

Un anno di sentenze
2020

Diritto Civile

a cura di

Giovanni Pagano, Luigia Sica, Remo Trezza

Prefazione di

Ersilia Trotta



Giappichelli

Un anno di sentenze
2020

Diritto Civile



Un anno di sentenze 2020

Diritto Civile

a cura di

Giovanni Pagano, Luigia Sica, Remo Trezza

Prefazione di

Ersilia Trotta



Giappichelli

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-5358-5

Pubblicato nel mese di dicembre 2021.

Indice

Prefazione di <i>Ersilia Trotta</i>	XV
Presentazione di <i>Giovanni Pagano, Luigia Sica, Remo Trezza</i>	XVI

PERSONA, FAMIGLIA

Libertà religiosa

La libertà di proselitismo degli atei e degli agnostici e il limite unico del vilipendio Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2020, n. 7893	3
Nota di Gennaro Russo	4

Matrimonio: fisiologia (diritti e doveri) e patologia (separazione, divorzio, regime patrimoniale)

Il mutamento di natura e funzione dell'assegno divorzile non costituisce <i>ex se</i> giustificato motivo valutabile ai fini della sua revisione Cass. civ., Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 1119	7
Nota di Nicola Franchella	9

Il controllo notarile sull'atto di trasferimento immobiliare effettuato in sede di separazione: essenziale o superabile? Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3089	11
Nota di Gennaro Russo	12

Il giudicato interno sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario è idoneo a paralizzare gli effetti della sua nullità, dichiarata con sentenza ecclesiastica? Cass. civ., Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 5078	14
Nota di Andrea Zappulla	15

Coniuge divorziato convivente di fatto e diritto all'assegno divorzile: rimessione alle S.U. Cass. civ., Sez. I, 17 dicembre 2020, n. 28995	18
Nota di Beatrice Montagna	19

Accordo di separazione in negoziazione assistita avente ad oggetto trasferimenti immobiliari: intervento del notaio Cass. civ., Sez. II, 21 gennaio 2020, n. 1202	21
Nota di Giuseppe Piccardo	22

Il diritto-dovere di visita al figlio minore non è coercibile: inapplicabilità delle misure di coercizione indiretta <i>ex art. 614-bis c.p.c.</i>	
Cass. civ., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 6471	24
Nota di Annamaria Pelo	25
Dopo il percorso formativo il figlio maggiorenne deve trovare un'occupazione (qualunque essa sia)	
Cass. civ., Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183	27
Nota di Simone Landi	28
Adozioni	
L'adozione mite tra valutate "capacità genitoriali" e "supremo interesse del minore"	
Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3643	32
Nota di Danilo Marchese	33
Nelle adozioni tra maggiorenni il divario di 18 anni <i>ex art. 291 c.c.</i> deve essere letto alla luce dell'art. 30 Cost.	
Cass. civ., Sez. I, 3 aprile 2020, n. 7667	36
Nota di Michele Emanuele Leo	37
Il riconoscimento dell'omogenitorialità rappresenta una scelta non costituzionalmente imposta rimessa al legislatore	
Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230	39
Nota di Filomena Passamano	40
Genitorialità, maternità, parto anonimo, P.M.A. eterologa tra coppie <i>same sex</i>, maternità surrogata	
P.M.A. all'estero tra due donne: la madre intenzionale non può essere menzionata insieme alla madre biologica	
Cass. civ., Sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668	44
Nota di Stefania Cici	45
Maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale non biologico e <i>best interest of the child</i>	
Cass. civ., Sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325	47
Nota di Paola Trombetta	49
Accertamento della maternità e parto anonimo: lettura costituzionalmente orientata	
Cass. civ., Sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824	51
L'interesse del minore alla genitorialità "piena"	
Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1191	53
Nota di Nicola Barbuzzi	54

SUCCESSIONI

Patti successori

Patti successori istitutivi e testamento simultaneo Cass. civ., Sez. II, 2 settembre 2020, n. 18197	58
Nota di Jacopo Alcini	59

Legato

Legato di usufrutto sostitutivo di legittima e azione di riduzione: precisazioni Cass. civ., Sez. VI, 27 agosto 2020, n. 17861	62
Nota di Mara Montanino	63

PROPRIETÀ

Beni pubblici

Sdemanializzazione tacita: la declassificazione prescinde dal provvedimento dell'autorità amministrativa Cass. civ., Sez. un., 7 aprile 2020, n. 7739	67
Nota di Nicola Franchella	67

Diritti reali

Creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale e inammissibilità per violazione del <i>numerus clausus</i> dei diritti reali Cass. civ., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972	71
Nota di Francesca Salucci	73

Condominio

La natura del contratto di concessione in godimento del lastrico solare al fine dell'installazione di impianti telefonici Cass. civ., Sez. un., 30 aprile 2020, n. 8434	76
Nota di Serena Cosentino	78

OBBLIGAZIONI

Compensazione

Quote latte: ammissibile la compensazione impropria o atecnica Cass. civ., Sez. I, 3 novembre 2020, n. 24325	83
Nota di Alisia Mercurio	84

Interessi moratori

Usura e interessi moratori: le Sezioni Unite e il principio di simmetria Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597	88
Nota di Giuseppe Piccardo	90

CONTRATTI

Patto fiduciario

Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta <i>ad substantiam</i> Cass. civ., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459	95
Nota di Libera Granese	97

Prova del contratto

Sulla prova testimoniale del contratto ed eccezione di parte Cass., Sez. un., 5 agosto 2020, n. 16723	100
Nota di Martina Durante	102

Diffida ad adempiere

Se il termine è inferiore a 15 giorni la diffida ad adempiere non produce effetti Cass. civ., Sez. I, 14 maggio 2020, n. 8943	105
Nota di Libera Granese	106

Contratto di cessione di cubatura

Alle Sezioni Unite la qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura e risvolti fiscali Cass. civ., Sez. VI, 15 settembre 2020, n. 19152	109
---	-----

Contratti derivati

Contratti <i>swap</i> stipulati dal Comune: autorizzazione da parte del Consiglio comunale apena di nullità Cass. civ., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770	112
Nota di Marialuciana Di Santi	113

Responsabilità da contratto sociale

Violazione dell'affidamento da parte della P.A.: configurabilità della responsabilità da contatto sociale. Giurisdizione appartenente al giudice ordinario Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236	117
Nota di Laura Spotorno	119

RESPONSABILITÀ CIVILE

Nesso causale

Giudizio controfattuale e regola del “più probabile che non” nell’accertamento del nesso causale in tema di responsabilità civile del magistrato	
Cass. civ., Sez. III, 8 aprile 2020, n. 7760	123
Nota di Ludovica Lettera	124

Risarcimento del danno e sua quantificazione

Quantificazione del danno in caso di morte del feto per errore medico	
Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2020, n. 22859	127
Nota di Fabrizio Cesareo	128
Risarcimento del danno da trasfusione di plasma infetto	
Cass. civ., Sez. III, 13 maggio 2020, n. 8886	130
Nota di Jessica Bianchin	130
Il danno cagionato da fauna selvatica è risarcibile non <i>ex art.</i> 2043 c.c., ma <i>ex art.</i> 2052 c.c.	
Cass. civ., sez III, 6 luglio 2020, n. 13848	133
Risarcimento del danno derivanteda “reati intenzionali violenti”	
Cass. civ., Sez. III, 24 novembre 2020, n. 26757	135
Nota di Martina Nicolino	137
Testimoni di giustizia: le “misure di assistenza”hanno natura indennitaria e non risarcitoria	
Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2020, n. 3313	140
Nota di Ilaria Marrone	141

Ipotesi particolari di responsabilità civile

Omessa comunicazione da parte della madre della paternità e configurabilità di responsabilità civile ai sensi dell’art. 2043 c.c.	
Cass. civ., Sez. III, 5 maggio 2020, n. 8459	144
Nota di Debora Berta	147

CONSUMATORI

Multiproprietà azionaria e problemi di giurisdizione	
Cass. civ., Sez. un., 28 gennaio 2020, n. 1868	150
Nota di Jacopo Alcini	152
Vendita di beni di consumo affetti da vizio di conformità: azione per il solo risarcimento del danno <i>ex art.</i> 135, co. 2, cod. consumo	
Cass. Civ., Sez. II, 20 gennaio 2020, n. 1082	154
Nota di Erminia Sparano	155

COMMERCIALE

Società

Giurisdizione e azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali della società <i>in house</i>	
Cass. civ., Sez. un., 14 aprile 2020, n. 7824	159
Nota di Daniela Mazzotta	159
La Cassazione esprime importanti principi di diritto in tema di morosità del socio nell'esecuzione dei versamenti	
Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2020, n. 1185	162
Nota di Federico Domenico Enrico De Silvo	164
Composizione del divario tra forma contabile e sostanza giuridica nelle operazioni di finanziamento della s.a.s.	
Cass. civ. Sez. I, 20 aprile 2020, n. 7919	166
Nota di Vincenzo Iaia	167

Concorrenza

L'assestamento del rapporto tra <i>dumping</i> , concorrenza sleale e abuso di posizione dominante	
Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2980	171
Nota di Vincenzo Iaia	172

Titoli di credito

Spedizione per posta ordinaria di un assegno e concorso di colpa del mittente	
Cass. civ., Sez. un., 26 maggio 2020, n. 9769	175
Nota di Letizia Barbero	177

Fallimento

Fallimento dell'appaltatore di opera pubblica	
Cass. civ., Sez. un., 2 marzo 2020, n. 5685	180
Nota di Federico Domenico Enrico De Silvo	182
Sulla (in)stabilità della sentenza dichiarativa di fallimento	
Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3022	184
Nota di Gerardina Erika Forino	185
Risoluzione del <i>leasing</i> traslativo <i>ex art. 1526 c.c.e</i> applicabilità in via analogica dell'art. 72- <i>quater</i> l. fall.	
Cass. civ., Sez. III, 25 febbraio 2020, n. 5022	187
Nota di Fabrizio Cesareo	189

LAVORO

Pubblico impiego

Impiego pubblico contrattualizzato: principio di non discriminazione e decorso del termine prescrizione	
Cass. civ., Sez. IV, 28 maggio 2020, n. 10219	193
Nota di Francesca Messina	194

La reiterazione illegittima dei contratti cd. a termine nel settore scolastico e non configurabilità del diritto al risarcimento del danno	
Cass. civ., Sez. IV, 12 febbraio 2020, n. 3472	196
Nota di Eugenia Manescalchi	197

Condotte discriminatorie

La tutela antidiscriminatoria delle persone LGBT: tra rilevanza della discriminazione potenziale, interpretazione estensiva “delle condizioni di accesso al lavoro” e libertà di manifestazione del pensiero	
Cass. civ., Sez. I, 15 dicembre 2020, n. 28646	200
Nota di Gerardina Erika Forino	202

Lavoro subordinato

Ai rapporti di collaborazione di cui all’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato	
Cass. civ., Sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 1663	205
Nota di Maria Strino	206

Diritto sindacale

Trasferimento d’azienda, accordo sindacale e deroghe all’art. 2112 c.c.	
Cass. civ., Sez. IV, 1 giugno 2020, n. 10414	210
Nota di Roberto Di Chicco	211

Previdenza sociale

Recupero da parte dell’INPS di sgravi contributivi integranti aiuti di Stato illegittimi: natura dell’azione, termine di prescrizione e presupposti del legittimo affidamento del beneficiario	
Cass. civ., Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 15973	214
Nota di Giovanni Cirillo	215

Requisiti della cessione all’INPS di crediti verso la P.A. ai fini della regolarizzazione contributiva	
Cass. civ., Sez. IV, 24 agosto 2020, n. 17606	217
Nota di Giovanni Cirillo	217

TRIBUTARIO

Pignoramento su credito tributario e giurisdizione del giudice ordinario	221
Cass. civ., Sez. un., 14 aprile 2020, n. 7822	
Nota di Eugenia Manescalchi	222
Un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI	
Cass. civ., Sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23902	223
Nota di Marialuciana Di Santi	225
Annullamento <i>ex lege</i> dei debiti tributari e limite di valore del debito	
Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 2020, n. 17966	227
Opposizione all'erogazione del rimborso di credito IVA e termini decadenziali: rimessione alle S.U.	
Cass. civ., Sez. V, 30 settembre 2020, n. 20842	229
Nota di Cristina Monteleone	230

PROCESSO CIVILE

Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea in tema di ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato	
Cass. civ., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598	233
Nota di Pierandrea Fulgenzi	235

ADR

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nel procedimento monitorio in materia di telecomunicazioni	
Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8240	238
Nota di Cristina Fucilitti	240
Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241	241
Nota di Cristina Fucilitti	243

PREFAZIONE

La funzione sociale rivestita dalla figura professionale dell'Avvocato richiede, soprattutto nell'attuale situazione pandemica connotata dall'adozione di provvedimenti emergenziali limitativi delle libertà individuali, la vigilanza sul rispetto e la tutela dei diritti fondamentali dei consociati.

Il distanziamento fisico ci ha costretto ad affidare – temporaneamente – alle piattaforme digitali, l'esecuzione delle prestazioni sociali irrinunciabili, tra queste anche la “giustizia”; tale scelta obbligata non può e non deve rappresentare, però, il grimaldello per eludere le garanzie di libertà e rispetto del giusto processo.

L'attuale contesto sociale ha palesato l'insorgenza di nuove vulnerabilità che impongono ai giuristi un costante aggiornamento professionale che tenga conto dei bisogni di certezza del diritto quale strumento di attuazione del principio di legalità.

Il diritto vivente ci propone costantemente nuove sfide interpretative rispetto alle quali la nomofilachia, intesa in senso “dinamico”, rappresenta lo strumento capace di governare l'evoluzione giurisprudenziale attraverso la formazione di orientamenti coerenti non ancorati ad una visione statica del “precedente” nell'ottica garantista dell'unità del diritto oggettivo nazionale.

Il vero motore di accrescimento e di miglioramento del diritto è, quindi, rappresentato dalla competenza e dalla professionalità degli operatori del diritto che non possono affrontare le sfide di un diritto in continua evoluzione senza un idoneo strumento di aggiornamento e supporto scientifico che funga da antidoto all'incertezza e fluidità dell'esperienza moderna.

Il brillante lavoro editoriale realizzato dall'associazione “Scuola Giuridica Salernita” e dal vulcanico Presidente Avv. Fabio Coppola, rappresenta lo strumento insostituibile di aggiornamento professionale per tutti gli operatori del diritto.

Il presente volume “Un anno di sentenze. Diritto civile”, dedicato alle pronunce giurisprudenziali 2020, raccoglie le sentenze di maggiore rilevanza giuridica accompagnate da un sapiente commento argomentativo idoneo a fornire immediata contezza del *thema decidendum* e delle questioni di diritto affrontate.

Complimenti al comitato scientifico che ha saputo selezionare le novità giurisprudenziali 2020 nella loro dinamicità semantica e valenza interpretativa offrendo agli operatori del diritto una rassegna ragionata capace di fungere da caleidoscopio per una formazione innovativa e consapevole del giurista.

AVV. ERSILIA TROTTA

PRESENTAZIONE

Il progetto editoriale “Un anno di sentenze. Diritto civile”, ormai giunto alla sua terza edizione (2018-2019-2020), è anche quest’anno foriero di novità rilevanti dal punto di vista giurisprudenziale. Questo ultimo formante completa, integra, “dinamizza” la legislazione vigente e ne è testimonianza l’alluvionale numero di pronunce, nonostante lo stallo temporaneo provocato dalla pandemia da Covid-19, redatte e pubblicate dai massimi organi della giurisdizione italiana (Corte costituzionale e Corte di Cassazione per il diritto civile) oltre al numero consistente di sentenze e di ordinanze presentate all’interno di questo volume.

Il 2020, così come gli anni precedenti, è stato un anno davvero ricco di pronunce, molte delle quali riguardanti l’ambito del diritto di famiglia e quello del diritto dei contratti.

Il volume “2020. Un anno di sentenze. Diritto civile” presenta, rispetto alle due edizioni precedenti, dei profili innovativi che hanno come unico scopo la “resa fluida e lineare” per il lettore o per chiunque operatore del diritto ne voglia fare adozione.

L’indice è completamente ristrutturato. Al suo interno non è possibile trovare soltanto l’elenco delle pronunce ritenute più rilevanti ai fini concorsuali o, semplicemente, per fini operativi ma, per una visione organica e “sistematica” del diritto, si è proceduto attraverso una suddivisione ragionata delle materie del diritto civile – sempre più settoriale – che permette una maggiore flessibilità di approccio allo studio e all’approfondimento delle questioni. A titolo di esempio, nella parte relativa al diritto di famiglia (all’interno della quale si troveranno le branche del diritto matrimoniale, del diritto delle adozioni o, sempre più in voga, del “diritto delle genitorialità”), il lettore potrà scoprire organicamente quali siano state le pronunce più rilevanti dell’anno 2020 e i relativi commenti – altrettanto sintetici, sistemici e critici – attraverso i quali avere una panoramica sempre più globale della materia in esame. Basti pensare anche al diritto di proprietà (al suo interno si troveranno le branche dei “beni”, dei “diritti reali”, del “condominio”) oppure al diritto successorio, ove l’operatore del diritto troverà le pronunce più rilevanti in tema di “patti successori”, “legati” e via discorrendo.

Preme ai Curatori del volume sottolineare che un approccio simile alla materia del diritto civile sia da preferire per avere un quadro di studio omogeneo, uniforme e lineare.

Passando alle novità giurisprudenziali dell’anno 2020 contenute nel volume, i Curatori sentono la necessità di indicarne in questa parte introduttiva soltanto alcune, specie suddivise per settori. Per il settore del diritto di famiglia, si pensi alla natura e alla funzione dell’assegno divorzile, alla non coercibilità del diritto-dovere di visita al figlio minore e al riconoscimento dell’omogenitorialità, nonché alla c.d. “genitorialità piena” e al tanto dibattuto tema della “maternità surrogata”. Per il settore del diritto successorio, si pensi soltanto alle pronunce in tema di testamento simultaneo e al legato di usufrutto sostitutivo di legittima. In merito alla branca del diritto di proprietà, si faccia riferimento alla c.d. “sdemanializzazione tacita” o ancora alla natura del contratto di concessione in godimento del lastrico solare. Per quanto attiene al diritto delle obbligazioni e dei contratti, si pensi alla configurabilità della c.d. “compensazione atecnica”, al principio di simmetria nei contratti usurari, alla forma del patto fiduciario, alla qualificazione del contratto di cessione di cubatura o ancora ai contratti derivati (*swap*). Infine, in tema di responsabilità civile, si badi, tra le più importanti, alle pronunce che si sono occupate del risarcimento del danno “per trasfusione di plasma infetto”,

della qualificazione della responsabilità per danno cagionato dalla fauna selvatica o ancora del risarcimento del danno causato dalla commissione di “reati intenzionali violenti”. I Curatori, inoltre, hanno ritenuto opportuno inserire delle pronunce rilevanti in tema di tutela del consumatore, argomento quest’ultimo sempre più specioso.

Il Volume si conclude con altre quattro sezioni: diritto commerciale (con la micro-categoria del diritto fallimentare), diritto del lavoro, diritto tributario e diritto processuale civile (con il micro-settore delle ADR), ciascuna delle quali contiene le pronunce ritenute più rilevanti ai fini concorsuali o semplicemente per fini di studio e di risoluzione pratica di questioni giuridiche.

Si desidera ringraziare la dott.ssa Filomena Passamano, in qualità di contributrice del presente lavoro, per aver svolto attività di ricerca e stralcio sentenze e per essere stata di grande ausilio ai Curatori.

Infine, si ringraziano tutti gli Autori delle “note a sentenza” per il lavoro svolto, con minuzia e precisione, nella speranza che questo progetto editoriale possa crescere sempre più, arricchirsi e soprattutto migliorarsi grazie al contributo di tanti lettori, studiosi ed operatori del diritto che vorranno sostenerlo.

GIOVANNI PAGANO
LUIGIA SICA
REMO TREZZA

PERSONA, FAMIGLIA

Libertà religiosa

La libertà di proselitismo degli atei e degli agnostici e il limite unico del vilipendio

Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2020, n. 7893

Con la prima argomentazione, statuisce che il “diritto degli atei ed agnostici di professare un credo che si traduce nel rifiuto di una qualsiasi confessione religiosa (cd. pensiero religioso «negativo»), espressione della «libertà di coscienza» sancita dall’art. 19 Cost., è tutelato – a livello nazionale ed internazionale – al pari e nella stessa misura del credo religioso «positivo», che si sostanzia, invece, nell’adesione ad una determinata confessione religiosa. Sotto tale profilo, la libertà di coscienza interseca e si coniuga con il «principio di laicità» dello Stato, declinato come neutralità imposta ai poteri pubblici dalla loro incompetenza in materia spirituale, ossia come regola della tendenziale – fatte salve le eccezioni espressamente previste dall’ordinamento (si consideri, ad esempio, il limite del «buon costume», menzionato dallo stesso art. 19 Cost.) – non ingerenza dei pubblici poteri nella sfera della libertà religiosa demandata alle scelte esclusive dei singoli. Il «principio supremo di laicità», che caratterizza in senso pluralistico la forma del nostro Stato, postula, pertanto, un atteggiamento di quest’ultimo equidistante ed imparziale nei confronti di tutte le confessioni religiose, e la parità nella protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione di appartenenza, ed anche se si tratta di una fede esclusivamente laica o agnostica (Corte Cost., sent. n. 508/2000)”. In merito alla applicabilità degli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998 la Prima Sezione afferma che “nella prospettiva suindicata, la giurisprudenza di questa Corte ha configurato il diritto a non subire discriminazioni, ai sensi degli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, come una posizione di diritto soggettivo assoluto a presidio di un’area di libertà e potenzialità del soggetto, possibile vittima delle discriminazioni, rispetto a qualsiasi tipo di violazione – e dunque anche sul piano della discriminazione religiosa – posta in essere sia da privati che – come nella specie – dalla Pubblica Amministrazione, perfino di fronte all’esercizio di poteri discrezionali ed autoritativi da parte di quest’ultima (Cass. Sez. U., 30/03/2011, n. 7186). In conclusione “il diritto di propaganda e di diffusione del proprio credo religioso non deve tradursi nel vilipendio della fede da altri professata, secondo un accertamento che il giudice di merito è tenuto ad effettuare con rigorosa valutazione delle modalità con le quali si esplica la propaganda o la diffusione, denegandole solo quando si traducano in un’aggressione o in una denigrazione della diversa fede da altri professata»; «il principio della parità di trattamento», sancito dagli artt. 1 e 2 della Direttiva n. 78/2000 e dagli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998, impone che venga assicurata una forma di uguaglianza tra tutte le forme di religiosità, in esse compreso il credo ateo o agnostico, e la sua violazione integra la discriminazione vietata, che si verifica quando, nella comparazione tra due o più soggetti, non necessariamente nello stesso contesto temporale, uno di essi è stato, è, o sarebbe avvantaggiato rispetto all’altro, sia per effetto di una condotta posta in essere direttamente dall’autorità o da privati, sia in conseguenza di un comportamento, in apparenza neutro, ma che abbia comunque una ricaduta negativa per i seguaci della religione discriminata”.

Con l'ordinanza in epigrafe, la Corte di Cassazione si è pronunciata sui diritti riservati agli atei ed agnostici, in particolare sui limiti posti alla libertà di proselitismo di quest'ultimi.

La pronuncia della Suprema Corte ha tratto origine dal ricorso presentato dall'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti – UAAR, con sede in Roma, a seguito del rifiuto del Comune di Verona di concedere l'affissione *“di dieci manifesti recanti la parola, a caratteri cubitali, “Dio”, con la “D” a stampatello barrata da una crocetta e le successive lettere “io” in corsivo e sotto la dicitura, a caratteri più piccoli, “10 milioni di italiani vivono bene senza D. E quando sono discriminati, c'è l'UAAR al loro fianco”*. Inoltre sono indicati, a caratteri ancora più piccoli, il logo e la denominazione dell'associazione.

In particolare, la richiesta è stata respinta dalla Giunta Comunale poiché *“il contenuto della comunicazione è potenzialmente lesivo nei confronti di qualsiasi religione”*.

La UAAR, infatti, ha proposto ricorso innanzi al Tribunale, *ex art. 702 bis c.p.c., ai sensi degli artt. 43 e 44 D.lgs. n. 286 del 1998, nonché ai sensi dell'art. 28 D.lgs.150 del 2011*, chiedendo l'accertamento del carattere discriminatorio posto in essere dal Comune. Il Tribunale ha rigettato il ricorso, ritenendo che il diniego di affissione non costituisse alcuna forma di discriminazione, essendo le ragioni del rifiuto individuate esclusivamente nelle modalità grafiche ed espressive contenute nei manifesti.

La decisione è stata confermata anche dalla Corte d'Appello che ha accertato l'assenza di qualsiasi condotta discriminatoria riservata all'associazione, circa la possibilità di manifestare il proprio credo religioso.

Quindi, l'UAAR ha proposto ricorso presso la Corte di Cassazione, denunciando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 19 e 21 della Costituzione, nonché degli art. 9 della CEDU e D.lgs. n. 286 del 1998.

In particolare, l'UAAR ha ritenuto che la Corte d'Appello avesse escluso la sussistenza della libertà religiosa nella forma negativa, corrispondente alla mancanza di un credo religioso, così errando nel ritenere escluso qualsiasi fenomeno di discriminazione, rispetto alle altre confessioni religiose.

Infine, l'associazione ha ritenuto errata la pronuncia della Corte d'Appello nel punto in cui ha ravvisato una violazione del limite posto alla libertà di professione della propria coscienza religiosa, costituito dal rispetto dell'altrui sentimento e dalla sensibilità nei confronti dei simboli di fede professata da altri.

Circa quest'ultimo punto, l'UAAR ha ritenuto che tale limite sarebbe stato violato solo laddove fosse stata ravvisata la violazione dell'art. 403 c.p. disciplinante il delitto di vilipendio della religione professata da altri, violazione che la stessa Corte d'Appello ha dichiarato non sussistente.

Chiamata a pronunciarsi, la Cassazione ha individuato negli artt. 19 e 21 della Costituzione i principi fondamentali su cui si fonda la *“libertà di coscienza”*, intesa come libertà di mutare credo e di non averne alcuno, ovvero di professare una fede laica o agnostica.

La Cassazione ha rinviato alla sentenza della Corte Costituzionale n. 117 del 1979, con la quale si è affermato che la libertà di coscienza dei non credenti sia annoverata nella più ampia libertà religiosa, riconosciuta ai sensi degli artt. 19 e 21 della Costituzione, nonché alla sentenza della medesima Corte n. 334 del 1996, con la quale la libertà di coscienza è stata definita come un aspetto della dignità della persona, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2 Cost., che spetta ugualmente anche ai non credenti, come sancito dall'art. 3 della Costituzio-

ne. Tali principi, ha affermato la Suprema Corte, sono ulteriormente ribaditi anche nel diritto sovranazionale, in particolare nell'art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 9 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, per i quali la libertà di coscienza viene inclusa nella "libertà di pensiero, di coscienza e di religione".

Inoltre, la Corte di Giustizia, nel Considerando 1 della Direttiva n. 78 del 2000, ha individuato la libertà di coscienza tra i diritti costituzionali di tutti gli Stati membri. Del pari, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che la libertà di coscienza è posta a tutela non solo dei credenti, ma anche degli atei, degli agnostici, scettici o indifferenti, in quanto essa protegge tanto il diritto di professare e praticare una fede quanto quello di non aderire a nessun credo (Corte EDU, 29/03/2007, Spampinato c. Italia).

In ragione di questo quadro normativo e giurisprudenziale, la Cassazione ha affermato *"che il diritto degli atei e degli agnostici di professare un credo che si traduce nel rifiuto di una qualsiasi confessione religiosa (cd. pensiero religioso negativo), in quanto espressione della "libertà di coscienza" sancita dall'art. 19 Cost., è tutelato al pari e nella stessa misura del credo religioso positivo che si sostanzia nell'adesione ad una determinata confessione religiosa"*.

La Cassazione, tuttavia, ha precisato che tale principio trovi come unico limite il vilipendio della fede da altri professata, disciplinato dall'art. 403 c.p., purché la condotta si *"traduca in un'offesa chiara, diretta e grave al diritto di professare la propria fede religiosa"*. Infine, la Cassazione ha ribadito che debba essere garantito il principio della parità di trattamento, sancito dagli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78/CE e dagli artt. 43 e 44 d.lgs. n. 286 del 1998, tra tutte le forme religiose, in esse compreso anche il credo ateo o agnostico, rispetto a qualsiasi tipo di violazione posta in essere da privati o da parte della Pubblica Amministrazione (Cass. civ., Sez. Un., n. 7186 del 2011).

Per tali motivi, la Cassazione ha accolto il ricorso, decretando la cassazione dell'impugnata sentenza con rinvio alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione.

Matrimonio: fisiologia (diritti e doveri)
e patologia (separazione, divorzio, regime
patrimoniale)

Il mutamento di natura e funzione dell'assegno divorzile non costituisce *ex se* giustificato motivo valutabile ai fini della sua revisione

Cass. civ., Sez. I, 20 gennaio 2020, n. 1119

(...) Al riguardo, appare opportuno premettere che, con la sentenza delle SU di questa Corte n. 11490 del 1990, è stato affermato il carattere esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile, il cui presupposto è stato individuato nell'inadeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge istante a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, ed il cui ammontare da liquidare in base alla valutazione ponderata dei criteri enunciati dalla legge (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio), con riguardo al momento della pronuncia di divorzio. Tale orientamento, rimasto fermo per un trentennio, è stato modificato con la menzionata sentenza n. 11504 del 2017 di questa Corte, che, muovendo anch'essa dalla premessa sistematica relativa alla distinzione tra il criterio attributivo e quello determinativo, ha affermato che il parametro dell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante deve essere valutato al lume del principio dell'autoresponsabilità economica di ciascun coniuge, ormai "persona singola", ed all'esito dell'accertamento della condizione di non autosufficienza economica, da determinare in base ai criteri indicati nella prima parte della norma. Con la recente sentenza n. 18287 del 2018 le Sezioni Unite di questa Corte sono nuovamente intervenute nella materia, e, nell'ambito di una complessiva sua riconsiderazione, hanno ritenuto che l'accertamento relativo all'inadeguatezza dei mezzi o all'incapacità di procurarseli per ragioni oggettive del coniuge richiedente sia da riconnettere alle caratteristiche ed alla ripartizione dei ruoli durante lo svolgimento della vita matrimoniale e da ricondurre a determinazioni comuni, in relazione alla durata del matrimonio ed all'età di detta parte, ed hanno affermato i seguenti principi di diritto, così riportati nelle massime ufficiali: a) 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; b) 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; c) il riconoscimento dell'assegno di divorzio in favore dell'*ex* coniuge, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, ai sensi dell'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, richiede 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 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. Si pone dunque la questione dell'applicabilità di tali nuovi principi nell'ipotesi, qui in esame, di domanda di revisione dell'assegno divorzile già riconosciuto, ed in specie se sia a tal fine necessario il previo accertamento dei giustificati motivi sopravvenuti o se il mutamento di natura e funzione dell'assegno divorzile, affermato da questa Corte nella sua massima espressione nomofilattica, costituisca *ex se* giustificato motivo valutabile ai sensi dell'art. 9 legge divorzio. Il Collegio ritiene corretta la prima di dette opzioni.

(...) Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, “la revisione dell'assegno divorzile di cui all'art. 9 della L. n. 898 del 1970 postula l'accertamento di una sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli *ex* coniugi idonea a mutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, secondo una valutazione comparativa delle condizioni suddette di entrambe le parti. In particolare, in sede di revisione, il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o della entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti già compiuta in sede di sentenza divorzile, ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento della attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in che misura, le circostanze, sopravvenute e provate dalle parti, abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto e adeguare l'importo, o lo stesso obbligo della contribuzione, alla nuova situazione patrimoniale-reddituale accertate (Cass. n. 787 del 2017 e n. 11177 del 2019). Il principio si coniuga con quello secondo cui in tema di statuizioni c.d. determinative il giudicato si forma sempre *rebus sic stantibus* e cioè esso è modificabile in caso di successive variazioni di fatto, le quali, per avere rilevanza, devono, poi, esser dedotte mediante l'esperimento dell'apposito procedimento di revisione, fermo restando che il diritto a percepirlo di un *ex* coniuge ed il corrispondente obbligo dell'altro a versarlo, nella misura e nei modi stabiliti dalla sentenza di divorzio, conservano la loro efficacia sino a quando non intervenga la modifica di tale provvedimento, rimanendo del tutto ininfluenza il momento in cui di fatto sono maturati i presupposti per la modificazione o la soppressione dell'assegno, talché “in mancanza di specifiche disposizioni, in base ai principi generali relativi all'autorità, intangibilità e stabilità, per quanto temporalmente limitata (*rebus sic stantibus*), del precedente giudicato impositivo del contributo di mantenimento, la decisione giurisdizionale di revisione non può avere decorrenza anticipata al momento dell'accadimento innovativo, rispetto alla data della domanda di modificazione” (Cass. n. 16173 del 2015; cfr. pure Cass. n. 17689 del 2019, in tema di opposizione a precetto). Va, per altro verso, sottolineato che la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell'esistenza e del contenuto della *regula iuris*, non già creativa della stessa, e che, come di recente affermato dalle SU di questa Corte, con la sentenza n. 4135 del 2019, l'interpretazione delle norme giuridiche da parte della Corte di cassazione e, in particolare, delle Sezioni Unite mira ad una tendenziale stabilità e valenza generale, sul presupposto, tuttavia, di una efficacia non cogente ma solo persuasiva, trattandosi di attività consustanziale all'esercizio stesso della funzione giurisdizionale, sicché un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività, non è assimilabile allo *ius superveniens* ed è suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito. Deve, ancora, aggiungersi che un orientamento del giudice della nomofilachia cessa di essere retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarati-

va degli enunciati giurisprudenziali, e può quindi parlarsi di *prospective overruling*, a condizione determinate, prima tra di esse che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo, e non anche, come nella specie, su disposizioni di natura sostanziale (Cass. SU n. 4135 del 2019, cit. Cass. 13 settembre 2018, n. 22345; 18 luglio 2016, n. 14634; 24 marzo 2014, n. 6862; 3 settembre 2013, n. 20172; 11 marzo 2013, n. 5967). Da quanto sin qui esposto, discende che il mutamento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali delle parti attiene agli elementi di fatto ed è necessario, a monte, che esso sia accertato dal giudice perché possa procedersi al giudizio di revisione dell'assegno divorzile, da rendersi, poi, al lume dei rinnovati principi giurisprudenziali (...).

Nota di Nicola Franchella

Con la pronuncia in epigrafe, la Suprema Corte ha statuito che il mutamento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali delle parti risulta condizione necessaria al fine di procedere al giudizio di revisione dell'assegno divorzile, da rendersi alla luce dei nuovi orientamenti giurisprudenziali, in quanto trattasi di elemento di fatto valutabile dal giudice.

Al contrario, invece, i nuovi orientamenti giurisprudenziali non costituiscono autonomi motivi, né rientrano tra i *giustificati motivi*, ex art. 9, L. n. 898/1970, che conferiscono alla parte interessata l'interesse ad agire necessario al fine di procedere al giudizio di revisione sopra citato, in quanto all'interpretazione avallata dal diritto vivente giurisprudenziale non può attribuirsi "*un'efficacia cogente ma solo persuasiva*".

Ciò premesso, la vicenda in questione prende le mosse dall'istanza di revisione proposta al Tribunale da un soggetto al fine di essere assolto dall'obbligo di versare l'assegno divorzile alla *ex* moglie, in quanto quest'ultima percepiva un reddito da lavoro e aveva beneficiato di un'eredità, mentre l'istante, dal canto proprio, era in pensione, si era rispostato e doveva accudire l'anziana madre.

Ebbene, la predetta istanza veniva rigettata sia in primo grado, sia dalla Corte di Appello competente territorialmente, in quanto gli elementi in fatto sopra descritti erano già presenti al momento del riconoscimento del diritto all'assegno in favore dell'*ex* coniuge.

Alla luce dei predetti rigetti, l'istante adiva la Suprema Corte sulla scorta di ben nove motivi, resistiti con controricorso dall'*ex* coniuge.

Ebbene, in primo luogo i giudici di legittimità effettuano una doverosa premessa enucleando gli orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti in ordine alla natura ed alla funzione dell'assegno divorzile.

In particolare, fanno menzione ad una pronuncia delle Sezioni Unite risalente al 1990, mediante cui si è riconosciuto carattere esclusivamente assistenziale all'assegno divorzile, il cui presupposto è stato individuato nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante a mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio. Accertato tale presupposto, la liquidazione dell'assegno va effettuata in base ad una valutazione ponderata dei criteri enunciati dalla legge (condizioni dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare, reddito di entrambi etc.) con riferimento al momento della pronuncia di divorzio.

Tale orientamento è stato poi modificato a seguito di Cass., Sez. I, 10.5.2017, n. 11504, con la quale si è statuito che il parametro dell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante deve essere valutato alla luce del principio dell'autoresponsabilità economica di ciascun coniu-

ge, ormai persona singola, e all'esito dell'accertamento della condizione di non autosufficienza economica.

Successivamente, le Sezioni Unite sono intervenute nuovamente sulla materia con Cass., Sez. Un., 11.7.2018, n. 18287, con la quale hanno statuito che all'assegno di divorzio debba attribuirsi una funzione sia assistenziale, sia compensativa e perequativa, mediante l'adozione un criterio composito che, alla luce della valutazione comparativa delle rispettive condizioni economico-patrimoniali, dia particolare rilievo al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, in relazione alla durata del matrimonio, alle potenzialità reddituali future ed all'età.

Effettuate tali doverose premesse, come anticipato, il tema della pronuncia in questione verte sul se il mutamento giurisprudenziale della natura e della funzione dell'assegno divorzile rientri tra i *giustificati motivi*, ex art. 9, L. n. 898/1970, ovvero se risulti comunque necessario l'accertamento degli elementi di fatto sopravvenuti.

In conclusione, la Suprema Corte ha fornito riscontro a tale interrogativo, statuendo che il mutamento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali delle parti attiene agli elementi di fatto ed è necessario che esso sia accertato dal giudice perché possa procedersi al giudizio di revisione dell'assegno divorzile, da rendersi alla luce dei rinnovati principi giurisprudenziali. Pur considerando l'ampiezza della formula adottata dall'art. 9, L. n. 898/1970, consentire l'accesso al rimedio della revisione dando alla formula dei *giustificati motivi* un significato che si riferisca alla sopravvenienza di una diversa interpretazione avallata dal diritto vivente giurisprudenziale, non pare un'opzione esegetica percorribile, in quanto non considera che *“l'interpretazione giurisprudenziale costituisce una chiave di lettura dei dati di fatto rilevanti per il diritto e non li produce essa stessa, né nel mondo fenomenico, né quale fonte normativa”*.

Il controllo notarile sull'atto di trasferimento immobiliare effettuato in sede di separazione: essenziale o superabile?

Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3089

La Corte d'Appello di Ancona (...) ha affermato che la sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio pronunciata su ricorso congiunto delle parti non può contenere una clausola con la quale si attui un trasferimento immobiliare ma soltanto l'impegno preliminare di vendita o di acquisto (...) pur potendo i coniugi pattuire trasferimenti di diritti reali, anche immobiliari, nel quadro delle più generali pattuizioni che accompagnano le ipotesi di soluzione consensuale della crisi coniugale, tuttavia, lo strumento del trasferimento del diritto reale attuato direttamente dalle parti differisce profondamente dall'atto pubblico redatto dal notaio ai sensi della legge notarile in quanto solo l'assistenza di un professionista consente di non violare il D.L. n. 78 del 2010, art. 19, comma 4, conv. nella L. n. 122 del 2010, che impone a pena di nullità dell'atto una serie di precise indicazioni (identificazione catastale, riferimento alle planimetrie depositate in catasto, dichiarazione della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie) (...) Le parti ricorrenti in premessa hanno precisato che l'accordo di trasferimento immobiliare costituisce un elemento indispensabile del complessivo e definitivo assetto ai loro interessi. Hanno rilevato di aver corredato tale atto di relazione tecnica giurata contenente attestazione di conformità energetica, elettrica, visura e planimetria catastale. Hanno altresì corredato il ricorso della dichiarazione di obbligo di effettuare a loro spese e cura la trascrizione e/o le richieste di ulteriori forme di pubblicità immobiliare nonché di depositare la ricevuta di avvenuta presentazione della richiesta di pubblicità immobiliare e della nota di trascrizione, esonerando la cancelleria da ogni responsabilità in merito. Solo in subordine hanno richiesto che l'accordo venisse qualificato come impegno preliminare (...) viene dedotta la violazione dell'art. 1322 c.c., in relazione all'illegittima lesione del loro diritto di raggiungere accordi atipici patrimoniali meritevoli di tutela (...), la violazione degli artt. 1362 e 1376 c.c., per non essere stata rispettata la volontà negoziale delle parti di procedere al trasferimento immobiliare contenuto nell'accordo (...), la violazione del D.L. n. 78 del 2010, art. 19, nell'interpretazione fornita dalla Corte d'Appello. La norma al contrario di quel che la Corte ha affermato, ritiene soddisfatte le finalità di controllo in essa contenute mediante attestazioni di conformità ed autodichiarazioni. La soluzione indicata nel provvedimento impugnato, fondata sull'inderogabilità della verifica di conformità ipocatastale dell'atto compiuta dal notaio, non è univocamente seguita dai giudici di merito. Si contrappone ad essa, l'opzione della legittimità dell'accordo traslativo, attuato anche attraverso un ausiliare del giudice (...). La norma che ha determinato il contrasto interpretativo, peraltro, si presta a letture contrastanti. Si tratta del comma 1 *bis* aggiunto alla L. n. 52 del 1985, art. 29, introdotto dal D.L. n. 78 del 2010, art. 19, comma 14, convertito nella L. n. 122 del 2010. La difformità interpretativa riguarda la funzione del previsto controllo notarile in relazione alla validità dell'atto. Da un lato si afferma che la norma, nei primi due periodi, stabilisce dei requisiti dell'atto a pena di nullità ed in particolare la dichiarazione di conformità allo stato di fatto dei dati catastali, che può essere sostituita, come nella specie, da un'attestazione rilasciata da un tecnico abili-

tato. Nell'ultimo periodo è previsto il controllo di conformità dei dati catastali a quelli contenuti nel registro delle iscrizioni e trascrizioni immobiliari da parte del notaio ma non è prevista la sanzione di nullità in mancanza di questa ulteriore verifica. Si aggiunge che la nullità riguarda l'assenza dei requisiti ed ha un contenuto di carattere oggettivo, essendo rivolta a prevenire e sanzionare atti che non siano conformi allo stato di fatto dell'immobile, in relazione ad eventuali violazioni della disciplina urbanistica (...) non può essere ancorata ai soggetti che svolgono la funzione di controllo di conformità (...). Una conclusione diversa sarebbe contraria alla legittima esplicazione dell'autonomia privata anche in sede di definizione delle condizioni economico patrimoniali conseguenti alla separazione personale od al divorzio. Ritiene il Collegio, che (...) sia necessario affidarne la valutazione alle S.U., trattandosi di questione di massima di particolare importanza.

Nota di Gennaro Russo

Con l'ordinanza interlocutoria in epigrafe, la Corte di Cassazione civile, sezione I, ha rinviato alle Sezioni Unite la decisione circa la possibilità di affidare all'autorità giudiziaria o ad un suo ausiliario il controllo di validità e legittimità dell'atto di trasferimento immobiliare in sede di separazione, attività che fino ad ora è stata esclusivamente attribuita al notaio.

La questione è stata sollevata da due coniugi, i quali hanno impugnato la sentenza della Corte d'Appello che, confermando la pronuncia di primo grado, ha rigettato il ricorso poiché la sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, pronunciata su loro ricorso congiunto, contiene soltanto l'impegno preliminare di vendita o di acquisto. La decisione trova fondamento nell'art. 19, comma 4, d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122 del 2010, che impone ai coniugi il rispetto di alcune precise indicazioni, previa nullità dell'atto con cui è stato pattuito il trasferimento dei diritti reali.

In particolare, secondo la Corte d'Appello, la norma demanda esclusivamente al notaio il controllo indiretto statale a presidio degli interessi pubblici coinvolti, senza che tale attività possa essere conferita ad altri operatori. Avverso tale pronuncia, i coniugi hanno presentato ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione. I ricorrenti, dopo aver evidenziato la natura negoziale dell'accordo di separazione o di divorzio, hanno lamentato la violazione della propria autonomia contrattuale, disciplinata dall'art. 1322 c.c., in relazione all'illegittima lesione del loro diritto di stipulare accordi atipici patrimoniali meritevoli di tutela, deducendo anche la violazione degli artt. 1362 e 1376 c.c., poiché non è stata rispettata la loro volontà negoziale di dare immediata esecuzione agli effetti traslativi previsti dall'accordo.

Inoltre, i ricorrenti hanno osservato che vi è stata violazione dell'art. 19 d.l. n. 78/2010 poiché, contrariamente a quanto dichiarato dalla Corte di Appello, l'attività di controllo è stata regolarmente eseguita anche mediante attestazioni di conformità ed autodichiarazioni. Nel caso di specie, i ricorrenti non solo hanno regolarmente adempiuto alla realizzazione dei predetti atti, ma hanno assunto anche l'incarico di effettuare a propria cura e spese la trascrizione dell'atto e qualsiasi altra forma di pubblicità ulteriore, nonché di depositare in cancelleria, entro il termine di venti giorni dalla data del deposito del provvedimento, la ricevuta di avvenuta richiesta di trascrizione e della nota di trascrizione rilasciata dall'Agenzia del territorio.

Su quest'ultimo punto, la Corte di Cassazione ha osservato che *“la soluzione indicata nel provvedimento impugnato, fondata sull'inderogabilità della verifica di conformità dell'atto compiuta dal notaio, non è univocamente seguita dai giudici di merito. Si contrappone ad es-*

sa, l'opinione della legittimità dell'accordo traslativo, attuato anche attraverso un ausiliare del giudice".

In particolare, la Cassazione ha citato l'operato del Tribunale di Bologna, che prevede un particolare sistema con cui si consente ad un ausiliare del giudice di poter esercitare il potere di controllo sugli atti, purché siano rispettate le indicazioni contenute in un albo istituito *ad hoc* dal Tribunale, con l'accordo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, fissando così un protocollo comune.

Inoltre, la Cassazione ha aggiunto che anche l'art. 29, co. 1bis, l. n. 52/1985, su cui si fonda la decisione della Corte d'Appello, si presta a dubbi interpretativi.

Infatti la norma, nei primi due periodi, individua i requisiti essenziali dell'atto a pena di nullità, consentendo di sostituire la dichiarazione di conformità allo stato di fatto dei dati catastali con un'attestazione rilasciata da un tecnico abilitato, come nel caso di specie.

Invece, nell'ultimo periodo, è disciplinato il controllo del notaio circa la conformità dei dati catastali, ma non prevede in caso di violazione la sanzione della nullità. Infatti, secondo la Cassazione, la nullità ha carattere oggettivo poiché riguarda esclusivamente *"l'assenza dei requisiti essenziali, essendo rivolta a prevenire e sanzionare atti che non siano conformi allo stato di fatto dell'immobile, in relazione ad eventuali violazioni della disciplina urbanistica. Ne consegue che la nullità dell'atto non può essere ancorata ai soggetti che svolgono la funzione di controllo di conformità, ben potendo la difformità permanere anche dopo l'intervento notarile"*.

Per tali motivi, la Cassazione ha ritenuto che l'attività di controllo da parte del notaio possa essere demandata ad un ausiliario del giudice senza che ciò incida sulla validità dell'atto.

Al fine di comprovare tale tesi, la Cassazione ha rinviato alla giurisprudenza di legittimità, in particolare alla sentenza della Cassazione n. 17612 del 2018, che afferma la possibilità dei coniugi (ed *ex* coniugi) di perfezionare accordi traslativi non soltanto in sede giudiziale (nel verbale di separazione giudiziale redatto nel corso dell'udienza *ex* art. 711 c.p.c., oppure in quello di comparizione davanti al collegio nella procedura divorzile su domanda congiunta ai sensi dell'art. 4, co. 16, l. divorzio), ma anche in sede stragiudiziale. Infine la Cassazione si è soffermata sull'opinione contraria, su cui si fonda la decisione della Corte d'Appello, secondo cui deve ritenersi essenziale ed insostituibile la funzione di controllo esperita dal notaio, poiché affidando questo potere ad un qualsiasi ausiliario del giudice o al giudice stesso, verrebbe meno un controllo esterno e meramente formale, necessario ai fini della diposizione di legge.

Essendo, dunque, una questione di massima e di particolare importanza, sia per la novità che per la complessità dei temi discussi, il Collegio ha trasmesso il ricorso alle Sezioni Unite.

Il giudicato interno sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario è idoneo a paralizzare gli effetti della sua nullità, dichiarata con sentenza ecclesiastica?

Cass. civ., Sez. I, 25 febbraio 2020, n. 5078

(...) Il percorso argomentativo seguito dall'orientamento testimoniato dalle pronunce indicate nel paragrafo 4.1 mira ad isolare concettualmente l'atto costitutivo del matrimonio dal rapporto che è inciso dalla sentenza di cessazione degli effetti civili ed a radicare direttamente e unicamente nel rapporto (e nella cosiddetta solidarietà *post*) coniugale la fonte genetica delle obbligazioni patrimoniali tra gli *ex* coniugi, a prescindere dalla esistenza e validità dell'atto costitutivo. In questa prospettiva si afferma, non a caso, che la sentenza di divorzio non attribuisce uno *status* di divorziato (che si assume inesistente) ma consente agli *ex* coniugi di riacquistare lo stato libero. E tuttavia, se è vero che non esiste uno status di divorziato, esiste la condizione di divorziato che inerisce alla persona e alle sue relazioni nella collettività, tanto che la legge la riconosce espressamente in molte situazioni, come dimostrato, tra i tanti esempi che si potrebbero fare, dagli artt. 73, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, in tema di atti dello stato civile; 612 *bis*, comma 2 e 612 *ter*, comma 3, c.p., in tema di atti persecutori; 76, comma 4 *quater*, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in tema di gratuito patrocinio; 1, comma 489, legge 27 dicembre 2019, n. 160, in tema di indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti; 12 *bis* della legge n. 898 del 1970, modificata dalla legge n. 74 del 1987, che riconosce al solo coniuge divorziato il diritto ad una quota dell'indennità di fine rapporto, ecc. La solidarietà *post*-coniugale per come conformata dalla disciplina sull'assegno divorzile presuppone un rapporto di coniugio fondato su un matrimonio-atto valido o non nullo, come dimostrato dal fatto che il regime patrimoniale delineato dalla legge n. 898 del 1970 è applicabile solo al coniuge divorziato, mentre diversa è la disciplina legale dei rapporti consequenziali al matrimonio nullo. Se il riacquisto dello stato libero fosse condizione sufficiente per l'operatività del suddetto regime patrimoniale, si dovrebbe ammettere che un analogo stato libero è riacquistato anche per effetto della sentenza di nullità del matrimonio che, infatti, fa escludere la configurabilità del delitto di bigamia per chi abbia contratto nuove nozze. E ciò senza considerare il rilievo che il giudicato di nullità del matrimonio può avere per i terzi, come evidenziato in dottrina. L'orientamento di cui si discute, nel postulare implicitamente la irrilevanza o indifferenza della questione della validità/invalidità del matrimonio, ai fini della stabilità e decidibilità delle statuizioni economiche, giunge alla conclusione, invero non del tutto condivisibile, secondo la quale il giudicato civile di divorzio verrebbe a prevalere e d'imporsi solo se intervenuto prima della delibazione definitiva della sentenza ecclesiastica di nullità, precludendo a quest'ultima di sortire gli effetti propri, poiché nel caso inverso (in cui intervenisse prima il giudicato sulla nullità) opererebbe invece il regime della nullità. Si manifesta in tal modo un'aporia concettuale che può essere sintetizzata nei seguenti termini. Se si postula l'intrinseca irrilevanza della questione della validità del matrimonio e, quindi, l'assoluta autonomia e indifferenza tra i giudicati di divorzio e di nullità del matrimonio, allo-

ra bisognerebbe negare rilievo al fattore temporale, con l'effetto che in nessun caso il giudicato sulla nullità potrebbe incidere sulle statuizioni economiche emesse o da emettere nel giudizio civile pendente tra i coniugi divorziati, neppure se anteriore al giudicato di divorzio. Se invece si postula che il giudicato sulla nullità se formatosi anteriormente possa paralizzare il giudizio di divorzio già pendente (precludendo la stessa pronuncia di divorzio, oltre che la regolamentazione dei rapporti economici tra i coniugi, ai sensi della legge n. 898 del 1970), allora significa che esiste un legame intrinseco di tipo pregiudiziale tra la statuizione di nullità del matrimonio-atto e quella di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio-rapporto, ma in tal caso bisognerebbe ammettere che la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio non possa essere delibata, verificandosi il fattore impeditivo di cui all'art. 797, n. 6, c.p.c., essendo «pendente davanti ad un giudice italiano un giudizio per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, istituito prima del passaggio in giudicato della sentenza straniera». Ritenere che il giudicato sul divorzio possa precludere alla successiva sentenza di nullità di produrre i propri effetti, a seguito del giudizio deliberatorio, fa riemergere la tesi, già respinta dalla giurisprudenza (*sub* 3), secondo cui la validità del matrimonio sarebbe implicita nella statuizione di divorzio (tesi, tra l'altro, non agevolmente coordinabile con la non rilevanza d'ufficio delle nullità matrimoniali civili, di cui agli artt. 117 ss. c.c., sempre che non si ritenga che il giudice civile possa d'ufficio esaminare la validità del matrimonio concordatario alla luce delle norme del diritto canonico, come pure sostenuto da una parte della dottrina). L'autonomia tra le pronunce di divorzio e di nullità del matrimonio, in ragione della diversità di oggetto, è affermata dalla giurisprudenza per consentire la delibazione della sentenza ecclesiastica (cfr. art. 797, n. 5 e 6, c.p.c.), i cui effetti dovrebbero operare nell'ordinamento italiano secondo i principi generali, in base ai quali la validità dell'atto costitutivo (matrimonio-atto) condiziona di regola la stabilità degli effetti del matrimonio-rapporto, non il contrario, analogamente a quanto accade per la disciplina delle conseguenze della nullità del matrimonio civile.

Nota di Andrea Zappulla

La Prima Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione con questa ordinanza interlocutoria, in tema di effetti civili del matrimonio e dichiarazione di nullità del matrimonio concordatario, ha cercato di dirimere e risolvere una controversia riguardante una problematica antica, molto spinosa e complessa relativa agli «effetti della sentenza ecclesiastica di nullità (divenuta efficace nell'ordinamento dello Stato) nel giudizio civile, in relazione alle statuizioni economiche relative agli *ex* coniugi consequenziali al divorzio (non ai figli, cfr. Cass. n. 15558 del 2011)» (pp. 3-4, n. 1.2).

Dinanzi alla volontà della controricorrente, i giudici ritengono infondato l'assunto preliminare «essendo il suddetto ricorso (...) stato rigettato da questa Corte con sentenza con consequenziale passaggio in giudicato della sentenza (...) della Corte fiorentina che ha reso esecutiva la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio» (p. 3, n. 1.1). Di conseguenza, la richiesta effettuata dalla controricorrente risulta superata in quanto «si tratta di giudizi diversi e autonomi, visto che la sentenza di divorzio non impedisce la delibazione della sentenza del tribunale ecclesiastico che abbia dichiarato la nullità del matrimonio concordatario, ove nel giudizio di divorzio le parti non introducano esplicitamente questioni sulla esistenza e validità del vincolo, non costituenti oggetto di specifico accertamento suscettibile di determinare la

formazione del giudicato» (p. 3, n. 1.1). Un'altra questione di particolare rilevanza evidenziata dai giudici cassazionisti riguarda gli effetti della sentenza ecclesiastica di nullità e le provvidenze economiche contemplate dalla normativa concordataria come possibile conseguenza della delibazione della sentenza canonica. In particolare, «si pone la questione se in tal caso la nullità del matrimonio possa determinare la cessazione della materia del contendere nel giudizio avente ad oggetto le suddette statuizioni economiche o comunque il travolgimento delle stesse» (p. 4, n. 1.2).

A questo proposito, si rileva che nell'ipotesi di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il soggetto con maggiore disponibilità sotto il profilo economico-patrimoniale è tenuto agli obblighi scaturenti dall'art. 5, co. 6, l. 1.12.70 n. 898, che dispone: «Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive», salva la possibilità, su accordo delle parti, di corrispondere l'assegno in unica soluzione, che, ove ritenuta equa dal tribunale, esclude ulteriori richieste di contenuto economico (cfr. art. 5, co. 8 l. cit.). Nel caso, invece, di declaratoria di nullità del vincolo, le possibili conseguenze sono quelle, di minore portata, derivanti dagli art. 129 e 129-bis del c.c., ovvero dall'art. 8 co. 2 dell'Accordo di Villa Madama, che prevedono il pagamento di una indennità o del mantenimento per tre anni, salvo il diritto agli alimenti. Il suddetto articolo prevede espressamente che «la corte d'appello potrà, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, statuire provvedimenti economici provvisori a favore di uno dei coniugi il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rimandando le parti al giudice competente per la decisione sulla materia». Tale disposizione concordataria contempla esplicitamente la pronuncia di provvedimenti economici da parte del giudice della delibazione.

Altra questione rilevante riguarda l'interessante evoluzione giurisprudenziale circa la sopravvivenza delle statuizioni patrimoniali contenute nelle pronunce del giudice statale al riconoscimento della sentenza ecclesiastica. Sino a quando la Corte di Cassazione non ha accolto il principio della caduta della riserva di giurisdizione in materia matrimoniale a favore dei tribunali ecclesiastici (cfr. Cass. sez. un. 13.2.93 n. 1824), si considerava in maniera assolutamente costante che il giudicato di divorzio non impedisse la successiva delibazione della nullità pronunciata dal giudice ecclesiastico, con conseguente integrale travolgimento delle statuizioni del giudice civile delle quali veniva meno il presupposto giuridico, costituito dall'esistenza di un valido vincolo coniugale. Successivamente, pur tenendosi fermo il principio che il precedente divorzio non impedisca la delibazione della sentenza di nullità avendo i rispettivi giudizi e le relative pronunce oggetti distinti, non sono mancate decisioni che – in qualche maniera – nonostante il riconoscimento dell'invalidità originaria del vincolo coniugale, hanno cercato di far salve le attribuzioni di natura patrimoniale a favore di uno dei coniugi contenute nella sentenza di divorzio su cui si sia formato il giudicato.

L'ordinanza interlocutoria in oggetto si conclude rimettendo alle Sezioni Unite il quesito «se il giudicato interno (per effetto di sentenza parziale o capo autonomo non impugnato della sentenza) che dichiara la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario sia idoneo a paralizzare gli effetti della nullità del matrimonio, dichiarata con sentenza ecclesiastica successivamente delibata dalla corte d'appello (con sentenza passata in giudicato), solo in presenza di statuizioni economiche assistite dal giudicato o anche in assenza di dette sta-

tuizioni, con l'effetto (nel secondo caso) di non precludere al giudice civile il potere di regolare, secondo la disciplina della legge n. 898 del 1970 e successive modificazioni, i rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi il cui vincolo sia consacrato in un atto matrimoniale nullo».

Coniuge divorziato convivente di fatto e diritto all'assegno divorzile: rimessione alle S.U.

Cass. civ., Sez. I, 17 dicembre 2020, n. 28995

(...) La ricorrente deduce la violazione relativa all'ascolto obbligatorio del minore, quando il giudice del merito sia chiamato a determinarsi su affido e modalità di visita (...) La ricorrente fa valere la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 10, della legge n. 898 del 1970, nella parte in cui la Corte di appello di Venezia si era espressa nel senso che, "la semplice convivenza *more uxorio* con altra persona provochi, senza alcuna valutazione discrezionale del giudice, l'immediata soppressione dell'assegno di divorzile" (...) Si sollecita questa Corte di cassazione a rimeditare l'orientamento recentemente espresso e secondo il quale l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, determina la decadenza dall'assegno divorzile senza possibilità per il giudicante di ponderare i redditi dei coniugi al fine di stabilire, comunque, dell'indicata posta una misura. L'indicato automatismo, risultando altrimenti in contrasto con la lettera della norma, andrebbe riferito al solo, e diverso, caso delle nuove nozze (...) La scelta effettuata dal legislatore nella distinta materia delle convivenze di cui alla legge n. 76 del 2016, di riconoscere tutela economica limitata ad un assegno alimentare, risponde a regole diverse da quelle proprie del matrimonio sia in relazione al contributo al mantenimento che all'assegno di divorzio (...) La questione sottesa all'illustrato motivo rientra tra quelle di massima di particolare importanza, a norma dell'art. 374, secondo comma, cod. proc. civ., offrendo essa occasione, ritiene questo Collegio, per rimeditare, rimodulandolo nella soluzione da offrirsi, l'indirizzo più recentemente formatosi nella giurisprudenza di legittimità, da cui qui si dissente, sull'incidenza che l'instaurazione della convivenza di fatto con un terzo ha sul diritto dell'ex coniuge, economicamente più debole, all'assegno di divorzio. Appare pertanto necessario investire della questione il Primo Presidente perché valuti l'opportunità di rimetterne l'esame alle Sezioni Unite (...) In applicazione del principio dell'auto-responsabilità la persona mette in conto quale esito della scelta compiuta, con il rischio di una cessazione della nuova convivenza, il venir meno dell'assegno divorzile e di ogni forma di residua responsabilità *post*-matrimoniale, rescindendosi attraverso la nuova convivenza ogni legame con la precedente esperienza matrimoniale ed il relativo tenore di vita. L'automatismo degli effetti estintivi resta mediato e contenuto dall'accertamento operato in sede giudiziale circa i caratteri della famiglia di fatto, in quanto formazione stabile e duratura e, ancora, in ragione della solidarietà economica che si realizza tra i componenti di quest'ultima (...) Le ragioni di un ripensamento dell'indicato orientamento vengono, da un completo scrutinio del canone dell'auto-responsabilità sorretto dalla necessità dell'interprete di individuarne a pieno il portato applicativo, anche per quelli che ne sono i corollari (...) Nel ridefinire i parametri di attribuzione dell'assegno divorzile, questa Corte di cassazione si è fatta in tal modo portatrice di una peculiare declinazione del principio dell'auto-responsabilità che, intesa ad apprezzare il carattere eccedente, rispetto alle finalità altrimenti assolute, dell'esigenza che l'assegno operi per il mantenimento del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, contiene dell'indicata posta la componente assistenziale ma non quella perequativo-compensativa (...) Dopo una vita matrimoniale che si è protratta per un apprezzabile arco temporale, l'ex coniuge economicamente più debole, che abbia

contribuito il tenore di vita della famiglia con personali sacrifici anche rispetto alle proprie aspettative professionali ed abbia in tal modo concorso occupandosi dei figli e della casa pure all'affermazione lavorativo-professionale dell'altro coniuge, acquista il diritto all'assegno divorzile. "La questione per cui si sollecita l'intervento delle Sezioni Unite è allora quella di stabilire se, instaurata la convivenza di fatto, definita all'esito di un accertamento pieno su stabilità e durata della nuova formazione sociale, il diritto dell'ex coniuge, sperequato nella posizione economica, all'assegno divorziale si estingua comunque per un meccanismo ispirato ad automatismo, nella parte in cui prescinde di vagliare le finalità proprie dell'assegno, o se siano invece praticabili altre scelte interpretative che, guidate dalla obiettiva valorizzazione del contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'altro coniuge, sostengano dell'assegno divorzile, negli effetti compensativi suoi propri, la perdurante affermazione, anche, se del caso, per una modulazione da individuarsi, nel diverso contesto sociale di riferimento".

Nota di Beatrice Montagna

La Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria in epigrafe, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, in ragione e per la soluzione delle questioni di massima importanza *ex art. 374, co. 2, c.p.c.*, concernenti la conservazione del diritto all'assegno divorzile nel caso di instaurazione di una nuova famiglia di fatto da parte del beneficiario.

Il Tribunale di Venezia dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ponendo a carico dell'ex marito l'obbligo di versare un assegno mensile all'ex coniuge economicamente più debole, nonché quello di contribuire al mantenimento dei figli.

La Corte di appello di Venezia, in parziale riforma della sentenza di primo grado e in accoglimento dell'impugnazione, respingeva la domanda di riconoscimento dell'assegno divorzile proposta dall'ex moglie, avendo costei instaurato una stabile convivenza con un nuovo compagno, da cui aveva avuto una figlia.

Tuttavia, l'ex moglie nei nove anni di durata del matrimonio aveva rinunciato all'attività professionale-lavorativa per dedicarsi interamente ai figli e, non essendo più in età per reperire lavoro, viveva dell'assegno divorzile. Talché, l'ex moglie ricorreva per la cassazione della sentenza di appello.

Tra le questioni introdotte dal ricorso, viene in rilievo quella concernente la "*disciplina applicabile all'assegno di divorzio là dove il coniuge che ne benefici abbia instaurato una convivenza con un terzo, dovendosi, partitamente, stabilire se l'effetto estintivo previsto dall'art. 5, comma 10, della legge n. 898 del 1970 nel caso di nuove nozze del beneficiario trovi applicazione, e per quali contenuti e limiti, nella distinta ipotesi della famiglia di fatto*".

Si offre in tal modo l'occasione per rivedere il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità sull'incidenza dell'instaurazione della convivenza di fatto con un terzo sul diritto dell'ex coniuge, economicamente più debole, all'assegno di divorzio.

In particolare, tale orientamento, abbandonando la precedente impostazione maggioritaria fondata sulla quiescenza dell'assegno divorzile nel corso della nuova convivenza *more uxorio*¹, attribuisce dignità piena alla famiglia di fatto che, in presenza dei caratteri di stabilità

¹ Cfr. Cass., 25.11.2010, n. 23968; Cass., 22.01.2010, n. 1096; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24858. A tale orientamento giurisprudenziale maggioritario, si contrapponeva una tesi minoritaria secondo cui la convivenza *more*

e continuità, si inserisce tra le formazioni sociali in cui l'uomo svolge la sua personalità ai sensi dell'art. 2 Cost.².

Pertanto, nella libera e consapevole scelta di dar corso ad una convivenza di fatto, l'ex coniuge mette in conto il venir meno dell'assegno divorzile e di ogni forma di residua responsabilità *post*-matrimoniale. In forza del principio di auto-responsabilità, infatti, attraverso la nuova convivenza, stabile e duratura, si rescinde in modo automatico ogni legame con la precedente esperienza matrimoniale e con il relativo tenore di vita.

Ed invero è proprio l'analisi del canone di auto-responsabilità e dei suoi corollari ad offrire le ragioni per un ripensamento del suindicato orientamento.

Il principio di auto-responsabilità opera su due direttrici differenti e complementari. Da una parte, guarda al futuro, *“chiamando gli ex coniugi che costituiscano con altri una stabile convivenza a scelte consapevoli di vita e a conseguenti assunzioni di responsabilità e ciò, anche, a detrimento di pregresse posizioni di vantaggio di cui il nuovo stabile assetto di vita esclude una permanente ed immutata redditività”*. D'altra parte, lo stesso canone opera per il tempo passato, in particolare sul fronte dei presupposti del maturato assegno di divorzio e della sua relativa funzione perequativa-compensativa³, riconoscendo *“all'ex coniuge, economicamente più debole, un livello reddituale adeguato al contributo fornito all'interno della disciolta comunione nella formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale dell'altro coniuge”*.

Il principio di auto-responsabilità, trovando affermazione e composizione nelle dinamiche post matrimoniali, fa sì che il beneficiario possa godere dell'assegno divorzile non solo perché soggetto economicamente più debole, ma anche per quanto da egli fatto e sacrificato nell'interesse della famiglia e dell'altro coniuge⁴.

Alla luce di ciò, può congruamente permanere il diritto all'assegno divorzile nella sua natura compensativa laddove il beneficiario abbia instaurato una stabile convivenza di fatto con un terzo, restando al più al giudice di merito da accertare l'esistenza di ragioni per un'eventuale modulazione dell'assegno nell'ipotesi in cui la convivenza si riveli in concreto migliorativa delle condizioni economico-patrimoniali del beneficiario.

In conclusione, la Corte di cassazione con l'ordinanza interlocutoria *de qua* sollecita l'intervento delle Sezioni Unite al fine di stabilire se l'instaurazione di una convivenza di fatto, all'esito di un accertamento pieno su stabilità e durata, determini come conseguenza che *“il diritto dell'ex coniuge, sperequato nella posizione economica, all'assegno divorzile si estingua comunque per un meccanismo ispirato ad automatismo, nella parte in cui prescinde di vagliare le finalità proprie dell'assegno, o se siano invece praticabili altre scelte interpretative che, guidate dalla obiettiva valorizzazione del contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'altro coniuge, sostengano dell'assegno divorzile, negli effetti compensativi suoi propri, la perdurante affermazione, anche, se del caso, per una modulazione da individuarsi, nel diverso contesto sociale di riferimento”*.

uxorio, stante la sua natura intrinsecamente precaria, non può in alcun modo determinare la cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di divorzio. In tal senso, v. Cass., 26.01.2006, n. 1546.

² Cfr. Cass., Sez. I, 03.04.2015, n. 6855 ripresa da Cass. 08.02.2016, n. 2466; Cass. 12.11.2019, 29317; Cass., 16.10.2020, n. 22604.

³ Sul riconoscimento del carattere composito dei presupposti dell'assegno divorzile, v. S.U., 11.07.2018, n. 18287.

⁴ In tal senso, v. anche Cass., ord., 11 novembre 2020 (15 febbraio 2021), n. 3852.

Accordo di separazione in negoziazione assistita avente ad oggetto trasferimenti immobiliari: intervento del notaio

Cass. civ., Sez. II, 21 gennaio 2020, n. 1202

(...) In sintesi, la ricorrente ritiene di essersi limitata ad un'autentica minore senza ricevere alcun atto notarile e, pertanto, di non avere alcun obbligo di controllare la legalità – formale e sostanziale – del verbale di accordo comportante il trasferimento immobiliare sottoscritto dai coniugi nell'ambito della convenzione conclusa in sede di negoziazione assistita per la loro separazione consensuale, e conseguentemente di non aver alcun obbligo di iscrizione del medesimo verbale a repertorio, di metterlo a raccolta e, tantomeno, di provvedere alla celere trascrizione dello stesso. La tesi della ricorrente non può essere condivisa. Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. procedura di negoziazione assistita da avvocati, nuovo strumento di composizione amichevole delle liti (capo II del suddetto decreto). L'art. 5 dispone che l'accordo che compone la controversia venga sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono i quali certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Il comma 3 del citato art. 5 prevede che, quando le parti, con l'accordo, concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso è necessario che la sottoscrizione del processo verbale di accordo sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. La procedura di negoziazione assistita ricomprende anche la possibilità di addivenire a soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione e divorzio. L'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014 delinea un procedimento articolato in più fasi, i cui tratti caratterizzanti sono da individuarsi nella necessaria presenza di almeno un avvocato per parte e nel coinvolgimento del Procuratore della Repubblica (...). Da quanto sopra riportato emerge che è lo stesso legislatore, nel disciplinare i poteri certificativi dell'avvocato nell'ambito della negoziazione assistita delle separazioni e dei divorzi, a fare rinvio a quanto dispone in materia l'art. 5, il quale, come si è detto, in caso di trasferimenti immobiliari prevede, ai fini della trascrizione dell'accordo, che la sottoscrizione del verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Sicché, il combinato disposto dell'art. 5, comma 3, e dell'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014, impone, per procedersi alla trascrizione dell'atto di trasferimento immobiliare (eventualmente) contenuto nell'accordo di separazione o divorzio, l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni del processo verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, non potendosi riconoscere analogo potere certificativo agli avvocati che assistono le parti. Ciò anche in conformità con il disposto dell'art. 2657, comma 1, c.c., secondo cui «la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente» (...) In conclusione, si deve affermare il seguente principio di diritto: «ogni qualvolta l'accordo stabilito tra i coniugi, al fine di giungere ad una soluzione consensuale di separazione personale, ricomprenda anche il trasferimento di uno o più diritti di proprietà su beni immobili, la disciplina di cui all'art. 6, d.l. n. 132 del 2014, conv. in

l. n. 162 del 2014, deve necessariamente integrarsi con quella di cui all'art. 5, comma 3, del medesimo d.l. n. 132 del 2014, con la conseguenza che per procedere alla trascrizione dell'accordo di separazione contenente anche un atto negoziale comportante un trasferimento immobiliare, è necessaria l'autenticazione del verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ai sensi dell'art. 5, comma 3».

Nota di Giuseppe Piccardo

La vicenda oggetto della sentenza in commento trae origine dal reclamo di una notaio avverso la decisione del Consiglio Regionale di Disciplina del Trentino-Alto Adige, Friuli Venezia Giulia e Veneto (di seguito anche Co.Re.Di), con la quale le erano state irrogate plurime sanzioni pecuniarie per la negligenza nella conservazione degli atti e per la violazione dell'art. 147, lett. a) l. n. 89/2013 (di seguito anche legge notarile o l.n.) e per avere, così, compromesso il decoro e il prestigio della funzione notarile.

In particolare, la questione riguarda l'autentica delle sottoscrizioni di due coniugi in calce al verbale di accordo di separazione personale ai sensi dell'art. 6, d.l. n. 132/2014, convertito nella l. n. 162/2014 che prevedeva, oltre alla regolamentazione degli aspetti personali della separazione riguardanti i coniugi, il trasferimento in favore della moglie della proprietà della quota di metà dell'immobile già adibito a casa coniugale, con accollo dell'obbligo di pagamento del mutuo ipotecario e l'obbligo della moglie di curare la trascrizione del verbale presso la competente Agenzia del territorio – Servizio di pubblicità immobiliare.

La suddetta scrittura privata, recante la firma dei coniugi autenticata dai rispettivi avvocati, era stata, successivamente, autenticata da una notaio, con forma analoga a quella prevista dall'art. 72 l.n. e, dunque, con lettura alle parti della scrittura dell'orario di sottoscrizione e senza indicazione del numero di repertorio e di raccolta. Ad avviso della professionista, infatti, era sufficiente un'autentica cosiddetta "minore", che non necessita di controllo di legalità dell'atto. Il pubblico ministero rilasciava la propria autorizzazione e la Notaio rogava l'atto di cessione immobiliare tra i coniugi, ma il Conservatore rifiutava la trascrizione del verbale di accordo dandone notizia al consiglio notarile, che deferiva la Notaio al competente Co.Re.Di. Il suddetto organismo disciplinare riteneva, altresì, la condotta della notaio colpevole per l'inadempimento delle modalità con cui doveva essere effettuata, ai fini dell'art. 2657 c.c., l'autentica di cui all'articolo 5, co. 3, l. n. 162/2014, secondo cui l'accordo che compone la controversia deve essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, i quali certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Il comma 3 del citato art. 5 prevede che quando le parti, con l'accordo, concludano uno dei contratti o compiano uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso è necessario che la sottoscrizione del processo verbale di accordo sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Ad avviso dell'organismo di disciplina, l'autentica del verbale di accordo di separazione non rispettava le modalità previste dall'art. 72 l.n., nonché le corrette modalità di conservazione dell'atto, con l'iscrizione a raccolta ed a repertorio, e di sua trascrizione, atteso che tale incombenza era stato espressamente posto a carico di uno dei coniugi.

La Suprema Corte rigettava pressoché integralmente il ricorso della Notaio, con rinvio alla Corte d'Appello al solo fine di mera rideterminazione della sanzione irrogata, sulla base dei seguenti principi di diritto: 1) L'accordo raggiunto ai sensi dell'art. 6, co. 3, l. n.

162/2014, produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Dunque, sarebbe proprio il legislatore, nel disciplinare i poteri certificativi dell'avvocato nell'ambito della negoziazione assistita delle separazioni e dei divorzi, a fare rinvio all'art. 5 l. n. 162/2014, il quale, in caso di trasferimenti immobiliari prevede, ai fini della trascrizione dell'accordo, che la sottoscrizione del verbale sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato; 2) Dal combinato disposto degli artt. 5, co. 3 e 6 d.l. n. 132/2014 emerge che, al fine di procedere alla trascrizione dell'atto di trasferimento immobiliare, (eventualmente) contenuto nell'accordo di separazione o divorzio, occorre, necessariamente, l'autentica ulteriore delle sottoscrizioni del processo verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, non potendosi riconoscere analogo potere certificativo agli avvocati che assistono le parti.

Quanto sopra, anche in correlazione al disposto dell'art., co. 1, 2657 c.c., secondo cui "la trascrizione non si può eseguire se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente", in combinato disposto con l'articolo 2674 c.c., che impone al conservatore l'obbligo di rifiutare la trascrizione se il titolo non ha i requisiti prescritti dalla legge e dalle disposizioni della legge notarile. Tali disposizioni compongono un quadro normativo articolato da cui emergono i tratti caratterizzanti del sistema di pubblicità immobiliare, anche sotto il profilo delle condizioni cui è subordinata la trascrizione di un determinato titolo nei registri immobiliari.

3) La continuità, sul punto, con l'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte, la quale ha affermato, in modo costante, la tassatività del disposto dell'articolo 2657 c.c. in relazione alla trascrivibilità dell'accordo di separazione che riconosca ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, ovvero ne operi il trasferimento a favore di uno di essi, con la conseguenza che tale accordo, inserito nel verbale d'udienza (redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato), assume la forma di atto pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. (conforme Cass. civ., 15 maggio 1997, n. 4306). Ne consegue che il verbale suddetto, solo in quanto tale successivamente all'avvenuta omologazione che lo rende efficace, costituisce titolo idoneo alla trascrizione. La legge non prevede deroghe espresse alla regola della preventiva autentica delle scritture private ai fini della trascrizione, in quanto la necessità di un controllo pubblico è principio essenziale e cardine del sistema della pubblicità immobiliare, nonché del complesso sistema delle trascrizioni e delle intavolazioni, diretto a garantire la certezza dei diritti.

La decisione in commento, ad avviso dello scrivente condivisibile, sollecita un cenno alla questione dei trasferimenti immobiliari in sede di separazione e/o divorzio, in relazione ai quali l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza prevalenti è nel senso di ritenere che possano avvenire esclusivamente mediante atto notarile, non avendo il verbale autenticato dai difensori delle Parti in sede di giudizio contenzioso o consensuale/congiunto valore di atto pubblico. Tuttavia, sul punto sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite della Suprema Corte, a seguito dell'ordinanza di rimessione della prima sezione (Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3089).

