce il fatto costitutivo del diritto del creditore fondiario ad ottenere l'attribuzione, in via provvisoria, del ricavato della vendita esecutiva, a nulla rilevando l'intervento o meno del curatore; l'esistenza di altri crediti con diritto di preferenza rispetto a quello fondiario rappresenta invece un fatto impeditivo (ovvero modificativo o estintivo) del diritto del creditore fondiario ad ottenere l'attribuzione provvisoria del ricavato della vendita dell'immobile pignorato e dunque va dedotta e documentata dal curatore fallimentare nella procedura esecutiva.

Le questioni concernenti la graduazione dei crediti (ovvero la sussistenza e l'ammontare di ulteriori crediti, maturati nel corso della procedura concorsuale, da soddisfare con preferenza rispetto a quelli del creditore fondiario sul ricavato della vendita) devono essere dedotte dal curatore fallimentare al giudice dell'esecuzione (non potendo questi rilevarle di ufficio), il quale è tenuto a deciderle in conformità ai provvedimenti degli organi della procedura fallimentare che effettivamente dispongano, in maniera diretta o anche indiretta o implicita, la graduazione, ovvero riconoscano la qualità di debiti della massa gravanti su un bene determinato.

La liquidazione delle spese del procedimento esecutivo individuale proseguito o iniziato in costanza di fallimento è poi compito del giudice dell'esecuzione, esplicitazione del potere ad egli riservato in via esclusiva quale giudice di quel procedimento.

La sentenza compendia, in breve, i seguenti principi di diritto: la provvisoria distribuzione delle somme ricavate dalla vendita di un immobile pignorato dall'istituto di credito fondiario, in una procedura esecutiva individuale proseguita (o iniziata) dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, deve essere operata dal giudice dell'esecuzione sulla base dei provvedimenti (anche non definitivi) emessi in sede fallimentare ai fini dell'accertamento, della determinazione e della graduazione di detto credito fondiario. In particolare: a) per ottenere l'attribuzione (in via provvisoria, salvi i definitivi accertamenti nella procedura fallimentare) delle somme ricavate dalla vendita, il creditore fondiario deve - a prescindere dalla costituzione del curatore nel processo esecutivo - documentare al giudice dell'esecuzione di avere proposto l'istanza

di ammissione al passivo del fallimento e di avere ottenuto un provvedimento favorevole dagli organi della procedura (anche se non definitivo); b) per ottenere la graduazione di eventuali crediti di massa maturati in sede fallimentare a preferenza di quello fondiario, e quindi l'attribuzione delle relative somme, con decurtazione dell'importo assegnato al creditore precedente, il curatore è tenuto a costituirsi nel processo esecutivo e documentare l'avvenuta emissione da parte degli organi della procedura fallimentare di formali provvedimenti (idonei a divenire stabili ai sensi dell'art. 26 l.f.) che (direttamente o quanto meno indirettamente, ma inequivocabilmente) dispongano la suddetta graduazione. La distribuzione così effettuata dal giudice dell'esecuzione ha comunque carattere provvisorio e può stabilizzarsi solo all'esito degli accertamenti definitivi operati in sede fallimentare, legittimando in tal caso il curatore ad ottenere la restituzione delle somme eventualmente riscosse in eccedenza.

#### **4. Espropriazione di beni indivisi: il 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, ovvero la misura (o frazione) della partecipazione del debitore al diritto soggettivo comune.

Il codice di rito disciplina tre possibili ed alternative modalità di liquidazione della quota pignorata: la separazione in natura della porzione, materialmente determinata, spettante al debitore sul bene; la vendita della quota ideale *pro indiviso*; la divisione del bene comune secondo le regole ordinarie.

Subordinate le prime due eventualità al ricorrere di specifiche situazioni di fatto, è la divisione a rappresentare lo sviluppo normale della espropriazione di quota, il modo che meglio realizza l'intento di far cessare lo stato di comunione e procedere in sede esecutiva su un bene attribuito in via esclusiva al debitore, ancora in natura oppure già liquidato, cioè trasformato nel suo equivalente in danaro.

La divisione concreta una parentesi di cognizione nell'ambito della procedura esecutiva: un giudizio di cognizione, svolto nelle forme del libro secondo del codice di rito, autonomo rispetto alla espropriazione (tanto da non poterne essere considerato una continuazione o una fase) ma ad essa funzionalmente correlato.

Sono questi i presupposti - già invero elaborati da precedenti arresti - in base ai quali **Sez. 3, n. 20817/2018, De Stefano, Rv.**

**650419-01**, ha affrontato la questione (inedita della giurisprudenza di legittimità ed oggetto di variegata soluzioni nelle Corti di merito, e perciò inclusa nel “progetto esecuzioni”) della forma dell’atto introduttivo della controversia di divisione endoesecutiva.

Il tenore testuale dell’art. 600 c.p.c. e la sua *ratio* ispiratrice, tesa, alla de formalizzazione, sono apparsi alla S.C. elementi decisivi per l’opzione in favore dell’ordinanza del giudice dell’esecuzione quale *modus ingrediendi* del giudizio di divisione in luogo della notifica di un atto di citazione (pur apprezzato come maggiormente in linea con l’esigenza di un’ordinata tutela del contraddittorio).

Più precisamente, l’introduzione di detto giudizio è stato ricostruito come una fattispecie a formazione progressiva articolata in tre atti: (a) il pignoramento, integrante l’atto di parte contenente l’impulso o domanda di scioglimento della comunione sul bene staggito; (b) l’avviso ai creditori iscritti ed ai comproprietari, avente natura di mera comunicazione di pendenza della procedura; (c) l’ordinanza del giudice dell’esecuzione che dispone la divisione, pronunciata all’udienza per la comparizione delle parti e di tutti gli interessati e recante la fissazione della udienza per la trattazione del processo di cognizione innanzi al medesimo giudice ma nella veste di giudice istruttore.

L’ordinanza del giudice dell’esecuzione è l’elemento perfezionativo della fattispecie introduttiva del giudizio e deve pertanto contenere (quantunque attraverso il mero richiamo dei dati contenuti nel pignoramento) gli elementi identificativi dell’oggetto della controversia, cioè del bene immobile da dividere, completo dei dati indispensabili per la trascrizione della ordinanza stessa.

Esaminando la vicenda concreta portata al suo vaglio, la pronuncia ha affermato il principio secondo cui il giudizio di divisione endoesecutivo è ritualmente introdotto con la pronuncia (se presenti tutti gli interessati all’udienza ex art. 600 c.p.c.) o con la notifica (se non tutti presenti gli interessati a tale udienza) dell’ordinanza del giudice dell’esecuzione che lo dispone, talché non è necessaria la notificazione e iscrizione a ruolo di un distinto atto di citazione; nondimeno, ove il giudice dell’esecuzione oneri le parti di questi incumbenti, la relativa ordinanza - se non opposta con la dimostrazione di una conseguente lesione del proprio diritto di difesa - non dà luogo a nullità, e ad essa va prestata ottemperanza, sebbene dalla sua inosservanza non possano farsi discendere, per la parte onerata, conseguenze di definizione in rito del processo deteriori rispetto a quelle derivanti dall’inosservanza delle minori forme sufficienti.

Ancora dal vincolo teleologico tra procedura espropriativa su beni indivisi e giudizio di divisione ad esso incidentale, la medesima **Sez. 3, n. 20817/2018, De Stefano, Rv. 650419-02**, ha desunto la legittimità della notifica dell'ordinanza che dispone il giudizio di divisione eseguita al difensore di uno dei litisconsorti già costituito nell'esecuzione forzata, in quanto il relativo mandato, in mancanza di un'espressa limitazione dei poteri del difensore, deve reputarsi conferito anche ai fini dell'espletamento della difesa della parte nel corso della controversia di scioglimento della comunione.

In ordine al giudizio di divisione endoesecutivo, degna di menzione è **Sez. 3, n. 20977/2018, D'Arrigo, Rv. 650442-01**, secondo cui il provvedimento con il quale il giudice dichiara, per inattività delle parti, l'estinzione del processo di divisione del bene pignorato, instaurato ex artt. 600 e 601 c.p.c., anche se emesso in forma di ordinanza, ha natura di sentenza, determinando la chiusura del processo in base alla decisione di una questione pregiudiziale, con la conseguenza che esso è impugnabile con appello e non mediante reclamo innanzi al collegio.

## **5. Le spese nell'espropriazione forzata.**

Dei principi regolanti l'onere delle spese nelle procedure di espropriazione forzata la S.C. aveva avuto modo negli anni passati di occuparsi in maniera sporadica; l'assai rilevante impatto pratico-operativo dell'argomento ha tuttavia indotto al suo inserimento nel "progetto esecuzioni", con l'intento di un esercizio concreto ed efficace della funzione di nomofilachia.

L'occasione si è posta con riferimento ad una vicenda nella quale occorreva decidere se in caso di incapienza parziale delle somme ricavate da una espropriazione forzata (nella specie, presso terzi), la liquidazione delle spese della procedura effettuata dal giudice dell'esecuzione (esclusa la natura di titolo esecutivo del provvedimento contenente detta liquidazione) integrasse comunque una ragione di credito azionabile in giudizio separato.

All'interrogativo ha fornito argomentata risposta negativa **Sez. 3, n. 24571/2018, Porreca, Rv. 651157-01**.

Rimarcandone la diversità rispetto alle disposizioni in tema di spese nelle procedure di esecuzione in forma specifica (artt. 611 e 614 c.p.c.), la S.C. ha individuato a fondamento dell'art. 95 c.p.c. (norma specificamente riferita alle espropriazioni forzate) non già il principio della soccombenza (proprio del giudizio di cognizione) bensì quello della soggezione del debitore all'esecuzione.

Nelle procedure espropriative, la liquidazione delle spese operata dal giudice non assume contenuto decisorio (non accerta cioè la fondatezza di una situazione soggettiva) ma soltanto di verifica del relativo credito in funzione della assegnazione o della distribuzione del ricavato: le spese non costituiscono quindi oggetto di un vero e proprio obbligo di rimborso a carico dell'esecutato ma rappresentano il costo obiettivo del processo, configurandosi come onere che viene a gravare sul ricavato (secondo il principio icasticamente definito "della tara sul ricavato").

Da ciò discende che nell'ipotesi di incapienza parziale (cioè di distribuzione parzialmente utile, non interamente soddisfattiva), l'ordinanza che liquida le spese della procedura, per la porzione non soddisfatta, ha valore, sempre e solamente, ai fini della collocazione in quella procedura coattiva, non costituisce e non dichiara alcun credito spendibile al di fuori di essa, né in altri giudizi di cognizione né in altri processi esecutivi.

Il descritto ragionamento risulta trasfuso nel seguente principio di diritto: il giudice dell'esecuzione, quando provvede alla distribuzione o assegnazione del ricavato o del pignorato al creditore procedente e ai creditori intervenuti, determinando la parte a ciascuno spettante per capitale, interessi e spese, effettua accertamenti funzionali alla soddisfazione coattiva dei diritti fatti valere nel processo esecutivo e, per conseguenza, il provvedimento di liquidazione delle spese dell'esecuzione implica un accertamento meramente strumentale alla distribuzione o assegnazione stessa, privo di forza esecutiva e di giudicato al di fuori del processo in cui è stato adottato, sicché le suddette spese, quando e nella misura in cui restino insoddisfatte, sono irripetibili.

## **6. Opposizioni esecutive: profili comuni.**

Anche nell'anno in rassegna gli interventi più significativi del giudice di legittimità in tema di opposizioni in senso stretto (con tale locuzione intendendosi le opposizioni proposte dopo l'inizio della procedura esecutiva) originano dalle criticità applicative della configurazione di tali controversie come giudizi unitari a bifasicità eventuale voluta dalla novella della l. 28 febbraio 2006, n. 52.

In forza di orientamenti stratificati negli anni pregressi, è convincimento radicato e non più discusso la scansione dei giudizi di opposizione esecutiva (all'esecuzione, agli atti esecutivi o di terzo all'esecuzione) in una duplice fase:

- una prima fase, con funzione cautelare, 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 (regolata dalle norme del procedimento camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.*, richiamato dall'art. 185 disp. att. c.p.c.), avente ad oggetto la delibazione sull'istanza 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, la 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 della opposizione e definita con sentenza idonea al passaggio in giudicato.

L'anello di congiunzione tra i due segmenti è rappresentato 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) 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.

Se la struttura fisiologica dell'istituto risultava già chiaramente delineata nei sensi testé descritti, cospicue incertezze (tradotte in divergenti soluzioni praticate negli uffici di merito) riguardavano alcuni aspetti patologici *del modus procedendi* delle opposizioni, cioè a dire le possibili deviazioni dello svolgimento del giudizio dal modello legale prototipico.

Del problema - incluso nel "progetto esecuzioni" - si è *ex professo* occupata **Sez. 3, n. 25170/2018, Tatangelo, Rv. 651161-01.**

Pilastro dell'*iter* logico - argomentativo della pronuncia è la esplicita affermazione del carattere necessario ed inderogabile della preliminare fase sommaria delle opposizioni esecutive, dacché prevista per la tutela degli interessi non soltanto dell'opponente ma anche di tutte le parti del processo esecutivo e, soprattutto, in funzione di esigenze pubblicistiche di economia processuale, di



efficienza e regolarità del processo esecutivo e di deflazione del contenzioso ordinario.

Specificamente, la previsione generalizzata della preliminare fase sommaria assolve una triplice finalità: (a) garantire ed incentivare i meccanismi processuali deflattivi espressamente previsti dalla legge, in modo che le parti abbiano la possibilità di valutare se dare effettivamente corso alla (solo eventuale) fase di merito dell'opposizione; (b) assicurare che della proposizione di un'opposizione esecutiva sia immediatamente reso edotto il giudice dell'esecuzione, allo scopo di consentire a questi l'esercizio dei propri poteri officiosi di verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione esecutiva e di controllo della regolarità del relativo svolgimento nonché l'emissione (anche di ufficio) di provvedimenti tali da rendere superfluo lo svolgimento del merito dell'opposizione; (c) rendere possibile la conoscenza dell'avvenuta proposizione dell'opposizione a tutte le parti del processo esecutivo (pur se non dirette destinatarie dell'opposizione o se intervenute in epoca successivamente ad essa) nonché ad eventuali altri soggetti che abbiano un interesse di fatto in proposito (ad esempio, i potenziali interessati all'acquisto dei beni pignorati).

In virtù di queste premesse, la pronuncia in disamina ha concluso nel senso che l'omissione della fase sommaria - così come il suo irregolare svolgimento - laddove abbia impedito la regolare instaurazione del contraddittorio nell'ambito del processo esecutivo ed il preventivo esame dell'opposizione da parte del giudice dell'esecuzione determina l'improponibilità della domanda di merito e l'improcedibilità del giudizio di opposizione a cognizione piena.

Assunto il carattere di disciplina processuale inderogabile della cadenza bifasica dei giudizi oppositivi successivi, la stessa **Sez. 3, n. 25170/2018, Tatangelo, Rv. 651161-02**, si è premurata di affrontare la vicenda della proposizione dell'opposizione con atto che si discosti dal paradigma formale imposto dalla legge, costituito da un ricorso rivolto direttamente al giudice dell'esecuzione, da depositarsi quindi nel fascicolo dell'esecuzione già pendente e non da iscriversi nel ruolo contenzioso civile.

Nelle ipotesi di difformità dell'atto di proposizione (ovvero quando esso abbia una forma diversa dal ricorso, oppure quando la domanda giudiziale in esso contenuta non sia rivolta direttamente al giudice dell'esecuzione ma genericamente all'ufficio giudiziario, oppure ancora quando l'atto non venga depositato agli atti del fascicolo del processo esecutivo già pendente, ma venga iscritto direttamente nel ruolo contenzioso ordinario perché sia formato un

distinto fascicolo processuale), la S.C. in rassegna ha ravvisato una fattispecie di nullità dell'atto ex art. 156, comma 2, c.p.c.

Ha però ritenuto detta patologia sanata, per raggiungimento dello scopo, ove l'atto sia depositato nel fascicolo della procedura esecutiva e/o comunque pervenga nella sfera di conoscibilità del giudice dell'esecuzione, anche su disposizione di un giudice diverso che ne rilevi la nullità, o su richiesta della parte opponente: in tal caso, la sanatoria opera con effetto dalla data in cui sia emesso il provvedimento che dispone l'inserimento dell'atto nel fascicolo dell'esecuzione ovvero dalla data, se anteriore, della richiesta dell'opponente; laddove il mancato tempestivo inserimento nel fascicolo dell'esecuzione non sia imputabile alla parte opponente ma ad un errore della cancelleria, gli effetti della proposizione della domanda resteranno quelli del deposito dell'atto presso l'ufficio giudiziario, dacché la cancelleria è tenuta ad inserire nel fascicolo dell'esecuzione tutti gli atti che siano oggettivamente interpretabili come diretti al giudice dell'esecuzione, indipendentemente dalla loro forma o dalla loro iscrizione a ruolo.

Nel "progetto esecuzioni" è stata inclusa anche altro tema afferente tutte le parentesi oppositive: gli effetti della caducazione del titolo esecutivo sopravvenuta in pendenza di una opposizione esecutiva e, specificamente, i criteri di regolamentazione delle spese del giudizio di opposizione.

Al riguardo, la necessità di una pronuncia in dichiarata funzione nomofilattica è nata dal riscontro di dubbi ed oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità: in alcuni casi (da ultimo, Sez. 6-3, n. 20868/2017, Barreca, Rv. 645366-01) orientata nel senso che, acclarata l'avvenuta caducazione del titolo esecutivo, l'opposizione doveva "ritenersi fondata per qualunque motivo sia stata proposta" per la illegittimità *ex tunc* dell'esecuzione, per cui il giudice dell'opposizione non poteva, in violazione del principio di soccombenza, condannare l'opponente al pagamento delle spese processuali, sulla base della disamina dei motivi proposti; in altre occasioni (da ultimo, Sez. 3, n. 06016/2017, Chiarini, Rv. 643403-01), prospettante invece la definizione dell'opposizione con declaratoria di cessazione della materia del contendere (per essere l'accertamento della esistenza e dell'idoneità del titolo esecutivo logicamente preliminare rispetto al vaglio sui motivi di opposizione) e il conseguente regolamento delle spese di lite secondo il criterio della soccombenza virtuale, ancorato cioè all'apprezzamento della presumibile fondatezza dei motivi dedotti in opposizione.

A questo secondo indirizzo ermeneutico hanno dato continuità **Sez. 3, n. 30857/2018, Rubino**, e, **Sez. 3, n. 31955/2018, Porreca**, ambedue non massimate, relative a vicende scaturenti da opposizioni all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. ma con affermazioni di principi giuridici pianamente riferibili anche alle opposizioni agli atti esecutivi e di terzo all'esecuzione.

Con tali pronunce, si è chiarito che la caducazione del titolo esecutivo concreta nelle opposizioni esecutive un'ipotesi di cessazione della materia del contendere per il verificarsi di un evento di indole processuale elidente l'interesse alla decisione sul merito della lite, rendendo superflua l'affermazione giudiziale sulla esistenza del diritto a procedere *in executivis*, sulla regolarità degli atti esecutivi o sull'assoggettabilità ad espropriazione dei beni pignorati.

In ossequio al principio della domanda, la regolazione delle spese processuali, dunque, non può dipendere dal fatto (esterno, seppur connesso, rispetto ai motivi dedotti in opposizione) del venir meno del titolo, ma va compiuta alla stregua del canone della soccombenza virtuale, declinazione del principio di causalità, con un apprezzamento prognostico sulla astratta fondatezza delle ragioni dell'opposizione, così individuando la parte che, omessa la considerazione della caducazione del titolo, sarebbe stata dichiarata soccombente e sulla quale far gravare, in concreto, il carico delle spese di lite.

Di considerevole rilievo sistematico è la questione esaminata da **Sez. 3, n. 07891/2018, D'Arrigo, Rv. 648308-01**, chiamata a statuire sulla possibilità di devolvere ad arbitri rituali la decisione sulle opposizioni esecutive.

Nell'indagare sul limite dei diritti indisponibili sancito dall'art. 806 c.c., la pronuncia ha offerto una risposta articolata, fondata sul differente oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione (accertamento negativo del diritto a procedere esecutivamente del creditore) rispetto a quello di opposizione agli atti esecutivi (valutazione di conformità di un atto o segmento dell'esecuzione alle norme processuali, di ordine pubblico, che lo regolano).

La S.C. ha concluso nel senso che la clausola compromissoria per arbitrato rituale può ben concernere le controversie di opposizione all'esecuzione, salvo che in esse non si disputi su diritti indisponibili (ricorrenti in alcune fattispecie di impignorabilità); è per contro esclusa la deferibilità in arbitrato delle opposizioni agli atti esecutivi, avendo queste ad oggetto la verifica dell'osservanza di regole processuali d'ordine pubblico e quindi diritti di cui le parti non possono mai liberamente disporre.

Ulteriore tematica comune alle varie controversie oppositive inserita nel “progetto esecuzioni” ha riguardato la legittimazione passiva nei predetti giudizi sorti in seno a procedimenti di espropriazione contro il terzo proprietario.

Estendendo la portata applicativa del principio affermato da Sez. 3, n. 02333/2017, Frasca, Rv. 642714-01 in relazione alle sole opposizioni agli atti esecutivi, **Sez. 3, n. 28526/2018, De Stefano**, non massimata (ma già in precedenza **Sez. 6-3, n. 17113/2018, De Stefano, Rv. 649547-01**), ha ravvisato in tutti i giudizi oppositivi la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra creditore, debitore principale (o diretto) e terzo proprietario esecutato, per l'evidente interesse di tutti al controllo di regolarità formale sullo svolgimento del processo esecutivo, alla esatta determinazione del credito o anche soltanto delle garanzie invocate.

## **7. Opposizione all'esecuzione.**

La estensione del *thema decidendum* del giudizio di opposizione all'esecuzione è correlata alla tipologia del titolo in forza del quale la contestata azione esecutiva sia stata promossa od anche soltanto minacciata.

Se l'esecuzione si fonda su titoli di formazione stragiudiziale, l'opposizione ex art. 615 c.p.c. integra mezzo a critica libera con cui può essere sollevata ogni censura, anche afferente il rapporto sostanziale di debito-credito sotteso al titolo; ove il titolo sia di natura giudiziale, 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 nel suo procedimento di formazione,.

Limitazione dell'oggetto decisionale del giudizio ex art. 615 c.p.c. e delle facoltà difensive dell'opponente che è stata ritenuta (segnatamente, con riguardo alla impossibilità di far valere fatti anteriori alla formazione del titolo) non contraria ai principi del diritto eurounitario e non importante disapplicazione della disciplina del codice di rito civile, come costantemente interpretata dal diritto vivente, per essere in ogni caso garantita ampia tutela nella sede giudiziale in cui si decreta il formale riconoscimento della pretesa creditoria ( **Sez. 1, n. 16983/2018, Marulli, Rv. 649675-01**).

La controversia di opposizione all'esecuzione e quella nella quale sia impugnato il titolo esecutivo di formazione giudiziale presentano ontologiche disomogeneità di oggetto e presupposti, sicché tra dette cause non ricorre un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico rilevante ex art. 337 c.p.c. o tale da giustificare ex art. 295 c.p.c. la sospensione necessaria del processo di opposizione (**Sez. 6-1, n. 04035/2018, Falabella, Rv. 648476-01**).

Un particolare fatto successivo alla definitività del titolo esecutivo è stato ravvisato da **Sez. 2, n. 07477/2018, Scarpa, Rv. 647999-01**: in caso di decreto ingiuntivo per debito del *de cuius* emesso nei confronti di chiamato all'eredità che abbia dichiarato di accettare con beneficio, qualora all'epoca di esecutorietà del provvedimento monitorio non siano ancora decorsi i termini per il compimento dell'inventario, la limitazione della responsabilità dell'erede per i debiti entro il valore dei beni a lui pervenuti, ex art. 490 c.c. integra motivo deducibile in opposizione all'esecuzione.

Altra vicenda peculiare è stata all'attenzione di **Sez. 6-3, n. 17268/2018, De Stefano, Rv. 649839-01**, la quale ha attribuito natura sostanziale di opposizione all'esecuzione, riconducibile nell'alveo dell'art. 615 c.p.c., all'opposizione alla vendita della cosa data in pegno prevista dall'art. 2797 c.c. (in quanto si concreta nella contestazione di una pretesa di realizzazione coattiva di un diritto di credito mediante vendita di beni) e ne ha desunto la appellabilità della sentenza che conclude in primo grado siffatta opposizione.

Profili processuali delle opposizioni all'esecuzione di sicuro interesse sono stati esaminati da:

- **Sez. 3, n. 16920/2018, Iannello, Rv. 649438-01**, puntuale nel ribadire che il valore della controversia ex art. 615 c.p.c. ai fini del riparto di competenza si determina, ai sensi dell'art. 17 c.p.c., in base al complessivo importo indicato nell'atto di pignoramento, non assumendo rilievo la circostanza che la contestazione sia limitata ad una sola frazione del credito azionato esecutivamente;

- **Sez. 6-3, n. 01058/2018, Rubino, Rv. 647199-01**, in tema di opposizione all'esecuzione successiva, secondo cui il termine per l'iscrizione della causa a ruolo nella fase di merito previsto dall'art. 616 c.p.c. ha, per definizione positiva, carattere perentorio, sicché la sua inosservanza cagiona l'improcedibilità dell'opposizione, anche ove la parte convenuta si sia tardivamente costituita;

- **Sez. 6-3, n. 17328/2018, Cirillo F.M., Rv. 649841-01**, ad avviso della quale la causa di opposizione all'esecuzione è sottratta alla sospensione feriale dei termini nei gradi di impugnazione

soltanto quando la decisione verta unicamente sui motivi di opposizione, operando per contro la sospensione quando il giudice di primo grado si sia pronunciato sulla domanda riconvenzionale avanzata dall'opposto ed in grado di appello sia impugnata e si discuta soltanto di tale ultima statuizione.

## 8. Opposizione agli atti esecutivi.

L'opposizione agli atti esecutivi è, secondo la migliore qualificazione dogmatica, rimedio a carattere generale e sussidiario, strumentalmente funzionale alla stabilità dei risultati dell'espropriazione forzata.

Essa ha ad oggetto la valutazione di regolarità formale (da intendersi nell'accezione omnicomprensiva sia delle plurime forme di invalidità sia della mera inopportunità) ovvero di conformità di un atto o di un segmento del procedimento esecutivo alle regole (formali e sostanziali) che lo governano ed è esperibile da tutti i soggetti a vario titolo partecipanti all'esecuzione avverso qualsiasi atto o provvedimento reso nell'ambito della procedura per il quale non sia previsto altro strumento di reazione.

Nel delimitare l'ambito dell'impugnativa ex art. 617 c.p.c. con riferimento agli atti provenienti da organi dell'ufficio esecutivo, **Sez. 3, n. 05175/2018, De Stefano, Rv. 648289-01**, ha chiarito come oggetto dell'opposizione *de qua* siano esclusivamente avverso atti o provvedimenti riferibili al giudice dell'esecuzione, unico titolare del potere di impulso e controllo del processo esecutivo, sicché, ove l'atto asseritamente contrario a diritto provenga da un ausiliario del giudice - ivi compreso l'ufficiale giudiziario - esso va sottoposto al controllo del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 60 c.p.c. o nelle forme desumibili dalla disciplina del procedimento esecutivo azionato, e solamente dopo che questi si sia pronunciato sull'istanza dell'interessato diviene possibile ricorrere ex art. 617 c.p.c. avverso il relativo provvedimento giudiziale (nella specie, era stato opposto un atto dell'ufficiale giudiziario consistente in un preavviso di un successivo accesso forzoso in adempimento di una richiesta di pignoramento mobiliare, preavviso erroneamente indirizzato ad un soggetto diverso dal debitore identificato dal precedente).

Sul tema, ad avviso di **Sez. 6-3, n. 09175/2018, Tatangelo, Rv. 648766-01**, sulla proponibilità del rimedio ex art. 617 c.p.c. avverso l'ordinanza di approvazione del progetto finale di distribuzione del ricavato dall'espropriazione non assume rilievo la pronuncia, contestuale a tale ordinanza, di una dichiarazione di

“estinzione” della procedura, avendo quest’ultima valenza di una mera presa d’atto della chiusura fisiologica dell’espropriazione, come tale inidonea a precludere l’impugnazione nelle forme ordinarie dell’approvazione del progetto di distribuzione.

Soggetta all’opposizione agli atti esecutivi è altresì l’ordinanza di chiusura anticipata del procedimento esecutivo per infruttuosità dell’espropriazione, al pari di ogni altro provvedimento di estinzione atipica della procedura (**Sez. 6-3, n. 07754/2018, Scoditti, Rv. 648350-01**).

Connotato tipizzante l’opposizione agli atti, espressione della sua funzione di meccanismo di stabilizzazione degli effetti dell’esecuzione, è il rigoroso limite temporale previsto, a pena di preclusione, per l’esperibilità del rimedio, decorrente dalla conoscenza, legale o di fatto, dell’atto che si assume viziato oppure di uno successivo che necessariamente lo presuppone.

Al riguardo, la linea tendenziale della giurisprudenza di legittimità dell’ultimo decennio è stata l’affermazione - che può dirsi oramai radicata - della sufficienza, ai fini del decorso del termine di decadenza previsto dall’art. 617 c.p.c., della conoscenza anche meramente fattuale, purché completa ed inequivoca, dell’esistenza dell’atto o del provvedimento pregiudizievole da opporre.

Nell’anno in rassegna la questione si è riproposta, in reiterate occasioni, in relazione ad opposizioni agli atti avverso ordinanze del giudice dell’esecuzione (declinatorie di competenza) comunicate mediante la trasmissione del solo dispositivo del provvedimento e non già, come prescritto dall’art. 45, comma 4, disp. att. c.p.c., del testo integrale della decisione comprensivo anche della motivazione.

In linea con l’orientamento illustrato, la risposta della Suprema Corte è stata univoca (*ex plurimis*, **Sez. 3, n. 05172/2018, De Stefano, Rv. 648288-01; Sez. 3, n. 07898/2018, Sestini, Rv. 648309-01; Sez. 3, n. 15193/2018, D’Arrigo, Rv. 649055-01**): la nullità della comunicazione del provvedimento del giudice dell’esecuzione per inosservanza delle prescritte modalità di trasmissione è suscettibile di sanatoria per raggiungimento dello scopo, anche ai fini del decorso del termine per la proposizione dell’opposizione agli atti esecutivi, qualora l’oggetto della comunicazione sia sufficiente a fondare in capo al destinatario una conoscenza di fatto della giuridica esistenza di un provvedimento del giudice dell’esecuzione potenzialmente pregiudizievole; in tal caso è onere del destinatario, nonostante l’incompletezza della comunicazione, attivarsi per prendere utile e piena conoscenza

dell'atto al fine di valutare se e per quali ragioni proporre l'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. oppure, alternativamente, incombe all'opponente dimostrare l'inidoneità in concreto della ricevuta comunicazione ai fini dell'estrinsecazione, nei predetti termini, del suo diritto di difesa.

L'onere di provare la tempestività dell'opposizione agli atti grava in ogni caso sulla parte opponente, tenuta, a pena di inammissibilità dell'opposizione stessa, al duplice incumbente di allegare il momento di conoscenza - legale o di fatto - dell'atto che si assume nullo (*dies a quo* del termine per esperire il rimedio ex art. 617 c.p.c.) e di asseverare, inoltre, la verità di tale allegazione: lo ha ribadito **Sez. 6-3, n. 13043/2018, Frasca, Rv. 648881-01**, relativa ad una opposizione spiegata da un aggiudicatario avverso un decreto di condanna ex artt. 587, comma 2, c.p.c. e 177 disp. att. c.p.c. sull'assunto della mancata o irrituale comunicazione del prodromico decreto dichiarativo della decadenza dall'aggiudicazione.