Il diritto-dovere di visita al figlio minore non è coercibile: inapplicabilità delle misure di coercizione indiretta *ex art. 614bis c.p.c.*

Cass. civ., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 6471

(...) La questione che viene all'esame della Corte di legittimità è quella di stabilire se il diritto-dovere di visita del figlio minore proprio del genitore non collocatario, ferma l'infungibilità della condotta, sia suscettibile di coercibilità in via indiretta per le modalità di cui all'art. 614 *bis* cod. proc. civ. (...) Nella descritta strumentalità di posizioni, si declina il "diritto-dovere" di visita del genitore presso il quale il figlio non sia stato collocato che, come denuncia la stessa adottata dizione, è esercitabile dal genitore titolare che voglia o debba svolgere il proprio ruolo concorrendo con l'altro ai compiti di assistenza, cura ed educazione della prole. L'indicata posizione nei suoi plurimi contenuti: a) in quanto diritto, e quindi nella sua declinazione attiva, è tutelabile rispetto alle violazioni ed inadempienze dell'altro genitore, su cui incombe il corrispondente obbligo di astenersi con le proprie condotte dal rendere più difficoltoso o dall'impedire l'esercizio dell'altrui diritto nei termini di cui all'art. 709-*ter* cod. proc. civ. ed è, d'altra parte, abdicabile dal titolare; b) in quanto dovere, e quindi nella sua declinazione passiva, resta invece fondata sulla autonoma e spontanea osservanza dell'interessato e, pur nell'assoluta sua finalità di favorire la crescita equilibrata del figlio integrativa dell'indicato *munus*, non è esercitabile in via coattiva dall'altro genitore, in proprio o quale rappresentante legale del minore (...) In siffatto prisma di relazioni, là dove la posizione del genitore non collocatario venga in rilievo in quanto portatrice del "diritto" di visita del figlio minore, essa riceve tutela dal sistema rispetto alle condotte pregiudizievoli poste in atto dall'altro genitore che, di ostacolo all'esercizio dell'altrui diritto ed integrative di inadempimenti gravi, divengono ragione di risarcimenti e sanzioni secondo il sistema modulare e flessibile voluto dal legislatore all'art. 709-*ter* cod. proc. civ. Nel caso in cui, invece, della descritta posizione, nella duplicità della sua declinazione, venga in considerazione il "dovere" di frequentazione e visita del figlio minore non deve sfuggire all'interprete che esso, per siffatta sua accezione, è espressione della capacità di autodeterminazione del soggetto e deve, come tale, essere rimesso, nel suo esercizio, alla libera e consapevole scelta di colui che ne sia onerato, per una discrezionalità che, pur non assoluta e rivolta alla tutela dell'interesse indicato dalla legge, entro siffatto limite deve trovare ragione e termine ultimo di esercizio (...) L'esclusione, sin qui motivata, della coercibilità, a favore del figlio, del diritto di visita e del corrispettivo dovere del genitore non affidatario o non collocatario di garantire una sua frequentazione regolare, dovere che costituisce una delle esplicazioni dei doveri genitoriali menzionati dall'art. 147 cod. civ., comporta la impossibilità di applicare l'art. 614-*bis* cod. proc. civ., inteso quale fonte di un provvedimento di coercizione indiretta, assimilabile alle *astreintes*, nei confronti del genitore che rifiuta di frequentare il proprio figlio, anche se per un periodo temporaneo e a causa di uno stato di ansia derivante dalla difficile relazione genitoriale. Il provvedimento di cui all'art. 614-*bis* cod. proc. civ. presuppone l'inosservanza di un provvedimento di condanna, ma il diritto (e il dovere) di visita costituisce una esplicazione della relazione fra il genitore e il figlio che può trovare regolamentazione nei suoi tempi e modi, e

che non può mai costituire l'oggetto di una condanna ad un *facere* sia pure infungibile. A questa constatazione deve aggiungersi, con un rilievo altrettanto significativo, che l'emana-
zione di un provvedimento ex art. 614-*bis* cod. proc. civ. si pone in evidente contrasto con
l'interesse del minore il quale viene a subire in tal modo una monetizzazione preventiva e una
conseguente grave banalizzazione di un dovere essenziale del genitore nei suoi confronti, co-
me quello alla sua frequentazione. Si tratta di un aspetto essenziale in cui si esprime la rela-
zione genitoriale che fa capo a un diritto-dovere di rilevanza costituzionale e che trova la sua
fonte primaria nell'art. 30 della Costituzione (...) Può pertanto affermarsi nella fattispecie in
esame il seguente principio di diritto: "Il diritto-dovere di visita del figlio minore che spetta al
genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nella forma indiretta di cui
all'art. 614-*bis* cod. proc. civ. trattandosi di un potere-funzione che, non sussumibile negli ob-
blighi la cui violazione integra, ai sensi dell'art. 709-*ter* cod. proc. civ., una "grave inademp-
pienza", è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome scelte che ri-
spondono, anche, all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed equilibrata".

Nota di Annamaria Pelo

La questione sottesa alla pronuncia in esame involge l'applicabilità al diritto di famiglia
della previsione di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., che prevede la possibilità per il giudice di con-
dannare il soggetto inadempiente a pagare una somma di denaro, a titolo di sanzione, per il
mancato adempimento della sua obbligazione.

La Corte di Cassazione è stata adita al fine di stabilire se, in caso di inadempimento del di-
ritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario, possa applicarsi
lo strumento di coercibilità in via indiretta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.

La vicenda origina da un procedimento avente ad oggetto la dichiarazione giudiziale di pa-
ternità e la regolamentazione del dovere del padre di far visita periodicamente al figlio nato
fuori del matrimonio.

Il giudice di prime cure, accertata la paternità naturale del genitore non collocatario, san-
zionava quest'ultimo ai sensi e per gli effetti dell'art. 614 *bis* c.p.c. per inadempimento del di-
ritto-dovere di visita e quantificava in € 100,00 la somma da versare alla madre per ogni futu-
ro inadempimento di tale obbligo.

Tale decisione, veniva impugnata dal padre mediante ricorso per cassazione. Questi soste-
neva che lo strumento della coercizione indiretta prevista dall'art. 614-*bis* c.p.c. non potesse
applicarsi agli obblighi di visita del figlio, poiché al diritto del minore di ricevere la visita del
genitore corrisponderebbe il diritto potestativo non coercibile di quest'ultimo, neppure san-
zionabile ex art. 709-*ter* c.p.c.

La Corte accoglieva il ricorso, affermando che *il diritto-dovere di visita del figlio mino-
re che spetta al genitore non collocatario non è suscettibile di coercizione neppure nella
forma indiretta di cui all'art. 614-bis c.p.c., trattandosi di un potere-funzione che, non sus-
sumibile negli obblighi la cui violazione integra ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c. una "grave
inadempienza", è destinato a rimanere libero nel suo esercizio quale esito di autonome
scelte che rispondono, anche, all'interesse superiore del minore ad una crescita sana ed
equilibrata.*

In considerazione della specialità delle regole che disciplinano il diritto di famiglia ed alla
luce delle particolari relazioni che si intessono nell'ambito familiare, secondo il Supremo

Consesso, nei rapporti tra genitori e figli, si deve disconoscere al dovere di visita la natura di vero e proprio obbligo, coercibile ad iniziativa dell'altro genitore o dello stesso figlio minore.

Dalle argomentazioni formulate dalla Suprema Corte discende che il genitore assuma una duplice posizione nei confronti del diritto-dovere di visita.

Da un lato si configura l'esistenza di una posizione giuridica soggettiva attiva, che si estrinseca nel diritto di mantenere i rapporti con la prole senza essere ostacolato dal comportamento dell'altro genitore sanzionabile *ex art. 709-ter c.p.c.*; per un'applicazione dell'*art. 614-bis c.p.c.* in ipotesi di genitore che ostacoli l'altrui diritto di visita del figlio, (Trib. Milano, 7 gennaio 2018, in *DeJure*; *contra* Trib. Mantova, 12 luglio 2018, *ivi*).

Dal lato passivo, il genitore sarebbe titolare di un dovere rimesso alla sua libera e consapevole scelta, così come è rimessa alla libera autodeterminazione del figlio, prossimo alla maggiore età, la scelta di frequentare o meno il genitore non collocatario.

Ne consegue che, il Giudice non può in alcun modo sanzionare la condotta del genitore che si rifiuta di frequentare il proprio figlio minore, con l'adozione di provvedimenti di coercizione indiretta *ex art. 614-bis c.p.c.*, assimilabile alle *astreintes*, in quanto la disciplina presuppone l'inosservanza di un provvedimento di condanna, mentre il dovere di visita costituisce un'esplicazione della relazione tra genitore e figlio, che può trovare regolamentazione nei suoi tempi e modi, ma non può mai costituire l'oggetto di una condanna ad un *facere* anche se infungibile.

Si rileva tuttavia, che la condotta omissiva del genitore, accompagnata dalla illegittimità dello strumento della coercibilità, potrebbe configurarsi come *vulnus* legislativo, innanzi ad una lesione del principio di bigenitorialità.

Costituisce un principio ormai pacifico, l'assunto secondo il quale nell'interesse superiore del minore deve essere sempre assicurato il rispetto del principio della bigenitorialità, inteso quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione della prole.

Orientata nella stessa direzione di tutela appare anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, allorché precisa che parte fondamentale della "vita familiare" è il godimento, da parte del genitore e del figlio, della reciproca compagnia, quando anche la relazione fra i genitori si sia interrotta o non vi sia mai stata coabitazione tra figlio e genitore (Corte EDU, 13 luglio 2000, *Elsholz c. Germania*; Corte EDU, 11 ottobre 2001, *Hoffmann c. Germania*).

Ebbene, il giudice di legittimità ha ritenuto che la non coercibilità del dovere di visita del genitore non collocatario non vale ad escludere che al mancato suo esercizio non conseguano effetti, potendo comportare l'affidamento esclusivo in capo all'altro genitore, la decadenza o l'adozione di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale, la responsabilità penale per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare "*quando le condotte contestate, con il tradursi di una sostanziale dismissione delle funzioni genitoriali, pongano seriamente in pericolo il pieno ed equilibrato sviluppo della personalità del minore*".

Dopo il percorso formativo il figlio maggiorenne deve trovare un'occupazione (qualunque essa sia)

Cass. civ., Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183

(...) Sussistono modalità diverse per l'adempimento del dovere di mantenimento verso il figlio, a seconda che questi sia un minore (art. 337-ter) o un maggiorenne ma non indipendente economicamente (art. 337-septies). Prevede ora l'art. 337-septies c.c., comma 1, che il giudice "valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico" (...) occorre sin d'ora osservare come la questione si ponga in generale, fuori dalla specifica situazione di una crisi coniugale (...). Uno è l'elemento indeterminato della fattispecie (...) la qualità dell'essere "non indipendente economicamente". Il vero elemento discrezionale è, tuttavia, un altro: esso risiede nell'uso del verbo "può", che indica mera possibilità, accanto al criterio generale ed usuale della "valutazione delle circostanze" (...) Alla raggiunta prova della integrazione delle circostanze che fondano il diritto, il giudice sarà tenuto a disporre l'assegno in discorso. Si tratta, dunque, di un tipico giudizio discrezionale, rimesso al prudente apprezzamento del giudice del merito (...) La necessaria valutazione fattuale non esclude che, in ordine al diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne a carico del genitore, la Corte detti, in coerenza al proprio compito di nomofilachia ex art. 65 ord. giud., alcuni parametri di riferimento (...) la valutazione (...) vada effettuata dal giudice del merito caso per caso (...) non possa che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle occupazioni ed al percorso scolastico, universitario e *post*-universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro (...) con "rigore proporzionalmente crescente, in rapporto all'età dei beneficiari, in modo da escludere che tale obbligo assistenziale, sul piano giuridico, possa essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura" (...). L'assistenza economica protratta *ad infinitum* "potrebbe finire col risolversi in forme di vero e proprio parassitismo di *ex* giovani ai danni dei loro genitori sempre più anziani" (...) Il matrimonio o, comunque, la formazione di un autonomo nucleo familiare escludono l'esistenza dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne: posto che il matrimonio, come la convivenza, sono espressione di una raggiunta maturità affettiva e personale (...). Dunque, ormai è acquisita la "funzione educativa del mantenimento", in una col "principio di autoresponsabilità", anche tenendo conto, di contro, dei doveri gravanti sui figli adulti. Si è anche osservato come il riconoscimento d'un diritto al mantenimento protratto oltre tali i limiti in favore dei figli conviventi e sedicenti non autonomi finirebbe per determinare una "disparità di trattamento ingiustificata ed ingiustificabile" nei confronti dei figli coetanei che, essendosi in precedenza resi autosufficienti, abbiano in seguito perduto tale condizione. Nel concetto di "indipendenza economica" questa Corte ha condivisibilmente ricondotto quanto occorre per soddisfare le primarie esigenze di vita, secondo nozione ricavabile dall'art. 36 Cost (...) Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non può sorgere già "abusivo" o "di mala fede": onde, perché esso sia correttamente inteso, occorre che la concreta situazione economica non sia il frutto di scelte irragionevoli e sostanzialmente volte ad instaurare un regime di controproducente assistenzialismo, nel disinteresse per la ricerca della dovuta una indipendenza economica (...) La cd. capacità lavorativa (...) si acquista con la maggiore età, quando la legge presuppone raggiunta l'autonomia ed attribuisce piena capaci-

tà. lavorativa, da spendere sul mercato del lavoro, tanto che si gode della capacità di agire (e di voto): salva la prova di circostanze che giustificano, al contrario, il permanere di un obbligo di mantenimento. In mancanza, il figlio maggiorenne non ne ha diritto; ed, anzi, può essere ritenuto egli stesso inadempiente all'obbligo, posto a suo carico dall'art. 315-bis c.c., comma 4, di "contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa". Occorre, altresì, considerare l'esistenza di provvidenze e sovvenzioni, che lo Stato e molte istituzioni formative predispongono in favore degli studenti meritevoli (...). Riassuntivamente, tra le evenienze che comportano il sorgere del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne non autosufficiente, si pongono, fra le altre: a) la condizione di una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali, pur non sfociate nei presupposti di una misura tipica di protezione degli incapaci; b) la prosecuzione di studi ultraliceali con diligenza (...); c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla conclusione degli studi, svolti dal figlio nell'ambito del ciclo di studi che il soggetto abbia reputato a sé idoneo, lasso in cui questi si sia razionalmente ed attivamente adoperato nella ricerca di un lavoro; d) la mancanza di un qualsiasi lavoro, pur dopo l'effettuazione di tutti i possibili tentativi di ricerca dello stesso, sia o no confacente alla propria specifica preparazione professionale (...). È onere del richiedente provare non solo la mancanza di indipendenza economica – che è la precondizione del diritto preteso – ma di avere curato, con ogni possibile, impegno, la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro. Non è dunque il convenuto – soggetto passivo del rapporto – onerato della prova della raggiunta effettiva e stabile indipendenza economica del figlio (...). Ciò è coerente con il consolidato principio generale di prossimità o vicinanza della prova (...)

Nota di Simone Landi

Non è revocabile in dubbio che la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, con l'odierna ordinanza in rassegna, abbia fatto ricorso alla c.d. funzione nomofilattica, istituzionalmente spettante alle Sezioni Unite, al fine di fare chiarezza sul dibattuto tema dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni, dal momento che le pregresse pronunce di legittimità avevano finito per rappresentare un coacervo di principi di difficile dominio.

Tale ordinanza risulta tanto più interessante dal momento che evidenzia come il diritto vivente muti, o meglio, si adatti alla realtà economico-sociale in cui esso opera.

Nel caso in esame, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi su un ricorso proposto da uno dei genitori avverso la sentenza delle Corte di Appello di Firenze del 29 marzo 2018, la quale, in riforma della decisione del Tribunale di Grosseto, aveva revocato l'assegno di mantenimento in favore del figlio maggiorenne con attività lavorativa saltuaria.

Gli ermellini, con decisione adottata in Camera di Consiglio del 16 luglio 2020, si sono pronunciati circa il rigetto del predetto ricorso.

Queste le ragioni del dissenso.

Anzitutto, il Giudice di legittimità ha statuito che l'istituto del mantenimento dei figli maggiorenni vada interpretato alla luce della propria funzione educativa, in una col principio di auto-responsabilità che permea il nostro ordinamento giuridico. Di fatti, considerata l'attuale crisi occupazionale giovanile, l'attesa o il rifiuto di occupazioni non perfettamente corrispondenti alle aspettative possono costituire, se non giustificati, indici di comportamenti inerziali

non incolpevoli, in quanto, il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne si giustifica all'interno e nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso formativo, in considerazione delle proprie capacità ed inclinazioni, posto che la funzione educativa del mantenimento, è nozione idonea a circoscrivere la portata dell'obbligo del mantenimento, sia in termini di contenuto che di durata, avendo riguardo al tempo occorrente e mediamente necessario per il suo inserimento nel mondo del lavoro. *È quindi esigibile l'utile attivazione del figlio nella ricerca comunque di un lavoro al fine di assicurarsi il sostentamento autonomo in attesa dell'auspicato reperimento di un impiego aderente alle proprie soggettive aspirazioni non potendo egli, di converso, pretendere che a qualsiasi lavoro si adattino, in sua vece, i propri genitori.*

Doverosamente premesso quanto innanzi, la Suprema Corte ha poi chiarito che l'obbligo del mantenimento del figlio maggiorenne non è automaticamente posto dal legislatore, ma è rimesso ad un accertamento giudiziale avente ad oggetto uno scrupoloso vaglio delle circostanze concrete del caso. Occorre, quindi, ai fini della concessione giudiziale dello stesso, oltre al raggiungimento della maggiore età, che la concreta situazione economica in cui versò il figlio maggiorenne non sia il frutto di scelte irragionevoli e sostanzialmente volte ad instaurare un regime di controproducente assistenzialismo, nel disinteresse per la ricerca della dovuta indipendenza economica. D'altronde, l'obbligo del mantenimento dei figli maggiorenni a carico dei genitori non può protrarsi *sine die*.

A titolo meramente esemplificativo, il Giudice di legittimità ha elencato una serie di evenienze che comportano il sorgere del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne:

a) la condizione di una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali, pur non sfociate nei presupposti di una misura tipica di protezione degli incapaci; b) la prosecuzione diligente di studi ultraliceali, da cui poter desumere l'esistenza di un iter volto alla realizzazione delle proprie aspirazioni ed attitudini da ritenere ancora legittimamente in corso di svolgimento se vengano dimostrati effettivo impegno ed adeguati risultati quali emergenti dalla tempestività e l'adeguatezza dei voti conseguiti negli esami del corso intrapreso; c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla conclusione degli studi che il figlio abbia reputato a sé idoneo; d) il mancato reperimento – nonostante tutti i possibili tentativi di ricerca cui il figlio si sia razionalmente ed attivamente adoperato – di un qualsiasi lavoro, confacente o no alla propria specifica preparazione professionale”.

Infine, la Suprema Corte ha ribadito ancora una volta il principio secondo cui l'*onus probandi incubit ei qui dicit*, affermando come questo sia posto a carico del richiedente l'assegno. Spetterà al figlio non solo provare la mancanza di indipendenza economica, ma di avere curato con ogni possibile impegno la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro. Ciò risulta coerente, secondo i Giudici, con il principio generale di vicinanza o prossimità della prova.

Di fatti, raggiunta la maggiore età, l'obbligo legale del mantenimento cessa e si presume l'idoneità al reddito, salvo prova delle fattispecie che integrano il diritto al mantenimento ulteriore.

Con riferimento alla prova presuntiva, la Corte ha sottolineato come, in generale, la prova sarà tanto più lieve per il figlio, quanto più prossima sia la sua età a quella di un recente maggiorenne; di converso, la prova del diritto all'assegno di mantenimento sarà più gravosa man mano che l'età del figlio aumenti, sino a configurare “il figlio adulto”, in ragione del principio di auto-responsabilità, con riguardo alle scelte di vita fino a quel momento operate e all'impegno profuso nella ricerca di una sufficiente qualificazione professionale e di una collocazione lavorativa.

Le imponenti conseguenze sistematiche della ricostruzione operata dall'ordinanza in rassegna dovrebbero indurre ad una riflessione sulla necessità di una particolare ponderazione non solo delle decisioni finali, ma anche degli apparati argomentativi che le sorreggono, proprio per corroborare la funzione di garanzia dell'uniforme interpretazione della legge affidata alla Cassazione.

Adozioni

L'adozione mite tra valutate "capacità genitoriali" e "supremo interesse del minore"

Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 2020, n. 3643

(...) In primo luogo deve essere affrontato il profilo di diritto della censura proposta. La parte ricorrente ritiene che possa trovare ingresso nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità di un minore, previo accertamento della situazione di abbandono la valutazione delle esigenze di conservazione dei rapporti con i genitori biologici al fine d'individuare un modello adottivo adeguato a tale specifico interesse del minore. "La condizione di abbandono si riscontra quando il minore sia privo di assistenza materiale e morale non per causa di forza maggiore a carattere transitorio (art. 7, comma 1, u.p.). La principale conseguenza giuridica della dichiarazione di adottabilità consiste nella sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale e nella nomina definitiva del tutore. Il minore che sia stato dichiarato adottabile versa nella condizione giuridica di essere posto in affidamento preadottivo. Non è prevista, da alcuna norma espressa, come conseguenza automatica della dichiarazione di adottabilità la rescissione di qualsiasi rapporto e contatto con i genitori biologici, mentre tale effetto si determina definitivamente ai sensi dell'art. 27, comma 3, con l'adozione. La cessazione dei rapporti e dei contatti con la famiglia di origine, tuttavia, è una conseguenza diretta dell'affidamento preadottivo perché costituisce una modalità di attuazione di questa cruciale fase del rapporto tra adottante ed adottando, diretta a culminare nella dichiarazione di adozione. Può, pertanto, ritenersi che con la dichiarazione di adottabilità, in quanto finalizzata all'adozione legittimante (ancorché possa verificarsi in alcune ipotesi l'assenza di tale esito finale) si determina la cessazione dei rapporti con i genitori biologici, non essendo compatibile con la finalità ultima dell'istituto, la perpetuazione di una relazione che è destinata a recidersi definitivamente con l'assunzione di un diverso *status* filiale mediante l'adozione". "Ritiene, tuttavia, il Collegio che tale affermazione deve confrontarsi con le rilevanti indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani riguardanti il regime giuridico interno volto a disciplinare i modelli di adozione, oltre che agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità relativi all'accertamento rigoroso della situazione di abbandono che costituisce il fondamento della dichiarazione di adottabilità" (...) La Corte Edu, nei numerosi procedimenti che hanno riguardato l'Italia, ed in particolare, nel caso Zhou c. Italia (sentenza emessa il 21 gennaio 2014) e nel caso S.H. c. Italia (sentenza emessa il 13 ottobre 2015), oltre a sottolineare che le autorità statuali devono adottare tutte le misure concrete per permettere al fanciullo di vivere con i genitori biologici, ha esplicitamente affermato che è necessario preservare il legame tra i genitori biologici ed il minore anche quando siano accertate condizioni di parziale compromissione della idoneità genitoriale ma non sia emersa una situazione di abbandono morale e materiale e risulti corrispondente all'interesse preminente del minore la conservazione di tale legame (...). L'adozione legittimante o piena di un minore consegue ad un accertamento giurisdizionale articolato in due giudizi separati, caratterizzati da una radicale diversità dell'oggetto della decisione. Il secondo giudizio non può essere introdotto se non in funzione del preventivo accertamento della condizione di abbandono del minore cui si attribuisce lo *status* di figlio adottivo. Dunque quest'ultimo giudizio non ha autonomia non potendo che conseguire da uno solo degli esiti possibili del giudizio. "In conclusione nel nostro ordi-

namento convivono modelli di adozione fondati sulla radicale recisione del rapporto con i genitori biologici con altri che escludono la ricorrenza di tale requisito. La pluralità di forme di genitorialità adottiva volute dal legislatore e l'intervento interpretativo compiuto dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (Cass. 12692 del 2016; S.U. 12193 del 2019) sulla ipotesi normativa contenuta nella L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d), in modo da valorizzarne la natura di ipotesi residuale ed aperta, consentono di adeguare il nostro sistema legislativo della filiazione adottiva con le rilevanti indicazioni provenienti dalla giurisprudenza EDU" (...). Alla luce del composito quadro sopra delineato, deve essere valutata l'affermazione della Corte d'appello secondo la quale, in un giudizio rivolto alla dichiarazione di adottabilità, non possono essere prese in esame le indicazioni provenienti dalla consulenza tecnica d'ufficio, disposta dalla stessa Corte territoriale, riguardanti l'esigenza di conservare (o ripristinare) la frequentazione delle minori con la madre, sia in relazione al profondo legame esistente tra le componenti di questo nucleo familiare, sia per la necessità di non trascurare il contesto geografico-culturale di provenienza, ritenuto essenziale per l'equilibrata costruzione dell'identità personale delle minori stesse. Nel caso di specie, la verifica in concreto dei margini di conformazione della situazione delle minori ai modelli di filiazione adottiva contenuti nella L. n. 184 del 1983, art. 44, potrà attivarsi soltanto dopo l'eventuale accertamento negativo della condizione di abbandono. Pertanto, certamente esula dal giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di adottabilità la determinazione relativa alla pronuncia di adozione, piena, od in casi particolari. Ma, al contrario, costituisce uno dei fondamenti dell'accertamento relativo alla dichiarazione di adottabilità, la corrispondenza all'interesse delle minori (e la prevalenza o la recessività di tale interesse in relazione alla valutazione finale) a conservare il legame con la madre. "La Corte d'Appello non si è confrontata con queste valutazioni tecniche, che pure aveva sollecitate, ritenendole illegittimamente estranee al giudizio. Esse, invece, devono essere parte integrante dell'indagine e dell'accertamento relativo alla sussistenza della condizione di abbandono, non essendo esclusa (neanche dalla Corte d'Appello) la possibilità di procedere ad una forma di adozione, diversa da quella legittimante che sia compatibile con la conservazione del rapporto tra la madre e le minori. In conclusione, nei limiti di cui in motivazione il ricorso deve essere accolto, la pronuncia cassata con rinvio alla Corte di Appello di Roma, sezione minorenni, in diversa composizione".

Nota di Danilo Marchese

Oggetto della sentenza in esame è l'annullamento della dichiarazione di adottabilità, chiesta da una madre migrante, in quanto la Corte d'Appello di Roma, confermando la pronuncia emessa in primo grado, aveva dichiarato lo stato di adottabilità delle figlie minori.

La vicenda riguarda una giovane donna nigeriana e le sue due figlie, le quali sono state allontanate dalla madre successivamente al ricovero in ospedale della più piccola.

Nel corso di tale ricovero, la madre entrava in conflitto con il personale sanitario sui trattamenti a cui doveva essere sottoposta la bambina.

Iniziava così una complessa vicenda processuale che terminava in primo grado con la dichiarazione di adottabilità delle minori e la definitiva interruzione dei rapporti delle stesse con il proprio genitore biologico.

Le minori inoltre, all'esito della decisione del Tribunale, venivano collocate presso due differenti famiglie e sottoposte così all'ulteriore trauma della separazione reciproca.

La Corte di Appello, in sede di impugnazione, pur decidendo di riaprire l'istruttoria, non ristabiliva le frequentazioni al fine di non inficiare l'eventuale esito di una adozione delle famiglie affidatarie.

Veniva in seguito espletata una nuova consulenza d'ufficio, che vedeva assicurata anche la presenza di un mediatore e la presenza di un'antropologa.

Tuttavia, pur evidenziando la consulenza come l'intero procedimento in primo grado fosse inficiato da un grave pregiudizio nei confronti della signora, e pur avendo supposto che, nonostante le evidenti fragilità della madre, ella potesse, se adeguatamente supportata, mantenere un ruolo positivo nella vita delle due figlie, la Corte d'Appello confermava la sentenza pronunciata in primo grado.

La madre, nello specifico, contestava in appello lo stato di abbandono, sostenendo che non vi fossero condotte a danno delle minori, nonostante ella versasse in condizione di migrante; aveva, infatti, un lavoro regolare, il permesso di soggiorno e un legame affettivo solido con le due figlie.

La pronuncia in appello era basata sulla consulenza tecnica collegiale, che metteva in luce un quadro psicopatologico dell'appellante difficilmente compatibile con quelle che sono le esigenze evolutive delle figlie.

Si evidenziava che la non consapevolezza della situazione sanitaria in cui l'appellante versava, in quanto affetto da HIV, il disturbo *post*-traumatico da cui era affetta, nonché l'esito negativo di una visita domiciliare presso l'indirizzo fornito dalla stessa, fossero elementi atti ad incidere negativamente sulla funzione genitoriale.

Alla luce di queste risultanze, la Corte riteneva che l'indubbio legame della madre verso le figlie dovesse recedere di fronte a delle risultanze che sembravano tutte convergere verso l'inidoneità dell'appellante a svolgere le funzioni genitoriali.

Per la Corte doveva ritenersi provato lo stato di abbandono, escludendo la possibilità di una frequentazione con la figura materna.

Avverso tale pronuncia, la madre ha proposto ricorso in Cassazione, deducendo, quale unico motivo, l'illegittimità dell'affermazione contenuta nella sentenza d'appello, secondo cui non può essere desunta dall'ordinamento l'adozione mite, essendo peraltro tassativo l'elenco delle adozioni previste dalla L. n. 184 del 1983, art. 44 lett. d), contestando inoltre l'omesso esame del legame intercorrente tra la madre e le sue figlie, con la conseguente necessità che tale legame non si interrompa.

La ricorrente ha evidenziato, quanto al primo profilo, che nella situazione di semiabbandono permanente potesse essere applicato l'istituto dell'adozione mite in quanto una lettura coordinata degli artt. 7 e 44 lett. d induce a ritenere che l'impossibilità dell'affido preadottivo possa essere integrato quando non vi sono le condizioni dello stato di abbandono e non vi sono carenze gravi nella capacità genitoriale tali da determinare una situazione di abbandono morale e materiale.

Tale interpretazione è conforme anche a quella fornita dalla Corte EDU che ha più volte condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 quando l'adottabilità sia stata dichiarata fuori dai casi eccezionali, in cui i genitori abbiano posto in essere comportamenti gravi, quali abusi o maltrattamenti.

La Corte EDU ha affermato che spetti a ciascuno Stato dotarsi di strumenti giuridici atti ad assicurare il rispetto degli obblighi imposti dall'art. 8, tenendo sempre conto, nell'applicazione delle norme, dell'interesse del minore a preservare i propri legami, dal momento che l'art. 8 statuisce il diritto per un genitore di ottenere misure idonee a riunirlo con il figlio.

La Corte d'Appello avrebbe quindi violato l'art. 44 della L. n. 184 del 1983, non ritenendolo in nessun caso applicabile al caso in esame, oltre ad aver omesso di tener conto dell'esigenza di conservazione dei legami con la famiglia di origine.

È stata poi prospettata un'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 44, co. 1, lett. d) per violazione degli artt. 3 e 30 della Carta Costituzionale, nonché dell'art. 117 Cost, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU e l'art. 10, co. 1, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, nella parte in cui non prevede la possibilità nei casi di semi-abbandono permanente di ricorrere all'adozione.

Si chiarisce che la condizione di semiabbandono si ha quando la famiglia o, nel caso di specie, il genitore, si trovi in condizioni difficili ma abbia un ruolo attivo, non potendosi procedere ad un affidamento temporaneo.

Con l'ordinanza in commento, dunque, la Corte Suprema di Cassazione ha finalmente sancito il principio secondo cui, alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, nel rispetto del diritto alla vita familiare sancito dalla Convenzione, devono essere ritenuti esistenti modelli di "adozione mite", al fine di non recidere i legami con il proprio genitore biologico.

La stessa L. 19 ottobre 2015, n. 173, modificativa della L. 4 maggio 1983, n. 184, relativa al diritto del minore ad una famiglia, sancisce infatti, all'art. 1, un principio condiviso anche dalla giurisprudenza attuale, in base al quale la sola presenza di criticità personologiche non sono sufficienti ad integrare lo stato di abbandono del minore, quale requisito imprescindibile per l'adozione dello stesso.

Occorre quindi, a ben vedere, interpretare la figura del figlio non più solo come individuo debole che va tutelato, ma soprattutto come titolare di diritti soggettivi che il nostro sistema ordinamentale deve salvaguardare e promuovere.

Nelle adozioni tra maggiorenni il divario di 18 anni ex art. 291 c.c. deve essere letto alla luce dell'art. 30 Cost.

Cass. civ., Sez. I, 3 aprile 2020, n. 7667

Con il primo motivo, in via preliminare, si denuncia l'illegittimità costituzionale dell'art. 291 c.c., nella parte in cui non consente al giudice discrezionalità e deroghe al limite del divario di età tra adottante ed adottato imposto in 18 anni, in violazione degli artt. 2, 3, 10 e 30 Cost. I ricorrenti chiedono, pertanto, che il collegio sollevi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 291 c.c. nella parte in cui contempla la differenza minima di età di 18 anni tra adottante ed adottato (...). Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione delle norme di diritto (art. 360, co. 1, n. 3 c.p.c.) per mancata disapplicazione dell'art. 291 c.c. perché in contrasto con le richiamate norme comunitarie e sovranazionali. Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, co. 1, n. 3 c.p.c.) e omesso esame di un punto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti (art. 360, co. 1, n. 5) dato dallo spirito di unità familiare su cui l'adozione è fondata. Al riguardo, i ricorrenti lamentano che i giudici di primo e secondo grado, nel decidere la domanda di adozione di maggiorenne, non hanno tenuto in considerazione né le eccezioni di diritto circa l'applicazione dell'art. 291 e ss. c.c. con riferimento ai recenti sviluppi giurisprudenziali (che fanno seguito a un mutamento della coscienza sociale in materia familiare), né le dichiarazioni rese in udienza dalla madre dell'adottanda, e dalla sorella minorenni (figlia dell'adottante e sorella uterina dell'adottanda). Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 c. 1 n. 3 c.p.c.), con conseguente irragionevole disparità di trattamento tra maggiorenni (art. 291 c.c.) e minorenni (art. 44, primo comma, lettera b, della legge 4 maggio 1983, n. 184). Al riguardo, i ricorrenti espongono che l'adozione di minori è istituto affine alla adozione di maggiorenne, in quanto mira a consolidare l'unità familiare nelle famiglie allargate, sempre più frequenti nel contesto sociale odierno. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti con il primo motivo del ricorso. Può dunque affermarsi che si sia formato un diritto vivente che legittima un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 291 c.c., che tenga conto anche della giurisprudenza unionale secondo cui l'accezione dell'endiadi "vita privata e familiare", di cui all'art. 8 CEDU, è intesa in senso ampio, comprensiva di ogni espressione della personalità e dignità della persona. Infatti, nel caso concreto, i ricorrenti chiedono di concretizzare la lunga convivenza "di fatto" tra adottante e adottanda (quale figlia della convivente dell'adottante) attraverso un riconoscimento formale che suggelli la consolidata comunione di affetti e di vita vissuta. Precludere, invece, l'adozione in esame, ritenendo insuperabile l'ormai vetusta ed anacronistica volontà legislativa della differenza minima di età di ben 18 anni, costituirebbe espressione di un'interpretazione puramente letterale della norma preclusa nella fattispecie, a parere del collegio, da argomentazioni di carattere sistematico ed evolutivo (...). Può altresì affermarsi che il giudice può allontanarsi dal significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo anche per prevenire l'antinomia con il diritto euro-unitario e costituzionale e dunque evitare la formale disapplicazione della norma in questione. Tale interpreta-

zione costituzionalmente orientata consente, ancora, di rendere l'art. 291 c.c. compatibile con l'art. 2 Cost., atteso che il divario d'età di 18 anni impedirebbe all'adottato di esercitare appieno i suoi inalienabili diritti alla formazione di un formale nucleo familiare, sulla base di una formazione sociale di fatto ormai consolidatasi nel tempo e caratterizzata da una *affectio* non dissimile da quella caratterizzante la famiglia fondata sul matrimonio (...). Per quanto esposto, accolto il terzo motivo, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio alla Corte d'appello, anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

Nota di Michele Emanuele Leo

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione analizza l'art. 291 c.c. che fra altri requisiti, consente l'adozione a chi supera di almeno *“diciotto anni l'età di coloro che intendono adottare”*.

Già la Corte Costituzionale con la sentenza n. 557/88 dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consentiva l'adozione a persone con discendenti legittimi o legittimati maggiorenni e consenzienti. Successivamente, con sentenza n. 245/2004 dichiarò illegittima la detta disposizione normativa nella parte in cui non prevedeva che l'adozione dei maggiorenni non potesse essere pronunciata in presenza di figli naturali riconosciuti dall'adottante o se maggiorenni non consenzienti.

Di recente, il Supremo Collegio si è soffermato sul limite di età. Di seguito i tratti salienti della vicenda: Tizio adiva il Tribunale chiedendo di adottare la figlia della propria compagna convivente, provando di averla cresciuta come figlia propria da quando la stessa era rimasta orfana del padre all'età di sei anni.

In prima istanza veniva rigettata la domanda in assenza del divario minimo di età previsto dalla legge senza alcuna considerazione dell'instaurato vincolo affettivo.

Tizio, allora, impugnava il provvedimento dinanzi alla Corte d'Appello che parimenti respingeva il reclamo confermando l'applicazione dell'art. 291 c.c., in quanto nessuna ragione speciale avrebbe potuto derogare l'intervallo minimo di età, riportandosi a quanto statuito dalla Corte Costituzionale in relazione alle differenze intercorrenti con l'adozione dei minori. I soccombenti spiegavano ricorso per Cassazione sollevando anche motivi di illegittimità costituzionale *ex artt. 2, 3, 10* per violazione degli artt. 8 CEDU e 30 Cost.

Il Supremo Collegio si pronunciava prima con ordinanza interlocutoria sulla questione di legittimità costituzionale, per poi scendere nel merito della questione.

Fra i motivi di doglianza i ricorrenti eccepivano: la falsa applicazione delle norme di diritto sulla differenza fra adozione di minori e di maggiorenni e l'omesso esame di un punto decisivo per il giudizio quale l'unità familiare, fondamento dell'adozione. Il Supremo Collegio, preliminarmente disattendendo la questione di illegittimità costituzionale, ha sottolineato come nel tempo la Corte Costituzionale si fosse già pronunciata in materia, tratteggiando in maniera chiara e precisa la differenza fra i due istituti: l'adozione di minori si caratterizza per l'inserimento nella famiglia di accoglienza secondo gli stessi poteri e doveri dei genitori nei confronti dei figli *ex art. 147 c.c.*; l'adozione di persone maggiori d'età si caratterizza in modo diverso perché *“non implica necessariamente l'instaurarsi o il permanere della convivenza familiare e non determina la soggezione alla potestà del genitore adottivo che non assume l'obbligo di mantenere, istruire ed educare l'adottato”*. Pertanto, mentre per l'adozione dei minori è possibile concepire il superamento del divario d'età in ragione del raccordo tra

l'unità familiare e il momento formativo ed educativo che caratterizza lo sviluppo della personalità del minore all'interno della famiglia, in relazione all'adozione di persone maggiori d'età i presupposti sarebbero diversi.

Alla luce di quanto detto, la Cassazione ha ritenuto che, sebbene non siano emersi diversi profili di valutazione rispetto al passato, in ogni caso il requisito del divario di età appare al giorno d'oggi ingiusta limitazione e compressione dell'adozione dei maggiorenni.

Qui il punto di svolta della sentenza in commento: l'adozione dei maggiorenni non è più strumento di tutela dell'adottante per perpetrare il casato e garantire l'assetto patrimoniale, quanto più strumento solidaristico, *“funzione di riconoscimento giuridico di una relazione sociale, affettiva ed identitaria, nonché di una storia personale, di adottante e adottando, con la finalità di strumento volto a consentire la formazione di famiglie tra soggetti che, seppur maggiorenni, sono tra loro legati da saldi vincoli personali, morali e civili”*. In questa ottica, il limite di età è un ostacolo ingiustificato, anacronistica ingerenza dello Stato nell'assetto familiare, contrastante con l'art. 8 CEDU. Pertanto, quando lo Stato accerta l'esistenza di un legame familiare stabile e duraturo deve permetterne lo sviluppo. A riguardo, già con la sentenza n. 354/99, la Cassazione si era espressa sulla circostanza per cui in presenza di richiesta di adozione di figli – uno minorenni e l'altro maggiorenne – va riconosciuto ad entrambi gli adottandi il diritto di potersi inserire nel nuovo nucleo familiare per non compromettere la realizzazione etico-sociale dell'unità familiare. In questo caso, il Giudice può accordare una ragionevole riduzione del divario minimo di età, esaminando le circostanze in relazione al caso concreto.