L'inosservanza dell'esaminato termine decadenziale è causa di inammissibilità della opposizione agli atti, rilevabile, su eccezione di parte e pure *ex officio*, in ogni stato e grado del processo: nel giudizio di cassazione, come ha notato **Sez. 3, n. 26703/2018, Frasca, Rv. 651169-01**, il rilievo officioso della tardività non postula di necessità la previa stimolazione del contraddittorio tra le parti sulla questione, configurandosi l'art. 382, comma 3, c.p.c., come norma speciale sia rispetto all'art. 101, comma 2, c.p.c., sia rispetto all'art. 384, comma 3, c.p.c., il quale si applica nella diversa ipotesi in cui la Corte di cassazione, dopo aver cassato la sentenza, pronunci nel merito assumendo i poteri del giudice della sentenza cassata.

Nell'opposizione agli atti successiva, articolata secondo la scansione bifasica illustrata sopra sub § 6, ai fini del rispetto del termine assegnato dal giudice per l'introduzione della fase di merito non assume rilevanza il compimento della formalità di iscrizione della causa a ruolo, che, pur richiamata nell'art. 618 c.p.c., ha la sola funzione di rimarcare la differente natura della cognizione nelle due fasi del giudizio (**Sez. 6-3, n. 19905/2018, Vincenti, Rv. 650286-01**).

Ancora in ordine alle opposizioni agli atti successive, il *modus ingrediendi* del giudizio di merito è legato alla materia oggetto di controversia ed alla disciplina processuale di riferimento, sicché, nelle ipotesi ordinarie di soggezione della causa al modello paradigmatico del rito a cognizione piena, l'atto introduttivo deve



rivestire la forma della citazione da notificare entro il termine perentorio stabilito dal giudice all'esito della fase sommaria (**Sez. 6-3, n. 31694/2018, Tatangelo**, in corso di massimazione).

Il principio ha trovato applicazione in opposizioni agli atti di natura seriale proposte da un creditore agente quale difensore distrattario delle spese di lite sulla base di titolo giudiziale costituito da provvedimento del giudice del lavoro: in tal caso, la S.C. (tra le tante: **Sez. 6-3, n. 05809/2018, De Stefano, Rv. 648347-01; Sez. 3, n. 20995/2018, Saija, Rv. 650444-01**), dal rilievo che il credito azionato *in executivis* dal difensore del lavoratore distrattario delle spese processuali ha natura autonoma e non condivide la natura del credito fatto valere nel giudizio di cognizione (cui semplicemente accede) ha fatto discendere la soggezione al rito ordinario della causa di merito sull'opposizione, con la conseguenza che essa, se per errore introdotta con ricorso, poteva ritenersi tempestivamente proposta (e quindi ammissibile) solo in caso di notifica di siffatto atto introduttivo entro il termine a tale scopo fissato con l'ordinanza conclusiva della fase sommaria dell'opposizione stessa.

Il regime di impugnazione delle sentenze sulla opposizione agli atti è rappresentato dal ricorso ordinario per cassazione.

La regola trova eccezione nell'ipotesi in cui il provvedimento reso in sede di opposizione agli atti esecutivi statuisca unicamente, in senso affermativo o negativo, sulla competenza del giudice della esecuzione alla trattazione della procedura: esso deve infatti essere impugnato con il regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c. (**Sez. 6-3, n. 08172/2018, Frasca, Rv. 648765-01**).

Per contro, la sentenza conclusiva dell'opposizione agli atti che pronunci non soltanto sulla competenza ma anche su questioni ulteriori e diverse non è censurabile con il mezzo necessario di cui all'art. 42 c.p.c. ma va impugnata con il regolamento facoltativo di competenza o con il ricorso ordinario per cassazione (così **Sez. 3, n. 26935/2018, Rossetti, Rv. 651142-01**, esaminando una sentenza che, oltre a confermare l'ordinanza del giudice dell'esecuzione dichiarativa della propria incompetenza per territorio, aveva negato espressamente l'applicabilità al processo esecutivo dell'istituto della *translatio iudicii* ex art. 50 c.p.c.).

## 9. Opposizione di terzo all'esecuzione.

Anche la opposizione di terzo all'esecuzione è stata argomento del "progetto esecuzioni" del giudice della nomofilachia, impegnato a tracciare gli esatti confini - non di rado incerti nella

casistica applicativa - tra il rimedio disciplinato dall'art. 619 c.p.c., l'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c. e l'opposizione di terzo ordinaria ex art. 404 del codice di rito.

Ponendosi sulle orme di **Sez. U, n. 01238/2015, Frasca, Rv. 634089, Sez. 3, n. 29850/2018, Porreca**, non massimata, ha in primo luogo dato continuità al principio secondo cui il terzo legittimato all'opposizione ordinaria ex art. 404, comma 1, c.p.c., non può proporre opposizione all'esecuzione intentata sulla base di un titolo giudiziale formatosi *inter alios*, salvo che sostenga che quanto stabilito dal predetto titolo sia stato soddisfatto oppure sia stato modificato da vicende successive, nel qual caso deve ritenersi legittimato al rimedio di cui all'art. 615 c.p.c.; qualora invece l'esecuzione del titolo formatosi *inter alios* si estenda al di fuori dell'oggetto previsto nella statuizione giudiziale il terzo stesso può opporsi nelle forme previste dall'art. 619 c.p.c. quale soggetto la cui posizione è effettivamente incisa dall'esecuzione, ancorché formalmente terzo rispetto ad essa.

Ha poi rimarcato la disomogeneità, di tipo funzionale e strutturale, tra (a) l'opposizione di terzo ordinaria ex art. 404 c.p.c., mezzo d'impugnazione straordinario, volto a rendere inopponibile una statuizione resa tra altri e di per sé inidonea a pregiudicare il terzo, stante la portata del giudicato sostanziale, ai sensi dell'art. 2909 c.c., tra le sole parti del giudizio, i loro eredi e aventi causa e (b) l'opposizione all'esecuzione, diretta (art. 615 c.p.c.) o di terzo (art. 619 c.p.c.), rimedio contro gli errori concernenti l'esecuzione, e non contro quelli inerenti al titolo, non utilizzabile per contestare il contenuto del titolo giudiziale, declinandosi altrimenti come illogica ed inammissibile duplicazione dei mezzi di impugnazione; diversità tra le due azioni ostativa ad una possibile riqualificazione da parte del giudice adito, anche per la differente competenza a decidere.

L'elemento tipizzante l'opposizione di terzo ordinaria risiede dunque nell'affermazione da parte dell'opponente di una situazione giuridica soggettiva *in thesi* incompatibile con quella accertata nel provvedimento giudiziale tra altri reso ed azionato *in executivis*.

La peculiarità della pronuncia in commento (e, ad un tempo, l'elemento di maggior significato) consiste nella precisazione che l'incompatibilità del diritto tutelabile con l'opposizione di terzo ordinaria è estesa anche a profili fattuali giuridicamente rilevanti: nella specie, in una esecuzione per rilascio di immobile intrapresa in forza di una sentenza di risoluzione di un contratto di comodato, il vanto ad opera del terzo della proprietà del bene rilasciando (e del godimento di questo in base al diritto dominicale) è stato ritenuto

integrare la deduzione di un'incompatibilità fattuale giuridicamente rilevante con la statuizione contenuta nel provvedimento di rilascio, motivo di una opposizione ex art. 404, comma 1, c.p.c. e non già di una opposizione all'esecuzione, diretta o di terzo.

Ancora in tema di opposizione di terzo all'esecuzione, degna di menzione è **Sez. 3, n. 03700/2018, Tatangelo, Rv. 647946-01**: individuato l'oggetto del giudizio ex art. 619 c.p.c. nell'accertamento di un diritto reale (prevalente ed incompatibile con il pignoramento) sul bene staggito, è stata considerata preclusa la deduzione ad opera del terzo opponente dell'impignorabilità del bene stesso, situazione nemmeno suscettibile di rilievo *ex officio* del giudice dell'opposizione, attesi i limiti oggettivi della controversia.

Legittimato a proporre opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c. è anche il terzo che, in pendenza dell'esecuzione forzata e dopo la trascrizione del pignoramento immobiliare, ha acquistato a titolo particolare il bene pignorato: detto acquirente, soggiacendo alla disposizione di cui all'art. 2913 c.c. (ovvero alla inefficacia verso il ceto creditorio delle alienazioni della *res* staggita successive al pignoramento), non succede nella posizione di soggetto passivo dell'esecuzione in corso (e, pertanto, non può agire in opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.) ma può avvalersi unicamente del rimedio ex art. 619 c.p.c. allo scopo di far valere l'eventuale inesistenza o la nullità della trascrizione per sottrarre il bene all'espropriazione, potendo inoltre comunque partecipare alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata eventualmente residuato dopo che siano stati soddisfatti il creditore procedente ed i creditori intervenuti nella procedura (**Sez. 6-3, n. 19809/2018, Vincenti**, non massimata).

**10. La stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata.** Pur in assenza di una esplicita affermazione in una disposizione positiva, costituisce principio immanente dell'esecuzione forzata, desunto dal complessivo ordito normativo, la irretrattabilità dei risultati delle procedure esecutive.

Riconducibile all'esigenza di legalità intrinseca dell'attività giurisdizionale e di salvaguardia della funzionalità del sistema delle esecuzioni forzate, la stabilità dell'assetto di interessi delineato dal provvedimento finale delle procedure esecutive è il portato del complesso dei rimedi interni al procedimento (le varie tipologie di opposizioni ma anche le istanze di revoca o modifica) apprestati dall'ordinamento a tutela delle parti e degli altri soggetti coinvolti nel processo esecutivo lesi dagli atti dello stesso, rimedi il cui esperimento rappresenta una facoltà ma anche un onere, dacché

strumentale a conseguire, mediante il meccanismo della preclusione, un esito sostanziale non più modificabile.

In altri termini, la conclusione del processo esecutivo non tollera, in linea tendenziale, la sopravvivenza di pretese di tutela dagli effetti pregiudizievoli dei suoi atti, nemmeno solo risarcitorie, ulteriori rispetto alle azioni tipiche a tanto destinate al suo interno.

Il principio ha trovato conferma nell'annata in disamina.

**Sez. 3, n. 20994/2018, Saija, Rv. 650324-01**, ha sostenuto infatti che il provvedimento che chiude il procedimento esecutivo, pur privo, per la mancanza di contenuto decisorio, di efficacia di giudicato, è tuttavia caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento esplicito col rispetto delle forme atte a salvaguardare gli interessi delle parti, e come tale incompatibile con qualsiasi sua revocabilità, sussistendo un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti, all'interno del processo esecutivo; da ciò ha concluso che il soggetto espropriato non può 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.

Sulla base delle medesime premesse, **Sez. 3, n. 26927/2018, Rubino, Rv. 650910-01** (facente parte del "progetto esecuzioni"), ferma la impossibilità di porre in discussione fuori dal processo esecutivo la validità o l'efficacia della distribuzione del ricavato, ha però specificato che il soggetto espropriato che abbia fatto valere l'illegittimità dell'esecuzione mediante opposizione proposta in pendenza della procedura ma accolta successivamente alla chiusura della stessa, può esperire, sul presupposto di tale illegittimità, una separata azione di ripetizione dell'indebito ai sensi dell'art. 2033 c.c. nei confronti del creditore per ottenere la restituzione di quanto dallo stesso riscosso.



## ***APPROFONDIMENTO TEMATICO:***

### **IL “PROGETTO ESECUZIONI” DELLA TERZA SEZIONE CIVILE DELLA SUPREMA CORTE**

(DI GIOVANNI FANTICINI)

SOMMARIO: 1. Il recupero della funzione nomofilattica. – 2. L’interrogazione preventiva nell’ordinamento italiano e in altri ordinamenti. – 3. La *pilot-judgment procedure* della Corte europea diritti dell’uomo. – 4. La “buona prassi” del Progetto. – 5. Ulteriori prospettive.

#### **1. Il recupero della funzione nomofilattica.**

La legge sull’ordinamento giudiziario definisce i compiti della Corte di cassazione in questi termini: «La Corte Suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge.» (art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12).

In base a tale norma, dunque, alla Corte, quale giudice di ultima istanza, spetta il controllo della decisione impugnata – il cosiddetto *ius litigatoris* – per verificare se il giudice di merito abbia correttamente interpretato la norma nel caso concreto, ma anche, e soprattutto, il compito – essenzialmente nomofilattico – di fornire orientamenti ermeneutici della legislazione e di assicurare l’unitarietà dell’ordinamento giuridico (il cosiddetto *ius constitutionis*).

La crescente mole delle controversie pendenti e la necessità di osservare il principio costituzionale di ragionevole durata del processo hanno lentamente ed inevitabilmente costretto la Corte alla trattazione di un numero sempre più elevato di procedimenti, a volte senza un razionale accorpamento delle questioni attualmente controverse e prescindendo dal mutevole quadro sostanziale e processuale del diritto.

Infatti, proprio l’imponente carico dei fascicoli implica che il giudice della legittimità spesso vada a risolvere, senza prefissati itinerari giuridici, questioni attinenti ad un quadro normativo passato (o, addirittura, ormai mutato) e non affronti i temi dibattuti nel contesto, con la conseguenza ulteriore che la confusione di principi in cui versano i giudici del merito e la mancanza di pronunzie nomofilattiche diviene *ex se* fonte di ulteriore contenzioso.

Pur non essendo dogmaticamente corretta la contrapposizione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis* nel giudizio di legittimità (dovendosi piuttosto parlare dei suoi profili in positivo – la fissazione di un principio di diritto per il futuro – e in negativo – la cassazione delle decisioni non conformi alla norma interpretata), l'esigenza di definire un numero sempre più elevato di controversie ha comportato una progressiva diminuzione della funzione nomofilattica – di interesse pubblico – assegnata alla Suprema Corte.

La necessità di recuperare al giudice di legittimità il suo principale compito istituzionale – la nomofilachia – ha animato il “Progetto esecuzioni” (varato nel 2018 dalla Terza Sezione Civile), una nuova «metodologia organizzativa ... volta alla rilevazione e concentrazione delle questioni nuove o che presentano specifiche “criticità” in apposite udienze dedicate» (così, **Sez. 3, n. 26049/2018, Olivieri, non massimata**).

Se il giudizio di cassazione è tradizionalmente considerato come “occasionale” – nel senso che la controversia tra privati costituisce per la Corte l'occasione per svolgere la sua funzione nomofilattica – con la prassi applicativa del Progetto si ribalta il rapporto tra ricorso e decisione di legittimità: è lo stesso giudice che, selezionate le questioni attualmente più rilevanti e/o controverse, individua una controversia che fornisca l'opportunità di emettere una decisione capace di orientare le future determinazioni dei giudici di merito (e non soltanto di correggere le pronunzie già emesse) e, così, di assicurare tempestivamente l'uniforme interpretazione del diritto nazionale.

In altri termini, il Progetto ha come obiettivo una nomofilachia “viva”, attuata da una Corte maggiormente corrispondente al pensiero di Piero Calamandrei: «La Corte di cassazione [...] non è istituita per raggiungere soltanto quello scopo, in senso stretto giurisdizionale, per il conseguimento del quale sono istituiti tutti gli altri giudici [...] e che consiste nell'attuazione del diritto in concreto, mediante l'accertamento delle singole volontà di legge che scaturiscono, per regolare i rapporti individuali, dal coincidere di una fattispecie reale con una fattispecie legale. Anche la Corte coopera a questa funzione giurisdizionale in senso stretto, consistente nel rendere giustizia ai singoli ma questa sua cooperazione è per essa mezzo, non fine; perché il fine ultimo che essa, come suo ufficio esclusivo, persegue è più vasto ed eccedente i limiti della singola controversia decisa [...]. Il suo scopo ultimo è, dunque, uno scopo di più ampia portata, che non quello strettamente giurisdizionale dei giudici di merito: è uno scopo di carattere costituzionale, di coordinazione tra funzione legislativa e funzione

giudiziaria, che attiene più che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto alla fase di formazione e formulazione del diritto [...]. In quanto si ritenga che la giurisprudenza abbia un'efficacia creatrice o trasformatrice del diritto, la Corte è al centro di questa perpetua emanazione giurisprudenziale di questa dinamica che instancabilmente ringiovanisce ed adegua la legge alle sempre nuove esigenze della vita e dei rapporti economico-sociali» (Calamandrei - Furno, *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. Ital.*, II, Torino, 1958, 1055 ss.).