In virtù del principio dell'analogia e ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, secondo un'interpretazione sistematica dell'art. 291 c.c., la detta pronuncia può adeguarsi al caso di specie, estendendone il significato all'intero ordinamento giuridico vigente.

Questa è la forza dinamica del diritto: inserirsi nella vita concreta di ogni giorno in rapporto continuo con l'evoluzione della società nel rispetto anche delle norme comunitarie. Nello specifico, la vita privata e familiare ex art. 8 CEDU è comprensiva *“di ogni espressione della personalità e dignità della persona”*. Precludere l'adozione dei maggiorenni con l'ormai noto limite d'età sarebbe anacronistico impedendo all'adottato di esercitare pienamente i propri diritti inalienabili di formazione di un nucleo familiare caratterizzato da un vincolo affettivo non diverso da quello della famiglia tradizionalmente intesa.

In conclusione, quindi, il Supremo Collegio ha previsto che, in tema di adozione di soggetto maggiorenne, il giudice, nell'applicare l'art. 291 c.c. deve tutelare situazioni familiari consolidate nel tempo e fondate su di una comprovata *“affectio familiaris”*.

Il riconoscimento dell'omogenitorialità rappresenta una scelta non costituzionalmente imposta rimessa al legislatore

Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230

(...) Nel corso di un giudizio per rettifica di atto di nascita – proposto da due donne, le quali, premesso di essere unite civilmente e di avere, una di esse con il consenso dell'altra, avviato (all'estero) pratica di fecondazione medicalmente assistita dalla quale è nato un bambino, chiedevano dichiararsi l'illegittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale dello stato civile alla loro richiesta congiunta di indicare il minore come figlio di entrambe e non della sola par-toriente – l'adito Tribunale ordinario (...), ritenutane la rilevanza, ha sollevato, con l'ordina-nza in epigrafe, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), «nella parte in cui limita la tutela ... delle coppie di donne omo-sessuali unite civilmente ai “soli diritti ... e doveri nascenti dall'unione civile”», e dell'art. 29, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, (Regolamen-to per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera c), del d.P.R. 30 gennaio 2015, n. 26 (Regolamento recante attuazione dell'articolo 5, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, in materia di filiazione), nella parte in cui «limita la possibilità di indicare il solo genitore “legittimo, nonché di quelli che rendono ... o hanno dato il consenso ad essere nominati” e non anche alle donne tra loro unite civilmente e che abbiano fatto ricorso (all'estero) a procreazione medicalmente assistita», in riferimento agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117 [primo comma] della Costituzio-ne, quest'ultimo in relazione all'art. 24, paragrafo 3, della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasbur-go il 12 dicembre 2007, agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratifica-ta e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, e alla Convenzione sui diritti del fanciul-lo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, con particolare riferimento all'art. 2. Secondo il rimettente, il combinato dispo-sto delle norme censurate pregiudicherebbe, infatti, alcuni diritti inviolabili della persona, quali il diritto alla genitorialità e il diritto alla procreazione nell'ambito di una unione civile legalmente riconosciuta nell'ordinamento italiano; discriminerebbe i cittadini per il loro orien-tamento sessuale ed in considerazione delle condizioni patrimoniali in cui versano le coppie; introdurrebbe, anche avuto riguardo al panorama della legislazione europea, un irragionevole divieto basato su discriminazioni per mere ragioni legate all'orientamento sessuale dei com-ponenti la coppia (...) L'eccezione non è fondata. Il rimettente non ha mancato, infatti, di prendere in considerazione la praticabilità di una «via ermeneutica alla tutela» richiesta dalle ricorrenti. Ma è poi pervenuto ad escluderla per l'ostacolo, a suo avviso non superabile, rin-venibile nella lettera (in particolare nell'incipit) dell'art. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016, oltre che nella preclusione normativa all'accesso delle coppie dello stesso sesso alla

procreazione medicalmente assistita. E tanto basta, poiché attiene al merito, e non più all'ammissibilità della questione, la condivisione o meno del presupposto interpretativo della normativa censurata (da ultimo, sentenze n. 32 e n. 11 del 2020, n. 189, n. 187 e n. 179 del 2019). Nel merito è, in primo luogo, comunque esatta la premessa esegetica da cui muove il giudice a quo. È pur vero che, come sostengono le due ricorrenti, la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi: PMA) è legata anche al "consenso" prestato, e alla "responsabilità" conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa. Ciò, infatti, si desume sia dall'art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) – per cui, appunto, i nati a seguito di un percorso di fecondazione medicalmente assistita hanno lo stato di «figli nati nel matrimonio» o di «figli riconosciuti» della coppia che questo percorso ha avviato – sia dal successivo art. 9 che, con riguardo alla fecondazione di tipo eterologo, coerentemente stabilisce che il «coniuge o il convivente» (della madre naturale), pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa, comunque, poi esercitare l'azione di disconoscimento della paternità né l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Ma occorre pur sempre che quelle coinvolte nel progetto di genitorialità così condiviso siano coppie «di sesso diverso», atteso che le coppie dello stesso sesso non possono accedere, in Italia, alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tanto è espressamente disposto dall'art. 5 della citata legge n. 40 del 2004: norma della quale non è possibile l'interpretazione adeguatrice pretesa dalle ricorrenti medesime (...) Resiste, dunque, a censura l'affermazione assunta in premessa dal rimettente, che lo induce a chiedere a questa Corte se «l'attuale impossibilità di indicare due madri unite civilmente nell'atto di nascita formato in Italia» violi o meno, «sia per gli adulti che per il nato», i parametri evocati (...) L'obiettivo auspicato dal Tribunale di (...), quanto al riconoscimento del diritto ad essere genitori di entrambe le donne unite civilmente, *ex lege* n. 76 del 2016, non è, pertanto, come detto, raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione di segno opposto, recata dalla legge stessa e da quella del collegato d.P.R. n. 396 del 2000. Esso è, viceversa, perseguibile per via normativa, implicando una svolta che, anche e soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente «attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale» (sentenza n. 84 del 2016). Da qui l'inammissibilità, per tal profilo, della questione in esame.

Nota di Filomena Passamano

Nella sentenza in epigrafe, la Corte Costituzionale si è pronunciata in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 20, l. 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) e dell'art. 29, co. 2, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, co. 12, l. 15 maggio 1997, n. 127).

Nel caso in esame, il Tribunale ordinario è stato chiamato a pronunciarsi in seguito al rifiuto del riconoscimento del diritto all'omogenitorialità, ovvero al rifiuto dell'Ufficiale dello Stato civile alla richiesta di due donne, unite civilmente, di indicare il minore come figlio di en-

trambe e non della sola partoriente. Viste la rilevanza della fattispecie in esame e la sua non manifesta infondatezza, il Tribunale ha sollevato, dinanzi alla Corte Costituzionale, la “questione di legittimità costituzionale dell’articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (...), «nella parte in cui limita la tutela (...) delle coppie di donne omosessuali unite civilmente ai *soli diritti (...) e doveri nascenti dall’unione civile*», e dell’art. 29, comma 2, del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, (...), come modificato dall’art. 1, comma 1, lettera c), del D.P.R. 30 gennaio 2015, n. 26 (...)”, in quanto in contrasto “agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 30 e 117 [primo comma] della Costituzione”, escludendo, così, i diritti del minore, nato in Italia ma concepito all’estero mediante fecondazione medicalmente assistita, e della c.d. *madre intenzionale* unita civilmente a quella biologica.

In via preliminare, la Consulta si è pronunciata sull’ammissibilità dell’intervento dell’Avvocatura LGBT, escludendola, “poiché titolare di meri interessi indiretti e generali correlati ai suoi scopi statutari e non di un interesse direttamente riconducibile all’oggetto del giudizio principale”.

Con ampia e articolata motivazione, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità della questione. La Consulta, inizialmente, ha appoggiato la tesi delle ricorrenti, confermando, dunque, che “la genitorialità del nato a seguito del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita è legata anche al *consenso* prestato, e alla “responsabilità” conseguentemente assunta, da entrambi i soggetti che hanno deciso di accedere ad una tale tecnica procreativa. Ciò, infatti, si desume sia dall’art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (...) – per cui, appunto, i nati a seguito di un percorso di fecondazione medicalmente assistita hanno lo stato di «figli nati nel matrimonio» o di «figli riconosciuti» della coppia che questo percorso ha avviato – sia dal successivo art. 9 che, con riguardo alla fecondazione di tipo eterologo, coerentemente stabilisce che il «coniuge o il convivente» (della madre naturale), pur in assenza di un suo apporto biologico, non possa, comunque, poi esercitare l’azione di disconoscimento della paternità né l’impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità”. Ciò nonostante, la Corte ha evidenziato che, per poter procedere alla tecnica di fecondazione medicalmente assistita, occorre che le persone “coinvolte nel progetto di genitorialità siano coppie di *sex diverso*”, dal momento che, in Italia, le coppie dello stesso sesso non possono accedervi.

A sostegno di quanto detto, la Consulta ha richiamato la sua stessa sentenza n. 221 del 2019, affermando che «[l]’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è [...] fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale». Tale tesi è stata poi confermata dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, secondo cui se la legge nazionale riconosce il ricorso all’inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, con finalità terapeutica, non può, al contempo, “essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali” (artt. 8 e 14 CEDU).

Successivamente, la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 237 del 2019, ha affermato che, nonostante la legge n. 76 del 2016 riconosca “pari dignità sociale e giuridica delle coppie formate da persone dello stesso sesso”, non consente la filiazione, adottiva e tramite procreazione medicalmente assistita, poiché «[d]al rinvio che il comma 20 dell’art. 1 di detta legge opera alle disposizioni sul matrimonio (cosiddetta clausola di salvaguardia) restano, infatti, escluse, perché non richiamate, quelle, appunto, che regolano la paternità, la maternità e l’adozione legittimante». Tale scelta è stata anche confermata dalla Corte di legittimità, con la sentenza n. 7668 del 2020 (sez. civile), commentata successivamente nel presente volume.

Inoltre, la Consulta ha affermato che la scelta del legislatore del 2016 è stata quella di riconoscere pari dignità alla *vita familiare* delle coppie omosessuali, riconoscendo loro le norme in materia di matrimonio, ma non quelle della filiazione, sottendendo, così, l’idea che una

famiglia composta da due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile, rappresenti “il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato” (cfr. sentenza n. 221 del 2019). Tale scelta, pertanto, secondo la Corte, “non viola gli artt. 2 e 30 Cost., per i profili evidenziati dal giudice a quo, perché l’aspirazione della madre intenzionale ad essere genitore non assurge a livello di diritto fondamentale della persona nei sensi di cui al citato art. 2 Cost.”. Allo stesso tempo, però, la nozione di famiglia, così come contemplata dall’art. 30, non è imprescindibilmente correlata alla presenza di figli, così come “la libertà e la volontarietà dell’atto che consente di diventare genitori [...] non implica che [...] possa esplicarsi senza limiti” (sentenza n. 162 del 2014).

Occorre, infatti, un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, soprattutto nel caso in cui si ricorra a tecniche di PMA, che, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono scenari inediti rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale, attorno ai quali è evidentemente costruita la disciplina costituzionale (art. 29, 30 e 31 Cost.), suscitando delicati interrogativi di ordine etico (sentenza n. 221 del 2019).

In merito all’art. 3 Cost., la Consulta ha, poi, rilevato che pur avendo la giurisprudenza, anche di legittimità (Cass. civ., n. 14878/2017 e n. 19599/2016), ammesso in Italia il riconoscimento di atti formati all’estero, dichiarativi del rapporto di filiazione nei confronti di “due madri”, il fatto che esista una differenza tra la normativa italiana e quelle mondiali è irrilevante. Diversamente dovrebbe concludersi che “per evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia” (sentenza n. 221 del 2019).

In merito, infine, alle fonti europee e alla loro applicazione su tali temi, la Corte EDU ha più volte affermato che, nelle materie che sottendono delicate questioni di ordine etico e morale, “gli Stati non sono tenuti a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato attraverso la maternità surrogata all’estero per stabilire la relazione legale genitore-figlio con la madre designata: l’adozione può anche servire come mezzo per riconoscere tale relazione, purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l’attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell’interesse superiore del minore” (Grande Camera, parere 10 aprile 2019).

In conclusione, la Corte, nel dichiarare l’inammissibilità della questione di legittimità sollevata, ha rilevato che il riconoscimento del diritto all’omogenitorialità “non è imposto dagli evocati precetti costituzionali”, ma allo stesso tempo non è nemmeno precluso, lasciando così piena libertà al legislatore di scegliere. Infatti, l’obiettivo del Tribunale ordinario, ovvero quello del “riconoscimento del diritto ad essere genitori di entrambe le donne unite civilmente, ex lege n. 76 del 2016”, non è perseguibile “attraverso il sindacato di costituzionalità della disposizione di segno opposto, recata dalla legge stessa e da quella del collegato d.P.R. n. 396 del 2000”. Si tratta, infatti, di una scelta che, “soprattutto per i contenuti etici ed assiologici che la connotano, non è costituzionalmente imposta, ma propriamente «attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre [...] il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»” (sentenza n. 84 del 2016).

Genitorialità, maternità, parto anonimo,
P.M.A. eterologa tra coppie *same sex*,
maternità surrogata

P.M.A. all'estero tra due donne: la madre intenzionale non può essere menzionata insieme alla madre biologica

Cass. civ., Sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668

(...) Il decreto impugnato, laddove – per escludere il potere dell'ufficiale di stato civile di modificare l'atto di nascita di (...) nel senso invocato, inserendovi il riferimento alla doppia maternità delle signore (...) e (...) – ha osservato che si trattava di atti redatti secondo formule e modalità tipiche e predeterminate con decreti del Ministero dell'Interno, ha in realtà inteso implicitamente – e, per quanto si dirà, correttamente – pronunciarsi sul fondo della domanda. La quale sostanzialmente contestava la «corrispondenza» «dell'atto di nascita del figlio con la realtà generativa» (cfr. Cass. n. 13000 del 2019, n. 21094 del 2009) e chiedeva di ripristinarla, emendando l'atto medesimo da un presunto vizio relativo all'esatta indicazione dei genitori, ciò non essendo precluso dal tipo di procedimento instaurato, di rettificazione degli atti dello stato civile, che anche nella disciplina vigente, dettata dal d.P.R. n. 396 del 2000, è volto ad eliminare le «difformità tra la situazione di fatto, qual è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e quella risultante dall'atto dello stato civile, per un vizio comunque o da chiunque originato nel procedimento di formazione di esso» per un vizio dell'atto stesso (cfr. Cass. cit.). Nel suddetto procedimento, infatti, l'autorità giudiziaria dispone di una cognizione piena sull'accertamento della corrispondenza di quanto richiesto dal genitore in relazione alla completezza dell'atto di nascita del figlio rispetto alla realtà generativa e di discendenza genetica e biologica nonché, come nella specie, alla prospettata realtà fattuale derivante dal consenso prestato dalla (...) come madre (intenzionale) (...) Premesso che una delle ricorrenti, entrambe cittadine italiane conviventi, è madre biologica della piccola (...) (che ha partorito) e della quale ha la responsabilità genitoriale (...) e che l'altra (...) dichiara di essere genitrice intenzionale per avere dato il consenso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita cui si è sottoposta (...) la sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione del divieto per le coppie formate da persone «di sesso diverso» di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) cui possono accedere solo le «coppie maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi» (art. 5 della legge n. 40 del 2004), rafforzato dalla previsione di sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, comma 2). Tale divieto – desumibile anche da altre disposizioni (cfr. d.P.R. n. 396 del 2000, art. 30, comma 1; d.P.R. 17 luglio 2015, art. 1, comma 1, lett. c, che ha sostituito l'art. 7, comma 1, lett. a, del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223) che implicitamente (ma chiaramente) postulano che una sola persona abbia diritto di essere menzionata come madre nell'atto di nascita, in virtù di un rapporto di filiazione che presuppone il legame biologico e/o genetico con il nato – è attualmente vigente all'interno dell'ordinamento italiano e, dunque, applicabile agli atti di nascita formati o da formare in Italia, a prescindere dal luogo dove sia avvenuta la pratica fecondativa (...) Per altro verso, «il solo fatto che un divieto possa essere eluso recandosi all'estero non può costituire una valida ragione per dubitare della sua conformità a Costituzione» (in tal senso, Corte cost. n. 221 del 2019). La possibilità di ottenere il riconoscimento in Italia di atti stranieri dichiarativi del rapporto di filiazione da due

donne dello stesso sesso si giustifica in virtù del fatto che diverso è il parametro normativo applicabile. A venire in rilievo, in tal caso, è il principio di ordine pubblico (legge 31 maggio 1995, n. 218, artt. 16 e 64, comma 1, lett. g) con il quale si è ritenuto non contrastare il divieto normativamente imposto in Italia alle coppie formate da persone «di sesso diverso» di accedere alle PMA, in relazione ad atti validamente formati all'estero per i quali è impellente la tutela del diritto alla continuità (e conservazione) dello «*status filiationis*» acquisito all'estero, unitamente al valore della circolazione degli atti giuridici, quale manifestazione dell'apertura dell'ordinamento istanze internazionalistiche, delle quali può dirsi espressione anche il sistema del diritto internazionale privato, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost. E ciò diversamente dalle coppie omosessuali maschili, per le quali la genitorialità artificiale passa necessariamente attraverso la pratica distinta della maternità surrogata (o gestazione per altri) che è vietata da una disposizione (l'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004) che si è ritenuta espressiva di un principio di ordine pubblico, a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti dal legislatore prevalenti sull'interesse del minore, salva la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione (Cass., sez. un., n. 12193 del 2019).

Nota di Stefania Cici

Con l'ordinanza in commento, la Sezione Prima della Suprema Corte di Cassazione è intervenuta nuovamente in materia di procreazione medicalmente assistita in riferimento alla richiesta di rettifica di un atto di nascita di un soggetto nato in Italia, ma concepito all'estero mediante tecnica di PMA di tipo eterologa, per il quale si pretendeva il riconoscimento anche della madre sociale come madre naturale del minore. I giudici di legittimità, dando seguito all'orientamento ormai consolidato, tuttavia, dichiaravano l'inammissibilità del ricorso.

La sentenza in oggetto esamina un tema estremamente importante e cioè quello relativo allo *status filiationis* di individui nati a seguito di tecniche procreative artificiali eseguite in contrasto con i dettami normativi emanati dal legislatore italiano. L'analisi offre numerosi spunti di riflessione sulla accezione di famiglia e sulle modalità di trascrizione di un atto formato in Italia richiesto da una coppia di due donne.

A tal riguardo è necessario preliminarmente fare un accenno alla l. n. 40/2004 con la quale viene disciplinata la procreazione medicalmente assistita, che si sostanzia in una serie di trattamenti sanitari atti a rimuovere l'ostacolo fisico della infertilità o sterilità umana. Dalla lettura della predetta si evince che, gli unici soggetti che possono accedere alle tecniche procreative, sono le «coppie di maggiorenni di sesso diverso coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Appare chiaro, altresì con riferimento alle sanzioni previste, come tali attività siano precluse alle coppie *same sex*, quanto meno nell'ordinamento italiano.

Inoltre, i nati a seguito di PMA assumono lo *status* di figli concepiti dalla coppia che ha espresso il proprio consenso informato e che ha così deciso di assumersi la responsabilità morale e materiale del nascituro. Con tale disposizione si è tentato di conferire dignità anche al legame genitoriale privo di una relazione genetica; difatti, si è conferita prevalenza alla volontà positivamente espressa della coppia rispetto alla genetica.

È dunque ragionevole e coerente con quanto detto che l'elemento imprescindibile è rinvenibile nel principio del *best interest of the child*, cioè il diritto del fanciullo, costituzionalmen-

te tutelato negli artt. 2 e 3, ad una inclusione stabile e durevole all'interno di un nucleo familiare e ad essere da questo riconosciuto in modo tale che ne venga preservata la propria identità e personalità.

Le coordinate ermeneutiche tracciate sulla base delle pronunce giurisprudenziali sembrano contrastare con i principi costituzionali – artt. 2, 29 e 31 – ed internazionali – artt. 8 e 14 CEDU, art. 3 Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza –, in tema di diritto alla bi-genitorialità ed alla formazione della famiglia, giacché la libertà di autodeterminazione nel progetto genitoriale può essere arrestato unicamente in presenza di interessi contrastanti e maggiormente rilevanti; tuttavia, il nostro ordinamento giuridico garantisce la costituzione della famiglia con figli mediante il ricorso all'istituto dell'adozione, che, con l'introduzione della l. n. 76/2016 e con cui sono state regolamentate le convivenze di fatto sia eterosessuali che omosessuali, ha esteso anche a queste ultime il campo di applicazione *ex art. 44, lettera d)*, della l. n. 184/1983 della adozione in casi particolari. In tal modo si è dato origine ad un concetto di famiglia totalmente innovativo e svincolato da quelle concezioni tradizioni basate su un regime blindato.

Posto ciò, è possibile esaminare la seconda problematica oggetto della sentenza *de qua* in merito alla richiesta di riforma dell'atto di nascita di minore nato a seguito di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da due donne all'estero.

Secondo la normativa vigente (D.P.R. n. 396/2000) all'Ufficiale di stato civile; non è consentito trascrivere in atti elementi contrastanti con l'ordine pubblico. Difatti, un individuo ha la possibilità di essere riconosciuto quale madre naturale del concepito in ragione della relazione parentale – biologico e/o genetico – che li lega, limite previsto dall'ordinamento e che va pedissequamente osservato per ogni atto formato in Italia anche in riferimento alle ipotesi di fecondazione esperite all'estero.

Oltretutto, come già pacificamente dimostrato, le coppie omosessuali non hanno diritto ad accedere alla procreazione medicalmente assistita, dunque, in ragione di ciò, l'atto di nascita sarebbe contrario al principio insito nella stessa normativa il cui fine è rinvenibile nella possibilità offerta alle coppie affette da gravi casi di infertilità e/o sterilità di avere un bambino ed altresì di preservare l'aspetto tradizionale della famiglia.

Caso diverso è, inoltre, quello riconducibile al riconoscimento in Italia di certificati di nascita stranieri dichiarativi del rapporto di filiazione del minore ad una coppia formata da due donne atteso il rimando al principio contenuto nella l. n. 218 /1995 agli artt. 16 e 64, co. 1, lett. g), in forza del quale è importate mantenere la continuità del legame affettivo instauratosi al fine di tutelare gli interessi del nato, nonché in ragione della apertura dell'ordinamento italiano alle istanze internazionali come previsto dall'art. 117 Cost.

Contrariamente si verifica per le coppie omosessuali costituite da due uomini, i quali per avere un figlio sono obbligati a ricorrere alla gestazione per altri – per tale intendendosi quel metodo riproduttivo in cui una donna, cosiddetta gestante, provvede alla gestazione per conto di altri soggetti che diventeranno i genitori del futuro nato –. Essa costituisce una pratica di fecondazione assistita totalmente vietata dal nostro legislatore, in quanto ha voluto, in tal senso, preservare la dignità della gestante e la possibilità di avvalersi dell'istituto dell'adozione.

La disamina della decisione è stata utile al fine di indagare gli sviluppi interpretativi giurisprudenziali in relazione al concetto di famiglia alla luce del riconoscimento delle coppie omosessuali.

Maternità surrogata: riconoscimento del rapporto con il genitore intenzionale non biologico e *best interest of the child*

Cass. civ., Sez. I, 29 aprile 2020, n. 8325

Il Collegio ritiene che ricorrano i presupposti per rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18, L. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g), se interpretati alla luce della citata sentenza delle Sezioni Unite (12193/2019) laddove si esclude, attraverso il limite dell'ordine pubblico (...) la possibilità del riconoscimento, ai fini dell'efficacia in Italia, di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito – quale genitore d'intenzione – nell'atto di nascita del figlio della persona cui si è legati da matrimonio celebrato all'estero, nato con le modalità della gestazione per altri (cd. "maternità surrogata") (...) Occorre muovere dalla motivazione della predetta sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 (...) il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione, nella specie cittadino italiano, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della donna e l'istituto dell'adozione (...). Valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione (...). Non può essere trascritto né riconosciuto in Italia il provvedimento giudiziale straniero che, riconoscendo implicitamente la validità dell'accordo di maternità surrogata attribuisce la paternità (o la maternità) anche al genitore intenzionale che non ha apportato alcuno contributo biologico alla procreazione. Tale conclusione, secondo le Sezioni Unite, non si pone in contrasto con il superiore interesse del minore: sia perché tale interesse non ha valore assoluto (...) sia perché l'interesse del minore (...) è pur sempre tutelabile attraverso l'adozione in casi particolari di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d) (...). La Corte Europea ha affrontato immediatamente la questione del rapporto fra l'interesse superiore del minore che, ha ribadito la Corte, deve sempre prevalere quando è in discussione la sua situazione personale (...) un divieto generale e assoluto di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale in quanto tali conseguenze sono lesive della stessa identità del minore e del diritto alla continuità dello *status filiationis*, compromettendo il radicamento del minore nel contesto familiare in cui è nato (...). La Corte fissa due condizioni perché l'adozione possa considerarsi un mezzo ugualmente rispettoso dell'art. 8 della Convenzione (...) devono essere idonee a garantire l'effettività del riconoscimento del legame di filiazione e la procedura deve essere rapida (...). Alla luce della motivazione del parere consultivo della Corte di Strasburgo si intravedono chiaramente due profili di conflitto non superabili con la attuale situazione del diritto vivente in Italia (...). Il primo di tali profili è l'attribuzione al divieto di maternità surrogata dello statuto di principio di ordine pubblico internazionale (...) se è legittimo che uno Stato parte della Convenzione imponga misure dissuasive nei confronti

dei propri cittadini che intendano ricorrere all'estero a forme di procreazione vietate nel proprio territorio (...) tuttavia non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l'effetto di negare i diritti inviolabili connessi alla identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine. In secondo luogo il principio della preminenza dell'interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status filiationis* legalmente acquisito all'estero (...) Il secondo inconciliabile profilo di conflitto (...) ritiene adeguata alla tutela dell'interesse del minore la presenza nel sistema normativo di una modalità alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita e cioè la possibilità per il genitore di intenzione di richiedere l'adozione in casi particolari della L. n. 184 del 1983, *ex art.* 44, lett. d). Al riguardo, va osservato che l'interpretazione – fatta propria dalle Sezioni Unite – secondo cui il riconoscimento del provvedimento straniero di inserimento del padre d'intenzione nello stato di nascita del minore è precluso dal limite dell'ordine pubblico, sulla base del disvalore espresso dalla sanzione penale comminata per la fattispecie della gestazione per altri (cd. maternità “surrogata”), si pone in contrasto con gli artt. 2, 30 e 31 Cost (...). Il Collegio intende sottoporre al Giudice delle leggi la questione di costituzionalità anche sotto il profilo del bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti, che, a giudizio del Collegio, è stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio e la compressione dell'interesse superiore del minore in una ottica incompatibile con il dettato costituzionale (...). È quindi possibile affermare che la nozione di ordine pubblico internazionale (...) non possa mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, manifestazione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica che ci appartiene, trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale) (...). È proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano (...). La legislazione e la giurisprudenza costituzionale e ordinaria hanno delineato progressivamente la unificazione e l'unicità dello stato di figlio a prescindere dalle condizioni di nascita e dalle modalità con le quali viene a istituirsi il rapporto di filiazione. Né tale compressione del diritto (...) può trovare la sua legittimazione in quanto espressiva della rilevanza del principio di dignità della donna come elemento anche esso costitutivo e indefettibile dell'ordine pubblico. Il riconoscimento della decisione straniera non comporta alcun riconoscimento del contratto di “maternità surrogata” – la cui illiceità nell'ordinamento italiano non viene in discussione nel caso in esame – ma ha come effetto il riconoscimento dello *status* e dell'identità del figlio (...). Infine, di non minore rilevanza appare la lesione delle norme costituzionali che tutelano la vita familiare e l'esplicazione della personalità nelle formazioni sociali (...) sempre più strettamente ricollegate dalla Corte Costituzionale all'art. 8 della Convenzione E.D.U. e alla giurisprudenza della Corte Europea. Il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del paese di nascita e di cittadinanza comporta la alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni gravemente nocive nei confronti del minore (...). Alla luce di queste considerazioni non può ritenersi adeguato (...) il modo alternativo di riconoscimento cui fa riferimento la decisione delle Sezioni Unite e cioè l'adozione della L. n. 184 del 1983, *ex art.* 44, lett. d) (...) tale forma di adozione non crea un vero rapporto di filiazione ma il riconoscimento di una situazione affettiva (...) che nega comunque al figlio e all'adottante il diritto a una relazione pienamente equiparata alla filiazione e pone il genitore non biologico in una situazione di inferiorità

rispetto al genitore biologico. Il Collegio non ritiene esistenti nel sistema normativo italiano attuale istituti che consentano una forma di riconoscimento del legame di filiazione alternativa alla trascrizione dell'atto di nascita o al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che instauri il legame di filiazione anche con il genitore intenzionale non biologico nei confronti del minore nato mediante ricorso all'estero alla pratica della gestazione per altri. In definitiva, le valutazioni che precedono inducono a prospettare al giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale (...).

Nota di Paola Trombetta

La pronuncia in commento trae origine da un ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.* proposto alla C. App. di Verona, da due cittadini italiani, coniugati in Canada con matrimonio trascritto in Italia nel registro delle unioni civili, per impugnare il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile alla richiesta di rettifica dell'atto di nascita del minore nato tramite gestazione per altri (cd. "maternità surrogata").

I ricorrenti, già riconosciuti genitori del minore, con sentenza della Suprema Corte della British Columbia, una volta arrivati in Italia, si sono visti negare, dall'Ufficiale di Stato Civile, la trascrizione dell'atto di nascita.

La C. App. di Verona si è pronunciata a favore dei ricorrenti poiché ha ravvisato che la sentenza emessa dalla S.C. British Columbia, possedeva tutti i requisiti *ex art. 67 L. 218/1995*. Successivamente veniva proposto ricorso in Cassazione che, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione, rimetteva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, c. 6 l. n. 40 del 2004, art. 18 del d.p.r. 396/2000, art. 64 c. 1 lett. G) l. 218/1995.

La decisione degli Ermellini si inserisce in un recentissimo dibattito giurisprudenziale che evidenzia le attuali carenze del diritto vivente in merito alla tutela dei figli nati tramite maternità surrogata.

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata partendo dalla motivazione posta alla base della sent. S.U. n. 12193 del 8/5/2019, nella quale si stabiliva il principio secondo il quale il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità – principio di ordine pubblico – posto a tutela della dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; le S.U. individuano l'adozione in casi particolari, quale mezzo per fare rilievo al rapporto genitoriale.

Pertanto le S.U. considerano il divieto penale, contenuto nella L. 40/2004, espressione del superiore principio di ordine pubblico volto a sanzionare una pratica che offende i valori fondamentali, quali quello della dignità umana. Qui il bilanciamento degli interessi pende a favore del principio di ordine pubblico – divieto di maternità surrogata – e della tutela della dignità umana a discapito del superiore interesse del minore a restare nella coppia di cui fa parte il genitore di intenzione non biologico.

Lo strumento che, secondo le S.U., tutelerebbe l'interesse del minore è l'adozione in casi particolari di cui alla L. n. 184/1983, art. 44 c. 1, lett. d).

La sentenza in commento si discosta dall'orientamento delle S.U. sopra citato e focalizza il proprio interesse sul *best interest of the child* prendendo in considerazione le innovative argomentazioni sostenute dalla Grande Chambre della Corte Edu con parere del 10/4/2019.

La Corte Edu, in questo parere, ha affermato il diritto del bambino, nato da maternità surrogata, al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, per questo l'ordinamento interno deve prevedere la possibilità di riconoscere la relazione tra il genitore di intenzione ed il figlio.

La Corte afferma che l'adozione da parte del genitore intenzionale può ritenersi un modello alternativo di instaurazione del rapporto legale di filiazione accettabile solo qualora la procedura sia tempestiva ed efficace per non esporre il minore, per lungo tempo, a una situazione di incertezza giuridica circa il riconoscimento del legame.

Tuttavia la Corte Edu pur ribadendo l'ampia discrezionalità degli Stati in tema di scelte da operare all'interno del proprio ordinamento, ne suggerisce una riduzione, riconoscendo i rapporti familiari mediante adozione o riconoscimento.

L'ordinanza interlocutoria a differenza delle Sez. Unite, pone l'attenzione sull'interesse superiore del minore rilevando, nel bilanciamento dei diritti costituzionalmente garantiti, una sua ingiustificata compressione a favore di un principio di ordine pubblico dato dal disvalore penale attribuito al divieto di maternità surrogata.

I Giudici della Sez. I sottolineano i punti "deboli" del ragionamento sostenuto dalle S.U.: il primo è l'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, poiché questo strumento non crea una vera e propria filiazione, ponendo il genitore intenzionale non biologico in una situazione di inferiorità rispetto al genitore biologico, difatti in tale tipo di adozione non si creano legami parentali con i congiunti dell'adottante, compromettendo così i diritti successori dell'adottato.

Il secondo riguarda la complessità e la lunghezza dell'iter processuale di adozione in casi particolari.

In ultimo, è bene ricordare che l'adozione in casi particolari dipende dalla volontà del genitore intenzionale non biologico di adire l'autorità giudiziaria, questo, soprattutto in caso di sopravvenuta crisi di coppia, potrebbe comportare la possibilità per il genitore intenzionale di sottrarsi alle proprie responsabilità.

La parola spetta ora alla Corte Costituzionale che su questo spinoso argomento avrà un ruolo fondamentale poiché sia il diritto vivente che le Sezioni Unite non sono stati in grado di mettere un punto fermo, lasciando i minori nati tramite maternità surrogata con una tutela "debole" che non garantisce loro il riconoscimento giuridico dello stato di filiazione da parte di entrambi i genitori ledendo in tal modo la vita privata e familiare di questi bambini.

Accertamento della maternità e parto anonimo: lettura costituzionalmente orientata

Cass. civ., Sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824

“Ad avviso di questa Collegio, nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all’interprete, al cospetto del diritto al riconoscimento dello *status* di filiazione, quello della madre a mantenere l’anonimato al momento del parto si ponga comunque in posizione preminente. Quest’ultimo diritto, infatti, come sopra già evidenziato, è finalizzato a tutelare i beni supremi della salute e della vita, oltre che del nascituro, della madre, la quale potrebbe essere indotta a scelte di natura diversa, fonte di possibile forte rischio per entrambi, ove, nel momento di estrema fragilità che caratterizza il parto, la donna che opta per l’anonimato avesse solo il dubbio di poter essere esposta, in seguito, ad un’azione di accertamento giudiziale della maternità” (...) Va preliminarmente osservato che il diritto della madre a mantenere l’anonimato al momento del parto – invocato, nel caso di specie, dalla ricorrente per impedire l’accertamento giudiziale della maternità nei confronti della propria madre premorta – trova il proprio riconoscimento nel nostro ordinamento in una pluralità di norme che, integrandosi tra loro, ne consentono la tutela nel modo più ampio (...) Nell’esame degli interessi che vengono in considerazione nel presente procedimento, non secondario rilievo deve, d’altra parte, attribuirsi al diritto (nel caso di specie rivendicato dal controricorrente) all’accertamento dello *status filiationis*. In particolare, questa Corte ha già statuito (vedi Cass. n. 24292/2016; conf. Cass. n. 11887/2015, Cass. n. 4020/2017) che «il diritto del figlio ad uno “*status*” filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto all’identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi. L’incertezza su tale “*status*” può determinare una condizione di disagio ed un “*vulnus*” allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità riferibile ad ogni stadio della vita. La sfera all’interno della quale si colloca il diritto al riconoscimento di uno *status* filiale corrispondente a verità attiene al nucleo dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost. e art. 8 CEDU) intesi nella dimensione individuale e relazionale» (...). Deve, tuttavia, osservarsi che, ad avviso di questa Collegio, nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all’interprete, al cospetto del diritto al riconoscimento dello *status* di filiazione, quello della madre a mantenere l’anonimato al momento del parto si ponga comunque in posizione preminente. Quest’ultimo diritto, infatti, come sopra già evidenziato, è finalizzato a tutelare i beni supremi della salute e della vita, oltre che del nascituro, della madre, la quale potrebbe essere indotta a scelte di natura diversa, fonte di possibile forte rischio per entrambi, ove, nel momento di estrema fragilità che caratterizza il parto, la donna che opta per l’anonimato avesse solo il dubbio di poter essere esposta, in seguito, ad un’azione di accertamento giudiziale della maternità. Dunque, intale prospettiva e per garantire ampia tutela alla donna che compie tale difficile scelta, il diritto all’anonimato non può essere in alcun modo sacrificato e compromesso per tutta la durata della vita della madre. Tale regola può essere, al limite, derogata (consentendo quindi l’esercizio dell’accertamento giudiziale della maternità) solo ove fosse stata proprio la madre come, peraltro, è accaduto nel caso che forma oggetto del presente procedimento – con la propria inequivocabile condotta, ad aver manifestato la volontà di revocare nei fatti la scelta, a suo tempo

presa, di rinuncia alla genitorialità giuridica, accogliendo nella propria casa il bambino come figlio. Tuttavia, (...) la tutela del diritto all'anonimato della madre, per tutta la durata della vita stessa, deve essere, come detto, massima. A diverse conclusioni si deve, invece, addivenire con riferimento al periodo successivo alla morte della madre, in relazione al quale il diritto all'anonimato in oggetto è suscettibile di essere compresso, o indebolito, in considerazione della necessità di fornire piena tutela – a questo punto – al diritto all'accertamento dello *status* di filiazione (...) ne consegue che, nel caso di specie, l'azione di accertamento giudiziale della maternità proposta da (...) dopo il decesso della madre è pienamente ammissibile per due ordini di ragioni: – è stata proposta dopo che il diritto della madre premorta a mantenere l'anonimato si era (...) indebolito; – in ogni caso, è stata proposta per ottenere l'accertamento della maternità nei confronti di una donna che aveva dimostrato nei fatti (...) di aver superato essa stessa l'originaria scelta dell'anonimato, trattando l'odierno controricorrente come uno dei suoi figli.