## **2. L'interrogazione preventiva del giudice della nomofilachia nell'ordinamento italiano e in altri ordinamenti.**

Sono limitate le fattispecie normative in cui il giudice di merito può adire preventivamente l'organo giurisdizionale al quale è attribuita la funzione nomofilattica.

*De iure condito*, nell'ordinamento italiano le uniche forme di “interrogazione preventiva” – volta a risolvere problemi interpretativi presentatisi nel merito – si rinvencono nell'art. 64 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e nel successivo art. 420-*bis* c.p.c. (istituto funzionale alla «valorizzazione della funzione nomofilattica nel processo di cassazione», come sottolineato da Corte cost., 5 dicembre 2008, n. 404), riguardanti l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi.

Le predette disposizioni, anche se limitate ad uno specifico settore e a ristrette ipotesi applicative, disegnano un «istituto che, consentendo un “dialogo” rapido, diretto e collettivo tra giudici di legittimità e giudici di merito, si presta molto bene a consentire il corretto dipanarsi di una nomofilachia realmente “circolare”». (Menicucci, *Giudizio di cassazione e cause di lavoro*, in *Lavoro nella Giur.*, 2018, 8-9, 779 ss.).

Manca, però, uno strumento generale che consenta ai giudici di merito di investire la Suprema Corte delle questioni attualmente più rilevanti e controverse, le quali pervengono all'esame del giudice di legittimità dopo diversi anni e, di regola, dopo due gradi di giudizio.

In Francia, invece, sin dal 1991 è stata istituita la *demande d'avis* (o *saisine pour avis*) – disciplinata dall'art. 441-1 del *Code de l'organisation judiciaire* e dagli artt. 1031-1 ss. del *Code de procédure civile* – che permette agli organi giurisdizionali di «*solliciter l'avis de la Cour de cassation*» prima di assumere decisioni su questioni implicanti l'applicazione di nuove norme, di complessa lettura e riguardanti numerose controversie.



Il dichiarato scopo dell'istituto è essenzialmente nomofilattico – permettere una più rapida unificazione dell'interpretazione delle norme giuridiche (così, espressamente, il *Rapport* del 24 aprile 1991, nei lavori preparatori della *Loi* n° 91-491 del 15 maggio 1991) – ma ne è ovvia conseguenza anche la deflazione del contenzioso derivante dalla sollecita definizione del significato della legge da parte del giudice di ultima istanza.

Alcune analogie possono riscontrarsi con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, previsto dall'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che assicura la nomofilachia nel diritto eurounitario attribuendo alle giurisdizioni di merito la facoltà (che diviene obbligo per la Corte di cassazione) di investire la CGUE prima di adottare una decisione implicante l'interpretazione dei trattati o degli atti delle istituzioni o degli organi dell'Unione.

### **3. La *pilot-judgment procedure* della Corte europea diritti dell'uomo.**

Una struttura assimilabile a quella architettata col “Progetto esecuzioni” (che sarà descritta nel successivo paragrafo) si rinviene nella procedura di “sentenza pilota” (*pilot-judgment procedure* o *procédure de l'arrêt pilote*) della Corte europea dei diritti dell'uomo, che testimonia in modo manifesto il superamento della funzione di “giustizia del caso concreto” tradizionalmente assolta dalla CEDU.

La procedura in esame si trova attualmente codificata nell'art. 61 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, come emendato il 21 febbraio 2011 in accoglimento delle richieste avanzate all'esito della Conferenza di Interlaken del 18 e 19 febbraio 2010.

La tecnica consiste nel selezionare uno o più ricorsi ritenuti rappresentativi di un problema diffuso e sistematico e nel dare loro un trattamento prioritario (a norma dell'art. 41 del citato Regolamento).

Nella sua sentenza, poi, la Corte individua i problemi strutturali alla base delle ripetute violazioni della Convenzione da parte di uno Stato contraente e indica le misure generali utili a porvi rimedio, incentivando lo Stato alla creazione di meccanismi interni capaci di far fronte ai ricorsi simili o, quantomeno, di far giungere a soluzione tutti i casi affini già pendenti (Simone, *Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle “sentenze pilota”*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 2, 133 ss.).

La procedura di “sentenza pilota” persegue diverse finalità: *in primis*, garantire ai soggetti lesi una soluzione più rapida ed effettiva delle disfunzioni dell'ordinamento

nazionale che hanno condotto alla lesione dei diritti garantiti dalla Convenzione; in secondo luogo, assistere lo Stato membro nella individuazione delle soluzioni opportune. Scopo ulteriore è quello di ridurre il carico di lavoro della Corte stessa, cosicché le stesse conclusioni non debbano essere ripetute in vicende che sono suscettibili di dare corso ad una elevata serie di ricorsi.

Proprio in base a queste brevi osservazioni ci si avvede, però, che la *pilot-judgment procedure* assolve a funzioni “pedagogiche” (nei confronti delle Alte Parti contraenti, perché adottino tempestivamente misure di portata generale) e “deflative” e non assume, invece, intenti di nomofilachia – intesa come «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, [e] l'unità del diritto oggettivo» – che non è predicabile per un giudice *extra ordinem*.

#### 4. La “buona prassi” del Progetto.

«Un esempio di *best practice* nel settore giustizia, per coniugare le ragioni del diritto con quelle dell'economia, rafforzando la funzione della Cassazione nell'assicurare un'uniforme interpretazione della legge. In questa direzione si muove il «Progetto esecuzioni» della Terza Sezione Civile.» (così Negri, *Con il «Progetto esecuzioni» priorità alle cause più rilevanti*, *IlSole24Ore*, 22 novembre 2018, 34).

La nuova prassi tende a una razionale e mirata gestione delle pendenze nella materia dell'esecuzione civile (tabellarmente di competenza della Terza Sezione) mediante l'individuazione, compartecipata da tutti gli operatori del diritto (attraverso forum specializzati, convegni e riviste giuridiche), delle questioni di maggior rilievo e maggiormente controverse negli uffici di merito.

La ricerca – condotta dal gruppo di lavoro istituito in seno alla Sezione (composto dai magistrati dell'Ufficio del Massimario destinati alla collaborazione nell'attività di spoglio e classificazione dei processi, dai sei Consiglieri e dal Presidente di Sezione esperti del settore) – mira ad individuare le questioni di rilevanza nomofilattica, identificabili:

- in quelle che riguardano tematiche di grande attualità e rilevanza, ma non ancora esaminate o approfondite: la loro risoluzione prioritaria contribuisce a superare il divario temporale tra le riforme legislative e la loro interpretazione da parte della Corte di cassazione, con proficua e tempestiva somministrazione di linee applicative tali da orientare i giudici di merito e la platea di operatori pratici;
- in quelle che soffrono di divergenti interpretazioni dei giudici di merito, oppure di incertezze e dubbi indotti da

giurisprudenza di legittimità oscillante o eccessivamente remota o la cui tenuta debba essere rimeditata in ragione di mutati contesti ordinamentali;

- in quelli di impatto sistematico e di immediata ricaduta sulle procedure pendenti, riesaminate nel loro aspetto operativo concreto ed attraverso pronunzie rivolte, per quanto possibile, a disciplinare le conseguenze applicative nel quotidiano lavoro dei giudici dell'esecuzione forzata e dei loro ausiliari.

All'individuazione delle questioni seguono:

1) il reperimento informatico, tra le cause pendenti in Sezione (in precedenza oggetto di attenta schedatura da parte dei magistrati destinati allo spoglio e alla classificazione), di quelle che siano portatrici di una o più di quelle stesse questioni;

2) l'accorpamento di quelle controversie in un'unica udienza;

3) la divulgazione agli operatori del settore di un calendario di udienze che faccia esplicita menzione dei temi trattati, così che i giudici di merito possano, a loro volta, razionalmente gestire il proprio ruolo.

Il risultato è dunque duplice.

Da un lato, è la stessa Corte che ricerca e seleziona le questioni principali da decidere in quanto di maggiore impatto nel settore, anziché attendere passivamente la disamina di ricorsi sottoposti al suo esame, secondo un criterio "occasionale" (e spesso soltanto casuale); così, il giudice di legittimità progetta la propria nomofilachia all'esito di una meditata riflessione (interpretando ed adeguando all'attualità l'insegnamento di Calamandrei, è «la giurisprudenza [che] trova in sé medesima il rimedio dei suoi mali, il limite alle sue deviazioni»).

Dall'altro lato, la ricerca e selezione delle questioni avviene mediante la gestione compartecipata delle criticità del settore, con apporti decisivi della giurisprudenza di merito o, comunque, di tutti gli altri operatori specializzati attraverso gli strumenti che questi quotidianamente usano: esse, infatti, sono ricavate dagli interventi su riviste specializzate, su forum (e anche su chat) di giudici o di professionisti del settore, oppure nel corso di incontri organizzati dall'Accademia su temi da questa considerati sensibili. La progettazione nomofilattica è, dunque, circolare: dalla "base" provengono informazioni utili per stabilire l'oggetto delle decisioni della Corte; queste ritornano alla "base" come utile e tempestivo patrimonio di principi certi, stabili e deflattivi del contenzioso.

Nel calendario sezionale è stata dedicata al "Progetto esecuzioni" almeno un'udienza pubblica al mese, con assegnazione al Collegio di un limitato numero di ricorsi, sì

da consentire un adeguato approfondimento delle questioni e l'emissione di pronunce propriamente nomofilattiche (**Sez. 6-3, n. 28848/2018, Tatangelo, non massimata**, riconosce espressamente il «valore nomofilattico di una sentenza emessa nell'ambito del cd. “progetto esecuzioni” della Terza Sezione Civile»), contenenti una chiara enunciazione del principio di diritto (tendenzialmente, anche a norma dell'art. 363, comma 3, c.p.c.) e destinate ad avere sensibili ricadute sull'effettività della risposta di giustizia in materia di esecuzione forzata.

Il Progetto è stato ideato per lo specifico settore dell'esecuzione forzata, dove l'esigenza nomofilattica è particolarmente sentita, sia per l'elevato impatto economico e sociale dei processi esecutivi, sia per il peculiare tecnicismo delle disposizioni che li regolano, sia per i frequenti e ripetuti interventi del legislatore sulla materia (con riforme adottate negli anni 2006, 2009, 2012, 2014, 2015, 2016 e 2018), sia per la pressante necessità di fornire indirizzi ermeneutici chiari, univoci e tempestivi in un ambito che è caratterizzato da numerose ed eterogenee prassi ed interpretazioni.

È evidente, però, che le medesime caratteristiche e la correlata esigenza di nomofilachia si possono rinvenire in altri settori giuridici (a mero titolo esemplificativo, nel diritto delle procedure concorsuali e in varie controversie tributarie),

## 5. Ulteriori prospettive.

L'individuazione di una questione che richieda una pronuncia nomofilattica non è di per sé sufficiente ad un completo sviluppo del “Progetto esecuzioni”, poiché è possibile che nel ruolo della Terza Sezione manchino procedimenti che la riguardano oppure che i provvedimenti di merito in cui essa è affrontata non siano impugnabili con ricorso per cassazione.

In tali casi, è stata sollecitata, anche da parte dell'Accademia, la collaborazione del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, che – avvalendosi del potere di domandare la pronuncia del principio di diritto nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.) – ha facoltà di richiedere, a scopi essenzialmente nomofilattici, l'esame dei provvedimenti dei giudici di merito che non siano stati impugnati o che non siano assoggettabili al rimedio del ricorso.



## CAPITOLO XIX

### I PROCEDIMENTI SPECIALI

(DI ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. Procedimento d'ingiunzione. Giurisdizione e competenza. – 1.1. Il procedimento monitorio cd. puro: i crediti professionali. - 1.2. Notificazione del decreto ingiuntivo – 1.3. Giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo – 1.4. Esecutorietà del decreto ingiuntivo - 1.5. Opposizione tardiva. - 2. Il procedimento per convalida di licenza e sfratto. - 3. Procedimenti cautelari. – 4. Procedimento sommario di cognizione. – 4.1. Istruttoria. – 4.2. Impugnazione dell'ordinanza conclusiva. - 4.3. Procedimento sommario esclusivo in tema di liquidazione dei compensi professionali - 5. Procedimenti possessori. – 6. Procedimenti in camera di consiglio. – 7. Inventario. - 8. Giudizio di scioglimento delle comunioni.

#### 1. Procedimento d'ingiunzione. Giurisdizione e competenza.

Il procedimento monitorio, disciplinato dagli artt. 633 e ss. c.p.c., è come noto un procedimento sommario alternativo al giudizio ordinario di cognizione che il creditore munito di prove scritte a tal fine idonee può incardinare *inaudita altera parte* per ottenere un provvedimento di condanna nei confronti del debitore, il quale potrà opporre il decreto ingiuntivo incardinando, in tal modo, un processo ordinario avente ad oggetto la sussistenza della pretesa creditoria.

In quanto alternativo al giudizio ordinario di cognizione, operano in ordine alla giurisdizione ed alla competenza ai fini dell'emissione del provvedimento monitorio le medesime regole che trovano applicazione per il primo e la cui violazione viene, di norma, dedotta dal debitore in sede di opposizione.

Ciò posto, nell'anno in rassegna, in tema di giurisdizione, **Sez. U, n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-03**, ha chiarito che, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, quando all'esito 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, pur 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.

In materia di competenza si segnala, in primo luogo, **Sez. 6 - 3, n. 16089/2018, Graziosi, Rv. 649430-01**, per la quale 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.

**Sez. 6 - 2, n. 01366/2018, Criscuolo, Rv. 647346-01**, ha chiarito che, in caso di continenza di cause, l'una introdotta con rito ordinario e l'altra mediante deposito telematico di un ricorso per decreto ingiuntivo, la pendenza del procedimento monitorio va valutata, ai fini dell'individuazione del giudizio preveniente, con riferimento al momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di posta elettronica certificata, ex art. 16 bis, comma 7, del d.l. n. 179 del 2012, conv. dalla l. n. 221 del 2012 e non da quella successiva in cui il ricorso è stato effettivamente iscritto a ruolo da parte del personale di cancelleria, essendo l'intento del legislatore quello di prevenire il rischio di ritardi o decadenze incolpevoli a carico della parte e riconducibili agli eventuali, sebbene non auspicabili, ritardi nella lavorazione degli atti oggetto di invio telematico da parte della cancelleria.

A propria volta, **Sez. 6 - 3, n. 33180/2018, Tatangelo, Rv. 652092-01**, ha ritenuto sussistente una relazione di continenza tra la causa di opposizione a decreto ingiuntivo vertente sul diritto alla restituzione della somma assegnata all'esito di un procedimento di espropriazione presso terzi e quella di opposizione agli atti esecutivi avente ad oggetto l'individuazione del soggetto legittimato a percepire le somme pignorate in detta procedura esecutiva, evidenziando che in entrambi giudizi occorre accertare definitivamente la titolarità del diritto all'assegnazione delle somme pignorate.