L'interesse del minore alla genitorialità “piena”

Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1191

(...) Il principio di valenza generale destinato a trovare espressione nei vari istituti e rimedi apprestati dall'ordinamento a tutela del minore riconosce al giudice il potere discrezionale di disporre l'ascolto, anche al fine di verificarne la capacità di discernimento, senza dover tuttavia motivare sulle ragioni dell'omessa audizione, salvo che la parte abbia presentato una specifica istanza con cui abbia indicato gli argomenti ed i temi di approfondimento, *ex art. 336bis*, comma 2, c.c. su cui ritenga necessario l'ascolto del minore (in materia di adozione e per l'indicata lettura: Cass. 07/03/2017 n. 5676). Tanto rilevato, nel proposto motivo di ricorso per cassazione si denuncia, in ragione del mancato rinvenimento dei relativi verbali, allegati alla disposta c.t.u., l'insussistenza di un ascolto “in senso tecnico”, o “dedicato”, delle figlie minori del ricorrente, in quanto genericamente effettuato nell'ambito di una consulenza tecnica di ufficio, alla presenza di genitori e terzi, con modalità pregiudizievoli della genuinità e libertà della volontà del minore in tal modo raccolta e, quindi, del suo diritto ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nel procedimento che direttamente lo riguarda (...). In materia di ascolto del minore, di almeno dodici anni e anche di età inferiore ove capace di discernimento, la necessità di una specifica delega del giudice all'esperto nominato per procedere all'espletamento vale a dare conto del rilievo che l'incombente riveste, in quanto diretto a raccogliere le opinioni ed i bisogni effettivi del minore, nel rapporto di strumentalità con il suo diritto alla partecipazione al procedimento che lo riguarda. L'ascolto indiretto del minore operato su delega del giudice da parte dell'esperto nominato per le modalità di cui all'*art. 336-bis*, comma 2, c.c. non è mai questione terminologica, ma di metodo; il relativo incombenza resta pertanto soddisfatto non solo ed esclusivamente se vi sia stato l'utilizzo del termine nel conferimento dell'incarico al tecnico nominato ed il richiamo allo stesso nella svolta relazione, ma per le modalità secondo le quali esso sia stato operato. La libera e consapevole partecipazione del minore al procedimento è pertanto rispettata attraverso l'ascolto del primo che può dirsi realizzato in quanto sostenuto dalla professionalità dell'esperto nominato che vi proceda e dall'utilizzo che questi faccia, nella redatta relazione, di categorie nominalistiche destinate a definire, tecnicamente, le attività svolte in esecuzione dell'incarico peritale (così per l'uso stesso del termine “ascolto” nel corpo della svolta relazione di ufficio) senza che l'incombente formale demandato dal giudice possa dirsi, per converso, inosservato solo ed in quanto manchi nel conferimento dell'incarico una espressa delega all'ascolto (...). Quando in un giudizio avente ad oggetto l'affido di un minore e/o la definizione delle modalità di visita da parte del genitore non collocatario si contesti la distruzione, effettuata nel rispetto della normativa sulla *privacy* dal nominato c.t.u., dei verbali di ascolto del minore – adempimento curato per termini rispettosi della libera determinazione del primo e della spontanea espressione della sua volontà – in ragione della dedotta violazione del principio di difesa e del contraddittorio, il giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi che il giudice è tenuto ad effettuare resta soddisfatto in ragione della valorizzazione delle modalità attraverso le quali l'indagine tecnica è stata svolta (...) La previsione dell'intervento di supporto psicologico psichiatrico di entrambi i genitori si inserisce in un quadro di sostegno alla genitorialità sviluppato, nella soluzione prescelta dal giudice di primo grado, condivisa dalla Corte di appello ed illustrata nel motivo di ricorso, “per il tempo ritenuto necessario nel solo interesse

delle loro figlie”, restando attivato nel presupposto del consenso dei genitori. L’iniziativa non è imposta come individuale e doverosa ma, involgendo le posizioni di genitori e figlie e risultando espressamente subordinata al consenso dei primi, nella dimensione parentale goduta essa restacompatibile con un sistema volto a tutelare le ragioni delle minori in un quadro di recupero della genitorialità. Il motivo va pertanto rigettato (...). Si deduce il contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili sulla capacità genitoriale paterna e materna e sui rapporti con le figlie in riferimento all’art. 111 Cost. e art. 132 c.p.c. in relazione all’art. 360 c.p.c., n. 4. Da una parte la Corte aveva evidenziato la volontà delle figlie di non stare con padre e del padre di non vedere le figlie per poi, nel valutare la capacità della madre, sottolineare la volontà delle figlie, non osteggiata dalla genitrice, di vedere e stare con il padre nell’attaccamento di questi alle figlie. Il motivo è infondato.

Nota di Nicola Barbuzzi

La Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, affronta il tema della *delega* di fatto al ruolo genitoriale da parte di uno dei due genitori, ritenendo di censurare il comportamento del padre il quale trascorreva poco tempo con le figlie, atteso che, preso dagli impegni derivanti dalla docenza universitaria, le lasciava a casa dei suoi genitori per tutto il giorno facendovi ritorno solo a sera, delegando ai nonni le sue funzioni genitoriali. Tanto, secondo gli Ermellini, era sufficiente a dimostrare il disinteresse del padre nei confronti delle figlie in quanto siffatto comportamento strideva con la funzione propria del genitore il quale, attraverso un rapporto costante e duraturo con la prole, assurge al ruolo di “*primo educatore*” e latore di benessere.

La filiazione, quindi, per la Cassazione, diventa necessariamente “*atto di adozione della vita. Non della vita in generale, ma di quella vita voluta e accolta sin nei suoi dettagli più intimi*”. Appare necessario, quindi, ricordare come la riforma del 2012, più che limitarsi ad effettuare una rivoluzione squisitamente terminologica, abbia evidenziato il profilo della doverosità, imponendo a chi ha il dovere della “*responsabilità*” della procreazione il dovere di occuparsi moralmente e materialmente della prole, a pena della sanzione dell’inadempimento colpevole dei doveri insiti nel rapporto educativo. Il genitore, in ossequio al dettato normativo di cui agli artt. 30 Cost. e 147 c.c., ha quindi il dovere di impegnarsi a condurre a buon fine il compito assegnatogli, ossia quello di assistere e sostenere il figlio nel percorso di costruzione di una personalità armoniosa e matura durante il cammino di questo verso l’età adulta.

La mancanza di presenza, anche mediata dalle moderne tecnologie, da parte del genitore, nella quotidianità della prole, diventava quindi il punto centrale della decisione: il percorso di crescita del minore necessitava della presenza importante del padre in quanto necessaria anche a consentirgli la produzione di “*anticorpi*” indispensabili per superare la fase patologica della loro vita familiare. L’egoismo esasperato della scelta di voler perseguire *in primis* la propria realizzazione professionale, sacrificando il ruolo genitoriale, diveniva di fatto incompatibile con le responsabilità condivise proprie dell’affido “*alla pari*”. La scelta operata dal padre privava il minore proprio della figura paterna nel delicato momento dell’infanzia e della preadolescenza dimostrando di non aver per nulla compreso il suo ruolo genitoriale che di fatto delegava ai suoi stessi genitori.

In conclusione, la Suprema Corte, attraverso la pronunzia esaminata, conferma il passaggio definitivo dall’idea stereotipata di un minore quale soggetto da proteggere, subalterno in tutto

a genitori e terzi, ad una visione moderna nella quale il minore, al pari dell'adulto, viene considerato "*persona*", portatore di interessi, titolare di diritti da garantire e tutelare, ma soprattutto quale soggetto in grado di autodeterminarsi quale co-decisore o decisore unico del proprio destino. L'autodeterminazione poggia le sue basi nell'intelligente capacità dell'individuo di auto-vincolarsi, di darsi regole e quindi di essere in possesso di un grado tale di maturità da legittimare la partecipazione attiva e consapevole del minore alle decisioni che attengono la propria sfera giuridica impedendo, d'altro canto, che queste si trasformino in manifestazioni di mero arbitrio o capriccio.

Le repentine trasformazioni sociali, la maggiore qualità della vita, la massiccia presenza di canali da cui attingere informazioni, dai mass media ai *social*, hanno sempre di più anticipato quel processo di maturazione del minore con la conseguenza della necessità di alzare l'asticella della qualità del diritto da garantire considerando l'opinione del minore un "*fattore sempre più determinante*": non si può più pensare che sia bastevole limitarsi a tutelare il minore in quanto tale, continuando, di comodo, a configurarlo come un mero soggetto debole, capace giuridicamente ma incapace di agire (c.d. "*capacità di discernimento*". Vedi, tra tutti, gli artt. 12 e 13 della Convenzione di New York).

La tutela deve spostarsi, deve guardare oltre, deve cambiare prospettiva: non più il minore come figura statica ma, come in una sequela di *frame*, il minore proiettato nel futuro. Sin dagli albori dello studio della condizione del minore, la normativa transnazionale, in uno a quella nazionale, ha posto al centro di ogni intervento l'attenzione verso la condizione dello stesso impegnandosi affinché vi fosse una piena realizzazione dei suoi diritti. In tutti gli interventi può riscontrarsi, sia da un punto di vista concettuale che terminologico un comune denominatore: "*l'interesse del minore*".

Tale nuovo concetto ha da subito indotto l'interprete a chiedersi cosa debba intendersi per "*interesse del minore*", attesa l'evidente natura di "*clausola generale, nozione a contenuto variabile o porta aperta alla discrezionalità del giudice*" trattandosi di un "*concetto di difficile ma non impossibile determinazione*". In effetti, in nessun passaggio della legislazione ordinaria vi è una vera e propria definizione di "*interesse del minore*" dovendosi iniziare a caratterizzare tale nuovo concetto partendo da richiami indiretti come quelli di cui agli artt. 147 e 333 c.c. laddove al minore si offre protezione dal rischio di pregiudizi di natura fisica o psichica oppure si offrono criteri valutativi dell'interesse del minore a vedere realizzati i suoi interessi sulla scorta di una valutazione della sua inclinazione naturale o psichica. Da qui la necessità di una lettura proiettata al divenire, proprio in considerazione della situazione potenziale in cui, per sua stessa natura, si trova il minore potendosi intendere "*l'interesse*" anche come la possibilità di maggiori *chance* da offrire allo stesso sulla base di una valutazione delle sue inclinazioni e aspirazioni. Tanto eviterebbe scelte frettolose o troppo spesso di comodo allorquando le decisioni, più che su di valutazioni oggettive di potenzialità e di aspettative di miglioramento sociale, trovano fondamento su modelli troppo orientati ideologicamente.

L'interprete non dovrà assolutamente decidere a priori come orientare la propria scelta su basi di ispirazione culturale cercando, poi, una giustificazione tecnica nelle righe di un redigendo provvedimento, ma decidere, svincolato da retaggi di ogni tipo, cosa sia il meglio da poter offrire al minore, nel suo interesse anche quando quella decisione possa apparire dirompente per un sistema, come quello del diritto di famiglia, quasi del tutto obsoleto nella sua parte normativa, se rapportato alla velocissima evoluzione sociale e alla sempre più crescente domanda di tutele di nuove situazioni di fatto.

SUCCESSIONI

Patti successori

Patti successori istitutivi e testamento simultaneo

Cass. civ., Sez. II, 2 settembre 2020, n. 18197

(...) Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 458, 2727 e 2729 c.c. Si sostiene che la corte d'appello ha presunto l'esistenza di un accordo fra i due coniugi testatori sulla base della contemporaneità di data e della identità del contenuto e della forma dei due testamenti. Sulla base di tali circostanze, la corte non avrebbe potuto trarre l'ulteriore implicazione della vincolatività dell'accordo sottostante, vincolatività essenziale per la configurabilità del patto successorio istitutivo (...). Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 458, 1372, 1350 e 2729 c.c. L'ipotetico accordo integrante il patto successorio avrebbe richiesto la forma scritta, con ulteriore violazione dell'art. 2729 c.c., non essendo consentita, la prova per presunzioni. Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 589 c.c. (...). Il primo motivo è inammissibile. Occorre premettere che i testamenti, redatti lo stesso giorno con atti separati, contenevano innanzitutto disposizioni reciproche in favore dei due testatori. Chi fosse morto per primo avrebbe avuto a titolo di legatol'usufrutto generale della impresa commerciale, menzionata in ambedue i testamenti. I testatori disponevano poi reciprocamente di parti di immobili di rispettiva appartenenza (pian terreno e primo piano del palazzo e della casa di OMISSIS): il testatore superstite avrebbe ereditato la parte dell'altro. Ambedue i testatori avevano previsto una sostituzione per il caso che il designato non avesse voluto o potuto accettare e per il caso di commorienza: i beni sarebbero andati al figlio G.S. I due testamenti contenevano disposizioni in favore dell'altro figlio G., al quale i testatori lasciavano le quote di relativa spettanza di altri immobili (terreno agricolo e fabbricato annesso di OMISSIS; secondo piano di OMISSIS; garage di OMISSIS). I testamenti contenevano una disposizione di chiusura con la quale si lasciavano gli altri beni al figlio G.S., designato quale legatario dei beni che ciascuno dei testatori avrebbe ereditato da chidei due fosse morto per primo (...). L'art. 589 c.c. (Testamento congiuntivo o reciproco) dispone "non si può fare testamento da due o più persone nel medesimo atto, né a vantaggio di un terzo, né con disposizione reciproca". Diversa dal testamento congiuntivo è l'ipotesi del testamento simultaneo che ricorre quando due disposizioni testamentarie, sia pure reciproche, costituiscono due atti perfettamente distinti, quantunque scritti sullo stesso foglio (Cass. n. 2942/1937; n. 5508/2012). L'utilizzo dello stesso strumento cartaceo non esclude l'autonomia delle singole dichiarazioni testamentarie. Né l'autonomia delle singole dichiarazioni può essere esclusa dalla reciprocità delle disposizioni (Cass. n. 2364/1959). Nella specie si è ravvisato un patto successorio vietato, avendo, ciascuno dei due coniugi, lasciato i propri beni a uno dei due figli, perché l'altro coniuge aveva disposto delle sue sostanze a favore dell'altro figlio (...) Con il secondo motivo d'appello l'attuale parte ricorrente aveva censurato la sentenza del tribunale perché l'esistenza del patto successorio istitutivo, riconosciuta dal primo giudice, non trovava riscontro nella prova del "vincolo con cui OMISSIS e OMISSIS avrebbero inteso regolare pattiziamente le rispettive successioni". La corte d'appello ha dichiarato inammissibile la censura. Ha adottato una statuizione in rito, di inammissibilità del motivo di gravame per difetto di specificità, in quanto non correlato alla *ratio decidendi* della sentenza di primo grado. La corte ha adottato una statuizione di contenuto processuale, evidenziando che a fronte della motivazione della sentenza di primo grado che aveva dato conto degli elementi presuntivi da cui trarre la dimostrazione del vincolo, le appellanti si erano li-

mitate a prospettare una doglianza apodittica e generica, che non coglieva la sostanza dell'accertamento e della statuizione del primo giudice (...). Pertanto, il primo motivo del ricorso per cassazione deve essere dichiarato inammissibile, perché si deduce un *error in iudicando* sulla premessa che la sentenza d'appello abbia riconosciuto fondati, convalidandoli, gli elementi presuntivi evidenziati dal tribunale, quando invece, questa, si è arrestata prima, dichiarando inammissibile il motivo di appello per ragioni attinenti alle modalità della relativa formulazione (...) Il secondo motivo di ricorso è infondato. Questa corte condivide la soluzione, proposta dalla più accreditata dottrina, secondo cui non è necessario che l'esistenza del patto successorio istitutivo risulti dal testamento, quale motivo determinante della disposizione (art. 626 c.c.), o da atto scritto, ma è sempre ammissibile qualunque mezzo di prova, perché si tratta di provare un accordo che la legge considera come illecito (...) Il terzo motivo è inammissibile. I testamenti simultanei sono stati riconosciuti nulli non perché fatti in violazione dell'art 589 c.c., ma perché con essi è stata data esecuzione a un impegno contrario al divieto di patti successori.

Nota di Jacopo Alcini

La questione affrontata dalla Suprema Corte riguarda la fattispecie, spesso ricorrente nella prassi, in cui due testamenti redatti nello stesso giorno con atti separati da due coniugi contengano disposizioni in favore di uno soltanto dei figli superstiti. Pur non configurandosi il divieto di cui all'art. 589 c.c., il quale contempla l'ipotesi di testamento redatto da due o più persone in un medesimo atto, la Corte ha ritenuto che la validità dei testamenti distinti non esclude la loro possibile invalidità in relazione al loro eventuale porsi come atti esecutivi di un precedente accordo concluso tra i testatori, avente per oggetto l'impegno di ciascuno a disporre in un certo modo della propria successione ex art. 458 c.c. In altri termini, pur non emergendo espressamente dai predetti lasciti l'intento dei coniugi di dare esecuzione ad un patto successorio istitutivo obbligatorio, la Cassazione ha ritenuto che l'identità dei due testamenti fosse sufficiente a dimostrare la sussistenza di uno specifico accordo fra i testatori.

In particolare, l'art. 589 c.c. vieta il testamento c.d. collettivo nelle due tipologie del testamento congiuntivo (due o più persone nel medesimo atto fanno testamento a favore di un terzo) e reciproco (due o più persone dispongono reciprocamente l'una a favore dell'altra).

Al di fuori del divieto sono state ammesse solamente due figure di testamento: quello simultaneo e quello corrispettivo. Nel primo ricorrono molteplici dichiarazioni riconducibili a più soggetti, contenute in uno stesso documento, redatte contemporaneamente ma autonome tra loro. Si tratterebbe, quindi, di un atto collettivo solo in apparenza, poiché in realtà non vi è uno, bensì due testamenti autonomi, ancorché formalmente collegati. Nella seconda ipotesi, due soggetti fanno testamento l'uno in favore dell'altro ma con disposizioni autonome, che possono essere contenute anche in unico documento, purché separate. In quest'ultima ipotesi, si potrebbe sospettare al massimo un caso di captazione che generi la possibilità di impugnare l'atto ex art. 624 c.c.

La norma in questione pare configurarsi come fattispecie attuativa dell'art. 458 c.c. soltanto in parte, vale a dire per tutte le ipotesi in cui sia violata la *ratio* del divieto dei patti successori. Invero, l'art. 589 c.c. sancisce una presunzione assoluta avente ad oggetto un accordo tra i testatori (integrante patto successorio nullo) ovvero una volontà di disporre condizionata da un terzo. Tuttavia, la presunzione *de quo* pare doversi restringere soltanto alla parte coperta

dal divieto (per così dire) derivato dall'art. 458 c.c. Da siffatto ragionamento trae linfa vitale la tesi della natura sostanziale, per la quale appunto il divieto è riconducibile al principio di personalità, secondo cui la volontà dei testatori deve essere libera e scevra da qualunque condizionamento, indipendentemente dalla presenza di un accordo precedente (che integrerebbe la fattispecie di un patto successorio nullo). A sostegno di questa tesi, si invoca anche la lesione del principio di revocabilità *ex art. 587 c.c.*, in base al quale il testamento può essere revocato con la sola volontà del testatore e non da parte di due o più autori di esso.

La giurisprudenza, d'altro canto, ha stabilito che la violazione del divieto contenuta nell'art. 589 c.c. dà luogo ad una nullità di natura esclusivamente formale. Tuttavia, la Suprema Corte ha fino ad oggi interpretato l'ipotesi di invalidità sempre in senso rigorosamente restrittivo, escludendo dal divieto e dalla sanzione i testamenti redatti nel medesimo atto, ma comunque autonomi e quelli confezionati in schede distinte da ciascuno dei testatori, anche se di contenuto identico.

Con la pronuncia in commento, invece, gli Ermellini hanno cambiato orientamento, sostenendo che, nell'ambito di due testamenti simultanei, l'esistenza del patto successorio istituito possa emergere da elementi presuntivi, anche nell'ipotesi in cui non vi sia prova diretta di un espresso accordo *inter vivos* con cui i coniugi avrebbero inteso regolare la propria successione. In tal senso, la Corte ha aderito a quella parte della dottrina secondo cui non è necessario desumere espressamente l'esistenza del patto successorio dal tenore del testamento, essendo sempre ammissibile qualunque mezzo di prova per svelare l'esistenza di un accordo illecito. Secondo questa prospettiva, sarebbe sufficiente la contemporanea presenza di tre indici presuntivi: gli atti testamentari devono essere redatti a breve distanza l'uno dall'altro; le disposizioni testamentarie devono essere concordi (con assegnazione dei medesimi beni ai medesimi eredi) e presentare la stessa forma.

Sotto questo profilo, la sentenza appare criticabile, in quanto i presunti indici di riconoscimento sono ampiamente rintracciabili nella maggior parte dei testamenti simultanei confezionati dai coniugi a favore dei propri discendenti. Senza contare che siffatto ragionamento andrebbe a delegittimare la pacifica validità del testamento simultaneo, sovrapponendo la figura a quella del testamento congiuntivo. Conseguentemente, occorrerebbe sempre distinguere le fattispecie concrete ragionando *case by case* ed, ove possibile, riuscire a provare l'esistenza di un patto successorio sottostante ai testamenti, quand'anche gli stessi siano redatti separatamente, al fine di ottenere la relativa dichiarazione giudiziale di nullità. In caso contrario, le schede testamentarie devono ritenersi valide, giacché, la sanzione invalidante non potrebbe applicarsi ad esempio in presenza di un mero impegno morale da parte dei due autori a testare in modo pressoché speculare, non essendo questo elemento sufficiente a configurare un patto successorio, né a rendere di per sé reciproci due testamenti identici contenuti in atti separati.

Legato

Legato di usufrutto sostitutivo di legittima e azione di riduzione: precisazioni

Cass. civ., Sez. VI, 27 agosto 2020, n. 17861

(...) Il legato sostitutivo rimane soggetto alla norma generale dell'art. 649 c.c., per cui il legato si acquista immediatamente all'apertura della successione, senza bisogno di accettazione, salva tuttavia la facoltà di rinunciarvi. L'incompatibilità, secondo l'intento del legislatore, della vocazione a titolo particolare con il diritto alla quota riservata viene sanzionata subordinando la vocazione a titolo universale al rifiuto del legato (Cass. n. 13785/2004; n. 4883/1996; n. 11288/2007). La domanda di riduzione sarà così respinta se il legittimario, prima della spedizione della causa a sentenza, non dichiara di rinunciare al legato (Cass. n. 19646/2017) o, se si tratti di legato di immobili, non fornisca la prova di averlo rinunciato con la forma dovuta (Cass., S.U., n. 7098/2011). In dottrina è comune l'osservazione che il fatto che l'acquisto del legato avvenga automaticamente non vuol dire che l'accettazione sia inutile o irrilevante. Con l'accettazione, infatti, il legatario fa definitivamente proprio il beneficio del legato e ciò si traduce nella definitività giuridica dell'acquisto, che non è più rinunziabile. Conseguenza da quanto sopra che se il legatario muore senza avere accettato, la facoltà di rinunciare, quale potere inerente al rapporto successorio in atto (cfr. Cass. n. 1996/2016) non esauritosi con il definitivo conseguimento del legato, passa all'erede. L'applicazione di tale regola al legato sostitutivo comporta che l'erede del legittimario si trova, sotto questo aspetto, nella stessa condizione del legittimario proprio dante causa. Se il dante causa era ancora nella condizione di poter rinunciare al legato, e assolvere all'onere richiesto per poter domandare la riduzione delle disposizioni testamentarie, nella medesima condizione si troverà il suo erede, divenuto titolare *iure hereditatis* dell'azione di riduzione (art. 557 c.c.). Tanto chiarito non c'è alcuna ragione che possa giustificare la diversa conclusione, costituente l'imprescindibile presupposto dell'intero ragionamento del ricorrente, che tali principi non sarebbero applicabili nel caso in cui il legato sostitutivo abbia ad oggetto l'usufrutto, essendosi il diritto estinto con la morte del legatario. Infatti, con riferimento al legato di usufrutto, non si trasmette all'erede il diritto, ma si trasmette comunque la posizione giuridica connessa al legato acquistato *ope legis* dal legatario, inclusa la facoltà di rinunciare. Pertanto, il rilievo che l'erede del legatario non subentra nel diritto di usufrutto non fornisce argomento per negare che egli non possa compiere la scelta, cui allude l'art. 551, comma 2, c.c. fra rendere definitivo il diritto già acquistato dal proprio dante causa, assumendo quindi su di sé gli obblighi e gli eventuali diritti nascenti dall'estinzione dell'usufrutto (artt. 1001, 1011 c.c.), o rinunciarvi, assolvendo all'onere cui è subordinata l'azione di riduzione. È chiaro che l'eventuale rinuncia sarebbe frustranea se la facoltà di rinunciare si fosse già consumata in vita del legatario, in presenza di una accettazione o comunque di atti incompatibili con la volontà di rinuncia (...).

Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha riconosciuto all'erede del legittimario – quest'ultimo beneficiario di disposizione testamentaria di un legato in sostituzione di legittima – il potere di rinunciare ad un legato avente ad oggetto un diritto di usufrutto, così assolvendo l'onere richiesto dall'art. 551, co. 2, c.c. per la proposizione dell'azione di riduzione.

A nulla rileverebbe, per il Supremo Collegio, l'eccezione posta dal ricorrente a stregua della quale la rinuncia al legato presuppone l'attualità del diritto, escludendosi – quindi – l'applicabilità dell'art. 649 c.c.; ciò in quanto l'erede del legatario si troverebbe a succedere non nel diritto di usufrutto (il quale naturalmente si estingue con la morte del titolare) bensì nella medesima posizione giuridica attinente al rapporto successorio: “*pertanto spetterà all'erede la scelta, cui allude l'art. 551 c.c., co. 2, tra rendere definitivo il diritto già acquistato dal proprio dante causa, assumendo su di sé i diritti e gli obblighi nascenti dall'estinzione dell'usufrutto o rinunciarvi, assolvendo all'onere cui è subordinata l'azione di riduzioni*”.

Necessita una breve digressione sulle norme testé richiamate.

L'art. 551 c.c. disciplina ipotesi di successione a titolo particolare: autorevole dottrina definisce il legato in sostituzione di legittima quale *disposizione testamentaria tacitativa della legittima*, sottoposta a condizione risolutiva nel senso cioè che la vocazione testamentaria perde di efficacia qualora il legatario rinunci al suo diritto⁵. Il legittimario a favore del quale è disposto un legato in sostituzione di legittima, si troverà quindi al cospetto di una duplice opzione: 1) conseguire il legato, quindi rinunciare al supplemento nel caso di minusvalenza dello stesso rispetto alla quota di legittima a lui spettante salvo – ovviamente – dispensa del testatore (art. 551, co. 1 e 2, c.c.); 2) ritenere lesa la propria quota di legittima, quindi rinunciare al legato e agire in riduzione *ex art. 551, co. 2, c.c.* Ne viene che il presupposto dell'azione di riduzione sarà la rinuncia al legato.

Vertendosi in ipotesi di successione a titolo particolare, diversa è la posizione in cui viene a trovarsi il legatario rispetto all'erede: il legatario succede soltanto in determinati beni o diritti del *de cuius*, l'erede succede – invece – in tutti i suoi rapporti giuridici patrimoniali, attivi e passivi; si precisa altresì, con riferimento alla *vocatio hereditatis*, che mentre il *chiamato all'eredità* acquisirà la qualità di erede soltanto a seguito di una accettazione (tacita o espressa) dell'eredità da porre in essere nel termine prescrizione di 10 anni, il legatario – invece – *ex art. 649* acquisirà il legato automaticamente alla data di apertura della successione, salvo il suo diritto di rinunciarvi.

Induce a riflessione la mancata previsione di un termine entro il quale si consumerebbe la facoltà di rinunciare al legato stesso (salva – ovviamente – la ipotesi di *actio interrogatoria ex art. 650 c.c.*).

Orbene, ragionando sulle *norme* o sulle *funzioni* detto termine potrebbe coincidere con quello regolante la prescrizione del diritto del bene oggetto di legato.

Le norme sul legato peraltro, non prevedono *forma* e *modalità* in cui vada espressa la rinuncia del legatario cosicché parte della dottrina, nel silenzio del legislatore, ha inteso – con riferimento alle *modalità* – estendere alla rinuncia al legato la normativa prevista per la rinuncia all'eredità; siffatta applicazione appare però scarsamente condivisibile stante la differenza tra le due rinunzie. Con riferimento poi alla *forma*, la giurisprudenza della S.C. ha precisato

⁵ Capozzi, *Successioni e Donazioni*, pp. 292 e ss.

più volte che: “fatto salvo il requisito della forma scritta quando il legato ha per oggetto immobili, (Cass. n. 7098/2011; n. 13785/2004) essa può risultare da atti univoci compiuti dal legatario, implicanti la volontà di rinunciare (Cass. n. 1040/1954; n. 37/1964; n. 261/1965; n. 4883/1996) e che atto univoco è non la sola dichiarazione di rifiutare le disposizioni testamentarie”. Orbene, tornando alla decisione in commento, la S.C. non solo ha ribadito i principi su trascritti ma, al tempo stesso, ha affermato di condividere quanto statuito dalla Corte di merito laddove questa aveva affermato valida la rinuncia come espressa dalla legataria in vita e che, pur non volendo per qualche motivo considerarla tale, il diritto di rinunciare era trasmissibile agli eredi. La Corte di Legittimità, nell’affermare il principio *de quo*, disattende quanto sostenuto da parte ricorrente per la quale essendosi estinto alla morte della legataria il diritto (di usufrutto) oggetto del legato, non sarebbe possibile più esercitare la rinuncia al legato acquisito *ipso iure*.

La S.C. ribadisce il concetto contenuto nell’art 649 c.c. a stregua del quale il legato si acquista immediatamente, senza necessità di accettazione e ferma restando la facoltà di rinunziarvi; epperò la circostanza dell’automaticità dell’acquisto del legato non esclude o rende irrilevante l’accettazione la quale ultima ha il fine di rendere irrinunziabile il legato stesso. Ne viene che se il legatario muore senza aver accettato, la facoltà di un eventuale diritto di usufrutto si sarebbe estinta per effetto della morte dell’usufruttuario, tuttavia l’erede subentrerà nella posizione giuridica connessa al legato acquistato *ope legis* del legatario e quindi, subentrerà anche nella facoltà di rinunciare al legato ove questo, ovviamente, non sia stato accettato dal legatario stesso.

PROPRIETÀ

Beni pubblici

Sdemanializzazione tacita: la declassificazione prescinde dal provvedimento dell'autorità amministrativa

Cass. civ., Sez. un., 7 aprile 2020, n. 7739

(...) Deve essere chiarito che l'art. 829 c.c. del 1942, si pone in continuità con l'antecedente rappresentato dall'art. 429 c.c. del 1865; e, questo, nel senso che il primo prevede che il passaggio di un bene dal demanio pubblico al patrimonio disponibile dello Stato può essere semplicemente dichiarato dall'autorità amministrativa, con ciò riconoscendo espressamente al provvedimento di declassificazione natura esclusivamente dichiarativa, cioè soltanto ricognitiva della perdita della destinazione ad uso pubblico del bene (Cass., sez. I, n. 12555 del 2013; Cass., sez. II, n. 10817); ricavandosi, da questo, la pacifica conclusione che il passaggio del bene pubblico al patrimonio disponibile dello Stato consegue direttamente al realizzarsi del fatto della perdita della destinazione pubblica del bene, cosiddetta sdemanializzazione tacita, locuzione che evidenzia come la declassificazione prescinde dal provvedimento dell'autorità amministrativa, diversamente da quanto invece previsto dall'art. 35 c. nav. per il demanio marittimo e dall'art. 947, comma 3, c.c. per il demanio idrico (Cass., sez. II, 11 maggio 2009, n. 10817; Cass., sez. II, n. 14666 del 2008); cosicché, cioè prendendo atto di questo, la Corte ha già in passato avuto occasione di chiarire che la regola contenuta nell'art. 829 c.c. del 1942 è rimasta quella stessa dell'art. 429 c.c. del 1865, poiché anche oggi, come ieri, trattasi unicamente di stabilire, con un tipico accertamento di fatto, se il bene abbia mantenuto o perduto la sua destinazione ad uso pubblico (Cass., sez. II, n. 21018 del 2016; Cass., sez. I, n. 5817 del 1981); un accertamento che il TSAP ha per vero compiuto, sia negando che la concessione abbia di per sé dato luogo alla perdita della destinazione ad uso pubblico dell'area, sia negando che le opere realizzate sulla stessa, seppure assentite, avessero fatto venire meno il carattere pubblico dell'uso; nessuna violazione di legge, quest'ultima da farsi unicamente consistere in una erronea interpretazione della fattispecie astratta, pertanto, è stata posta in essere dal TSAP; laddove, invece, con le riassunte censure, è stata la contribuente che ha, in realtà, inammissibilmente censurato l'accertamento in fatto compiuto dal TSAP, prospettando un inesistente *error in iudicando* (Cass., sez. I, n. 24155 del 2017; Cass., sez. trib., n. 8315 del 2013) (...).

Nota di Nicola Franchella

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affrontato il tema della sdemanializzazione tacita che, secondo la dottrina prevalente, si configura quando, pur in assenza di un formale atto di declassificazione da parte dell'amministrazione, la medesima ponga in essere atti incompatibili con la volontà di conservare la destinazione all'uso pubblico del bene.

Nell'alveo di tale definizione, con la pronuncia in commento il giudice di legittimità ha ribadito definitivamente il principio secondo cui il passaggio di un bene dal demanio pubblico al patrimonio disponibile dello Stato consegue direttamente alla perdita della destinazione pubblica del bene. Pertanto, il provvedimento dell'autorità amministrativa relativo alla declassificazione *de quo* riveste natura meramente dichiarativa.

Peraltro, tale principio era già stato statuito dalla Suprema Corte in diverse pronunce, tra cui giova menzionare: Cass. civ., Sez. II, 17.3.1995 e n. 3117 e Cass. civ., Sez. II, 12.4.1996, n. 3451, con particolare riferimento al tema della sdemanializzazione tacita, nonché Cass. civ., Sez. I, 5.11.1981, n. 5817 e Cass. civ., Sez. II, 18.10.2016, n. 21018, con riguardo, invece, alla natura meramente dichiarativa dell'atto di declassificazione emanato dall'amministrazione pubblica.

Ciò premesso, la vicenda trae origine dal ricorso alle Sezioni Unite proposto da un soggetto che aveva subito il rigetto, sia in primo grado, sia in grado d'appello, della propria domanda, consistente nell'accertamento della natura non più demaniale dell'area su cui era stato costruito un edificio razionalista a seguito di rilascio, nel 1927, di apposita concessione.

In particolare, il ricorrente sosteneva che vi fosse differenza tra quanto disposto dall'art. 829 c.c. del 1942 e quanto invece statuito dall'art. 429 c.c. del 1865 – applicabile *ratione temporis* alla controversia *de quo* stante il rilascio della concessione avvenuto nel 1927 – in quanto il primo prevede che la sdemanializzazione deve essere *dichiarata* dall'autorità amministrativa, mentre il secondo prevedeva che “*i beni che cessino di essere destinati all'uso pubblico...passano dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato*”.

In altri termini, la diversità rilevata dal ricorrente soggiace nella circostanza secondo cui il l'art. 429 c.c. del 1865 prevedeva una declassificazione pressoché automatica, mentre l'art. 829 c.c. del 1942 impone che la declassificazione medesima venga dichiarata dall'autorità amministrativa.

Ebbene, esaminate le doglianze del ricorrente, le Sezioni Unite hanno provveduto a rigettarle, confermando quanto già statuito in grado di appello dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, secondo cui la concessione del 1927 non può considerarsi equipollente ad un atto di sdemanializzazione, sia perché non risulta dotata delle rigorose forme previste dalla legge, sia perché le opere oggetto della medesima hanno natura precaria ai sensi del R.D. 1.12.1895, n. 726, art. 47 e sia proprio perché la sdemanializzazione tacita dell'area avrebbe potuto riconoscersi esclusivamente a seguito di atti incompatibili con la volontà dell'amministrazione di conservare la destinazione ad uso pubblico, caratteristica estranea alla concessione in questione.

Oltre a ciò, le Sezioni Unite hanno smentito altresì la presunta differenza tra la norma vigente (art. 829 c.c. del 1942) e la norma precedente (art. 429 c.c. del 1865), rilevando che la prima si pone in continuità con la seconda e quindi non può essere soggetta all'interpretazione contraria fornita dal ricorrente.

Invero, la dichiarazione dell'autorità amministrativa richiesta dall'art. 829 c.c. del 1942 non si pone in contrasto con la declassificazione automatica prevista dall'art. 429 c.c. del 1865, in quanto non possiede natura costitutiva ma esclusivamente dichiarativa, ossia meramente ricognitiva della perdita della destinazione ad uso pubblico del bene.

Alla luce di tali presupposti, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno provveduto a dichiarare inammissibile il motivo di impugnazione articolato dal ricorrente.

Conclusivamente, in chiave comparatistica può rilevarsi che, nonostante la sdemanializzazione tacita avvenga in maniera pressoché pacifica nell'ambito del demanio pubblico, ciò non può affermarsi con riferimento al demanio marittimo ed al demanio idrico.

Relativamente al primo, invero, l'art. 35 Cod. Nav. statuisce letteralmente che: *“Le zone demaniali che...non siano ritenute utilizzabili per pubblici usi del mare sono escluse dal demanio marittimo con decreto del ministro dei trasporti e della navigazione di concerto con quello per le finanze”*.

Con riferimento al demanio idrico, invece, l'art. 947, comma III, c.c. prevede che: *“In ogni caso è esclusa la sdemanializzazione tacita dei beni del demanio idrico”*.

Diritti reali

Creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale e inammissibilità per violazione del *numerus clausus* dei diritti reali

Cass. civ., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972

(...) Ritengono le Sezioni Unite che il tema del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” di parti comuni dell’edificio in ambito condominiale debba essere inquadrato nei termini che seguono (...). Nell’art. 1102 c.c., rubricato “uso della cosa comune”, dettato per la comunione ma applicabile al condominio per il tramite dell’art. 1139 c.c., il vocabolo “uso” si traduce nel significato del “servirsi della cosa comune” (...) il partecipante alla comunione, ovvero il condomino, ritrae dalla cosa le utilità di cui essa è capace, entro i limiti oggettivi della sua “destinazione” (...). L’“uso”, quale sintesi di facoltà e poteri, costituisce allora parte essenziale del contenuto intrinseco, caratterizzante, del diritto di proprietà (...) uno dei modi attraverso i quali può esercitarsi il diritto, e forma parte intrinseca e caratterizzante, nucleo essenziale, del suo contenuto (...) L’art. 1102 c.c., nel prescrivere che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto, non pone una norma inderogabile (...) i suddetti limiti possono essere resi più rigorosi dal regolamento condominiale, resta fermo che non è consentita l’introduzione di un divieto di utilizzazione generalizzato delle parti comuni. qualora l’esegesi dell’atto induca a ritenere che l’attribuzione abbia effettivamente riguardato, secondo la volontà delle parti, non la proprietà, sia pure in veste “mascherata”, ma il c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una parte comune, ferma la titolarità della proprietà di essa in capo al condominio, è da escludere che un simile diritto, con connotazione di realtà, possa trovare fondamento sull’art. 1126 c.c. La norma stabilisce che, quando l’uso dei lastrici solari o di una parte di essi non è comune a tutti i condomini, quelli che ne hanno l’uso esclusivo sono tenuti a contribuire per un terzo nella spesa delle riparazioni o ricostruzioni del lastrico: gli altri due terzi sono a carico di tutti i condomini dell’edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve in proporzione del valore del piano o della porzione di piano di ciascuno. Nella giurisprudenza di questa Corte sembra rinvenirsi un unico precedente in cui l’uso esclusivo ivi menzionato è espressamente qualificato come diritto reale di godimento, come tale usucapibile. Si afferma cioè essere esatto che i lastrici solari, necessari all’uso comune dell’edificio, del quale svolgono la funzione di copertura, non possono in generale essere usucapiti, mentre possono essere ceduti in proprietà ad un solo condomino. Si rammenta, difatti, che l’usucapione non può aver luogo in ordine ai lastrici solari, per i quali sono concettualmente insopprimibili le utilità tratte dagli altri partecipi della comunione, per effetto della connaturata destinazione di tali cose alla copertura ed alla protezione del fabbricato. Ma si aggiunge che l’art. 1126 c.c., prevede espressamente che uno dei condomini possa avere l’uso esclusivo del calpestio del lastrico e dunque possa usucapire il diritto di calpestio esclusivo (...). Dalla previsione dell’art. 1126 c.c., allora, può semmai desumersi a contrario che non sono configurabili ulteriori ipotesi di uso esclusivo, le quali, in violazione della regola genera-

le stabilite dal già richiamato art. 1102 c.c., nonché dei principi, di cui si parlerà più avanti, del *numerus clausus* e di quello di tipicità dei diritti reali, sottraggano a taluni condomini il diritto di godimento della cosa comune loro spettante (...). L'art. 1122 *bis*, comma 2, c.c., ancora, consente la installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili destinati al servizio di singole unità immobiliari del condominio sul lastrico solare e su ogni altra idonea superficie comune. In base al comma 3 l'assemblea provvede, su richiesta degli interessati, a ripartire l'uso del lastrico solare e delle altre superfici comuni, salvaguardando le diverse forme di utilizzo previste dal regolamento di condominio o comunque in atto. Anche qui non emerge la configurabilità di un "diritto reale di uso esclusivo". Ed anzi, il fatto che il godimento venga concesso a maggioranza dall'assemblea esclude che possa ricorrere una ipotesi di modificazione del contenuto del diritto di comproprietà. È parimenti priva di fondamento la tesi, talora affermata, secondo cui un riconoscimento legislativo degli usi esclusivi, tali da determinare una modificazione del diritto di comproprietà, potrebbe desumersi dal D.Lgs. 20 maggio 2005, n. 122, art. 6, comma 2, lett. b), che obbliga il costruttore a indicare nel contratto relativo a futura costruzione le parti condominiali e le "pertinenze esclusive". Un diritto reale di godimento di uso esclusivo, in capo ad un condomino, di una parte comune dell'edificio, privando gli altri condomini del relativo godimento, e cioè riservando ad essi un diritto di comproprietà svuotato del suo nucleo fondamentale, determinerebbe, invece, un radicale, strutturale snaturamento di tale diritto, non potendosi dubitare che il godimento sia un aspetto intrinseco della proprietà, come della comproprietà: salvo, naturalmente, che la separazione del godimento dalla proprietà non sia il frutto della creazione di un diritto reale di godimento normativamente previsto (...). Resta da chiedersi se la creazione di un atipico "diritto reale di uso esclusivo", tale da svuotare di contenuto il diritto di comproprietà, possa essere il prodotto dell'autonomia negoziale. Il che è da escludere, essendovi di ostacolo il principio, o i principi, sovente in dottrina tenuti distinti, sebbene in gran parte sovrapponibili, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi: in forza del primo solo la legge può istituire figure di diritti reali; per effetto del secondo i privati non possono incidere sul contenuto, snaturandolo, dei diritti reali che la legge ha istituito (...). Ora, ad evidenziare quanto fallace sia l'idea di diritti reali creati per contratto, dovrebbe essere sufficiente osservare che le situazioni reali si caratterizzano per la sequela, per l'opponibilità ai terzi: i diritti reali, cioè, si impongono per forza propria ai successivi acquirenti della cosa alla quale essi sono inerenti, che tali acquirenti lo vogliano o non lo vogliano: creare diritti reali atipici per contratto vorrebbe dire perciò incidere non solo sulle parti, ma, al di fuori dei casi in cui la legge lo consente, anche sugli acquirenti della cosa (...). L'art. 2643 c.c., contiene un'elencazione tassativa dei diritti reali soggetti a trascrizione, il che ineluttabilmente conferma trattarsi di *numerus clausus*. Quanto all'adempimento della formalità della trascrizione, del resto, essa vale a risolvere i conflitti tra successivi acquirenti a titolo derivativo (...) non incide sulla validità ed efficacia di essi, ed è quindi priva di efficacia sanante dei vizi di cui sia affetto l'atto negoziale, ed idonea ad attribuirgli la validità di cui esso sia altrimenti privo (Cass. 14 novembre 2016, n. 23127). E dunque, ammesso e non concesso che una simile trascrizione sia oggi tecnicamente possibile, non ha cittadinanza nel diritto vigente una regola generale che faccia discendere dalla trascrizione – se non sia il legislatore, ovviamente, a stabilirlo – l'efficacia *erga omnes* di un diritto che non abbia già in sé il carattere della realtà. La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è

preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità di essi”.

Nota di Francesca Salucci

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l’ordinanza in epigrafe, si sono occupate della controversa questione avente ad oggetto la natura giuridica del diritto di uso esclusivo di parti comuni dell’edificio condominiale.

Da sempre ci si è chiesti se tale diritto possa considerarsi alla stregua del vincolo reale di cui all’art. 1021 c.c. – come tale non trasferibile *ex art.* 1024 c.c. –, oppure quale particolare applicazione del diritto all’uso di beni comuni, riconosciuto ai partecipanti al condominio dagli artt. 1102 e 1122 c.c.

L’ordinanza in commento trae origine dalla domanda di ripristino avanzata da due condomini, ai quali veniva contestata l’illegittima realizzazione di un manufatto, destinato a cantina, all’interno del cortile comune, nonché l’occupazione abusiva di una porzione di suolo condominiale. I convenuti contestavano la pretesa attorea, sostenendo, al contrario, di vantare un diritto all’uso esclusivo della corte antistante il loro locale – adibito a negozio –, derivante sia dall’atto di acquisto sia dall’atto costitutivo del condominio, a seguito di avvenuta divisione dell’edificio tra gli originari comproprietari. Sia il Giudice di primo grado che la Corte d’Appello di Bologna respingevano le domande attoree, riconoscendo l’acquisto da parte dei convenuti del diritto d’uso esclusivo sull’area in questione, nonché la legittimità dell’utilizzo di tale bene comune, ai sensi dell’art. 1102 c.c. La Corte di merito, in particolare, evidenziava che – quand’anche si fosse ammessa la natura condominiale della porzione di cortile in discussione – doveva, in ogni caso, ritenersi operante il diritto all’uso della stessa, perché riconosciuto da tutti i condomini fin dal momento della costituzione del condominio. Avverso la pronuncia della Corte d’Appello di Bologna, gli originari attori proponevano ricorso per Cassazione, lamentando, tra le altre, l’errata interpretazione che i giudici di secondo grado avevano fornito del diritto d’uso esclusivo su una porzione di cortile, ed evidenziando che il predetto diritto andasse configurato come diritto reale d’uso, ai sensi dell’art. 1021 c.c., e, come tale, inalienabile. Da qui, la nullità della cessione del relativo diritto prevista nell’atto di compravendita successivamente intervenuto. Nonostante la rinuncia al ricorso presentata dalla parte ed accettata dall’altra, le Sezioni Unite hanno ritenuto di pronunciarsi, comunque, sulla questione, nell’interesse della legge.

In primo luogo, la Suprema Corte ha evidenziato che il diritto di uso esclusivo non può configurarsi né come una servitù, né come un’obbligazione *propter rem* o di un onere reale, né tantomeno come un diritto reale atipico. Per quanto riguarda la servitù, questa viene esclusa, dal momento che la stessa non può tradursi in un diritto di godimento generale del fondo servente, giacché si determinerebbe lo svuotamento della proprietà del fondo stesso. La servitù, consistendo nel peso imposto su un fondo a vantaggio di un altro, determina, certamente, una restrizione delle facoltà di godimento del fondo servente, ma tale restrizione non può risolversi nella totale elisione delle facoltà di godimento del fondo servente. Quindi, citando le parole degli ermellini, «*se ad un condomino spettasse a titolo di servitù l’“uso esclusivo” di una porzione di parte comune, agli altri condomini non rimarrebbe nulla, se non un vuoto simulacro*». Il diritto d’uso esclusivo non può rientrare neppure nella categoria delle obbligazioni *propter rem* o degli oneri reali, in quanto questi ultimi sono caratterizzati dal requisito

della tipicità, potendo sorgere solo nei casi e con il contenuto previsti dalla legge. È escluso, inoltre, che si tratti di un diritto reale atipico, giacché, per il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, in virtù del quale solo la legge può istituire figure di diritti reali, i privati non possono creare un diritto reale atipico di uso esclusivo.

La Suprema Corte, dopo un articolato percorso argomentativo, enuncia il seguente principio di diritto: «*La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell’edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall’art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del numerus clausus dei diritti reali e della tipicità di essi*».

Resta, però, la necessità di inquadrare giuridicamente i patti negoziali già stipulati di concessione di uso esclusivo di un bene comune o di una parte di esso.

Secondo le Sezioni Unite, occorre valutare se la volontà delle parti, al momento della costituzione del condominio, sia limitata all’attribuzione dell’uso esclusivo, riservando la proprietà all’alienante, oppure sia diretta al trasferimento della proprietà. È pur vero che l’espressione “uso esclusivo”, intesa in senso letterale, depone contro l’interpretazione dell’atto come diretto al trasferimento della proprietà; ma il dato letterale, da solo, non basta e l’interprete deve approfondire l’intero contesto.

Il Supremo Collegio, precisa, inoltre, che, al di fuori dell’ipotesi di trasferimento della proprietà, se ne sussistono i presupposti, il diritto di uso esclusivo può farsi rientrare nel diritto reale d’uso (art. 1021 c.c.), attraverso l’applicazione dell’art. 1419, co. 1, c.c.

Infine, secondo la Suprema Corte, è altresì possibile, sempre qualora ne ricorrano i presupposti e in applicazione dell’art. 1424 c.c., la conversione del contratto volto alla creazione del diritto reale di uso esclusivo, in un contratto avente ad oggetto la concessione di un uso esclusivo di natura obbligatoria, con valore, dunque, solo *inter partes* e non *erga omnes*.

Condominio

La natura del contratto di concessione in godimento del lastrico solare al fine dell'istallazione di impianti telefonici

Cass. civ., Sez. un., 30 aprile 2020, n. 8434

(...) La questione di massima proposta dalla Seconda Sezione civile si risolve, allora, nello stabilire se un contratto con cui il proprietario di un lastrico solare attribuisca all'altro contraente, a titolo oneroso, il diritto di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore e di asportarlo al termine del rapporto debba qualificarsi come contratto ad effetti reali o come contratto ad effetti obbligatori; nella prima ipotesi, infatti, ove il lastrico solare appartenga ad un condominio, l'approvazione del contratto richiede, ai sensi dell'art. 1108 c.c., comma 3, il consenso di tutti i condomini (...). Al fine di attribuire al contratto di cui si discute effetti reali o effetti obbligatori, bisogna innanzitutto valutare l'effettiva volontà delle parti, desumibile, oltre che dal *nomen juris* (...) anche da altri elementi testuali, quali la previsione relativa alla durata, la disciplina negoziale della sorte del manufatto al momento della cessazione del rapporto, la determinazione del corrispettivo come unitario o come canone periodico, la regolazione degli obblighi del cessionario in ordine alla manutenzione della base della installazione, l'eventuale richiamo a specifici aspetti della disciplina delle locazioni non abitative; nonché da elementi extratestuali, quali la forma dell'atto e il comportamento delle parti (...). La stipula del contratto per atto pubblico può essere valorizzata a favore della qualificazione dell'atto come contratto a effetti reali ed altrettanto può dirsi (...) in relazione al comportamento delle parti, successivo alla conclusione del contratto, consistente nella decisione di trascrivere l'atto nei registri immobiliari (...). Le Sezioni Unite ritengono che i menzionati ripetitori debbano essere considerati beni immobili, rientrando essi tra le "altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio" secondo il disposto dell'art. 812 c.c., comma 2 (...). L'"incorporazione" a cui fa riferimento dell'art. 812 c.c., comma 1, va intesa come relazione strumentale e funzionale tra bene incorporato e bene incorporante; ciò che quindi essenzialmente rileva (...) è l'idoneità del bene incorporato al suolo a formare oggetto di diritti non in sé isolatamente considerato, ma in quanto rapportato alla sua dimensione spaziale. Va aggiunto che i ripetitori telefonici devono altresì considerarsi – oltre che, genericamente, beni immobili ai sensi dell'art. 812 c.c. – anche "costruzioni" agli specifici effetti tanto dell'art. 934 c.c. (e, dunque, suscettibili di accessione), quanto dell'art. 952 c.c. (e, dunque, suscettibili di costituire oggetto di un diritto di superficie) (...). Se, dunque, un ripetitore di segnale può essere considerato un bene immobile e, più specificamente, una costruzione, si deve concludere che il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, con il diritto per il cessionario di mantenerne la disponibilità ed il godimento e di asportarlo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito attraverso un contratto ad effetti reali e, precisamente, attraverso un contratto costitutivo del diritto reale di superficie (...). Va ora verificata la possibilità che analogo risultato socio-economico possa essere conseguito, *mutatis mutandis*, anche mediante un contratto ad effetti obbligatori (...). Ritengono le Sezioni Unite che debba riconoscersi al proprietario di un lastrico solare la possibilità di attribuire ad altri, me-

dante un contratto ad effetti obbligatori, il diritto personale di installarvi un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con facoltà per il beneficiario di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto e di asportare il medesimo alla fine del rapporto. Non vi è infatti ragione per negare alle parti la possibilità di scegliere, nell'esercizio dell'autonomia privata riconosciuta dall'art. 1322 c.c., se perseguire risultati socio-economici analoghi, anche se non identici, mediante contratti ad effetti reali o mediante contratti ad effetti obbligatori (...). L'accordo con cui il proprietario di un'area conceda ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa e rinunci agli effetti dell'accessione e, così, consenta alla controparte di godere e disporre del fabbricato e di asportarlo alla cessazione del rapporto è riconducibile allo schema del contratto atipico di concessione dello *jus ad aedificandum* ad effetti obbligatori (...). Questa Corte nella sentenza n. 2851/1967, dove si è affermato che la concessione *ad aedificandum* (...) può, in taluni casi, pur attribuendo il godimento esclusivo dell'opera in correlazione e per la durata del diritto di godimento del terreno, avere un contenuto diverso dal diritto reale ed assumere, in particolare, le caratteristiche di un diritto personale di natura obbligatoria. È quindi giuridicamente configurabile, si precisa in Cass. n. 2851/1967, un negozio ad effetti obbligatori, qualificabile come tipo anomalo di locazione, in cui al locatario si concede il godimento di un terreno, con facoltà di farvi delle costruzioni di cui godrà precariamente come conduttore e che, alla fine del rapporto, dovranno essere rimosse a sua cura (...). Va quindi conclusivamente affermato che il programma negoziale con cui il proprietario di un lastrico solare intenda concedere ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, con il diritto per il cessionario di mantenere la disponibilità ed il godimento del ripetitore, ed asportare il medesimo alla fine del rapporto, può astrattamente essere perseguito tanto attraverso un contratto ad effetti reali quanto attraverso un contratto ad effetti obbligatori (...). Nell'accordo con cui una compagnia di telecomunicazioni acquisisce il diritto di collocare per un certo tempo un proprio ripetitore sul lastrico di copertura di un edificio, il profilo di interesse principale del beneficiario del diritto cade, in sostanza, sul godimento dell'area (...); cosicché vengono in primo piano, nello schema negoziale, proprio quegli elementi che nel contratto costitutivo del diritto reale di superficie sono destinati a restare sullo sfondo, vale a dire le caratteristiche della costruzione dedotta in contratto (il contratto è funzionale all'installazione di un ripetitore, non di altri manufatti, e le caratteristiche tecniche del ripetitore sono vincolate dalle previsioni del titolo abilitativo di cui al D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 87); la determinazione della durata del rapporto; il diritto del beneficiario di asportare il ripetitore alla cessazione del rapporto contrattuale (...) che il contratto avente ad oggetto la concessione totale o parziale, a titolo oneroso, del godimento del lastrico solare di un fabbricato, allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di un ripetitore di segnale (...) va ricondotto – in mancanza di indicazioni di segno contrario suggerite dall'interpretazione del singolo contratto allo schema del contratto atipico di concessione *ad aedificandum* ad effetti obbligatori; concessione soggetta, oltre che ai patti negoziali, alle norme generali contenute nel titolo II del libro IV del codice civile (art. 1323 c.c.), nonché, per quanto non previsto dal titolo, alle norme sul contratto tipico di locazione (...) qualificare la concessione del diritto di godimento del lastrico solare finalizzato all'installazione di un ripetitore come attribuzione di un diritto reale di superficie implicherebbe la necessità di riconoscere alla compagnia telefonica concessionaria la qualità di condomina (con conseguente necessità di revisione della tabella millesimale); il che sembra un effetto tendenzialmente eccedente l'intenzione delle parti, almeno secondo l'*id quod plerumque accidit* (...). Dalla evidenziata applicabilità della disciplina della locazione al contratto atipico di concessione *ad aedificandum* di natura personale discende che a tale contratto si applica tanto l'art. 1599 c.c., in tema di opponibilità del contratto al terzo acquirente, quanto l'art. 2643 c.c., n. 8, in tema di

trascrizione dei contratti di locazione immobiliare di durata superiore ai nove anni (...). La locazione (...) costituisce titolo idoneo ad impedire l'accessione. Tale principio è stato espresso da questa Corte già nella sentenza n. 233/1968, secondo cui "la regola dell'accessione delle opere fatte dal terzo, con materiali propri, su suolo altrui sancita dall'art. 936 c.c. trova applicazione solo nel caso in cui il costruttore possa effettivamente considerarsi terzo per non essere legato al proprietario del suolo da un vincolo contrattuale o comunque negoziale (...)". Le Sezioni Unite ritengono, quindi, (...) che le parti, nell'esercizio della autonomia contrattuale loro riconosciuta dall'art. 1322 c.c., possano, anziché addivenire alla costituzione di un diritto reale di superficie, derogare al principio dell'accessione dando vita ad un rapporto meramente obbligatorio (...). Per la costituzione di un diritto reale di superficie sul lastrico condominiale è necessario il consenso di tutti i condomini; per contro, per il rilascio di una concessione *ad aedificandum*, di durata non superiore a nove anni è sufficiente la maggioranza prevista per gli atti di ordinaria amministrazione dagli articoli commi 2 e 3 c.c., a seconda che si tratti di prima o di seconda convocazione dell'assemblea condominiale. In definitiva, la questione di massima sollevata dalla Seconda Sezione civile va risolta nel senso che il contratto con cui un condominio abbia concesso ad altri, dietro il pagamento di un corrispettivo, il lastrico solare, o altra idonea superficie comune, allo scopo di consentire al concessionario l'installazione di infrastrutture ed impianti che comportino la trasformazione dell'area, riservando comunque al detentore del lastrico di godere e disporre dei manufatti nel corso del rapporto e di asportarli alla fine dello stesso, richiede l'approvazione di tutti i condomini se, secondo l'interpretazione del giudice di merito, esso abbia attribuito al concessionario un diritto temporaneo di superficie; non richiede l'approvazione di tutti i condomini se, secondo l'interpretazione del giudice di merito, esso abbia attribuito al concessionario una concessione *ad aedificandum* di natura obbligatoria di durata inferiore a nove anni.

Nota di Serena Cosentino

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le sentenze n. 8434 e n. 8435 del 30 aprile 2020, sono state chiamate a pronunciarsi sull'esatta qualificazione del contratto con cui il proprietario del lastrico solare "*intenda cedere in godimento ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, o altro impianto tecnologico, con il diritto di mantenere la disponibilità ed il godimento dell'impianto ed asportare il medesimo alla fine del rapporto*".

Le controversie nascevano in ambito condominiale dove dalla natura del contratto dipende la maggioranza richiesta, all'interno dell'assemblea, ai sensi dell'art. 1108 c.c. il quale – alla luce della peculiarità del lastrico solare che, per la superficie, costituisce oggetto dell'uso esclusivo di chi abbia il relativo diritto mentre, per la parte strutturale, costituisce cosacomune in quanto copertura dell'edificio (Cass., Sez. Un., 10 maggio 2016, n. 9449) – richiede l'unanimità per la costituzione di diritti reali sul fondo comune e per le locazioni ultranovennali.

In tale contesto normativo i giudici, in primo luogo, escludono l'applicazione dell'art. 1120 c.c. in tema di innovazioni, non perché l'installazione di ripetitori per l'esercizio del servizio di telefonia non possa essere considerato una innovazione dal punto di vista oggettivo (c'è una "*modificazione della cosa comune che altera l'entità materiale del bene operandone la trasformazione ovvero determinando la trasformazione della sua destinazione*"), ma in

quantol'opera non va a beneficio del condominio bensì è destinata all'utilizzo esclusivo di un terzo.

In secondo luogo, i giudici qualificano il ripetitore come bene immobile in quanto “*costituisce bene immobile qualsiasi costruzione, di qualsiasi materia formata, che sia incorporata o materialmente congiunta al suolo, anche se a scopo transitorio*” e la nozione di costruzione di cui all'art. 812 c.c. comprende “*qualsiasi opera, non completamente interrata, avente i caratteri della solidità e immobilizzazione*”. Ai fini della corretta definizione del bene non rileva, dunque, l'inseparabilità della cosa, ma l'utilità in concreto secondo un criterio di carattere economico-sociale.

Data la natura di bene immobile del ripetitore, il programma negoziale con cui il proprietario del lastrico solare concede ad altri, a titolo oneroso, la facoltà di installarvi e mantenervi per un certo tempo un ripetitore, può essere astrattamente perseguito mediante un contratto costitutivo di un diritto reale. Va esclusa, tuttavia, l'utilizzabilità del modello della servitù volontaria, in quanto manca il fondo dominante la cui *utilitas* è presupposto necessario di tale diritto reale. Va, inoltre, escluso il diritto d'uso in quanto l'unica facoltà che compete alla società di telecomunicazioni è quella di installare il ripetitore mentre il potere dell'usuario di trarre utilità dalla cosa non può incontrare limitazioni se non quelle derivanti dalla natura e dalla destinazione economica della cosa. Il principio del numero chiuso dei diritti reali non consente all'autonomia privata di modificare poteri e modalità di godimento che connotano l'utilità del titolare di un diritto reale (Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2020, n. 28972).

Lo schema negoziale di riferimento – in ipotesi – è, allora, quello del contratto costitutivo di un diritto di superficie che “*conferisce all'acquirente la facoltà di realizzare e mantenere sul suolo altrui una costruzione destinata (...) ad entrare nella sua proprietà superficaria*”. In tal caso il contratto richiederà l'approvazione di tutti i condomini.

Si precisa che l'art. 952 c.c., nel disciplinare il diritto di superficie, distingue il caso in cui il *dominus* conceda il diritto di fare e mantenere sul suolo una nuova costruzione (concessione *ad aedificandum*) dal caso in cui la costruzione già esista sul fondo e il proprietario ne alieni la proprietà separatamente dalla proprietà del suolo. La concessione *ad aedificandum* è qualificata, dalla Relazione al codice civile, come un autonomo diritto reale su cosa altrui, che diventa un vero diritto di proprietà quando la costruzione è eseguita.

Tuttavia, nella maggior parte dei casi, i caratteri della realtà (efficacia *erga omnes*, trasferibilità a terzi, assoggettabilità al gravame ipotecario) non sono disciplinati dal programma negoziale il quale si concentra, piuttosto, sul godimento dell'area, sulla durata del rapporto e sul diritto del beneficiario di asportare il ripetitore alla cessazione del rapporto.

In tal caso le parti stipulano un contratto atipico ad effetti obbligatori di concessione *ad aedificandum*: “*con tale contratto il proprietario di un'area concede ad altri il diritto personale di edificare sulla stessa, di godere e disporre dell'opera edificata per l'intera durata del rapporto e di asportare tale opera al termine del rapporto*”. L'accordo, che realizza una deroga al principio di accessione, richiederà l'approvazione di tutti i condomini solo se la relativa durata sia convenuta per più di nove anni.

Tale contratto atipico sarà disciplinato dalle norme generali del titolo II, libro IV del c.c. e, per quanto non ivi previsto, dalla disciplina del contratto tipico di locazione; sarà, inoltre, soggetto al giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, co. 2, c.c.* recentemente valorizzato dalla giurisprudenza e differenziato dal mero vaglio di liceità, in quanto connesso ai principi costituzionali di solidarietà, parità e non prevaricazione (Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, Cass., Sez. III, 28 aprile 2017 n. 10506).

La concessione del lastrico solare per l'installazione di ripetitori può, pertanto, essere realizzata sia attraverso un contratto ad effetti reali sia attraverso un contratto ad effetti

personali. La qualificazione nel singolo caso di specie sarà, di volta in volta, rimessa al giudice di merito in applicazione dei principi di interpretazione del contratto (art. 1362 ss. c.c.).

OBBLIGAZIONI

Compensazione

Quote latte: ammissibile la compensazione impropria o atecnica

Cass. civ., Sez. I, 3 novembre 2020, n. 24325

(...) Il primo motivo denuncia violazione degli artt. 1241 e seguenti c.c., per avere erroneamente applicato la disciplina della compensazione impropria o atecnica in una situazione in cui non era applicabile la disciplina della compensazione propria, trattandosi di crediti e debiti non legati da vincolo di sinallagmaticità e relativi a rapporti e periodi diversi. Il secondo motivo denuncia omesso esame di fatti decisivi. Il terzo motivo denuncia violazione degli artt. 1246, n. 3, c.c. e 3, comma 5-*duodecies*, del d.l. 9 settembre 2005, n. 182, conv. in legge 11 novembre 2005, n. 231, che prevede che i diritti aventi ad oggetto i contributi PAC non sono pignorabili né, dunque, compensabili per effetto di (presunti) controcrediti fatti valere nei confronti degli imprenditori agricoli inadempienti. Il quarto motivo, articolato in diversi sottomotivi, denuncia violazione e falsa applicazione dei Regolamenti CE n. 1663 del 1995, n. 1290 del 2005 e dell'art. 8 del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. con legge 9 aprile 2009, n. 33, come interpretati nel senso di ritenere l'esistenza di un rapporto giuridico unitario tra ciascun produttore agricolo e l'Unione europea, nell'ambito delle misure di finanziamento della politica agricola europea. I motivi, da esaminare congiuntamente, sono infondati (...) Non è fondata l'obiezione, sollevata dall'Azienda ricorrente, secondo cui la compensazione non avrebbe potuto operare nella specie, in quanto avrebbe dovuto essere fatta valere in giudizio, in via di compensazione, un credito che doveva essere accertato da una giurisdizione diversa, atteso che la ricorrente non ha nemmeno allegato la pendenza di un giudizio dinanzi al giudice amministrativo, sicché la sua contestazione del controcredito è rimasta su un piano di mera astrattezza. Né è fondata l'ulteriore obiezione secondo cui l'organismo pagatore non avrebbe potuto porre in compensazione il debito per prelievo supplementare poiché debitori del medesimo prelievo sarebbero solo gli Stati membri e non i produttori. Ed infatti è significativo l'art. 79 del Reg. CE n. 1234 del 2007, secondo il quale «i produttori sono debitori verso lo stato membro del pagamento del contributo al prelievo sulle eccedenze dovuto (...) per il semplice fatto di avere superato le rispettive quote di cui dispongono» (...). A questo punto è necessario illustrare più approfonditamente le ragioni a sostegno dell'affermata ammissibilità della cd. compensazione impropria, in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (a partire dalla sentenza della Terza Sezione n. 487 del 2015). Come condivisibilmente rilevato dal Consiglio, si deve considerare che il regime dei contributi previsto per la PAC costituisce un sistema complesso che prevede l'attribuzione, a favore degli agricoltori, di diverse forme di aiuto e che, al contempo, pone restrizioni in capo agli stessi e agli Stati membri, affinché siano rispettati i vincoli posti a livello europeo per un corretto sviluppo dell'agricoltura. Il sistema è pensato come un *unicum* con più attori che agiscono a livelli differenti per perseguire gli obiettivi previsti dal Trattato: in primo luogo, l'Unione Europea e lo Stato membro in qualità di «finanziatori» e, al contempo, di controllori del processo di erogazione dei contributi; in secondo luogo, gli organismi di coordinamento e gli organismi pagatori a livello nazionale e locale; infine, i beneficiari, ovvero gli agricoltori individuali o riuniti in associazioni/cooperative, le imprese agricole, di produzione, trasformazione o commercializzazione (...). Non è ravvisabile dunque alcuna violazione dei principi in tema

di compensazione, di cui all'art. 1241 ss. c.c., giacché la cd. compensazione impropria tra aiuti e prelievi, nell'ambito del medesimo rapporto unitario, è un effetto diretto (e naturale conseguenza) dellanormativa europea, ed è insito nel modo stesso con il quale è strutturata ed opera la PAC, implicando un mero accertamento contabile del dare e dell'avere, che efficacemente attua e soddisfa il sistema del prelievo supplementare e la *ratio* che presiede al meccanismo delle c.d. quote latte, come individuata dalla Corte di giustizia (sentenza del 25 marzo 2004, C-231/00, C-303/2000 e C- 451/00) e consistente nel «ristabilire l'equilibrio tra la domanda e l'offerta sul mercato lattiero, caratterizzato da eccedenze strutturali, limitando la produzione lattiera» (...). In conclusione, avendo i giudici di merito con incensurabile apprezzamento di fatto (v. sub 6-c) implicitamente accertato la sussistenza del controcredito per prelievo relativo alle quote latte, che non ha costituito oggetto di contestazione da parte del debitore in sede giurisdizionale ed è dunque certo, non vi sono ostacoli all'operatività della compensazione (anche la circostanza, genericamente dedotta, della richiesta di rateizzazione del debito è stata implicitamente valutata dai giudici di merito in senso difforme) (...). Si deve affermare il principio secondo cui, in tema di rapporti tra il credito dell'agricoltore a titolo di contributi PAC e i debiti dello stesso per prelievo supplementare relativo alle quote latte, è ammissibile la cd. compensazione impropria o atecnica, a condizione che il controcredito sia certo e liquido secondo la valutazione dei giudici di merito incensurabile in sede di legittimità, a tal fine valorizzando l'unitarietà del rapporto, in base al quale il regime delle quote latte è parte integrante del sistema PAC, il cui corretto funzionamento complessivo postula l'effettività del recupero delle somme dovute dai produttori di latte che abbiano superato i limiti nazionali, mediante la previa verifica del Registro nazionale previsto dalla legge, nel quale sono inseriti i debiti e crediti dell'agricoltore, la cui compensazione è connaturata al sistema della PAC, come configurato dal diritto dell'Unione, la cui primazia all'interno degli Stati membri postula l'interpretazione conforme delle norme nazionali.

Nota di Alisia Mercurio

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione ha affrontato il tema dell'ammissibilità della c.d. compensazione impropria o atecnica tra il credito dell'agricoltore a titolo di contributi PAC (Politica Agricola Comune) e i debiti dello stesso per prelievo supplementare relativo alle quote latte.

I giudici richiamano la normativa eurounitaria in materia e, in particolare, i Regolamenti CE n. 1034 del 2008, terzo "considerando", e n. 885 del 2006, art. 5 *ter*, che rimettono agli Stati membri di accertare il debito "in conformità della legislazione nazionale", cui consegue necessariamente la deduzione degli "importi da recuperare dai futuri pagamenti a favore del medesimo beneficiario". Inoltre, osservano gli ermellini che la legislazione nazionale conferisce all'amministrazione il potere di accertare unilateralmente il debito per quote latte e che la compensazione impropria è prevista anche nell'ordinamento nazionale per cui non vi è ragione di escluderla solo perché definita come "compensazione comunitaria finanziaria". Di conseguenza affermano che la compensazione, attuata mediante il predetto meccanismo di deduzione degli importi a debito dai futuri pagamenti a favore del debitore, è implicita nel sistema che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie affinché l'imposizione del prelievo venga effettuata correttamente e si ripercuota sui produttori che hanno superato le quote di cui dispongono.

In linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la Suprema Corte qualifica il regime dei contributi previsti per la PAC come un sistema complesso che prevede l'attribuzione agli agricoltori di diverse forme di aiuto, ma che, contemporaneamente, impone una serie di vincoli per un corretto sviluppo dell'agricoltura.

Il regime delle quote latte è parte della PAC e costituisce uno dei maggiori debiti in capo ai produttori agricoli, i quali sono tenuti al pagamento di un contributo per il superamento dei limiti quantitativi nazionali. Uno dei mezzi per attuare il prelievo supplementare è costituito dalla compensazione dei debiti iscritti nel Registro nazionale in sede di erogazione dei contributi all'agricoltura.

Invero, il meccanismo della PAC si fonda su un rapporto unico e prevede un regime unico di pagamenti diretti degli aiuti. In tale ambito la compensazione si pone come misura comunitaria a tutela del sistema PAC perché lo finanzia mediante il recupero del prelievo supplementare.

Di conseguenza, la compensazione impropria tra aiuti e prelievi è un effetto diretto della normativa europea.

La Suprema Corte richiama anche il principio per cui il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro operi una compensazione tra un importo dovuto al beneficiario di un aiuto in base ad un atto comunitario e crediti esigibili dallo stesso Stato membro, che vale a fortiori nel caso in cui il credito sia finalizzato a recuperare somme dovute dai produttori che hanno superato le quote latte.

A questo punto la Corte si sofferma sull'istituto della compensazione impropria caratterizzata dalla unicità del rapporto dal quale originano i contrapposti crediti e debiti delle parti. Di conseguenza, la valutazione delle reciproche pretese comporta un mero accertamento contabile del dare e dell'avere, senza bisogno di apposita domanda riconvenzionale o eccezione di compensazione, a differenza della compensazione propria che invece richiede l'autonomia dei rapporti. L'operatività della compensazione impropria non richiede neppure una espressa previsione legislativa, laddove garantisca, tra l'altro, l'effettività del diritto comunitario e il recupero delle somme dovute a titolo di prelievo supplementare.

Al contrario, la sua esclusione comprometterebbe il conseguimento degli scopi della normativa comunitaria, in quanto l'UE sarebbe tenuta a corrispondere gli aiuti PAC anche ad agricoltori che risultino debitori nei suoi confronti di somme ingenti, ugualmente riconducibili alla politica agricola comune.

Conseguentemente, al fine di garantire una interpretazione delle norme nazionali conforme al diritto dell'Unione, il giudice nazionale deve prendere in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura debba essere applicato in modo da assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia di cui è investito.

Nella fattispecie in esame, il giudice di merito aveva sostenuto la tesi della compensazione impropria tra il debito gravante sull'azienda agricola ricorrente a titolo di prelievo supplementare per quote latte e il credito per gli aiuti comunitari PAC di cui l'azienda era titolare, sul presupposto che si trattasse di debiti e crediti originanti da un unico rapporto giuridico tra gli agricoltori e l'UE.

La Corte di Cassazione condivide, dunque, tale tesi. Una volta accertata la sussistenza del controcredito per prelievo relativo alle quote latte, che non ha costituito oggetto di contestazione da parte del debitore in sede giurisdizionale ed è dunque certo non vi sono ostacoli all'operatività della compensazione.

Pertanto, la conclusione a cui giunge la Corte è che *“in tema di rapporti tra il credito dell'agricoltore a titolo di contributi PAC e i debiti dello stesso per prelievo supplementare relativo alle quote latte, è ammissibile la c.d. compensazione impropria o atecnica, a condi-*

zione che il controcredito sia certo e liquido secondo la valutazione dei giudici di merito incensurabile in sede di legittimità”.

Il regime delle quote latte, infatti, è parte integrante del sistema PAC. Da ciò discende l'unitarietà del rapporto e l'esigenza di garantire l'effettivo recupero delle somme dovute dai produttori che abbiano superato i limiti nazionali.

Interessi moratori

Usura e interessi moratori: le Sezioni Unite e il principio di simmetria

Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597

(...) Il Collegio ha ritenuto che il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all'interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela. Questa, invero, non sarebbe equivalente ove operata *ex art.* 1384 c.c.: il quale potrebbe sempre consentire una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale, oltre che, verosimilmente, condurre al mero abbattimento dell'interesse pattuito al tasso soglia, pur integrato con quello rilevato quanto agli interessi moratori, e non al minor tasso degli interessi corrispettivi, come oltre, invece, si indicherà; mentre, poi, il diritto positivo non impedisce una interpretazione che riconduca anche gli interessi moratori nell'alveo della tutela antiusura, con maggiore protezione del debitore, che sembra anzi consigliare. Certamente esiste, infatti, l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercé del finanziatore: il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento (cfr. art. 41 Cost.) e la disciplina *ad hoc* dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti (...). Nella normativa antiusura si possono rintracciare una pluralità di *rationes legis*, quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario (...). L'affermata riconduzione degli interessi moratori nell'ambito della normativa predetta richiede la soluzione di plurime questioni, cui il Collegio ha ritenuto di offrire le risposte che seguono: i) la disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi, convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato; ii) la mancata indicazione, nell'ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali *de quibus*, ove essi ne contengano la rilevazione statistica; iii) se i decreti non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato; iv) si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro; v) resta, quindi, la residua debenza di interessi dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento; vi) rilevano sia il tasso astratto, sia quello in concreto applicato, a diversi effetti; vii) nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso all'art. 33, comma 2, lett. f) e art. 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005; viii) ne deriva l'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori (...). La disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto, quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato (...). Ed è del tutto ragionevole l'osservazione, secondo cui diversa è la stessa intensità del cd. rischio creditorio, sottesa alla determinazione della misura degli interessi corrispettivi, da un lato, e degli interessi moratori, dall'altro lato: se i primi considerano il presupposto della puntualità dei pagamenti dovuti, i secondi incorporano

l'incertus an e l'incertus quando del pagamento – trasformandosi il meccanismo tecnicogiuridico da quello del termine a quello della condizione – onde il creditore dovrà ricomprendervi il costo dell'attivazione degli strumenti di tutela del diritto insoddisfatto; proprio in relazione a tale rischio, l'intermediario può determinare i tassi applicabili (cfr. D.Lgs. n. 385 del 1993, artt. 120-*undecies* e 124-*bis*). Ma anche tale costo deve soggiacere ai limiti antiusura (...). Occorre, a questo punto, farsi carico del problema, pur trascurato dalle conclusioni della parte pubblica, concernente la mancata rilevazione della maggiorazione propria degli interessi moratori nei decreti ministeriali, dall'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996 sino al D.M. 25 marzo 2003. Per ogni contratto, infatti, deve essere preso a termine di riferimento il D.M. all'epoca vigente. Per quanto riguarda proprio la vicenda in esame, dagli atti delle parti e dalla sentenza impugnata risulta che il contratto fu concluso il OMISSIS e, dunque, si tratta del D.M. 22 marzo 2002. L'art. 1 D.M. individua, con rimando all'allegato, il tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) relativamente ai vari tipi contrattuali, e l'art. 2 precisa che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto e sino al 30 giugno 2002, ai fini della determinazione del tasso-soglia, i T.e.g.m. devono essere aumentati della metà. Le Sezioni unite ritengono che, in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato, sia allora giocoforza comparare il T.e.g. del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori in concreto applicati, con il T.e.g.m. così come in detti decreti rilevato; onde poi sarà il margine, nella legge previsto, di tolleranza a questo superiore, sino alla soglia usuraria, che dovrà offrire uno spazio di operatività all'interesse moratorio lecitamente applicato (...). La conseguenza di quanto esposto è la piana applicazione dell'art. 1815 c.c., comma 2, pacificamente transtipica. A differenza di altri ordinamenti anche Europei, nei quali il superamento del tasso soglia non determina la nullità della clausola sugli interessi, ma la mera restituzione del *surplus*, la legge nazionale ha comminato la gratuità sanzionatoria del contratto. Peraltro, il Collegio ha reputato che la norma possa trovare una interpretazione che, pur sanzionando la pattuizione degli interessi usurari, faccia seguire la sanzione della non debenza di qualsiasi interesse, ma limitatamente al tipo che quella soglia abbia superato. Invero, ove l'interesse corrispettivo sia lecito, e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi; ma resta l'applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti (...). Caduta la clausola degli interessi moratori, resta un danno per il creditore insoddisfatto, donde l'applicazione della regola comune, secondo cui il danno da inadempimento di obbligazione pecuniaria viene automaticamente ristorato con la stessa misura degli interessi corrispettivi, già dovuti per il tempo dell'adempimento in relazione alla concessione ad altri della disponibilità del denaro. Ciò, in quanto la nullità della clausola sugli interessi moratori non porta con sé anche quella degli interessi corrispettivi: onde anche i moratori saranno dovuti in minor misura, in applicazione dell'art. 1224 c.c., sempre che – peraltro – quelli siano lecitamente convenuti (...). La risoluzione non opera retroattivamente, ma soltanto per il futuro, comportando l'anticipazione della scadenza dell'obbligazione di rimborso del capitale, la quale, però, conserva il suo titolo contrattuale. L'efficacia retroattiva alla risoluzione per inadempimento del mutuo finirebbe con l'essere ingiustificatamente pregiudizievole per il mutuante ed ingiustificatamente premiale per il mutuatario, che continuerebbe a godere, di fatto, del capitale a un interesse più vantaggioso di quello cui si era obbligato (Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449). Dunque, nei casi in cui non si discorra di usurarietà, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute per intero, con gli interessi corrispettivi in esse già inglobati ed effetto anatocistico, secondo la normativa tempo per tempo vigente (...). In definitiva, per quanto ora rileva, caduta la clausola sugli interessi moratori, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano

dovute nella loro integralità, comprensive degli interessi corrispettivi in esse già conglobati, oltre agli interessi moratori sull'intero nella misura dei corrispettivi pattuiti; tale effetto, peraltro, richiede che in sé il tasso degli interessi corrispettivi sia lecito. Per quanto attiene le rate a scadere, sorge l'obbligo d'immediata restituzione dell'intero capitale ricevuto, sul quale saranno dovuti gli interessi corrispettivi, ma attualizzati al momento della risoluzione: infatti, fino al momento in cui il contratto ha avuto effetto, il debitore ha beneficiato della rateizzazione, della quale deve sostenere il costo, pur ricalcolato attualizzandolo, rispetto all'originario piano di ammortamento non più eseguito; da tale momento e sino al pagamento, vale l'art. 1224 c.c., comma 1 (...). Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore inadempiente; cade l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto non applicato; i parametri di riferimento dell'usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata. In conclusione, ciò che rileva in concreto in ipotesi di inadempimento è il tasso moratorio applicato; se il finanziato intenda agire prima, allo scopo di far accertare l'illiceità del patto sugli interessi rispetto alla soglia usuraria, come fissata al momento del patto, la sentenza ottenuta vale come accertamento, in astratto, circa detta nullità, laddove esso fosse, in futuro, utilizzato dal finanziatore (...). Nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso agli artt. 33, comma 2, lett. f) e 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005. Nei contratti di finanziamento, in cui il soggetto che riceve la somma in prestitorivesta la qualifica di consumatore, è applicabile, altresì, la tutela contro le clausole vessatorie. Analogamente, il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. f), prevede che "si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalented'importo manifestamente eccessivo". Si opera, quindi, un cumulo di rimedi, essendo rimesso all'interessato di far valere l'uno o l'altro.