La contemporanea pendenza, relativamente al medesimo credito, di un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e di un procedimento di opposizione a precetto intimato sulla base di quel medesimo titolo, non comporta, secondo quanto precisato da **Sez. 3, n. 30183/2018, Scoditti, Rv. 651850 - 01**, modificazioni della competenza, che appartiene rispettivamente, secondo criteri inderogabili, in base all'art. 645 c.p.c., al giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo opposto e, in base agli artt. 27 comma 1, e 615 comma 1, c.p.c. al giudice del luogo dell'esecuzione competente per materia e per valore. Ne deriva che il *simultaneus processus* di opposizione a decreto ingiuntivo e di opposizione a precetto è

possibile se il giudice che ha emesso l'ingiunzione coincide con quello del luogo dell'esecuzione competente per materia e per valore.

### 1.1. Il procedimento monitorio cd. puro: i crediti professionali.

Per **Sez. 2, n. 17655/2018, Cavallari, Rv. 649453-02**, in tema di onorari dovuti agli avvocati la mancanza del parere dell'ordine professionale (non necessario, peraltro, quando il compenso sia predeterminato sulla base di una tariffa obbligatoria, quale quella riguardante i diritti di procuratore stabiliti *ex lege* in misura fissa) e della parcella contenente l'esposizione delle spese e dei diritti, secondo quanto dispone l'art. 636 c.p.c. ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo, può essere eventualmente rilevante solo sotto il profilo del regolamento delle spese processuali, ma non impedisce al giudice dell'opposizione di valutare la fondatezza della pretesa creditoria alla luce di ogni elemento in atti.

La precisazione è importante, in quanto fa comprendere che non occorre depositare tale parere unitamente al ricorso monitorio e che la sua mancanza non determina l'attivazione dei poteri giudiziali di sollecitazione all'integrazione, ai sensi dell'art. 640 c.p.c.

D'altra parte, **Sez. 6 - 2, n. 00712/2018, Criscuolo, Rv. 647975-01**, ha precisato che, in materia di liquidazione delle competenze professionali dell'avvocato, il giudice non è vincolato al parere di congruità del Consiglio dell'Ordine, dal quale può discostarsi indicando, sia pure sommariamente, le voci per le quali ritiene il compenso non dovuto oppure dovuto in misura ridotta; nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non è più sufficiente la prova dell'espletamento dell'opera e dell'entità delle prestazioni fornita con la produzione della parcella e del relativo parere della competente associazione professionale (art. 636 c.p.c.) e spetta al professionista, nella sua qualità di attore, fornire gli elementi dimostrativi della pretesa, per consentire al giudice la verifica delle singole prestazioni svolte e la loro corrispondenza con le voci e gli importi indicati nella parcella.

Nel rinviare al § 13 per un approfondimento, occorre sin d'ora considerare che, quanto al rito applicabile per la tutela dei crediti professionali forensi, è intervenuta **Sez. U, n. 04485/2018, Frasca, Rv. 647316-02**, la quale, dirimendo un contrasto che era insorto in seno alla Corte, ha statuito, da un lato, che 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* e, dall'altro, che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, la medesima controversia può essere introdotta solo con un ricorso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. o 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 ss. c.p.c. (**Sez. U, n. 04485/2018, Frasca, Rv. 647316 - 01**).

Pertanto, laddove il cliente, dopo la proposizione dell'opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dall'avvocato per i propri compensi, ampli l'oggetto del giudizio con la proposizione di una domanda non esorbitante la competenza del giudice adito ex art. 14 d.lgs. n. 150/2011, la trattazione delle due domande avverrà con il rito sommario, mentre, in caso contrario, con il rito ordinario a cognizione piena (**Sez. 6-3, n. 17467/2018, Rubino, non massimata** quanto a questo profilo). Non può trascurarsi, tuttavia, la precisazione effettuata da **Sez. 6 - 3, n. 17467/2018, Rubino, Rv. 650238-01**, secondo cui la querela di falso proposta in sede di opposizione a decreto ingiuntivo relativo a spettanze professionali dell'avvocato per attività giudiziale, è incompatibile con il rito sommario di cognizione previsto per tali controversie, con conseguente necessità per il giudice di provvedere alla separazione dei giudizi, dovendo quello relativo all'accertamento della falsità del documento essere assoggettato al rito ordinario a cognizione piena ed essere trattato dal giudice collegiale, con sospensione del procedimento di opposizione.

## 1.2. Notificazione del decreto ingiuntivo.

Nel procedimento per ingiunzione il contraddittorio nei confronti del debitore si realizza soltanto *ex post*, ossia dopo l'emanazione del decreto monitorio che deve essere notificato a pena di inefficacia, entro il termine di quaranta giorni previsto dall'art. 644 c.p.c., al debitore.

**Sez. L, n. 25716/2018, Marchese, Rv. 650945-01**, seguendo l'impostazione data dalla Corte costituzionale con le pronunce nn. 477 del 2002 e 28 del 2004, ha ribadito che la notificazione del decreto ingiuntivo deve ritenersi perfezionata, per il notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario, in virtù di

un principio di portata generale, posto a tutela dell'interesse del notificante, a non vedersi addebitato l'esito intempestivo del procedimento notificatorio per la parte sottratta alla sua disponibilità.

**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, per la 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.

Quanto al regime giuridico, **Sez. 6 - 2, n. 05239/2018, Orilia, Rv. 648216-01**, ha affermato che il provvedimento di rigetto dell'istanza tendente alla declaratoria di inefficacia del decreto ingiuntivo proposta ai sensi dell'art. 188 disp. att. c.p.c. è privo del requisito della definitività, concedendo la norma al debitore la possibilità di proporre, nei modi ordinari, una domanda di dichiarazione di inefficacia dell'ingiunzione stessa.

### **1.3. Giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.**

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. Da questo principio **Sez. 6 - 2, n. 15567/2018, Scalisi, Rv. 649093-01**, ha tratto la conseguenza della mancanza di legittimazione in capo ai singoli condomini a proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del condominio in una controversia relativa alla gestione di un servizio svolto nell'interesse

comune. L'impostazione trae origine dalla qualificazione del condominio in termini di ente di gestione sornito di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condòmini (**Sez. 2, n. 22911/2018, Abete, Rv. 650378-01**).

**Sez. 1, n. 16564/2018, Nazzicone, Rv. 649670-01**, ha ribadito che, 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 proporre domande diverse da quelle fatte valere con il ricorso monitorio, salvo il caso in cui, per effetto di una domanda riconvenzionale formulata dall'opponente, lo stesso si venga a trovare a propria volta nella posizione processuale di convenuto, cui 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*.

La domanda di adempimento contrattuale e quella di arricchimento senza causa si differenziano strutturalmente e tipologicamente. Infatti, la seconda integra, rispetto alla prima, una domanda nuova, sicché nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo al creditore opposto, che riveste la posizione sostanziale di attore, è consentito avanzare con la comparsa di costituzione e risposta domanda di arricchimento senza causa soltanto qualora l'opponente abbia introdotto nel giudizio, con l'atto di citazione, un ulteriore tema di indagine che possa giustificare tale esigenza. In applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 17482/2018, Casadonte, Rv. 649452-01**, ha escluso che il creditore opposto, che aveva agito in sede monitoria per il pagamento di prestazioni professionali nascenti da titolo contrattuale, potesse formulare, in sede di opposizione, un'autonoma domanda di arricchimento senza causa, poiché l'opponente si era limitato ad eccepire l'inesistenza del titolo contrattuale a sostegno della pretesa, non estendendo il tema di indagine. **Sez. 1, n. 27124/2018, Mercolino, Rv. 651448-01**, ha anch'essa sostenuto (in una fattispecie in cui, a seguito di un decreto ingiuntivo ottenuto per il pagamento di prestazioni professionali e della proposizione, da parte dell'opponente, delle sole eccezioni di inesigibilità e prescrizione del credito, gli opposti avevano proposto una nuova domanda di arricchimento senza causa) il principio per cui l'opposto non può far valere nel giudizio di opposizione domande nuove, rispetto a quella di adempimento contrattuale posta alla base della richiesta di provvedimento monitorio, salvo quelle conseguenti alla domande ed alle eccezioni in senso stretto

proposte dall'opponente, determinanti un ampliamento dell'originario *thema decidendum* fissato dal ricorso ex art. 633 c.p.c.

Sul piano più squisitamente probatorio, **Sez. 1, n. 14640/2018, Tricomi L., Rv. 649121-01**, ha ribadito che la norma di cui all'art. 50 del d.lgs. n. 385 del 1993 ha esclusivo ambito di applicazione nel procedimento monitorio, mentre, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo, trovano applicazione le consuete regole di ripartizione dell'onere della prova, con la conseguenza che l'opposto, pur assumendo formalmente la posizione di convenuto, riveste, come detto, la qualità di attore in senso sostanziale, sicché spetta a lui provare nel merito i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Ne deriva che, nel caso in cui l'opposizione all'ingiunzione di pagamento del saldo passivo del conto corrente sia stata fondata su motivi non solo formali, quale la inutilizzabilità dell'estratto conto certificato, ma anche sostanziali, come la contestazione dell'importo a debito, risultante dall'applicazione di tassi di interesse ultralegali e di interessi anatocistici vietati, nel giudizio a cognizione piena, spetta alla banca (o alla cessionaria del credito che, subentrata nella sua posizione, abbia ottenuto il decreto ingiuntivo successivamente opposto) produrre il contratto su cui si fonda il rapporto, documentare l'andamento di quest'ultimo e fornire così la piena prova della propria pretesa.

Nell'anno in rassegna è stato inoltre precisato, quanto alle spese di lite, che in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la circostanza dell'accoglimento dell'opposizione con revoca del detto decreto, cui non segua una decisione che riconosca, comunque, il credito dell'istante, integra gli estremi di una soccombenza totale (**Sez. 2, n. 15061/2018, Cavallari, Rv. 649075-01, non massimata** con riferimento a questo profilo).

#### **1.4. Esecutorietà del decreto ingiuntivo.**

Il principio secondo cui l'autorità del giudicato spiega i propri effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico, trova applicazione anche con riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, in mancanza di opposizione o quando quest'ultimo giudizio sia stato dichiarato estinto, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della

relativa domanda in altro giudizio. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 22465/2018, Caiazzo, Rv. 650583 - 01**, ha ritenuto preclusa dal giudicato, formatosi a seguito dell'estinzione della causa di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto da un banca in relazione al saldo passivo di un conto corrente, la successiva domanda, proposta dal correntista, tesa ad ottenere la ripetizione delle somme indebitamente trattenute dall'istituto di credito in forza di clausole negoziali invalide.

**Sez. 6 - 3, n. 19113/2018, Scoditti, Rv. 650241-01**, ha precisato che il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito e il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione.

Peraltro, in assenza di opposizione, il decreto ingiuntivo acquista efficacia di giudicato formale e sostanziale solo nel momento in cui il giudice, dopo averne controllato la notificazione, lo dichiara esecutivo ai sensi dell'articolo 647 c.p.c.

Inserendosi nel solco di tale impostazione interpretativa, **Sez. L, n. 01774/2018, Cavallaro, Rv. 647239-01**, ha chiarito che, in tema di crediti contributivi, la conversione in decennale del termine prescrizione per effetto del giudicato, ex art. 2953 c.c., non si verifica a seguito di decreto ingiuntivo non opposto ma privo della dichiarazione ex art. 647 c.p.c., bensì nel momento in cui il giudice, dopo aver controllato la notificazione del decreto, lo dichiara esecutivo, poiché il procedimento di cui all'art. 647 c.p.c. non ha una mera funzione di attestazione, analoga a quella della cancelleria circa l'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza, bensì quella, assai più penetrante, di una verifica giurisdizionale della regolarità del contraddittorio, che si pone all'interno del procedimento monitorio e che conclude l'attività in esso riservata al giudice in caso di mancata opposizione. L'effetto di cui all'art. 2953 c.c. sul termine di prescrizione si collega, infatti, ad un provvedimento giurisdizionale passato in giudicato, e tale qualità non può che essere attribuita al decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c., dal momento che solo per esso l'art. 656 c.p.c. prevede l'esperibilità dei mezzi straordinari d'impugnazione per la sentenza passata in giudicato.

Deriva altresì da quanto precede, pertanto, che il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, del

decreto di esecutorietà non è passato in cosa giudicata formale e sostanziale e non è opponibile al fallimento (**Sez. 1, n. 02819/2018, Ferro, non massimata**). Quest'ultima pronuncia ha altresì evidenziato che la funzione del giudice di controllo della notificazione, al fine di dichiararlo esecutivo, si differenzia dalla verifica affidata al cancelliere dall'articolo 124 o dall'articolo 153 delle disposizioni di attuazione del c.p.c. e consiste in una vera e propria attività giurisdizionale di verifica del contraddittorio che si pone come ultimo atto del giudice all'interno del processo d'ingiunzione e a cui non può surrogarsi il giudice delegato in sede di accertamento del passivo.

In particolare, non è opponibile alla procedura fallimentare il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, di esecutorietà ex art. 647 c.p.c., poiché, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, solo in virtù della dichiarazione giudiziale di esecutorietà il decreto passa in giudicato, non rilevando l'avvenuta concessione della provvisoria esecutorietà ex art. 642 c.p.c. o la mancata tempestiva opposizione alla data della dichiarazione di fallimento. **Sez. 6 - 1, n. 21583/2018, Falabella, Rv. 650469-01**, ha escluso che ciò violi l'art. 1, del Protocollo n. 1, della CEDU (che tutela sia i "beni" che i valori patrimoniali, compresi i crediti), poiché l'aspettativa del ricorrente di tutela del diritto di credito in via privilegiata non ha base legale di diritto interno alla luce della suddetta consolidata giurisprudenza. Viceversa, il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, del decreto di esecutorietà non è passato in cosa giudicata formale e sostanziale e non è opponibile al fallimento, neppure nell'ipotesi in cui il decreto ex art. 647 c.p.c. venga emesso successivamente, tenuto conto del fatto che, intervenuto il fallimento, ogni credito, deve essere accertato nel concorso dei creditori ai sensi dell'articolo 52 della legge fallimentare (cfr., in tal senso, **Sez. 1, n. 02824/2018, Campese, non massimata**). Né, ancora, è ammissibile l'accertamento incidentale, in sede di giudizio di verifica, della esecutività definitiva del decreto ingiuntivo sprovvisto del visto di esecutorietà di cui all'articolo 647 c.p.c., con la conseguenza che, in mancanza, il decreto ingiuntivo, seppure non opposto, è inopponibile alla massa dei creditori.

Secondo **Sez. 1, n. 00377/2018, Dolmetta, Rv. 646799-01**, in caso di inefficacia del decreto ingiuntivo a causa della dichiarazione di fallimento, il pagamento ricevuto dal creditore in forza della provvisoria esecuzione del provvedimento è ripetibile,

non trovando più giustificazione alcuna, né nel titolo, divenuto inefficace, né nel credito, contestato e non accertato.

### 1.5. Opposizione tardiva.

Nell'ipotesi di irregolare notificazione del decreto ingiuntivo, il termine per proporre opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c. è di quaranta giorni dalla conoscenza dell'ingiunto, comunque avuta, dell'atto da opporre. In proposito **Sez. 6 - 3, n. 02608/2018, D'Arrigo, Rv. 647922-01**, ha precisato che tale termine, previsto dall'art. 641 c.p.c., deve essere interamente assicurato, senza alcuna possibilità per il giudice di merito di valutare la "congruità", o comunque la "sufficienza", del tempo residuo intercorrente fra la conoscenza effettiva e la scadenza del termine per proporre opposizione tempestiva.

Ai fini della legittimità dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo (di cui all'art. 650 c.p.c.), non è sufficiente l'accertamento dell'irregolarità della notificazione del provvedimento monitorio, ma occorre, altresì, la prova - il cui onere incombe sull'opponente - che, a causa di detta irregolarità, egli, nella qualità di ingiunto, non abbia avuto tempestiva conoscenza del suddetto decreto e non sia stato in grado di proporre una tempestiva opposizione. Tale prova, come precisato da **Sez. 3, n. 20850/2018, Gianniti, Rv. 650426-01**, deve considerarsi raggiunta ogni qualvolta, alla stregua delle modalità di esecuzione della notificazione del richiamato provvedimento, sia da ritenere che l'atto non sia pervenuto tempestivamente nella sfera di conoscibilità del destinatario.

## 2. Il procedimento per convalida di licenza e sfratto.

Anche questo procedimento è di natura sommaria e può essere promosso dal locatore ove ricorrano i presupposti indicati dall'art. 657 c.p.c.

A differenza di quanto avviene nel procedimento di ingiunzione, in tale ipotesi si realizza un contraddittorio preventivo con il conduttore, contraddittorio da ritenersi anzi "rafforzato" per lo specifico avvertimento, contenuto nell'intimazione per convalida, circa le conseguenze correlate alla mancata comparizione e/o opposizione dell'intimato all'udienza di convalida.

Nel periodo in esame, la S.C. ha chiarito che il giudicato formatosi sull'accertamento della futura data di scadenza di un contratto di locazione lascia inalterato il potere delle parti di

provocare la cessazione degli effetti del contratto, prima della scadenza, al verificarsi di altri presupposti, trattandosi di un diritto diverso da quello accertato, riconosciuto dal contratto o dalla legge senza alcuna incompatibilità con la scadenza accertata. La Corte ha precisato che, al contrario, se il conduttore, che sia stato convenuto in giudizio per la convalida della licenza per finita locazione, intenda esercitare il proprio diritto di impedire il verificarsi della scadenza naturale del contratto, è tenuto a farlo in quel processo, trattandosi di un fatto impeditivo del diritto fatto valere dal locatore, restando altrimenti precluso dal giudicato l'accertamento di una data di scadenza diversa da quella accertata (**Sez. 3, n. 24534/2018, Positano, Rv. 651139 - 01**, la quale ha confermato la decisione della corte d'appello che, a fronte di una sentenza, passata in giudicato, con la quale la data di scadenza di un contratto di locazione era stata fissata al 31 dicembre 2018, aveva negato che il conduttore potesse far valere l'ulteriore rinnovazione del contratto, con nuova scadenza al 31 dicembre 2004, nell'ambito del successivo giudizio intentato dal locatore per la convalida dell'intimazione per finita locazione).

In tema di opposizione proposta dopo la convalida di licenza o di sfratto ai sensi dell'art. 668 c.p.c., l'impossibilità a comparire dell'intimato (o, se questo si sia costituito, del suo difensore) per forza maggiore può anche dipendere da un malore, purché il giudice di merito (con valutazione di fatto, incensurabile in sede di legittimità, se congruamente motivata) accerti, anche avvalendosi delle nozioni di comune esperienza, adeguate per valutare la gravità e gli effetti delle malattie comuni, che tale malore sia stato improvviso ed imprevedibile e che sussista un effettivo nesso di causalità tra lo stato di malattia e la mancata comparizione della parte. In applicazione di questo principio, **Sez. 6 - 3, n. 03629/2018, D'Arrigo, Rv. 647616-01**, ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso che la documentazione medica fornita a sostegno dell'opposizione fosse idonea a dimostrare il momento di insorgenza della malattia lamentata - lombosciatalgia - e che, dunque, questa fosse stata così improvvisa da impedire all'opponente anche solo di far dedurre da terzi in udienza il proprio stato di salute.

### **3. Procedimenti cautelari.**

La natura provvisoria delle statuzioni rese in sede cautelare rende l'intervento della S.C. in materia assolutamente residuale, non



essendo ammesso neppure, per giurisprudenza consolidata, il ricorso cd. straordinario per cassazione avverso i provvedimenti resi su reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. (si veda, *infra*, Capitolo XV).

Nell'anno in rassegna, la Corte di cassazione ha avuto occasione di enunciare il principio per il quale, in tema di azioni di nunciazione, il procedimento 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 (**Sez. 2, n. 21491/2018, Giannaccari, Rv. 650038-01**, la quale ha precisato che il processo di cognizione che si svolga in difetto dell'atto propulsivo di parte, a causa dell'erronea fissazione giudiziale di un'udienza successiva all'ordinanza cautelare, è affetto da nullità assoluta per violazione del principio della domanda, rilevabile d'ufficio dal giudice e non sanata dall'instaurarsi del contraddittorio tra le parti).

#### **4. Procedimento sommario di cognizione.**

Tale procedimento, regolato dagli artt. 702-bis e ss. c.p.c., è di norma alternativo al giudizio ordinario di cognizione per le controversie rientranti nell'attribuzione del Tribunale in composizione monocratica, e si connota per una “destrutturazione formale” nonostante la conclusione con un provvedimento che, pur avente forma di ordinanza, ove non impugnato, è suscettibile di produrre gli effetti propri del giudicato sostanziale.

La S.C. ha ritenuto talora applicabili in via analogica le norme sul processo ordinario di cognizione anche al procedimento sommario.

In particolare, si è affermato che nel procedimento disciplinato dagli artt. 702-bis e ss. c.p.c., in caso di inosservanza dei requisiti afferenti tanto all'*editio actionis* che alla *vocatio in ius*, è applicabile, allorché il convenuto non si costituisca sanando il vizio rilevato, la regola della rinnovazione dell'atto introduttivo nullo ai sensi dell'art. 164 c.p.c. con l'assegnazione, da parte del giudice, di un termine perentorio per provvedere ad una nuova notificazione (Sez. 1, n. 05517/2017, Marulli, Rv. 644652).

Altre disposizioni del processo ordinario di cognizione che sono state ritenute, da **Sez. 2, n. 27915/2018, Fortunato, Rv. 651035-01**, estensibili al rito sommario (speciale) sono gli artt. 181 e 309 c.p.c., sicché, in tema di giudizio di opposizione al decreto di liquidazione dei compensi spettanti al difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, la disciplina generale

della mancata comparizione delle parti dettata dalle menzionate disposizioni non è in contrasto con le ragioni che hanno condotto alla sottoposizione del procedimento di cui all'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 al rito sommario speciale, ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 150 del 2011, atteso che il mero deposito del ricorso è idoneo ad attivare il giudizio e ad investire il giudice del potere-dovere di decidere, senza necessità di ulteriori atti di impulso processuale, e poiché le predette norme sono compatibili con la disciplina dei procedimenti ispirati a regole di particolare concentrazione delle attività processuali.

#### 4.1. Istruttoria.

La valutazione, da parte del giudice, della necessità di un'istruzione non sommaria, ai fini della conversione del rito ex art. 702 ter, comma 3, c.p.c., presuppone pur sempre che le parti – e in primo luogo il ricorrente – abbiano dedotto negli atti introduttivi tutte le istanze istruttorie ritenute necessarie per adempiere all'onere probatorio ex art. 2967 c.c., non potendosi, come precisato da **Sez. 3, n. 24538/2018, Gorgoni, Rv. 651152 - 01**, attribuire a tale decisione la funzione di rimetterle in termini per la formulazione delle deduzioni istruttorie, che siano state omesse o insufficientemente articolate *in limine litis*.

Sembra che la S.C. abbia avallato l'orientamento, secondo cui il rito sommario sarebbe incompatibile (ed andrebbe, quindi, disposto il mutamento del rito nelle forme ordinarie) con quei giudizi, che, anche se di natura esclusivamente documentale o comportanti un'attività istruttoria contenuta, implicino l'esame e la soluzione di questioni tecniche o giuridiche di una certa complessità che possono richiedere una trattazione non semplificata. Invero, Sez. 1, n. 06563/2017, Dolmetta, Rv. 644753 - 02, ha affermato che la verifica della compatibilità tra istruzione sommaria propria del procedimento di cui agli artt. 702-bis e ss. c.p.c. e fattispecie concretamente portata in giudizio va effettuata con riferimento non alle sole deduzioni probatorie formulate dalle parti, bensì all'intero complesso delle difese ed argomentazioni che vengono svolte in quel dato giudizio, tenendo conto, tra l'altro, della complessità della controversia, del numero e della natura delle questioni in discussione.

Per altro verso, **Sez. 6 - 3, n. 31801/2018, De Stefano, Rv. 651976 - 01**, ha ribadito il principio per il quale nel giudizio sommario non può mai disporsi la sospensione, ai sensi degli artt.

295 o 337 c.p.c, atteso che, qualora nel corso di un procedimento introdotto con tale rito insorga una questione di pregiudizialità rispetto ad altra controversia, che imponga un provvedimento di sospensione necessaria, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (o venga invocata l'autorità di una sentenza resa in altro giudizio e tuttora impugnata, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c.), si determina la necessità di un'istruzione non sommaria e, quindi, il giudice deve, a norma dell'art. 702-ter, comma 3, c.p.c., disporre il passaggio al rito della cognizione piena.

#### **4.2. Impugnazione dell'ordinanza conclusiva.**

In termini generali, come ha chiarito **Sez. 3, n. 16893/2018, Graziosi, Rv. 649509-01**, l'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione può essere appellata, dalla parte contumace, nel termine "breve" di cui all'art. 702 quater c.p.c., decorrente dalla notificazione della stessa, in difetto della quale trova applicazione il termine "lungo" di cui all'art. 327 c.p.c. che opera per tutti i provvedimenti a carattere decisorio e definitivo. Tale pronuncia ha inoltre precisato che, ai fini dell'impugnazione della detta ordinanza, il termine "lungo" di cui all'art. 327 c.p.c. decorre dalla data della pubblicazione della stessa, la quale coincide con quella dell'udienza in cui viene pronunciata, ovvero con quella del deposito, ove venga emessa fuori dell'udienza.

D'altra parte, per **Sez. 2, n. 14478/2018, Sabato, Rv. 648976-02**, il termine per proporre appello avverso l'ordinanza resa in udienza e inserita a verbale decorre, pur se questa non è stata comunicata o notificata, dalla data dell'udienza stessa, equivalendo la pronuncia in tale sede a "comunicazione" ai sensi degli artt. 134 e 176 c.p.c.

**Sez. 1, n. 07154/2018, Campese, Rv. 647842-01**, ha confermato che, in assenza di una normativa speciale circa la decorrenza del termine breve per proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza resa ex art. 702-quater c.p.c., non rileva che la comunicazione dell'ordinanza sia avvenuta in forma integrale a mezzo Pec, dovendo trovare applicazione la disposizione generale di cui all'art. 133, comma 2, c.p.c. (come modificato con l'art. 45, comma 1, lett. b) del d.l. n. 90/2014, conv. con modif. dalla l. n. 114/2014) secondo il quale la comunicazione da parte della cancelleria del testo integrale della sentenza non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'art. 325 c.p.c.

Come precisato da **Sez. 1, n. 08757/2018, De Chiara, Rv. 648884-01**, l'impugnazione dell'ordinanza conclusiva del giudizio sommario di cui all'art. 702-ter c.p.c. 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; né è possibile, nel caso di appello introdotto mediante ricorso, la salvezza degli effetti dell'impugnazione, mediante lo strumento del mutamento del rito, previsto dall'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 150 del 2011.

Il principio è stato ribadito da **Sez. 1, n. 05111/2018, Genovese, non massimata**, secondo cui l'appello, proposto ex art. 702 quater c.p.c., avverso la decisione del tribunale, deve essere introdotto con citazione e non con ricorso, sicché la tempestività del gravame va verificata calcolandone il termine di trenta giorni dalla data di notifica dell'atto introduttivo alla parte appellata.

Rispetto alla regola appena enunciata rappresenta una eccezione quella dell'appello ai sensi dell'art. 702 quater c.p.c. proposto avverso la decisione di primo grado sulla domanda volta al riconoscimento della protezione internazionale, che deve essere introdotto con ricorso e non con citazione, in aderenza alla volontà del legislatore desumibile dal nuovo tenore letterale dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011, così come modificato dall'art. 27, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 142 del 2015. Tale innovativa interpretazione, fatta propria da **Sez. 6 - 1, n. 29506/2018, Genovese, Rv. 651503-01**, in quanto imprevedibile e repentina rispetto al consolidato orientamento pregresso, costituisce un *overruling* processuale che, nella specie, assume carattere peculiare in relazione al momento temporale della sua operatività, il quale potrà essere anche anteriore a quello della pubblicazione della prima pronuncia di legittimità che praticò la opposta esegesi, e ciò in dipendenza dell'affidamento sulla perpetuazione della regola antecedente, sempre desumibile dalla giurisprudenza della Corte, per cui l'appello secondo il regime dell'art. 702 quater c.p.c. risultava proponibile con citazione (**Sez. U, n. 28575/2018, Frasca, Rv. 651358-01**).

### 4.3. Procedimento sommario esclusivo in tema di liquidazione dei compensi professionali.

Nel rinviare al § 1.1., occorre ricordare anche in questa sede che, nel corso del 2018, le Sezioni Unite della S.C., dirimendo il contrasto di giurisprudenza che era sorto all'interno della Corte, hanno enunciato due importanti principi su tale procedimento:

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**).

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 ss. c.p.c.

Avuto riguardo al profilo sub a), **Sez. 2, n. 28049/2018, Oliva, Rv. 651524-01**, ha ricordato che, sempre in tema di liquidazione degli onorari e diritti di avvocato, il giudizio introdotto secondo l'ormai abrogata procedura prevista dagli artt. 28 ss. della l. n.794 del 1942 va, invece, dichiarato inammissibile quando vi sia contestazione del cliente sull'*an debeatur* della pretesa, essendo il suo oggetto limitato alla determinazione del *quantum* del compenso dovuto al professionista. Non è, inoltre, neppure possibile un mutamento del rito, poiché questo rimane circoscritto alla sola ipotesi in cui l'assistito, convenuto dal suo legale, abbia sollevato eccezioni o domande riconvenzionali idonee ad ampliare il *thema decidendum* le quali, pur non esorbitando dalla competenza del giudice adito, non si prestino ad un'istruttoria sommaria, così rendendone necessaria la trattazione nelle forme del rito ordinario a cognizione piena, previa separazione delle domande.

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, **Sez. 6 - 2, n. 04904/2018, Manna F., Rv. 648212-01**, 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. Nella stessa direzione **Sez. 2, n. 24515/2018, Giannaccari, Rv. 650653-01**, ha affermato che il provvedimento con cui è decisa l'opposizione a decreto ingiuntivo riguardante onorari di avvocato che sia stata introdotta ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., seguendo il rito sommario ordinario codicistico e non quello speciale di cui all'art. 14 d.lgs. n. 150 del 2011, deve essere impugnato con l'appello, secondo il regime previsto dall'art. 702 quater c.p.c., trovando applicazione il principio di apparenza (v. altresì Sez. U n. 00390/2011, Piccialli L., Rv. 615406 - 01, e **Sez. U n. 04485 del 2018, Frasca, Rv. 647316-01**).

## 5. Procedimenti possessori.

Sez. 2, n. 20726/2018, Cosentino, Rv. 650020-01, ha chiarito che la riduzione in pristino, cui è diretta l'azione di manutenzione, può consistere non già nella mera riproduzione della situazione dei luoghi modificata o alterata da una determinata azione lesiva dell'altrui possesso, ma anche nell'esecuzione di un *quid novi*, qualora il rifacimento puro e semplice sia inidoneo a realizzare il ripristino stesso.

Come noto, 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. In applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 16000/2018, Tedesco, Rv. 649226-01**, ha annullato con rinvio la sentenza del giudice di merito che aveva dichiarato l'improponibilità dell'eccezione petitoria, sollevata dal resistente, senza indagare sulla irreparabilità del pregiudizio che gli sarebbe derivato dall'esecuzione dell'ordine di demolizione del muro in cemento armato da lui realizzato in violazione del possesso della servitù di veduta vantato dai ricorrenti.

## 6. Procedimenti in camera di consiglio.

In tema di giudizio camerale, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 738 c.p.c. (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. 05255/2018, Acierno, Rv. 647743-01**, secondo cui, in tema di risarcimento del danno (da inumana detenzione: rinvio al § 3.3 della prima parte del primo volume) ex art. 35-ter, comma 3, della l. n. 354 del 1975, il ricorso al procedimento del modello processuale camerale e la natura giuridica dei diritti coinvolti inducono a ritenere sufficiente l'allegazione specifica dell'avvenuta detenzione e della sua durata, potendo il giudice, nel caso in cui ritenga il quadro probatorio incompleto, assumere informazioni, in applicazione dell'art. 738, ultimo comma, c.p.c.