L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c., si attegga nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto.

Nota di Giuseppe Piccardo

La vicenda oggetto della rilevante sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione trae origine dall'emissione di un decreto ingiuntivo, da parte del Tribunale di Genova, a favore di una società finanziaria, per una somma richiesta quali rate insolute, relative a un contratto di finanziamento al consumo, rate comprensive di capitale residuo, interessi di mora e penale da ritardo. Il Tribunale di Genova, in parziale accoglimento dell'opposizione del debitore, revocava il decreto ingiuntivo opposto concludendo per la vessatorietà delle clausole di cui alle condizioni generali di contratto, che imponevano al debitore il rimborso immediato di tutte le rate scadute e in scadenza, comprensive di capitale e interessi moratori e di due penali, nonché per l'usurarietà degli interessi di mora previsti dal contratto. La Corte di Appello con-

fermava la sentenza di primo grado e la società finanziaria proponeva ricorso per Cassazione. La prima sezione della Suprema Corte, posto che la decisione del ricorso presupponeva la disamina della dibattuta questione dell'applicabilità o meno della disciplina penalistica antiusura agli interessi di mora, rimetteva gli atti al Primo Presidente e quindi, alle Sezioni Unite, al fine di dirimere un contrasto interpretativo inerente una questione di massima di particolare importanza. Il rapporto tra interessi di mora e disciplina antiusura è oggetto di un acceso dibattito interpretativo dottrinale e giurisprudenziale, in quanto gli interessi moratori non sono compresi nella base di calcolo del c.d. TAEGM (Tasso anno effettivo globale medio) e, quindi, nel tasso soglia usurario, parametrato al c.d. TEGM (tasso effettivo globale medio). Secondo una prima tesi, dominante sia in dottrina che in giurisprudenza, la disciplina antiusura riguarderebbe sia gli interessi corrispettivi che gli interessi moratori; le argomentazioni a sostegno della suddetta impostazione sono di ordine letterale e di ordine teleologico. L'argomento letterale fa riferimento al disposto dell'articolo 644, co. 4, c.p., relativo alle voci comprese nella valutazione di usurarietà, a livello sia civilistico che penalistico, da leggere in combinato disposto con l'art. 1 del d.l. n. 394/2000, che fa espressamente riferimento agli interessi dovuti a "qualsivoglia titolo", nonché all'art. 1, co. 3, l. n. 108/1996, che prevede un unico criterio di accertamento degli interessi moratori (in questo senso Cass. civ., 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27442; Cass. civ., 4 ottobre 2017, n. 23192; nello stesso senso, già Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29). Inoltre, i sostenitori dell'orientamento in esame ritengono che sussista un principio di omogeneità di trattamento degli interessi ("simmetria"), contenuto nell'art. 1224 c.c., secondo il quale gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura di quelli pattuiti in misura superiore, anteriormente alla mora, mentre sotto il profilo teleologico ritengono che gli interessi moratori e corrispettivi costituiscano, comunque, un ristoro per il creditore che non ha potuto godere, per ragioni diverse, del capitale, considerato, altresì che il criterio di calcolo degli interessi usurari previsto dalla legge n. 108/1996, più volte citata, assume le caratteristiche di disciplina di ordine pubblico finalizzata al corretto esercizio dell'attività economica.

In questa prospettiva, dunque, la fissazione di un tasso soglia, oltre il quale gli interessi devono essere considerati usurari, con riferimento agli interessi moratori dovrebbe essere correlata al disposto dell'art. 1815, co. 2, c.c., dettato per il contratto di mutuo, ma applicabile, in via interpretativa a tutti i contratti di finanziamento, secondo cui qualora le parti si siano accordate per la corresponsione di interessi usurari, la relativa clausola è nulla e non sono dovuti interessi. Peraltro, con la citata sentenza, la Suprema Corte ha ritenuto ammissibile il cumulo tra i rimedi della nullità e quello della riduzione ad equità, cosicché il primo opererebbe nel caso di superamento del tasso soglia, mentre il secondo in caso di interessi manifestamente eccessivi. Le argomentazioni sopra riportate sono valutate, in modo specularmente opposto, da quella parte della dottrina e della giurisprudenza, minoritaria, che ritiene che gli interessi di mora sarebbero irrilevanti nel calcolo del tasso reale, in quanto aventi natura chiaramente risarcitoria. Infatti, da questo angolo visuale, si ritiene possibile applicare la disciplina della clausola penale, riducibile d'ufficio in caso di sua manifesta iniquità (Cass. civ., Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675; Trib. Taranto, 3 marzo 2018, n. 594; Trib. Roma, 30 gennaio 2020, n. 2042). Le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente ritenendo, in considerazione dell'interpretazione ermeneutica della disciplina antiusura, (quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario) preminente l'esigenza di piena tutela del soggetto debitore, con la conseguenza che il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possa essere considerato altro rispetto all'interesse moratorio, con-

formandosi, così, alla tesi estensiva che ritiene anche il tasso di mora assoggettato alla normativa antiusura.

Da quanto sopra discende che qualora il D.M. di riferimento contenga anche l'indicazione del tasso di mora medio applicato dagli operatori, sebbene indicato separatamente dal T.E.G.M., in conformità al precedente della stessa Suprema Corte in materia di commissione di massimo scoperto (Cass. civ., Sez. Un., 20 giugno 2018, n. 16303), del tasso medio di mora debba pure tenersi conto nell'individuazione della soglia limite per gli interessi moratori. Se, invece, il D.M. di riferimento non contenga alcuna indicazione della maggiorazione media dei moratori, secondo le Sezioni Unite, ai fini dell'individuazione del tasso soglia si rende necessario il confronto del T.E.G.M. così come rilevato e in caso di superamento del tasso da ultimo citato, saranno dovuti solamente eventuali interessi corrispettivi, in minor misura, ai sensi dell'articolo 1224 c.c., in conformità ai principi di diritto comunitario, secondo cui la direttiva 93/13/CEE non osta a che si giunga alla «soppressione integrale di questi interessi, mentre continuano a maturare gli interessi corrispettivi previsti da detto contratto» (così CGCE 7 agosto 2018, C-96/16, punti 76-78), stante la natura remuneratoria e non risarcitoria degli interessi corrispettivi, così come quelli moratori nella stessa misura di quelli corrispettivi. Sotto il profilo strettamente processuale – probatorio, l'usurarietà degli interessi dovrà essere dimostrata dal debitore, così come il tipo contrattuale, la clausola negoziale, l'eventuale qualifica di consumatore, la misura del T.E.G.M. nel periodo considerato, in concomitanza con gli altri elementi contenuti nel D.M. di riferimento. La banca, invece, dovrà allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto: fra di essi, la pattuizione negoziata della clausola con il soggetto sebbene avente la veste di consumatore e la diversa misura degli interessi applicati.

CONTRATTI

Patto fiduciario

Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*

Cass. civ., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459

(...) La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite concerne la forma del patto fiduciario con oggetto immobiliare. Premesso che il patto fiduciario dà luogo ad un assetto di rapporti sul piano obbligatorio in forza del quale il fiduciario è tenuto verso il fiduciante a tenere una certa condotta nell'esercizio del diritto fiduciariamente acquistato, ivi compreso il ritrasferimento del diritto al fiduciante o a un terzo da lui designato, l'interrogativo sollevato dall'ordinanza interlocutoria è se valida fonte dell'obbligazione di ritrasferire sia soltanto un atto bilaterale e scritto, coevo all'acquisto del fiduciario, o se sia sufficiente un atto unilaterale, ricognitivo, posteriore e scritto del fiduciario, a monte del quale vi sia un impegno espresso oralmente dalle parti. Il negozio fiduciario si presenta non come una fattispecie, ma come una casistica: all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti. Innanzitutto perché l'investitura del fiduciario nella titolarità del diritto può realizzarsi secondo distinti moduli procedimentali. La questione sollevata, infatti, concerne, la forma dell'impegno con cui il fiduciario si obbliga nei rapporti interni verso il fiduciante, in forza del *pactum fiduciae*, a ritrasferirgli l'immobile. In considerazione del già rilevato multiforme atteggiarsi del fenomeno fiduciario, tale interrogativo viene esaminato dalle Sezioni Unite nei limiti della sua rilevanza, ossia avendo riguardo all'orizzonte di attesa della fattispecie concreta, la quale si caratterizza per essere il fiduciario divenuto titolare del diritto avendolo acquistato in nome proprio da un terzo con mezzi somministratigli dal fiduciante (...) L'indirizzo dominante, nel richiedere la forma scritta *ad validitatem* del patto fiduciario con oggetto immobiliare, muove da un'equiparazione del patto al contratto preliminare: sia per la somiglianza strutturale (obbligatorietà del futuro *contrahere*) tra l'uno e l'altro negozio, sia per la similitudine effettuale, che si risolverebbe nell'*eadem ratio* del requisito di forma imposto dall'art. 1351 c.c.. In sostanza, si riconosce l'esistenza di un collegamento tra l'art. 1351 c.c., e l'art. 2392 c.c., nel senso che, riferendosi l'art. 2392 c.c., a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l'art. 1351 c.c., dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obbligano i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale, con la conseguenza che la norma non riguarderebbe soltanto il contratto preliminare, ma ogni negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, e tra questi il patto fiduciario. Nel rapporto che si realizza per mezzo di un acquisto compiuto dal fiduciario, per conto del fiduciante, direttamente da un terzo, il *pactum fiduciae* – con cui il fiduciario si obbliga a gestire la posizione giuridica di cui è investito secondo modalità predeterminate e a ritrasferire la stessa al fiduciante – è assimilabile, ad avviso del Collegio, al mandato senza rappresentanza, non al contratto preliminare. In questo senso convergono le indicazioni della giurisprudenza e le analisi della dottrina. Quando pone l'accento sulla struttura e sulla funzione del *pactum fiduciae*, la giurisprudenza (Cass., Sez. I, 20 maggio 1976, n. 1798) non esita a ricondurre al mandato senza rappresentanza (in parti-

colare, ai rapporti interni tra mandante e mandatario) il patto di ritrasferire al fiduciante il diritto acquistato dal fiduciario (...). La riconduzione allo schema del mandato senza rappresentanza del *pactum fiduciae* che s'innesta sull'intestazione in capo al fiduciario di un bene da questo acquistato utilizzando la provvista fornita dal fiduciante, orienta la soluzione del problema della forma dell'impegno dell'accordo fiduciario con oggetto immobiliare. Invero, al fine di stabilire se un contratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, occorre procedere – secondo l'insegnamento di autorevole dottrina – con il metodo dell'analogia, ed accertare se il rapporto di somiglianza intercorra con un contratto tipico a struttura debole o con un contrattotipico a struttura, perché soltanto nel secondo caso anche per il negozio atipico è configurabile il requisito di forma. Ora, il mandato senza rappresentanza che abbia per oggetto l'acquisto di beni immobili per conto del mandante e in nome del mandatario, è un contratto a struttura debole. La giurisprudenza di questa Corte ha statuito che, in ossequio al principio di libertà della forma, il mandato senza rappresentanza per l'acquisto di beni immobili non necessita della forma scritta e che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire al mandante l'immobile acquistato dal mandatario è esperibile anche quando il contratto di mandato senza rappresentanza sia privo di forma scritta (...). L'esclusione della necessità della forma scritta per il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare riconcilia la soluzione giurisprudenziale con la storia e con l'esperienza pratica del negozio fiduciario. Si tratta ora di stabilire la rilevanza della posteriore dichiarazione scritta con cui l'interposto, riconoscendo l'intestazione fiduciaria, si impegna ad effettuare, in favore del fiduciante o di un terzo da lui indicato, il ritrasferimento finale (...). Le Sezioni Unite ritengono che, una volta ammessa la validità del patto fiduciario immobiliare anche se stipulato *verbis*, il fiduciario dichiarante è già destinatario di una obbligazione di ritrasferimento, e tale patto non scritto è il titolo che giustifica l'accoglimento della domanda giudiziale di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento su di lui gravante. D'altra parte, non sussistono ostacoli ad ammettere, a tutela del fiduciante deluso, il particolare rimedio di cui all'art. 2932 c.c.: avendo questa Corte chiarito che l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto è applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto. Conclusivamente, a risoluzione del contrasto di giurisprudenza sollevato con l'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione, le Sezioni Unite enunciano i seguenti principi di diritto: "Per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario"; "La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria" (...).

1. Il caso concreto. Il fiduciante aveva fornito al fiduciario i mezzi per l'acquisto di un immobile, che viene effettivamente eseguito, e il fiduciario aveva assunto oralmente l'obbligo di ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo, a richiesta di quest'ultimo. A distanza di quasi venti anni, il fiduciario aveva reso anche una dichiarazione scritta sull'esistenza di tale obbligo, ma il trasferimento rimaneva tuttavia inadempito. Poste queste premesse, la questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite concerne la forma del patto fiduciario con oggetto immobiliare.

2. Il negozio fiduciario. Con il negozio fiduciario, il fiduciante trasferisce un bene (o i mezzi per l'acquisto) al fiduciario, il quale si obbliga a conservarlo e/o amministrarlo secondo certi criteri e a trasferirlo successivamente allo stesso fiduciante o a un terzo. Quanto alla sua natura giuridica, le parti possono realizzare un negozio fiduciario sia per mezzo di un atto di alienazione dal fiduciante al fiduciario, sia, come nel caso di specie, attraverso un acquisto compiuto dal fiduciario in nome proprio da un terzo con denaro fornito dal fiduciante (p. 11). In dottrina si è discusso anche di un negozio unitario oppure di un negozio indiretto o ancora di un collegamento negoziale tra un contratto traslativo e un accordo fiduciario (p. 13).

La questione posta all'esame della Corte concerne soltanto la forma dell'impegno con cui il fiduciario si obbliga nei rapporti interni verso il fiduciante, in forza del *pactum fiduciae*, a ritrasferirgli l'immobile (p. 14). Sul punto le S.U. ritengono di non sposare l'orientamento dominante, sconfessando l'assimilazione del patto fiduciario al contratto preliminare: nel preliminare infatti l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima e su esso si innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione è conformare l'effetto reale in funzione dell'interesse delle parti (p. 21).

3. Patto fiduciario e mandato senza rappresentanza. Le S.U. ritengono assimilabile il patto fiduciario al mandato senza rappresentanza: *Il mandato senza rappresentanza [...] non solo può piegarsi alle esigenze di un patto fiduciario che contempra l'obbligo del fiduciario di ritrasferire al fiduciante un diritto, ma si pone anzi come figura negoziale praticamente meglio idonea ad assorbire (...) quel determinato intento* (p. 20); pertanto anche la disciplina sulla forma del patto fiduciario va ricercata nelle norme previste dal mandato senza rappresentanza (p. 22).

4. Rapporto di somiglianza tra mandato e patto fiduciario. La forma del mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili aveva suscitato contrasti ma buona parte della dottrina già ne escludeva il vincolo di forma. La questione viene argomentata dalla Corte riprendendo la distinzione tra contratti a struttura forte e contratti a struttura debole (IRTI). I contratti a struttura debole o amorfa sono costituiti da accordo, causa e oggetto ex art. 1325, 1), 2), 3), c.c. e non sono contratti formali, quali sono invece i contratti a struttura forte nei quali, accanto ai requisiti summenzionati, si aggiunge quello della forma prevista dalla legge a pena di nullità ex art. 1325, 4) c.c. Ulteriore passaggio argomentativo della Corte al fine di stabilire se un contratto atipico sia o meno soggetto al vincolo di forma, è la necessità di individuare un rapporto di somiglianza tra il negozio atipico e un contratto tipico a struttura debole (senza alcun requisito di forma) oppure con un contratto tipico a struttura forte (con requisito di forma). Solo in quest'ultimo caso è configurabile anche per il negozio atipico un requisito di forma (p.22).

5. Per la validità del *pactum fiduciae* non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*. **Prima conclusione.** Poste queste premesse, le S.U. pervengono alla conclusione che il

mandato senza rappresentanza che abbia per oggetto l'acquisto di beni immobili per conto del mandante e in nome del mandatario è un contratto a struttura debole perché tra mandante e mandatario trova applicazione il solo rapporto interno, dal quale non sorgono effetti reali, ma meramente obbligatori. La Corte motiva il punto sostenendo che i requisiti di forma scritta concernono esclusivamente l'acquisto che il mandatario effettua dal terzo (rapporto esterno) e per quello di successivo trasferimento in capo al mandante del diritto reale sul bene immobile acquistato. Di conseguenza, per il rapporto di somiglianza che lega patto fiduciario e mandato, anche *“per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che si innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta ad substantiam”*, trattandosi anch'esso di atto meramente interno tra fiduciante e fiduciario che dà luogo a effetti obbligatori. L'accordo fiduciario concluso verbalmente è fonte dell'obbligo anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante ha natura immobiliare (p. 29).

6. Il valore processuale della dichiarazione ricognitiva del fiduciario. Seconda conclusione. Se il patto fiduciario concluso verbalmente è valido, allora l'obbligo di ritrasferimento che grava sul fiduciario discende proprio dall'accordo fiduciario ed è *idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario*. Una dichiarazione scritta del fiduciario successiva al patto non può invece costituire fonte dell'obbligo di trasferimento, ma può rappresentare una promessa di pagamento ex art. 1988 c.c. Essa, operando una astrazione processuale della causa, esonera il fiduciante dall'onere della prova del rapporto fondamentale, che è posto a carico del fiduciario e si presume esistente fino a prova contraria. Il rilievo di tale dichiarazione ricognitiva ha dunque natura sostanzialmente processuale (p.29).

Prova del contratto

Sulla prova testimoniale del contratto ed eccezione di parte

Cass., Sez. un., 5 agosto 2020, n. 16723

(...) È uniforme nelle pronunce di questa Corte l'affermazione secondo cui, giacché i limiti di ammissione della prova testimoniale sull'esistenza di un contratto soggetto a forma scritta "ad substantiam" sono dettati da ragioni di ordine pubblico, l'inammissibilità della prova assunta oltre quei limiti può essere dedotta in qualsiasi stato e grado del giudizio, va rilevata anche d'ufficio e non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata, la quale può eccepire il vizio discendente anche per la prima volta con motivo di appello. Quando, invero, la forma scritta è richiesta per la validità di un atto, in forza degli artt. 1350, 1351 e 1352 c.c., la dichiarazione formalizzata, avendo funzione costitutiva, è inevitabilmente necessaria "anche" per la prova del negozio, restando di regola il difetto dello scritto, giacché causa di nullità, rilevabile altresì d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio secondo i principi enunciati da Cass. Sez. Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, e da Cass. Sez. Unite, 4 settembre 2012, n. 14828. Quando, invece, la forma scritta è imposta, secondo la legge o la volontà delle parti, per la prova di un contratto, la questione non è di "forma dell'atto", ma di "forma della prova", essendo la forma requisito non sostanziale, e cioè indispensabile per la validità del negozio, quanto processuale. In tal senso, il limite che l'art. 2725 c.c. pone alla prova per testimoni di un contratto che debba essere provato per iscritto non attiene agli effetti sostanziali dell'atto, ma, al pari degli altri limiti legali di ammissibilità della prova testimoniale dei contratti (quali quelli fissati dagli artt. 2721, 2722 e 2723 c.c.), è dettato nell'esclusivo interesse delle parti litiganti, le quali hanno perciò piena facoltà di rinunciare, anche tacitamente, e cioè con il loro comportamento processuale, alla sua applicazione. È, invero, pressoché unanime, in giurisprudenza come in dottrina, l'interpretazione secondo cui i limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale, di cui agli artt. 2721 e ss. c.c., sono dettati da norme di carattere dispositivo e, proprio perché posti nell'interesse delle parti, sono altresì da queste derogabili, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione: si tratta, cioè, di limiti alla prova per testimoni che, salvo i casi di forma scritta *ad substantiam*, il giudice deve far valere sol quando uno dei contraenti (o dei loro eredi o aventi causa) contesti l'esistenza del contratto. Più in particolare, si afferma in giurisprudenza che le norme poste dal codice civile in materia di onere della prova e di ammissibilità ed efficacia dei vari mezzi probatori (a differenza delle norme attinenti alle modalità ed ai tempi delle deduzioni istruttorie) attengono al diritto sostanziale, tant'è che la loro violazione integra nel giudizio di cassazione *errores in iudicando* e non *in procedendo* (Cass. Sez. L, 19/03/2014, n. 6332; Cass. Sez. 2, 04/02/2000, n. 1247). Non di meno, come visto, l'eccezione di irrivalenza della prova in rapporto a tali criteri sostanziali di ammissibilità ed efficacia, in assenza di un suo particolare regime, non viene assoggettata alle barriere preclusive di deducibilità che regolamentano l'introduzione nel processo dell'allegazione di un fatto impeditivo, ma, appunto, disciplinata secondo i principi che riguardano l'inosservanza delle norme sulla forma degli atti procedurali (...). Gli artt. 2721 e ss. c.c. danno luogo a regole epistemiche di esclusione della prova, volte ad evitare essenzialmente che di un contratto siano offerte contemporaneamente al giudice prove documentali e prove testimoniali, reputandosi queste ultime meno

affidabili delle prime. La costante applicazione giurisprudenziale di tali regole di esclusione della prova testimoniale dei contratti (come rileva, talvolta criticamente, pure la dottrina) ha poi subordinato l'operatività delle stesse, sotto un profilo processuale, al potere di eccezione spettante alla parte interessata (...). In ogni modo, poiché gli artt. 2721 c.c. e ss. sono accomunati dal prevedere i divieti della prova testimoniale dei contratti e le rispettive eccezioni, tutti stabiliti nell'esclusivo interesse delle parti private, e non nell'interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, il regime di rilevabilità della eventuale deviazione dal modello legale non è officioso, ma viene lasciato alla disponibilità dei contendenti. Così, l'eventuale inosservanza di dette limitazioni va necessariamente eccepita dalla parte interessata per opporsi alla richiesta di ammissione della prova; qualora, nonostante la preventiva eccezione di inammissibilità, la prova testimoniale sia stata egualmente assunta, la correlata nullità deve essere opposta dalla medesima parte nel cui interesse sostanziale è stabilito il requisito inosservato, secondo la scansione articolata dall'art. 157 c.p.c., comma 2, in funzione del corretto sviluppo dei poteri dei contendenti, verificandosene, in difetto, la sanatoria. Se l'interessato non abbia eccepito dapprima l'inammissibilità della deduzione istruttoria e poi la nullità della prova per testimoni comunque assunta, tale nullità non potrà più essere rilevata o eccepita per la prima volta in appello, e, tanto meno, in sede di legittimità (Cass. Sez. 3, 13 marzo 2012, n. 3959; Cass. Sez. 2, 25 marzo 1995, n. 3550; Cass. Sez. 2, 3 ottobre 1979, n. 5068; Cass. Sez. 2, 10 luglio 1962, n. 1828). Rimane integro, in ogni caso, il potere del giudice di valutare secondo il suo prudente apprezzamento la prova testimoniale comunque assunta in ordine ai diritti ed agli obblighi derivanti dal contratto, alla volontà dei contraenti ed alla portata delle varie pattuizioni (...). L'essere, del resto, la forma scritta *ad probationem* onere di natura disponibile, attinente esclusivamente alla tutela degli interessi privati delle parti, e perciò dalle stesse derogabile pure con un patto tacito (desumibile "per *facta concludentia*" dalla loro condotta, eventualmente consistente proprio nella rinuncia all'applicazione del limite della prova testimoniale *ex art. 2725 c.c.*), costituisce argomento utilizzato anche per giustificare l'operatività al riguardo del principio della "non contestazione". In tal senso, così come la non contestazione della stipula e del contenuto di un contratto scritto *ad probationem*, pur non surrogando la prova di tali fatti, rende la stessa superflua, può avvenire che le parti di un simile contratto, per quanto in disaccordo sui diritti e sugli obblighi da esso derivanti, non si oppongano al ricorso alla prova testimoniale, non facendo valere il limite di ammissibilità di cui all'art. 2725 c.c., comma 1. Rimane evidente come del tutto diverse siano le conclusioni da adottare quando il rapporto litigioso si fonda su contratto che postula la forma scritta *ad substantiam*, in quanto il principio processuale di disponibilità dei fatti di causa e la derogabilità dei limiti oggettivi della prova testimoniale devono qui confrontarsi con la rilevabilità *ex officio* della nullità del negozio derivante dalla mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c. (...). In definitiva, a composizione della difformità di pronunce sulla individuata questione, va enunciato il seguente principio di diritto: "L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725 c.c., comma 1, attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente assunta, è onere della parte interessata opporne la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157 c.p.c., comma 2, rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione.

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale sollevato dalle sezioni semplici circa l'ammissibilità della prova testimoniale per i contratti cui è imposta la forma scritta *ad probationem* e il relativo regime di rilevanza.

Il caso di specie trae origine da un procedimento per decreto ingiuntivo in relazione al pagamento della somma pattuita dalle parti per la vendita di merce. Contro tale provvedimento l'acquirente si era opposto deducendo che il contratto di vendita fosse stato risolto consensualmente con una riduzione del corrispettivo, dovuto alla cattiva qualità della merce, che ancora era dovuto e in ragione di ciò affermava l'infondatezza del credito; sulla base di tali circostanze veniva dedotta prova testimoniale. Il Tribunale riteneva tuttavia assente la prova del credito e accoglieva, quindi, l'opposizione al decreto ingiuntivo. In secondo grado, la Corte d'Appello respingeva l'opposizione al decreto rilevando, d'ufficio, che la prova dovesse essere data in forma scritta, considerato l'accordo transattivo, ai sensi dell'articolo 1967 c.c. valutando quindi come inammissibile la prova testimoniale. Con ricorso per Cassazione il debitore contestava che, trattandosi di scrittura la cui forma è richiesta *ex lege ad probationem* e non *ad substantiam*, la carenza della prova scritta non poteva essere rilevata *ex officio* dal giudice dato che la controparte non aveva mai eccepito nulla a riguardo; considerate le difformità delle pronunce la questione veniva sottoposta alle Sezioni Unite della Suprema Corte.

La giurisprudenza di merito, sul punto, è divisa. Un primo orientamento sostiene che la nullità della prova testimoniale chiesta per verificare l'esistenza di un contratto, per la cui prova in giudizio si richiede forma scritta, non sia rilevabile d'ufficio, ma solo su tempestiva eccezione di parte entro il termine previsto dall'art. 157, co. 2, c.p.c., in quanto gli interessi che si vogliono tutelare sono privatistici e non di stampo pubblicistico. Seguendo tale orientamento, se la parte non opponesse alcuna eccezione la nullità risulterebbe sanata. Se invece si tratta di atti o contratti per cui la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, la prova testimoniale sull'esistenza dell'atto stesso è inammissibile e ciò è sia rilevabile d'ufficio sia su eccezione di parte in ogni stato e grado del procedimento in quanto diventa ivi rilevante il profilo dell'ordine pubblico. Un secondo orientamento, che si evince dalla motivazione della sentenza della Terza sezione civile della Cassazione, n. 17986/2014, ritiene, invece, che la prova testimoniale riguardante implicitamente o esplicitamente l'esistenza dell'atto stesso sia inammissibile, salvo caso in cui sia volta a dimostrare la perdita incolpevole del documento. Inoltre, tale inammissibilità pare non essere sanabile. Tale secondo orientamento è conforme alla disciplina unitaria della prova testimoniale, relativa ai contratti per i quali la forma scritta è richiesta *ad probationem*, ovvero *ad substantiam*, dettata rispettivamente nei commi 1 e 2 dell'articolo 2725 c.c. che risulta derogabile, in entrambi i casi, solo nei casi di perdita del documento. Risulta evidente che l'articolo 2725 c.c. parifichi i contratti per i quali la forma è richiesta *ad probationem* a quelli per cui è richiesta *ad substantiam*, ai fini del divieto di ammissibilità della prova testimoniale.

La Suprema Corte accoglie il primo, maggioritario orientamento, affermando che quanto stabilito dall'articolo 2725 c.c. non attenga ai profili sostanziali dell'atto, e in quanto dettato nel solo interesse privatistico, le parti hanno facoltà di rinunciare alla sua applicazione tacitamente o tramite il loro comportamento processuale. Viene, inoltre, rimarcata la natura dispositiva dei limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale degli artt. 2721 ss. c.c. i quali, in quanto posti nel mero interesse delle parti, da esse sono derogabili e quindi sono

limiti, nel caso in cui la forma sia richiesta *ad probationem*, che il giudice deve far valere solo quando uno dei contraenti contesti l'esistenza del contratto.

Le disposizioni da ultimo citate sono essenzialmente accomunate dalla previsione di divieti ed eccezioni della prova testimoniale dei contratti e tutti sono stati stabiliti nell'interesse delle parti private e non nell'interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Pertanto, il regime di rilevanza di deviazione del modello legale viene lasciato alla disponibilità delle parti e l'eventuale inosservanza della limitazione deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio e, pertanto, il giudice non ne può rilevare l'inammissibilità *ex officio*. Inoltre, se nonostante la preventiva eccezione di inammissibilità la prova testimoniale venisse comunque assunta, la relativa nullità dovrebbe essere opposta dalla parte nel cui interesse viene stabilito il requisito inosservato, ai sensi dell'art. 157, co. 2, c.p.c.; altrimenti, la stessa rimarrebbe acquisita senza che la nullità possa essere fatta valere in sede di impugnazione.

Diffida ad adempiere

Se il termine è inferiore a 15 giorni la diffida ad adempiere non produce effetti

Cass. civ., Sez. I, 14 maggio 2020, n. 8943

(...) La censura vertente sulla illegittimità dell'assegnazione di un termine inferiore ai quindici giorni è invece fondata. Ebbene, con riferimento al tema dell'assegnazione di un termine inferiore a quello di quindici giorni è del tutto pacifico che la convenzione non prevedesse un termine diverso rispetto a quello indicato dall'art. 1454 c.c.: ciò è tanto vero che la Corte di appello si è preoccupata di affrontare la questione della conformità al diritto della concessione di un termine inferiore (e questo non sarebbe evidentemente accaduto se il contratto *inter partes* lo avesse previsto) (...). La diffida ad adempiere è, infatti, atto recettizio (per tutte: Cass. 2 settembre 1978, n. 4014; Cass. 6 aprile 1973, n. 953), onde il termine di quindici giorni non può che decorrere dal momento in cui l'atto è pervenuto nella sfera di conoscenza del destinatario (operando naturalmente, anche per essa, la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c.). Non è dunque decisiva la data di invio della comunicazione scritta contenente la diffida; lo è, invece, quella in cui l'atto è pervenuto al recapito cui era indirizzato. Ciò posto, l'art. 1454 c.c., prevede, al comma 2, che il termine assegnato con la diffida ad adempiere non possa essere inferiore a quindici giorni, "salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore". Al di fuori di queste ipotesi, la fissazione di un termine inferiore determina l'inidoneità della diffida alla produzione di effetti estintivi nei riguardi del rapporto costituito tra le parti (...). L'assegnazione di un termine siffatto è dunque ammessa ove ricorra una specifica pattuizione derogatoria e nei casi in cui essa risulti congrua avendo riguardo alla natura del contratto e agli usi. Quel che preme rilevare è, però, che la riduzione del termine di quindici giorni debba essere giustificata dalla presenza di una delle tre condizioni previste dall'art. 1454, comma 2, cit.: in assenza di esse, non ha senso dibattere della congruità del termine. Infatti, il giudizio di congruità, in base alla norma codicistica, non entra in gioco con riferimento all'eventualità della pattuizione di un termine ridotto rispetto a quello legale, mentre in tanto può rilevare, con riferimento alle altre due ipotesi, in quanto la restrizione del detto termine trovi ragione nella natura del contratto o negli usi (...). Da ultimo, va osservato come, ai fini che qui interessano, si riveli irrilevante sia la mancata indicazione di un diverso termine da parte del debitore, giacché un onere siffatto è estraneo alla previsione di legge, sia la condotta tenuta dallo stesso obbligato dopo la scadenza del termine assegnato: la valorizzazione di tale comportamento presuppone, infatti, la sostituzione automatica della previsione del termine di quindici giorni a quello inferiore, laddove, come si è visto, in assenza delle condizioni di legge l'assegnazione di quest'ultimo termine rende la diffida radicalmente inidonea alla produzione di effetti estintivi nei riguardi del rapporto costituito tra le parti. In conclusione, quanto affermato dalla Corte di appello con riguardo alla legittimità del termine assegnato non può ritenersi conforme alla disciplina dettata dall'art. 1454 c.c. Va dunque accolto, per quanto di ragione, il secondo motivo, mentre il primo e il terzo sono da dichiarare inammissibili. La sentenza è cassata, con rinvio della causa alla Corte di appello di Milano che, in diversa composizione, dovrà statuire sulle spese del giudizio di legittimità. Il giudice del rinvio dovrà fare applicazione del seguente principio di diritto: "In tema di diffida ad adempiere, un termine in-

feriore ai quindici giorni trova fondamento solo in presenza delle condizioni di cui all'art. 1454 c.c., comma 2".

Nota di Libera Granese

1. Il caso concreto. Pirelli & C. s.p.a. conferiva a D.D.M. e Associati Licensing s.r.l. l'incarico di assistere in esclusiva il proprio management nell'attività di *licensing* del marchio Pirelli. Il 3 dicembre 2007 Pirelli rivolgeva a D.D.M. e Associati Licensing la richiesta di un rapporto sull'andamento delle licenze per l'anno in corso ma a tale richiesta la società incaricata dell'attività di *licensing* rispondeva che quanto richiesto era estraneo all'incarico conferitole. La richiesta era reiterata il 21 dicembre 2007, con intimazione della trasmissione del *report* entro il 10 gennaio 2008, pena la risoluzione di diritto del contratto. D.D.M. e Associati Licensing dava riscontro a tale corrispondenza il giorno 10 gennaio 2008 attraverso la trasmissione di una relazione che Pirelli riteneva del tutto insoddisfacente e tale da giustificare la risoluzione di diritto del contratto. All'esito del primo e del secondo grado veniva dichiarato risolto di diritto il contratto e ritenuta legittima l'assegnazione di un termine ad adempiere inferiore a quello legale.

Oggetto di esame da parte dei giudici della Corte di Cassazione sono le condizioni di validità di un termine ad adempiere inferiore a quindici giorni.

2. L'iter logico. Come noto, la diffida ad adempiere *ex art.* 1454 c.c. consiste in una intimazione per iscritto alla parte inadempiente di adempiere entro un congruo termine con l'avvertimento che decorso inutilmente detto termine il contratto si intenderà risolto. La diffida costituisce un atto negoziale, unilaterale e recettizio, avente necessariamente forma scritta. L'art. 1454, comma 2, stabilisce che in ogni caso tale termine non deve essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che per la natura del contratto o secondo gli usi risulti congruo un termine minore. Nell'ipotesi in cui il termine non sia congruo, il mancato adempimento alla sua scadenza non determina la risoluzione di diritto del contratto.

Con riferimento al caso in esame, la Corte sostiene che per valutare *in primis* se è decorso il termine legale deve considerarsi come *dies a quo* quello di conoscenza della diffida da parte dell'inadempiente e non quello di invio della comunicazione, *ex art.* 1335 c.c. Nel giudizio di gravame viene implicitamente assunto che tra *dies a quo* e *dies ad quem* (coincidente con quello di scioglimento di diritto del contratto) fosse decorso un termine inferiore a quindici giorni.

Posta questa premessa, l'argomentazione della Corte si focalizza sull'assenza di una pattuizione derogatoria del termine legale, elemento che conduce all'ulteriore passaggio dell'iter logico seguito: *il giudizio di congruità, in base alla norma codicistica, non entra in gioco con riferimento all'eventualità della pattuizione di un termine ridotto rispetto a quello legale.*

In primis quindi la Corte sostiene che la validità della riduzione del termine legale deve essere oggetto di accertamento in concreto solo quando le parti non abbiano stabilito un termine convenzionale.

Al di fuori di tale ipotesi, tale accertamento deve necessariamente basarsi su una delle altre condizioni previste dall'art. 1454, comma 2, cc: *la restrizione del termine può trovare ragionenella natura del contratto o negli usi.*

In questa fase del ragionamento, la Corte intercetta l'errore in cui è caduto il giudice di seconde cure che ha ancorato il giudizio di congruità del termine a parametri non richiesti dall'art. 1454 c.c., quali il fatto che le medesime informazioni richieste erano state già oggetto di una precedente missiva, la non contestazione della ristrettezza del termine e la mancata indicazione di un termine congruo alternativo da parte dell'inadempiente. Trattasi a ben vedere di elementi dipendenti dal comportamento delle parti che nulla hanno a che vedere con la natura del contratto o degli usi.