**Sez. 1, n. 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-02**, ha 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.

L'art. 739 c.p.c., secondo il quale il provvedimento emesso in camera di consiglio dal tribunale, se pronunciato in confronto di più parti, è reclamabile entro dieci giorni dalla notificazione, non deroga alla regola generale dettata dall'art. 326 c.p.c., con la conseguenza che anche il termine per proporre ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso i decreti pronunciati in camera di consiglio, decorre dalla notificazione del provvedimento. A tal



riguardo occorre che la notificazione sia eseguita ad istanza di parte, non essendo sufficiente che sia stata effettuata a cura della cancelleria del giudice, nel qual caso il ricorso per cassazione resta soggetto al termine ordinario di cui all'art. 327 c.p.c. In applicazione di questo principio, **Sez. 1, n. 12972/2018, Falabella, Rv. 649154-01**, ha disatteso l'eccezione sollevata da un fallimento, tesa a far constare la tardività del ricorso per cassazione, sul presupposto che il termine di proposizione decorresse dalla comunicazione di cancelleria del decreto di rigetto del reclamo ex art. 739 c.p.c., proposto da un istituto di credito, avverso il decreto di accoglimento della domanda di revocatoria avanzata dalla procedura concorsuale, ex art. 67, comma 2, l. fall., in relazione a rimesse bancarie eseguite su conto corrente intrattenuto dalla società fallita.

## **7. Inventario.**

Con riferimento al titolo dedicato all'apertura delle successioni, va segnalato che il verbale di inventario redatto dal notaio ex art. 775 c.p.c., in quanto atto rogato nell'esercizio delle funzioni, è assistito da pubblica fede e rappresenta, fino a prova contraria, fonte privilegiata di convincimento circa la ricostruzione e l'ammontare dell'asse ereditario al momento di apertura della successione, della cui reale consistenza il notaio incaricato è personalmente tenuto ad accertarsi, potendo logicamente procedere all'interpello degli eredi presenti solo dopo una personale ricognizione dei beni da inventariare. E così **Sez. 2, n. 06551/2018, Bellini, Rv. 647853-01**, ha cassato la decisione di merito, che aveva ritenuto l'inidoneità del verbale di inventario redatto dal notaio a provare l'effettiva titolarità dei beni ivi elencati in capo al *de cuius*, siccome considerato meramente riproduttivo delle dichiarazioni rese dagli eredi.

## **8. Giudizio di scioglimento delle 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 comproprietà sul bene comune. Con riferimento alla prima fase, **Sez. 2, n. 02951/2018, Manna F., Rv. 647795-01**, ha specificato che l'ordinanza che, ai sensi dell'art. 785 c.p.c., disponga

la divisione, al pari della sentenza che, in base all'ultimo inciso della menzionata disposizione, statuisca in maniera espressa sul diritto allo scioglimento della comunione, ancorché non possieda efficacia di giudicato, preclude un diverso accertamento in altra sede giudiziale, in quanto la non contestazione attribuisce all'esito finale del procedimento, che si concluda con l'ordinanza non impugnabile ex art. 789, comma 3, c.p.c., la medesima stabilità del giudicato sul diritto allo scioglimento della comunione pronunciato con sentenza.

Nel caso di divisione di beni provenienti da titoli diversi e, perciò, appartenenti a distinte comunioni, si deve procedere a tante divisioni quante sono le masse, derivandone il litisconsorzio necessario tra i condividenti soltanto all'interno del giudizio di divisione relativo a ciascuna di esse; può, invece, procedersi ad un'unica divisione solo in presenza del consenso di tutte le parti, purché la circostanza risulti da uno specifico negozio. Dando seguito a questo ormai consolidato orientamento (cfr. Sez. 2, n. 314/2009, *Mazzacane*, Rv. 606113-01), **Sez. 2, n. 25756/2018, Picaroni, Rv. 650835-01**, ha cassato la sentenza emessa dal giudice di merito, con la quale era stato predisposto un progetto di divisione cumulativo delle due masse, senza che risultasse l'acquisizione del consenso dei condividenti.

**Sez. 6 - 2, n. 14406/2018, Criscuolo, Rv. 649089-01**, ha ribadito, poi, che, ove una quota abbia costituito oggetto di cessione, la qualità di litisconsorte necessario spetta ai cessionari della quota e non agli eredi cedenti.

Per altro verso, nel procedimento di divisione ereditaria, il provvedimento con il quale il giudice istruttore, uniformatosi alle statuizioni della sentenza non definitiva che ha approvato il progetto di divisione, provveda al sorteggio e alla assegnazione dei lotti, non è soggetto a impugnazione, in quanto, come ha avuto modo di confermare **Sez. 2, n. 07182/2018, Dongiacomo, Rv. 647864 - 01**, mero atto esecutivo delle decisioni assunte con la pronuncia non definitiva.

**Sez. 6 - 2, n. 11013/2018, Criscuolo, Rv. 648232-01**, ha puntualizzato, in tema di giudizio di divisione, che l'ordinanza con cui il giudice istruttore dispone la vendita del bene, pur in presenza di contestazioni insorte tra i condividenti, ha contenuto decisorio e natura di sentenza; essa è, pertanto, impugnabile con l'appello, con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione.

**Sez. 2, n. 20961/2018, Giannaccari, Rv. 650023-02**, ha avuto l'occasione per chiarire che la sentenza contenente l'assegnazione dei beni ai condividenti costituisce titolo esecutivo,

sicchè ciascuno di costoro acquista non solo la piena proprietà dei beni facenti parte della quota toccatagli, ma anche la potestà di esercitare tutte le azioni inerenti al godimento del relativo dominio, compresa quella diretta ad ottenere in via esecutiva il rilascio dei beni costituenti la quota del dividendo che, in conseguenza della compiuta divisione, non abbia più nessun titolo idoneo a giustificare l'ulteriore detenzione.

Il notaio delegato dal giudice alla direzione di operazioni di divisione è responsabile, quale ausiliario del giudice e titolare di un *munus publicum*, dei danni cagionati a una delle parti, nella specie per non aver depositato il ricavato della vendita di un immobile, come disposto con l'ordinanza di conferimento dell'incarico, su un libretto bancario vincolato all'ordine del giudice, e per aver invece distribuito la somma tra i dividendi secondo le quote stabilite successivamente dalla sentenza di primo grado (**Sez. 3, n. 04007/2018, Guizzi, non massimata**).

## CAPITOLO XX

### L'ARBITRATO

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Controversie deferibili ad arbitri. – 3. Distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale. – 4. Clausola compromissoria. – 5. Arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale. – 6. Arbitrato di opere pubbliche. – 7. Arbitrato societario. – 8. Arbitrato in materia di lavoro. – 9. Gli arbitri– 10. Procedimento arbitrale. – 11. Nullità del lodo. – 11.1. Nullità per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U. del 2016 al possibile *prospective overruling*. – 12. Giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale. – 13. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria. – 14. Regolamento preventivo di giurisdizione ed arbitrato estero.

#### 1. Premessa.

Nel corso del 2018, 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 oltre che con riferimento alla clausola compromissoria “consortile”.

Sono stati altresì diversi i principi sanciti e confermati in merito ai rapporti con l'appalto di opere pubbliche, con il diritto del lavoro, e con l'autorità giudiziaria ordinaria, nonché in tema procedimento arbitrale, di regolamento di giurisdizione, di elementi essenziali del lodo, e della sua impugnabilità per errori di diritto, di composizione del collegio arbitrale e di compenso degli arbitri.

#### 2. Controversie deferibili ad arbitri.

La possibilità di demandare la decisione di una controversia agli arbitri è limitata, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., alle ipotesi in cui la stessa verta su diritti disponibili.

Peraltro, l'indisponibilità del diritto che costituisce il limite al ricorso all'arbitrato 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**).

Sulle controversie deferibili ad arbitri è significativa la posizione assunta da **Sez. 3, n. 07891/2018, D'Arrigo, Rv. 648308-01**, per la quale tra le stesse possono rientrare, ove previsto dalla clausola compromissoria, anche le opposizioni all'esecuzione forzata, salvo che abbiano ad oggetto l'impignorabilità dei beni. La stessa decisione ha precisato che, diversamente, 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. Distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale.**

L'interpretazione della convenzione di arbitrato è necessaria anche per valutare se si verta in tema di arbitrato rituale o irrituale, fermo restando che ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c. nell'ipotesi di incertezza deve ritenersi che le parti abbiano voluto devolvere la controversia ad arbitri rituali.

A tal fine occorre interpretare la clausola compromissoria alla stregua dei normali canoni ermeneutici ricavabili dagli artt. 1362 e ss. 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 dell'arbitrato, 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, alla possibilità per il giudice di concedere la sospensiva (in questi termini già Sez. 1, n. 26135/2013, Di Virgilio, Rv. 628965-01).

**Sez. 2, n. 11313/2018, Oricchio, Rv. 648179-01**, in applicazione di tale 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.

#### 4. La clausola compromissoria.

La più ricorrente convenzione di arbitrato è la clausola compromissoria che di norma accede ad un contratto e mediante la quale le parti decidono, *ex ante*, di devolvere agli arbitri le eventuali controversie che insorgeranno tra loro.

L'art. 808 *quater* c.p.c., in materia di interpretazione della convenzione d'arbitrato, dispone che, nel dubbio, la stessa 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.

Tale *favor* per la competenza arbitrale contenuto si riferisce, peraltro, 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 particolare, **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, ai sensi dell'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).

Analogamente, 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 interpretativo si colloca, poi, Sez. 1, n. 23675/2013, Salvago, Rv. 627976-01, per la quale la clausola compromissoria concernente le controversie relative alla risoluzione di un contratto ricomprende nel proprio ambito di applicazione la domanda di risarcimento del danno derivante da lesione del diritto all'immagine allorché 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 delle 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 controversie, 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 mediante una clausola compromissoria che si riferiva 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.

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). Peraltro ciò non implica 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, 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 compromissoria.

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).

Nel solco tracciato da tali decisioni, **Sez. 2, n. 03854/2018, Cosentino, Rv. 647807-01**, ha affermato che 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.

## 5. 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 stata evidenziata da Sez. 3, n. 13954/2005, Preden, Rv. 582573-01, che ne ha fatto conseguire, peraltro, che nel caso di perizia contrattuale va esclusa l'esperibilità 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 possono 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).

Nel delineato solco interpretativo si è inserita, poi, **Sez. 3, n. 28511/2018, Gianniti, Rv. 651576-01**, la quale ha affermato che ove 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 negoziabilmente 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).

## **6. Arbitrato ed appalto di opere pubbliche.**

In termini generali, è stata ritenuta valida la clausola compromissoria con la quale viene deferita ad arbitri la risoluzione della controversia riguardante contratti stipulati tra la Pubblica Amministrazione ed i 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**).

Tuttavia nei contratti d'appalto stipulati a seguito di gara indetta da un ente pubblico 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 (cfr. **Sez. 6-1, n. 27764/2018, Valitutti, Rv. 651357-01**, in una 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 cd. 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. 152 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 l'esatto tenore. E' difatti necessario 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**; quanto all'operatività del 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).

## **7. Arbitrato societario.**

Numerose sono le pronunce della Corte nell'anno 2018 che riguardano l'arbitrato societario che, come noto, ha una propria disciplina speciale dettata dagli artt. 34 e 35 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Sotto un primo profilo, è stato affermato il principio per il quale 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 (**Sez. 1, n. 10399/2018, Fichera, Rv. 648886-01**)

A riguardo, la S.C. ha 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 a quelle riguardanti il recesso del socio dalla società (Sez. 6-1, n. 22303/2013, Campanile, Rv. 627951-01).

La clausola compromissoria consortile, contenuta nello statuto di un consorzio dichiarato fallito è 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 cd. "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 ha statuito Sez. 6-1, n. 16265/2013, Salmè, Rv. 626901-01, ritenendo afferenti a diritti indisponibili e come tali non compromettibili in arbitri ex art. 806 c.p.c. soltanto le controversie relative all'impugnazione di delibere 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, nella quale 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 è collocata **Sez. 6-1, n. 27736/2018, Sambito, Rv. 651460-01**, che dalle medesime premesse ha tratto le conseguenze per le quali la lite che attenga all'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.

Nel 2018 la S.C. ha altresì confermato l'inoperatività della tesi del "doppio binario": in particolare, **Sez. 1, n. 25610/2018, Falabella, Rv. 650591-01**, ha affermato che 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. Arbitrato in materia di lavoro.**

In tema di rapporti tra arbitrato e diritto del lavoro, infine, **Sez. L, n. 29620/2018, Negri Della Torre, Rv. 651723-01**, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della l. 15 luglio 1966, n. 604 (come modificato dall'art. 32, comma 1, della l. 4 novembre 2010, n. 183), per la dedotta irragionevolezza del sistema di preclusioni realizzato con la previsione del terzo termine decadenziale di sessanta giorni per il deposito del ricorso giudiziale, a decorrere dal rifiuto o dal mancato accordo sulla conciliazione o sull'arbitrato. Tale previsione, in particolare, non è stata ritenuta in contrasto con gli artt. 4 e 41 Cost., poiché l'accelerata sequenza procedimentale è palesemente volta a procurare una condizione di certezza in ordine alla possibilità di un amichevole componimento della possibile lite

futura, nell'interesse di entrambe le parti del rapporto di lavoro. È stata escluso anche il contrasto con l'art. 24 Cost., poiché la durata del predetto termine è sostanzialmente omologabile agli spazi temporali riconosciuti nella giurisdizione civile per la tutela dei diritti ed appare comunque congruo in relazione alla possibilità del pieno esercizio dei diritti di difesa di entrambe le parti.

Sul punto, la S.C. ha anche confermato che il modificato art. 6, comma 2, della citata l. n. 604 del 1966, deve essere interpretato nel senso che, ai fini della conservazione dell'efficacia dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, sono da considerare idonei il deposito del ricorso giudiziale nella cancelleria del giudice del lavoro, nelle forme di cui all'art. 414 c.p.c. o dell'art. 1, comma 48, della l. n. 92 del 2012 ovvero, alternativamente, la comunicazione alla controparte della richiesta di conciliazione o arbitrato. Per converso, non è idoneo a tale scopo il ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., perché, da un lato, la proposizione di una domanda di provvedimento d'urgenza è incompatibile con il previo tentativo di conciliazione e, dall'altro lato, perché l'assenza, nel sistema della strumentalità attenuata di cui all'art. 669 *octies*, comma 6, c.p.c., di un termine entro il quale instaurare il giudizio di merito all'esito del procedimento cautelare vanificherebbe l'obiettivo della disciplina introdotta dalla l. n. 183 del 2010, di provocare in tempi ristretti una pronuncia di merito sulla legittimità del licenziamento (**Sez. L, n. 29429/2018, Ponterio, Rv. 651711-01**; in senso conforme Sez. L, n. 14390/2016, Napoletano, Rv. 640467-01).

Sempre in tema di rapporti tra arbitrato ed impugnativa del licenziamento individuale ex art. 6 cit., ove alla richiesta, effettuata dal lavoratore, di tentativo di conciliazione o arbitrato consegua un esplicito rifiuto datoriale – che si perfeziona senza necessità di una sua comunicazione alla DTL –, il lavoratore medesimo è tenuto a depositare, ai sensi dell'ultima parte del comma 2 del medesimo art. 6, il ricorso al giudice entro il termine di decadenza, decorrente dal rifiuto in questione, di 60 giorni. Esso assume, per la specifica regola che lo prevede, un evidente connotato di specialità che lo rende insensibile alla disciplina generale della sospensione dei termini di decadenza di cui all'art. 410, comma 2, c.p.c.

Ne consegue, per **Sez. L, n. 27948/2018, Amendola F., Rv. 651389-01**, che al predetto termine di sessanta giorni non possono sommarsi i venti giorni previsti in tale ultima disposizione.

## 9. Gli arbitri.

In tema di composizione del collegio arbitrale, 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 deriva, come evidenziato da **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, 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 infine 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 (**Sez. 1, n. 18004/2018, Caiazzo, Rv. 649894-01**; in senso conforme si è espressa anche in precedenza Sez. 1, n. 11665/2007, Rordorf, Rv. 597181-01, che ha applicato il principio, nella fattispecie nella quale 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).

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 ed efficacia del lodo.

Ne consegue, come ha statuito **Sez. 6-1, n. 15420/2018, Lamorgese A.P., Rv. 649503-01**, che il detto diritto al compenso non viene meno nell'ipotesi d'invalidità del lodo stesso.

Il rilievo dell'effettivo espletamento dell'incarico, ai fini della sussistenza del diritto al compenso, è principio consolidato nella

giurisprudenza della S.C., la quale ha altresì chiarito che nella procedura sommaria di liquidazione di cui all'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 c.p.c. La sussistenza del credito per l'onorario, a favore dell'arbitro che abbia espletato l'attività demandata allo stesso, non è quindi inficiata dai suddetti vizi, ferma 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).

## 10. Procedimento arbitrale.

In tema di procedimento arbitrale la S.C. nel 2018 ha posto particolare attenzione al modo di atteggiarsi del contraddittorio rispetto al processo innanzi al giudice ordinario.

Il principio del contraddittorio difatti deve essere 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 ed 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 F., 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.

Siffatto “adattamento” del principio del contraddittorio deve altresì coordinarsi con l'assunto in forza del quale, ove 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 precisato Sez. 2, n. 10809/2015, Matera L., Rv. 635441-01, è limitata dal rispetto del principio del contraddittorio, sancito 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.

In applicazione del richiamato principio, la S.C. ha 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 M., 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 ad 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**, ha 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 ha 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.

## 11. Nullità del lodo.

In tema di impugnazione del lodo arbitrale, il difetto di motivazione, quale vizio riconducibile all'art. 829, n. 5 c.p.c., in relazione all'art. 823 stesso codice (che tra i requisiti del lodo individua l'esposizione sommaria dei motivi), è ravvisabile soltanto nell'ipotesi in cui la motivazione del lodo manchi del tutto ovvero sia a tal punto carente da non consentire l'individuazione della *ratio* della decisione adottata o, in altre parole, da denotare un *iter* argomentativo assolutamente inaccettabile sul piano dialettico, sì da risolversi in una non-motivazione.

Nei suddetti termini ha statuito **Sez. 6-2, n. 12321/2018, Terrusi, Rv. 649065-01**, confermando l'orientamento già risalente a Sez. 1, n. 06986/2007, Del Core, Rv. 595703-01, e nello stesso solco la S.C. ha ritenuto che l'art. 829, n. 5, c.p.c. richiama l'art. 823, n. 5, dello stesso codice, il quale, nel disporre che il lodo deve contenere l'esposizione sommaria dei motivi, non distingue tra lodo pronunciato secondo diritto e quello pronunciato secondo equità.

Ne consegue, per Sez. 1, n. 16755/2013, Di Virgilio, Rv. 627043-01, che anche quest'ultimo lodo può essere impugnato per la mancata esposizione sommaria dei motivi, ossia per totale carenza di motivazione o per una motivazione che non consenta di comprendere la *ratio* della decisione e di apprezzare se l'iter logico seguito dagli arbitri, per addivenire alla soluzione adottata, sia percepibile e coerente.

In tema di integrazione tra dispositivo e motivazione, tale da escludere la nullità della relativa statuizione, **Sez. 1, n. 05122/2018, Genovese, Rv. 647636-01**, ha ritenuto che il dispositivo di un lodo che per la determinazione del *quantum debeatur* rinvii alla motivazione, la quale, a sua volta, rinvii ad un accordo non depositato in atti ma ricavabile in forza di una tabella contenuta in una memoria di parte depositata nel corso del procedimento arbitrale ed avente portata confessoria, deve considerarsi esistente, sia sul piano formale che su quello sostanziale, ove i giudici abbiano accertato la ricavabilità del *quantum debeatur* sulla base di calcoli matematici di tipo proporzionalistico (nella specie, possibili *ex post* sulla base dell'applicazione di percentuali di pagamento delle *royalties*), anche se la tabella non sia stata sottoscritta dagli arbitri né formalmente inserita nel lodo.

Quanto innanzi è altresì argomentabile in ragione della natura giurisdizionale del lodo rituale, derivante dalla funzione sostitutiva degli arbitri rituali rispetto a quella dei giudici ordinari.

Ne consegue l'operatività, con riferimento al lodo rituale, del principio già sancito in ordine alle sentenze, per il quale la portata precettiva di esse va individuata tenendo conto non solo del dispositivo ma anche della motivazione, quando il primo, contenga comunque una decisione che, pur di contenuto incompleto e indeterminato, si presti ad essere integrata dalla seconda (purché non si tratti di sentenze di natura processuale oltre che nei casi in cui il dispositivo ha rilevanza esterna, come per il rito del lavoro, come ha precisato Sez. 6-L, n. 03024/2016, Arienzo, Rv. 638930-01).

In applicazione del principio, difatti, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata la quale aveva escluso la ricorrenza del vizio di omessa pronuncia relativamente ad un lodo arbitrale il cui dispositivo non conteneva alcuna espressa statuizione di rigetto di una domanda risarcitoria ritenuta non meritevole di accoglimento in motivazione (Sez. 1, n. 19074/2015, Mercolino, Rv. 636683-01).

In ordine al sindacato del lodo per *errores in iudicando*, la S.C. ha confermato che la denuncia di nullità del lodo arbitrale postula, in quanto ancorata agli elementi accertati dagli arbitri, l'esplicita allegazione dell'erroneità del canone di diritto applicato rispetto a detti elementi, e non è, pertanto, proponibile in collegamento con la mera deduzione di lacune d'indagine e di motivazione, che potrebbero evidenziare l'inosservanza di legge solo all'esito del riscontro dell'omesso o inadeguato esame di circostanze di carattere decisivo.

In applicazione del principio, infatti, **Sez. 1, n. 28997/2018, Tricomi, Rv. 651474-01**, ha rigettato il ricorso per aver il ricorrente censurato, per violazione di legge, i criteri di determinazione temporale del danno del quale aveva chiesto il risarcimento, così formulando una censura infondata perché involgente la valutazione di merito degli arbitri e non i limiti della clausola compromissoria (in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 19324/2014, Lamorgese A.P., Rv. 632214-01).

In tema di arbitrato irrituale, infine, l'inutile decorso del termine stabilito dalla parti per il deposito del lodo determina l'estinzione del mandato conferito agli arbitri ai sensi dell'art. 1722, comma 1, n. 1, c.c., salvo che le stesse non abbiano inteso in modo univoco conferire a detto termine un valore meramente orientativo.

**Sez. 1, n. 09924/2018, Valitutti, Rv. 648122-01**, in applicazione del principio, ha cassato la sentenza che, applicando erroneamente l'art. 816 *sexies* c.p.c., riguardante il solo arbitrato rituale, aveva sospeso il termine di deposito del lodo, stante

l'avvenuta trasformazione della società parte del giudizio in ditta individuale.

La scadenza del termine per l'adozione del lodo irrituale, prevista al fine di evitare che le parti siano indefinitamente vincolate alla conclusione extragiudiziale della controversia, è essenziale ed estingue il mandato conferito agli arbitri, ma, per il carattere negoziale del rapporto, è possibile che le parti intendano concedere una proroga ed attribuiscono al suddetto termine un valore meramente orientativo, quale una raccomandazione agli arbitri di procedere con la sollecitudine richiesta dalla natura della lite.

Ne consegue che la proroga del termine possa essere concordata sia dai difensori muniti di procura speciale, comprensiva della facoltà di transigere e dei più ampi poteri, che necessariamente includono anche la possibilità di concedere un termine per l'emissione del lodo, sia dai difensori privi di procura speciale, purché le parti non abbiano negato il proprio consenso alla proroga medesima. L'accertamento dell'intervenuto accordo, risolvendosi nella ricostruzione della volontà delle parti, è rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, che, se congruamente e correttamente motivato, è insindacabile in sede di legittimità (*ex plurimis*, Sez. I, n. 24562/2011, Tria, Rv. 619787-01).

Mutuato quanto innanzi circa le dette conseguenze in ordine alla concordabilità della proroga, **Sez. 2, n. 22994/2018, Criscuolo M., Rv. 650380-01**, ha ritenuto non censurabile la sentenza della Corte d'appello che, sulla base di una richiesta di rinvio ai fini dell'escussione dei testi fatta dall'avvocato della società ricorrente, aveva ritenuto implicitamente raggiunto tra le parti, che non avevano manifestato alcun dissenso al riguardo, un accordo per la proroga del termine per la pronuncia del lodo.

Circa l'individuazione del momento iniziale di decorrenza del termine di cui innanzi la S.C. ha argomentato dalla natura dell'arbitrato irrituale, riconducibile alla figura del mandato conferito congiuntamente, poiché solo dal concorso della volontà di entrambe le parti compromittenti viene conferito al collegio arbitrale il mandato di definire la controversia. Data la natura dell'incarico, necessariamente indivisibile e ad attuazione congiunta, tutti gli arbitri devono altresì accettare e partecipare alle attività richieste per l'esecuzione del mandato, con la conseguenza che il termine (comunque unico) di adempimento per il deposito del lodo può iniziare a decorrere dal momento in cui il giudizio arbitrale può dirsi pendente, quando gli arbitri siano effettivamente investiti del potere negoziale conferito loro dai mandanti, cioè presuntivamente

dalla data di costituzione del collegio arbitrale, salvo patto contrario, ex art. 1716, comma 1, c.c., del quale deve essere data congrua e adeguata motivazione (Sez. 1, n. 11270/2012, Lamorgese A.P., Rv. 623078-01).

### **11.1. Nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U. del 2016 al possibile *prospective overruling*.**

In tema di nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia e conseguente sua impugnabilità, **Sez. 6-1, n. 14352/2018, Cristiano, Rv. 649147-01**, ha fatto applicazione del principio sancito da Sez. U, n. 09284/2016, Nappi, Rv. 639686-01 (a sua volta applicata alla lettera anche da Sez. 1, n. 17339/2017, Valitutti, Rv. 644972-01).

Esse 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 la citata **Sez. 6-1, n. 14352/2018**, 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 Sezioni Unite del 2016, confermato dalla giurisprudenza successiva, ha determinato l'insorgere di una questione di natura anche processuale fatta oggetto dell'ordinanza interlocutoria **Sez. 1, n. 20472/2018, Nazzicone, non massimata.**

Tale ordinanza ha, in particolare, rimesso alle Sezioni Unite 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.

## **12. Giudizio di impugnazione per nullità del lodo rituale.**

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.

L'impugnazione del lodo arbitrale rituale deve essere sempre proposta dinanzi alla Corte d'appello nel cui distretto si trova 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 sarebbe stata affidata, ove non fosse stata deferita in arbitri, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (in senso conforme si vedano, *ex plurimis*: Sez. U., n. 16787/2013, Rordorf, Rv. 626915-01; Sez. U., n. 15204/2006, Luccioli, Rv. 589905-01).

Quanto alla struttura bifasica del giudizio d'impugnazione delle pronunce arbitrali, **Sez. 6-1, n. 09387/2018, Acierno, Rv. 649142-01**, ha chiarito che nella prima fase, di carattere 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 *errores 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 A.P., 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 ha statuito **Sez. 6-1, n. 02985/2018, Di Virgilio, Rv. 647336-02** (in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 2, n. 10809/2015, Matera L., Rv. 625440-01), la quale, confermando il consolidato orientamento, ha coerentemente dichiarato inammissibile motivo di ricorso, formulato avverso la sentenza della Corte territoriale ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., con cui 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 (**Sez. 6-1, n. 02985/2018, Di Virgilio, Rv. 647336-01;** si vedano altresì, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 18136/2013, Di Virgilio, Rv. 627400-01).

Per altro verso, in tema di impugnazione di lodo arbitrale che riguardi una pluralità di parti vincolate dalla medesima convenzione, è escluso che possa dichiararsi l'improcedibilità dell'arbitrato limitatamente ad alcune delle domande laddove vi sia dipendenza di cause, in relazione di inscindibilità, integrante una forma di litisconsorzio necessario processuale e non ricorra alcuna delle condizioni previste dall'art. 816 *quater*, comma 1, c.p.c. (**Sez. 1, n. 27937/2018, Valitutti, Rv. 651329-01**).

### 13. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria.

In tema di rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria, si sono susseguite (anche) nel 2018 diverse pronunce inerenti l'operatività dell'art. 819 *ter* c.p.c., in particolare in ordine all'istituto del regolamento di competenza, oltre l'eccezione di convenzione d'arbitrato ed i suoi rapporti con la litispendenza e la domanda riconvenzionale.

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, nel corso del 2018 la S.C., da un lato, ha chiarito 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; 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).

**Sez. 6-3, n. 21924/2018, Cigna, Rv. 650613-01**, ha infine confermato l'inapplicabilità all'arbitrato irrituale di tutte le norme dettate per quello rituale, ivi compreso l'art. 819 ter c.p.c.

Ne deriva l'inammissibilità 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 (in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 6-3, n. 19060/2017, Dell'Utri, Rv. 645353-01).

#### **14. Regolamento preventivo di giurisdizione ed arbitrato estero.**

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 e residente in Italia, contesti la giurisdizione italiana in forza di una deroga convenzionale a favore di un Giudice straniero o di un arbitrato estero.

Nei termini di cui innanzi **Sez. U, n. 29879/2018, Giusti, Rv. 651441-01**, ha sostanzialmente confermato l'orientamento promosso da **Sez. U, n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-02**, per la quale nel vigente sistema di diritto internazionale privato disciplinato dalla l. 31 maggio 1995, n. 218, 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 al quale sia stato convenuto. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto ammissibile il regolamento proposto da una società, avente sede in Italia, invocante il patto teso a devolvere ad un arbitrato straniero la lite promossa in via monitoria nei suoi confronti davanti al giudice italiano.

Proseguendo, le Sez. U. da ultimo citate, dopo aver confermato l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione 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. (**Sez. U, n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-01**), hanno chiarito che, quando all'esito del regolamento preventivo di giurisdizione sia stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice nazionale, si determina una improseguibilità del giudizio di merito. Ciò in quanto il giudice italiano, pure avendo avuto il potere di adottare il provvedimento monitorio poi opposto, non ha più quello di decidere la relativa controversia, se non limitandosi a dichiarare la nullità del ridetto decreto ingiuntivo (**Sez. U, n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-01**).

Come innanzi detto, con le due ordinanze citate le Sez. U. hanno mutato il proprio precedente orientamento in merito alla proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel caso

in cui convenuti nel giudizio di merito siano soggetti residenti e domiciliati in Italia (anche, quindi, nel caso in cui si contesti la giurisdizione del giudice italiano in forza di arbitrato estero).

Le precedenti Sez. U, n. 13569/2016, D'Ascola, Rv. 640221-01, difatti, erano giunte a conclusioni opposte muovendo dall'assunto per il quale quello in esame (art. 41 c.p.c.) è un istituto di natura straordinaria ed eccezionale, non estensibile ad ipotesi ivi non contemplate. Né rilevava, per la detta ultima ordinanza, che i convenuti residenti e domiciliati in Italia avessero, nel giudizio pendente, eccetto l'immunità giurisdizionale loro spettante quali organi di uno Stato straniero, atteso che, in mancanza della condizione legittimante l'accesso allo strumento, ogni eventuale questione di giurisdizione potrebbe e dovrebbe essere scrutinata dal giudice di merito nonché essere oggetto di impugnazione ordinaria, senza alcun *vulnus* al diritto all'equo processo in relazione alla determinabilità della giurisdizione.