Il giudice del gravame non ha valutato nemmeno se tale mancata contestazione sulla adeguatezza del termine potesse assurgere a elemento costitutivo di un accordo in deroga al termine legale; pattuizione che, come detto, avrebbe escluso la valutazione di congruità. Quanto affermato dalla Corte d'Appello sulla legittimità del termine assegnato non può ritenersi conforme alla disciplina dettata dall'art. 1454 c.c.

3. Il principio di diritto. Tutto quanto premesso, la Corte cassa con rinvio la sentenza della Corte d'Appello e sancisce il principio di diritto secondo cui *“In tema di diffida ad adempiere, un termine inferiore ai quindici giorni trova fondamento solo in presenza delle condizioni di cui all'art. 1454 c.c., comma 2; di conseguenza, in presenza dell'assegnazione del termine inferiore, risultano irrilevanti: i precedenti solleciti rivolti al debitore per l'adempimento, in quanto tale circostanza non attiene alla natura del contratto, ma ad un comportamento omissivo del debitore; la mancata contestazione del termine da parte del debitore, sempre che, in base a un accertamento rimesso al giudice del merito, tale mancata contestazione non assuma significato ai fini della conclusione, in forma tacita, dell'accordo in deroga; la mancata indicazione del diverso termine, reputato congruo, da parte del debitore, che presuppone un onere non contemplato dalla norma; il protrarsi dell'inadempienza del debitore oltre il termine assegnato, giacché la diffida illegittimamente intimata per un termine inferiore ai quindici giorni è di per sé inidonea alla produzione di effetti estintivi nei riguardi del rapporto costituito tra le parti”*.

Contratto di cessione di cubatura

Alle Sezioni Unite la qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura e risvolti fiscali

Cass. civ., Sez. VI, 15 settembre 2020, n. 19152

Il Collegio ritiene utile investire le Sezioni unite della Corte sulla questione, a lungo dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza, circa il corretto inquadramento giuridico detratto di cessione di cubatura che si collega alla circolazione dei “diritti edificatori”. Nel caso all’esame di questa Corte il tema viene in rilievo con riferimento alla determinazione dell’ammontare dell’imposta di registro in relazione ad un atto di cessione di cubatura risalente al giugno 2009. Ciò posto, giova ricordare, per una più chiara comprensione della vicenda, che la cessione di cubatura consiste in un accordo tra proprietari di aree contigue comunque dotate del requisito della reciproca prossimità – Cons. Stato n. 139/1994, Cons. Stato, 26/1993, Cass. n. 914/1962 – aventi la medesima destinazione urbanistica, in forza del quale il proprietario di un’area edificabile non sfrutta per sé la cubatura realizzabile sul proprio terreno, al fine di consentire all’altro di disporre di una volumetria maggiore di quella espressa dal terreno di sua proprietà. In altri termini, con la cessione di cubatura il proprietario del fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura concessagli dal piano regolatore e, formando un diritto a sé stante, lo trasferisce definitivamente all’acquirente, a beneficio del fondo di costui. L’indirizzo che muove dalla riconducibilità dell’atto di cessione di cubatura ad un contratto ad effetti reali si rinviene in quelle pronunzie che riconoscono che la “cessione di cubatura” (non definibile altrimenti che quale facoltà inerente al diritto di proprietà e, in quanto tale, avente sicure caratteristiche di realtà), è assoggettabile ad imposta di registro (giacché, in base alla relativa disciplina, è suscettibile d’imposizione ogni atto di trasferimento di diritti reali immobiliari, inclusa la rinuncia agli stessi) Cass., n. 10979/2007 (...). Un consistente indirizzo giurisprudenziale si è invece espresso nel senso di ritenere la natura obbligatoria dell’atto di cessione di cubatura. Cass. n. 1352/96 ha nel medesimo senso ritenuto che l’accordo di cessione di cubatura non necessita (a differenza quindi del trasferimento dei diritti reali tipici) di atto negoziale, avendo efficacia solo obbligatoria fra i sottoscrittori, mentre il trasferimento di cubatura fra le parti e nei confronti dei terzi, è determinato esclusivamente dal provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che a seguito della rinuncia alla volumetria manifestata al Comune dal cedente in adesione al progetto edilizio presentato dal cessionario, può essere emanato in favore di quest’ultimo dall’Ente pubblico (conf. Cass., n. 6087/88) (...). Secondo questo indirizzo il c.d. trasferimento di cubatura tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia, può essere emanato dall’ente pubblico a favore del cessionario. Più recentemente, Cass., n. 24948/2018 ha dato continuità a detto orientamento. Una prospettiva comunque favorevole alla qualificazione della cessione di cubatura come assimilabile a quella dei negozi traslativi si rinviene in alcuni risalenti precedenti di questa Corte e sembra – peraltro-direttamente collegata all’esistenza di un quadro normativo – R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269 – diverso da quello vigente all’atto della conclusione dell’accordo di cessione di cubatura per il quale pende il presente giudizio (...). Si riscontra, poi, nella giurisprudenza di questa Corte in materia tributaria, un ulteriore indirizzo che tenta di superare le dispute dottrinarie e giurisprudenziali insorte

sulla qualificazione giuridica dell'atto di cessione di cubatura, andando alla ricerca della singola disciplina normativa rilevante ed al modo con il quale essa prende in considerazione detto atto. Tale prospettiva sembra emergere in Cass., n. 7417/2003. Se ne concludeva, così, che “da tale definizione minima, non può evidentemente discendere un unico risultato utilizzabile a fini fiscali, dovendosi piuttosto far riferimento alle diverse normative riguardanti i singoli tributi, per stabilire se e in che misura la definizione stessa trovi in esse riscontro a fini impositivi. Mentre infatti la tassabilità a fini di registro è insita in ogni atto di trasferimento di diritti reali immobiliari, inclusa la rinuncia agli stessi, l'imposta relativa all'incremento di valore è applicabile soltanto ad atti costitutivi di alcuni diritti immobiliari tipici, senza che si possano, in base alla lettera della legge, creare “assimilazioni” o “analogie” con figure giuridiche ivi non tipizzate. Il negozio di cessione di cubatura costituisce la prima formula nella quale comincia ad ammettersi la possibilità di cessione dei diritti di natura edificatoria dai quali deriva, in favore dell'acquirente, un credito edilizio, ormai rappresentando soltanto una *species* rispetto al più ampio *genus* «diritti edificatori comunque denominati», al cui interno si intravedono figure giuridiche profondamente diverse, alcune delle quali saranno peraltro all'esame delle Sezioni Unite di questa Corte in ragione dell'ordinanza interlocutoria n. 26016/2019 e che qui, tuttavia, non vengono in diretto rilievo. Ora, focalizzando la questione attorno alle ricadute fiscali correlate alla natura del negozio di cessione di cubatura che qui viene in rilievo, v'è da dire che l'adesione ad una piuttosto che ad altra teoria in ordine alla natura della cessione di cubatura (teoria del diritto di superficie, della “rinuncia” abdicativa o traslativa, o della servitù non *aedificandi* o *altius non tollendi*) renderebbe applicabili i criteri ordinari di tassazione con aliquota dell'8% dell'imposta di registro di cui all'art. 1, parte prima, allegato “A” del d.P.R. n. 131 del 1986 già sopra ricordati. Per converso, qualificando la fattispecie quale negozio ad effetti meramente obbligatori, si dovrebbe giungere alla conclusione di applicare l'art. 9 della tariffa stessa (che assoggetta ad aliquota del 3% gli atti diversi da quelli altrove indicati nella tariffa aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale). Orbene, la diversità di indirizzi giurisprudenziali dei quali si è dato conto sembrano dunque giustificare un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite in ordine alla questione di massima di particolare importanza, ex art. 374, comma 2, c.p.c., relativa alla qualificazione giuridica dell'atto di cessione di cubatura ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro, apparendo altresì necessario indagare sui possibili effetti e sulla natura giuridica del diniego di autorizzazione da parte dell'amministrazione comunale rispetto all'eventuale imposizione fiscale applicata sul presupposto della qualificazione dell'atto di cessione come negozio immediatamente traslativo del diritto edificatorio. Parimenti necessaria risulterà la verifica delle ricadute ai fini fiscali delle sopravvenienze di carattere urbanistico successive alla cessione. Non sembra, d'altra parte, al Collegio possibile operare una *reductio ad unum* dell'indirizzo espresso dalla sezione quinta civile con i risultati interpretativi stratificati presso la seconda sezione civile, ravvisandosi tra gli orientamenti dei quali si è dato conto un'ontologica inconciliabilità che riverbera i propri effetti ai fini dell'applicazione della tipologia del coefficiente previsto in tema di imposta di registro, rilevando l'alternativa secca fra atto traslativo e atto avente natura patrimoniale. Orbene, il conflitto anzidetto sembra potere giustificare il rinvio della decisione della causa alle Sezioni Unite, non discutendosi di un mero contrasto interno alla sezione tributaria.

Contratti derivati

Contratti *swap* stipulati dal Comune: autorizzazione da parte del Consiglio comunale a pena di nullità

Cass. civ., Sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770

L'autorizzazione alla conclusione di un contratto di *swap* da parte dei Comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento *upfront*, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al D. Lgs. n. 267 del 2000 [laddove stabilisce che «Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi (...)»]; non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria *ex art.* 48, comma 2, dello stesso testo unico (...). La Prima sezione civile (con ordinanza n. 493 del 10 gennaio 2019) ha rimesso la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, comma 2, cod. proc. civ., delle questioni così sintetizzate: a) «se lo *swap*, in particolare quello che preveda un *upfront* – e non sia disciplinato *ratione temporis* dalla l. n. 133 del 2008, di conversione del d.l. n. 112 del 2008 –, costituisca per l'ente locale un'operazione che generi un indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, a norma dell'art. 30, comma 15, l. n. 289 del 2002»; b) «se la stipula del relativo contratto rientri nella competenza riservata al Consiglio comunale, implicando una delibera di spesa che impegni i bilanci per gli esercizi successivi, giusta l'art. 42, comma 2, lett. i), T.u.e.l.» (...). La prima sezione civile ha già rilevato che il ricorso pone due questioni, strettamente connesse, che sono centrali per vagliare la validità dei contratti di *swap* conclusi, in generale, dai Comuni: quella relativa alla possibilità di qualificare l'assunzione dell'impegno dell'ente locale che stipuli il contratto avente ad oggetto il nominato derivato come indebitamento finalizzato a finanziare spese diverse dall'investimento; quella concernente l'individuazione dell'organo chiamato a deliberare un'operazione siffatta (che nel caso in esame è stata disciplinata dal consiglio comunale solo attraverso «linee di indirizzo»); e che, con riguardo al primo dei temi indicati, ci si deve chiedere se, nel periodo che interessa, fosse consentita la conclusione di contratti derivati da parte degli enti locali (...). Il caso che ci occupa vede al centro dell'indagine lo *swap* e, in particolare, quello più diffuso di tutti, il cd. *interest rate swap* (altrimenti, IRS, specie nella sua forma più diffusa o di base: il cd. *plain vanilla*), ossia quel contratto di scambio (*swap*) di obbligazioni pecuniarie future che, in sostanza, si traduce nel dovere di un Tale di dare all'Altro la cifra 5 (dove ϕ è la somma corrispondente al capitale/per il tasso di interesse W) a fronte dell'impegno assunto dell'Altro di versare al Tale la cifra y (dove y è la somma corrispondente al capitale / per il tasso di interesse Z). L'*interest rate swap* è perciò definito come un derivato cd. *over the counter* (OTC) ossia un contratto: a) in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti e il contenuto non è eteroregolamentato come, invece, accade per gli altri derivati, cd. standardizzati o uniformi, essendo elaborato in funzione delle

specifiche esigenze del cliente (per questo, detto *bespoke*); b) perciò non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione; c) consistente in uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente (...). Alla luce del quadro normativo e assiologico così delineato, può già formularsi una prima conclusione, secondo la quale: il riconoscimento della legittimazione dell'Amministrazione a concludere contratti derivati, sulla base della disciplina vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ne ha escluso la possibilità) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, comportava che solamente nel primo caso l'ente locale potesse dirsi legittimato a procedere alla loro stipula (...). Pertanto i mezzi di ricorso n. 3, 4 e 5 sono infondati e devono essere respinti dovendosi affermare la *regula iuris*, secondo la quale: in tema di contratti derivati, stipulati dai Comuni italiani sulla base della disciplina normativa vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ha escluso la possibilità di farvi ulteriore ricorso) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del *mark to market* sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio. E però, tanto non esaurisce il problema portato all'esame di queste Sezioni, in ragione dei restanti motivi (1 e 2) di ricorso, aventi ad oggetto il problema dell'indebitamento degli enti pubblici e della competenza a deliberare in ordine ad esso. Al fine di considerare risolto tale problema, non basta, infatti, una mera riduzione del tasso d'interesse nell'esercizio finanziario, dovendosi tenere conto, altresì, dei rischi connessi alle diverse condizioni di indebitamento, alla durata del debito e alle modalità di estinzione della passività. In questa ottica, si è affermato che una rinegoziazione non può essere uno strumento da utilizzare immediatamente per fare fronte alla spesa corrente, soprattutto qualora il suo esito sia di allungare i termini di pagamento del debito originario.

Nota di Marialuciana Di Santi

Con la sentenza n. 8770 del 12 maggio 2020, le Sezioni Unite sono state chiamate ad esprimersi in merito a contratti di *Interest Rate Swap (IRS)* conclusi da un ente locale arrivando ad enunciare, in definitiva, dei principi generali in tema di validità dei contratti derivati, destinati ad impattare tanto la parte pubblica che la parte privata contraente con l'intermediario.

A seguito della sentenza in esame, la Suprema Corte ha confermato la nullità dei derivati, stipulati tra il 2003 e il 2004 tra il Comune di Cattolica e una banca affermata a livello nazionale, a causa del *mark to market*, dei costi impliciti e degli scenari probabilistici celati dalla banca nella documentazione contrattuale, cosicché il Comune ha recuperato le perdite quantificate in circa Euro 1.600.000.

I quesiti posti alle Sezioni Unite sono due, strettamente connessi tra di loro: 1. la possibilità di qualificare come «*indebitamento finalizzato a finanziare spese diverse dall'investimento*» il

fatto di stipulare un contratto avente ad oggetto un contratto derivato *swap*; 2. l'individuazione dell'organo chiamato a deliberare un'operazione siffatta («*se la stipula del relativo contratto rientri nella competenza riservata al Consiglio comunale, implicando una delibera di spesa che impegni i bilanci per gli esercizi successivi, giusta l'art. 42, comma 2, lett. i), T.u.e.l.*»).

Le SS. UU. prendono, innanzitutto, atto del fatto che risulta «*controversa anche l'esistenza di una definizione unificante del fenomeno dei derivati*» e che «*i derivati sono stati creati dalla prassi finanziaria e, solo in seguito, sono stati in qualche misura recepiti dalla regolazione del sistema giuridico*». Ancora, in tema, la Corte: «*a fini puramente descrittivi e semplificativi, si potrebbe dire che l'IRS consiste in una sorta di scommessa finanziaria differenziale (in quest'ultimo aggettivo essendo presente un riferimento alla determinazione solo probabilistica dei suoi effetti ed alla durata nel tempo del rapporto)*».

La Corte ha definitivamente sancito che il contratto derivato non può limitarsi all'indicazione del solo *mark to market*, ma deve indicare, altresì, i costi occulti e gli scenari probabilistici, ovvero descrivere «*l'alea in capo ai contraenti*» sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo. Il derivato, per essere ammissibile, deve essere economicamente conveniente essendo vietato alla PA concludere contratti derivati speculativi. Infatti, si legge: «*i contratti derivati, in quanto aleatori, sarebbero già di per sé non stipulabili dalla PA, poiché l'aleatorietà costituisce una forte disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa*».

Si conclude che: «*in tema di contratti derivati, stipulati dai Comuni italiani sulla base della disciplina normativa vigente fino al 2013 (quando la legge n. 147 del 2013 ha escluso la possibilità di farvi ulteriore ricorso) e della distinzione tra i derivati di copertura e i derivati speculativi, in base al criterio del diverso grado di rischiosità di ciascuno di essi, pur potendo l'ente locale procedere alla stipula dei primi con qualificati intermediari finanziari nondimeno esso poteva utilmente ed efficacemente procedervi solo in presenza di una precisa misurabilità/determinazione dell'oggetto contrattuale, comprensiva sia del criterio del mark to market sia degli scenari probabilistici, sia dei cd. costi occulti, allo scopo di ridurre al minimo e di rendere consapevole l'ente di ogni aspetto di aleatorietà del rapporto, costituente una rilevante disarmonia nell'ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introduttiva di variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa riportati in bilancio*».

Tale sentenza ha provveduto ad eliminare ogni dubbio interpretativo sulle cause di nullità dei contratti derivati stabilendo come principio generale e fondante la nullità di tutti i contratti derivati per i quali le banche non abbiano indicato nei relativi contratti i costi impliciti, il *mark to market* e gli scenari probabilistici. Tale punto di arrivo, che a ragione può definirsi storico, è il risultato di un lungo ed articolato dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Altro quesito posto alla Corte, concerne, come detto, l'individuazione dell'organo deliberante dell'ente locale ai fini della sottoscrizione del contratto derivato *swap*. La soluzione prospettata dalla Corte passa attraverso la qualificazione dell'operazione finanziaria. Le SS. UU. concludono affermando il secondo principio: «*l'autorizzazione alla conclusione di un contratto di swap da parte dei Comuni italiani, specie se del tipo con finanziamento upfront, ma anche in tutti quei casi in cui la sua negoziazione si traduce comunque nell'estinzione dei precedenti rapporti di mutuo sottostanti ovvero anche nel loro mantenimento in vita, ma con rilevanti modificazioni, deve essere data, a pena di nullità, dal Consiglio comunale ai sensi dell'articolo 42, comma 2, lett. i), TUEL di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000 [laddove stabilisce che «Il consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: (...) spese che*

impegnino i bilanci per gli esercizi successivi (...)»]; non potendosi assimilare ad un semplice atto di gestione dell'indebitamento dell'ente locale con finalità di riduzione degli oneri finanziari ad esso inerenti, adottabile dalla giunta comunale in virtù della sua residuale competenza gestoria ex art. 48, comma 2, dello stesso testo unico».

Responsabilità da contratto sociale

Violazione dell'affidamento da parte della P.A.: configurabilità della responsabilità da contatto sociale. Giurisdizione appartenente al giudice ordinario

Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236

L'Amministrazione comunale deduce che, ai sensi degli artt. 30 e 133 c.p.a., anche in relazione alla L. n. 241 del 1990, art. 2-*bis*, la controversia rientrerebbe nella giurisdizione del giudice amministrativo per essere riconducibile alla giurisdizione esclusiva del medesimo sotto due autonomi profili. Sotto un primo profilo, si argomenta che, mancando un provvedimento positivo dell'Amministrazione comunale idoneo a giustificare un qualsiasi legittimo affidamento della società attrice, la doglianza di quest'ultima sarebbe in definitiva riconducibile alla mera violazione dei termini procedurali. Donde la qualificazione della domanda come domanda di risarcimento del danno da ritardo, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 133, lett. a), n. 1 c.p.a., che, appunto, attribuisce a tale giurisdizione esclusiva "le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo". Sotto un secondo profilo il Comune argomenta che la controversia rientrerebbe nella materia di edilizia ed urbanistica, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 1, comma 1, lett. f), c.p.a. Il Comune poi nega la riconducibilità della fattispecie ai principi enunciati da questa Sezione Unite nell'ordinanza 6594/2011, sottolineando come, nella specie, nessun titolo abilitativo fosse mai stato rilasciato alla società attrice e, quindi, nessun affidamento potesse essere sorto in capo alla medesima. La OMISSIS contesta le argomentazioni dell'Amministrazione ricorrente e sostiene che la giurisdizione sulla presente controversia apparterebbe al giudice ordinario perché l'oggetto della domanda da lei proposta è costituito dal risarcimento dei danni derivanti dal mancato rispetto dell'affidamento ingenerato dai provvedimenti favorevoli e dalle assicurazioni fornite dall'Amministrazione municipale. Ad avviso della controricorrente la presente fattispecie sarebbe riconducibile nell'ambito dei principi espressi nella ordinanza di queste Sezioni Unite n. 6594/2011. Il Procuratore Generale ha concluso per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, negando che i principi espressi nella menzionata ordinanza n. 6594/2011 (e nelle coeve ordinanze nn. 6595/2011 e 6596/2011) siano applicabili nella fattispecie. Tali principi, argomenta il Procuratore Generale, postulano l'esistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, sulla cui legittimità il medesimo privato abbia fatto affidamento e che successivamente sia stato caducato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale; detto provvedimento ampliativo, nella specie, non sarebbe mai stato emesso, non avendo il Comune mai rilasciato alcun permesso di costruire alla società OMISSIS. Infondato va poi giudicato l'assunto della difesa del Comune secondo cui la controversia apparterebbe alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 1 c.p.a., che attribuisce alla giurisdizione esclusiva di tale giudice le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del

termine di conclusione del procedimento amministrativo. La società OMISSIS, infatti, deduce di aver riposto il proprio affidamento non in un provvedimento concessorio (pacificamente mai emesso) ma nel comportamento dell'amministrazione municipale, la quale avrebbe pro-tratto per anni l'esame della pratica edilizia, in vario modo inducendo (con la comunicazione di atti endoprocedimentali, con la formulazione di apprezzamenti positivi sul piano dell'opera, con la divulgazione sui giornali del progetto di intervento edilizio) a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa. Ai fini del giudizio sul regolamento di giurisdizione si tratta quindi, in definitiva, di stabilire se la giurisdizione del giudice ordinario, (...) debba essere affermata anche, e con maggior forza, quando nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione; o se, al contrario, nel caso in cui nessun provvedimento ampliativo sia mai venuto ad esistenza, l'affidamento riposto dal privato nella futura emanazione di un provvedimento a lui favorevole non costituisca altro che un mero riflesso, ininfluenza sulla giurisdizione, di un'azione amministrativa intesa come sequela di atti intrinsecamente connessi la cui legittimità/illegittimità costituisce, in definitiva, l'oggetto della controversia; con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo tutte le volte che si versi in una materia di giurisdizione esclusiva del medesimo. Il presupposto perché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa, tuttavia, è che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo; in altri termini, che la *causa petendi* dell'azione di danno sia la illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione; esula, pertanto, dalla giurisdizione amministrativa la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica chieda il risarcimento del danno subito a causa della emanazione e del successivo annullamento (ad opera del giudice o della stessa pubblica amministrazione, in via di autotutela) di tale provvedimento; la *causa petendi* di detta domanda, infatti, non è la illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì la lesione dell'affidamento dell'attore nella legittimità del medesimo. È ancora necessario, da ultimo, mettere a fuoco con precisione la natura della responsabilità che sorge in capo alla pubblica amministrazione per effetto della lesione dell'affidamento del privato. Ritengono le Sezioni Unite che detta responsabilità vada ricondotta al paradigma della responsabilità da contatto sociale qualificato (...). Le Sezioni Unite ritengono di dover valorizzare, generalizzandone gli esiti oltre il mero ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, l'orientamento che connota la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti. Il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta l'art. 1175 c.c. (correttezza), art. 1176 c.c. (diligenza) e art. 1337 c.c. (buona fede). In definitiva, poiché il presente giudizio ha ad oggetto una pretesa risarcitoria fondata sulla deduzione di una lesione dell'affidamento della società OMISSIS nella correttezza del comportamento della pubblica amministrazione, causata da una condotta del Comune di OMISSIS che l'attrice assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, priva di collegamento, anche solo mediato, con l'esercizio (mai attuato) del potere amministrativo, il proposto regolamento di giurisdizione va definito con l'affermazione della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

L'ordinanza in commento prende spunto da una vicenda riguardante la richiesta di risarcimento dei danni da liquidare a mezzo C.T.U., ovvero in via equitativa, presentata davanti al Giudice Ordinario (d'ora in poi G.O.), da parte di una Società attiva nell'ambito delle costruzioni alberghiere. Tale società aveva, dal 2012 fino al 2016 avviato, con il Comune di Lignano Sabbiadoro, un intenso rapporto di collaborazione volto ad ottenere, da quest'ultimo, il permesso per la costruzione di un albergo su un terreno di proprietà della Società stessa.

Nonostante la faticosa collaborazione tra il Comune e la Società, nonché numerose rassicurazioni da parte del Comune sul buon esito della pratica avviata dalla stessa (circostanza, questa che ingenererà nella società l'aspettativa ad ottenere il permesso a costruire), la Società, evidentemente stremata dalle continue richieste di integrazione di documentazione e dai continui rinvii da parte del Comune, decideva di adire le vie legali, presentando la propria domanda davanti al G.O. Il Comune, costituendosi in giudizio, resisteva alla domanda di parte attrice e sollevava in via preliminare l'eccezione del difetto di giurisdizione del G.O.

Successivamente, con ricorso, parte convenuta proponeva regolamento preventivo di giurisdizione *ex art. 41 c.p.c.*, chiedendo che venisse dichiarata la giurisdizione del Giudice Amministrativo.

La causa veniva discussa in Camera di Consiglio e il Procuratore Generale concludeva per la declaratoria della giurisdizione, a favore del Giudice Amministrativo.

La Suprema Corte, analizzate le contrapposte posizioni delle parti e le rispettive argomentazioni, circoscrive con precisione il perimetro della sua decisione, partendo dal dettato dell'art. 386 c.p.c. Tale articolo, nel suo primo comma, prevede espressamente che la decisione sulla giurisdizione sia determinata dall'oggetto della domanda. Infatti l'elemento che consente di cogliere il ragionamento della Corte, in tale decisione, è dato dalla *causa petendi* della domanda avanzata dalla Società. La *causa petendi*, in tale circostanza, è “*la violazione dell'affidamento ingenerato dall'amministrazione comunale in un determinato esito, favorevole alla società attrice*” e non l'*inosservanza di un termine procedimentale*. Nel caso di specie, infatti, l'amministrazione comunale non ha emanato alcun provvedimento lesivo nei confronti della Società. Il danno che la Cassazione rileva è un danno da comportamento e non da provvedimento. Partendo, pertanto, da questo primo assunto la Suprema Corte afferma che la lesione denunciata dalla Società di costruzione è una lesione derivante dalla violazione di principi tipicamente riconducibili al diritto privato e, più precisamente, la violazione dei principi di correttezza e buona fede. Infatti, anche il comportamento della Pubblica Amministrazione, afferma la Cassazione, deve necessariamente uniformarsi a tali principi. Se ciò non accade, se quindi l'amministrazione tiene un comportamento contrario ad essi, la violazione che ne deriverà non sarà una invalidità del provvedimento, bensì una responsabilità in capo all'amministrazione riconducibile al cosiddetto “*paradigma della responsabilità dell'affidamento del privato*”. Responsabilità, questa, che sorge in capo all'amministrazione a seguito della lesione dell'affidamento del privato, e tale circostanza può ravvisarsi solamente quando la Pubblica Amministrazione abbia tenuto un comportamento lesivo, dei principi di correttezza e buona fede. La Suprema Corte, inoltre, qualifica, altresì, tale responsabilità come una responsabilità da contatto sociale “*qualificato dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti*”. La Corte, infatti, sostiene che il “*contatto-rapporto*”, che nasce tra privato e pubblica amministrazione, sia idoneo a produrre obbligazioni “*in conformità dell'ordinamento giuridico*” così

come previsto dall'art. 1173 c.c. Pertanto da tale rapporto, nei confronti delle parti, non potranno che derivarne degli obblighi reciproci di buona fede e correttezza così come sanciti negli artt. 1175, 1176 e 1337 c.c. Ne consegue, quindi, che tale responsabilità che la Suprema Corte definisce quale “*responsabilità relazionale*” o da “*contatto sociale qualificato*” deve essere ricondotta nell'ambito della responsabilità contrattuale poiché, a differenza della responsabilità aquiliana, che nasce in assenza di un rapporto tra i soggetti coinvolti, la responsabilità relazionale, invece, nasce a fronte dell'esistenza di un rapporto tra due soggetti che, nel nostro caso, sono la Società costruttrice e il Comune. Tutto ciò precisando, però, che tale responsabilità non deve essere ricondotta al contratto inteso come atto, bensì al rapporto obbligatorio anche nel caso in cui tale rapporto non sia generato da un contratto.

La Corte, nell'ordinanza in commento, richiama alcune sue pronunce del 2011 (nn. 6594, 6595, 6596) al fine di affermare che i principi, enunciati nelle stesse, oltre ad avere valenza nei casi di “*domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo*”, operano anche nel caso in cui “*nessun provvedimento amministrativo sia stato mai emanato (come è il caso di specie) cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione*”.

Concludendo la Suprema Corte afferma che il regolamento di giurisdizione debba essere definito con l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario, sul presupposto che l'oggetto del giudizio consiste in un risarcimento danni derivante dalla lesione dell'affidamento della Società di costruzione a seguito di un comportamento dell'Amministrazione Comunale, evidentemente contrario ai principi di correttezza e buona fede, principi, questi, tipicamente privatistici. Questo nonostante l'Amministrazione Comunale non avesse mai emanato, nel caso di specie, un provvedimento nei confronti di parte resistente tanto meno lesivo della sfera del soggetto privato.

RESPONSABILITÀ CIVILE

Nesso causale

Giudizio controfattuale e regola del “più probabile che non” nell’accertamento del nesso causale in tema di responsabilità civile del magistrato

Cass. civ., Sez. III, 8 aprile 2020, n. 7760

(...) In tal modo la Corte di merito ha, pur affermando di effettuare il cd. giudizio controfattuale, escluso la rilevanza causale di qualsiasi possibile antecedente logico, operando in modo difforme da quanto costantemente prescritto in materia. La giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 23197 del 27/09/2018) afferma, con orientamento che in questa sede si reputa ribadire, che “In tema di responsabilità civile, la verifica del nesso causale tra condotta omisiva 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 contro fattuale, 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). È, inoltre, giurisprudenza costante di questa Corte (di recente Cass. n. 13096 del 24/05/2017) che “In materia di illecito aquiliano, l’accertamento del nesso di causalità materiale, in relazione all’operare di più concause ed all’individuazione di quella cd. “prossima di rilievo” nella verifica dell’evento dannoso, forma oggetto di un apprezzamento di fatto del giudice di merito che è sindacabile in sede di legittimità, ai sensi dell’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), sotto il profilo della violazione delle regole di diritto sostanziale recate dagli artt. 40 e 41 c.p. e art. 1227 c.c., comma 1” (...). Così come effettuato dalla Corte di Appello di Messina, il giudizio sul nesso causale (che è, e resta, come detto, un giudizio di fatto, rimesso per ciò solo al giudice di merito, anche qualora si tratti di cause di responsabilità civile ai sensi della L. n. 117 del 1988, in cui si controverte dell’ipotesi tipica in cui il magistrato è chiamato ad interpretare ed applicare norme di diritto: Cass. n. 13189 del 26/06/2015, non massimata) non è in realtà correttamente impostato, in quanto, anche attraverso una eccessiva frammentazione dei fatti, con conseguente inintelligibile polverizzazione di alcuni di episodi (per quanto subito si dirà), si priva di rilevanza l’antecedente logico, ossia la condotta omessa, poiché si afferma che qualunque essa potesse essere, l’evento di danno si sarebbe comunque verificato. Così motivando la Corte di Appello ha dilatato l’incidenza dell’inadempimento dell’organo giudiziario ai limiti del caso fortuito e della forza maggiore, o, comunque, ha ristretto l’evitabilità dell’evento ai soli casi di assoluta impossibilità di una condotta positiva alternativa. Ne deriva che il percorso argomentativo del giudice territoriale è in contrasto con le regole che governano l’accertamento del nesso eziologico; la motivazione offerta è perplessa e contraddittoria (a prescindere da ogni questione di sufficienza della motivazione) (...). Segnatamente del tutto incomprensibile è il richiamo al giudicato formatosi sui fatti oggetto di talune denunce (peraltro neppure chia-

ramente individuate), per avere il n. , in relazione agli stessi, patteggiato le relative condanne dopo la morte della moglie: censura svolta nel terzo mezzo come omesso esame di un fatto decisivo e che si presta a essere apprezzata anche sotto il profilo della impossibilità di risalire, attraverso l'apparato argomentativo della pronuncia impugnata, all'iter logico posto a base del convincimento del decidente.

Nota di Ludovica Lettera

La sentenza in commento affronta il tema della responsabilità civile con specifico riferimento alle corrette modalità di accertamento del nesso causale tra condotta omissiva e fatto dannoso. La questione coinvolge l'applicazione della legge sulla responsabilità civile dei magistrati, L. 13 aprile 1988 n. 117, in un'ipotesi di inerzia della magistratura requirente in relazione ad un caso di femminicidio.

I fatti di causa riguardano l'omicidio di una donna, brutalmente uccisa a coltellate per strada dall'ex compagno.

L'evento luttuoso era preceduto da un anno di denunce da parte della vittima che affermava di ricevere minacce di morte dal compagno che si ripetevano anche durante la fase della separazione che coinvolgeva anche l'affidamento dei figli.

Alcuni mesi prima dell'omicidio, la donna era stata minacciata con un coltello, probabilmente lo stesso utilizzato per commettere il delitto.

Il tutore degli orfani intentava un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato ai sensi della L. 13 aprile 1988, n. 117. Si ravvisava un'ipotesi di denegata giustizia o violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; i magistrati investiti delle denunce venivano ritenuti responsabili per aver omesso opportune indagini e provvedimenti interdittivi, in particolare, la perquisizione ed il sequestro del coltello.

In primo grado la domanda veniva accolta ma, in appello, la Corte territoriale negava il risarcimento riformando la sentenza del Tribunale. I giudici di appello evidenziavano la fermezza del proposito omicida, definendo l'omicidio come accuratamente programmato e privo di dolo d'impeto; con siffatto giudizio prognostico statuivano che l'eventuale sequestro del coltello non avrebbe in alcun modo impedito la morte della donna. Alla luce di tali considerazioni escludevano il nesso causale tra omissione ed evento dannoso e, di conseguenza ritenevano non configurabile un'ipotesi di responsabilità civile.

Nel caso trattato si è posto l'accento sulla esistenza di particolari obblighi di prevenzione dell'evento lesivo in capo ai magistrati che esercitano la funzione requirente.

La giurisprudenza di legittimità è ferma nel riconoscere la responsabilità civile nei casi in cui sia dimostrata in giudizio la violazione di una specifica regola cautelare di comportamento che mira ad impedire l'evento lesivo verificatosi. L'omissione di un comportamento di cautela o di un obbligo di protezione rileva qualora sia determinante nell'iter causale dell'evento dannoso. Nel caso in esame i giudici inquirenti avevano violato l'obbligo di disporre la perquisizione finalizzata ad un eventuale sequestro dell'arma. Pertanto, si è concretamente verificato il rischio che la regola violata mira a prevenire: è probabile che l'aggressore avesse utilizzato lo stesso coltello per uccidere la donna, portando a compimento le proprie minacce. D'altronde, il collegio d'appello aveva escluso che si era trattato di un omicidio d'impeto, ma non aveva escluso che l'aggressore avrebbe comunque potuto porre in essere il delitto in quel momento con modalità alternative.

Con la sentenza in commento la Suprema Corte censura la decisione confermando il suo consolidato orientamento in punto di diritto in merito alle modalità di verifica del nesso di causalità in ambito civilistico.

In tema di responsabilità extracontrattuale, per dar luogo ad una causalità giuridicamente rilevante all'interno di una serie causale, occorre dare rilievo ai fatti che appaiono *ex ante* idonei a determinare l'evento lesivo. L'esercizio ermeneutico impone di effettuare un giudizio controfattuale ancorato al criterio dell'*id quod plerumque accidit*, che si riferisce a tutti quegli eventi che, sulla base della comune esperienza, sono causalmente riconducibili alla condotta dell'uomo, con un ragionevole grado di probabilità. Si esclude che la verifica dell'evento debba essere prevedibile dal punto di vista soggettivo dell'agente; piuttosto il giudizio di probabilità deve essere ancorato a regole statistiche o scientifiche e, in quanto tali, oggettive.

Sul punto, gli Ermellini hanno offerto la sofisticata distinzione degli standard di certezza probabilistica in materia civile, annoverando, da una parte, quelli ancorati alla sequenza quantitativa delle "classi di eventi", dall'altra, quelli che consentono la verifica degli eventi ritenuti probabili sotto il profilo logico disponibili nel caso concreto. Sulla seconda categoria avrebbe dovuto formarsi il giudizio prognostico dei giudici d'appello, la cui decisione è stata ritenuta contraddittoria proprio perché, nel non escludere che l'omicidio, in quanto premeditato e programmato, si sarebbe comunque potuto verificare anche con condotte e modalità alternative, ha privato di rilevanza il c.d. antecedente logico (l'omesso sequestro) nella sequenza degli eventi valutabili come probabili, rischiando addirittura di accostare la condotta omissiva dei magistrati inquirenti nel novero di eventi accadibili *per caso fortuito o forza maggiore*.

Il giudice di legittimità non ha mancato di precisare che l'accertamento della causalità materiale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, è oggetto di un apprezzamento di fatto del giudice di merito ma che è, comunque, sindacabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.

La sentenza impugnata è stata dunque cassata, con rinvio della causa ad altra Corte d'Appello, attraverso la conferma di un principio, in virtù del quale l'evitabilità dell'evento nefasto deve essere valutata in rapporto al caso concreto e sulla scorta di parametri scientificooggettivi.

In definitiva, in fattispecie analoghe a quella *de qua*, lo Stato non può legittimare le proprie omissioni trincerandosi in una presunta "inevitabilità" dell'evento. Piuttosto, viene in rilievo l'obbligo di attuare tutte le misure possibili per scongiurare episodi di femminicidio.

Risarcimento del danno e sua quantificazione

Quantificazione del danno in caso di morte del feto per errore medico

Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2020, n. 22859

(...) Il Tribunale di Siena, con sentenza del 17 luglio 2013 rigettava la domanda tesa al risarcimento del danno patrimoniale e non, derivato dalla morte intrauterina del feto, rilevando che non erano emersi elementi di responsabilità dell'azienda convenuta. La Corte d'Appello di Firenze, pur richiamando la sentenza n. 12717 del 19 giugno 2015 della Corte di Cassazione, con riferimento al danno per perdita del rapporto parentale nel caso di figlio nato morto, avrebbe erroneamente inteso il principio affermato in sentenza. Secondo la citata decisione della Corte di Cassazione, in un caso in cui era stata assimilata la situazione del feto nato morto, a quella del decesso di un figlio, occorreva considerare che solo nel secondo caso era ipotizzabile il venir meno di una relazione affettiva concreta, sulla quale parametrare il risarcimento, nell'ambito della forbice di riferimento indicata nelle tabelle di Milano. Da ciò, invece, la Corte territoriale fiorentina avrebbe fatto discendere la possibilità di dimezzare i parametri minimi previsti dalle tabelle di Milano. Tale applicazione sarebbe contraria al criterio indicato dalla Corte di legittimità che lascerebbe intendere, invece, che la liquidazione del danno per un figlio nato morto dovrebbe comunque collocarsi all'interno della forbice stabilita dalle tabelle milanesi e cioè, al più, nel parametro minimo. Si denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5 l'omesso esame di fatti storici rilevanti ai fini della liquidazione del danno subito dai ricorrenti. La Corte territoriale non avrebbe valorizzato fatti incidenti sulla quantificazione del danno. In particolare, la circostanza che la gravidanza era stata portata a termine e che si trattava di una gravidanza preziosa, perché ottenuta tramite una fecondazione artificiale. La Corte territoriale ha applicato le tabelle del Tribunale di Milano utilizzate come punto di riferimento determinando l'importo riconosciuto nella misura pari alla metà del minimo in considerazione della circostanza che si trattava pacificamente di morte di un feto e non anche di un bambino (...). Nella stessa decisione si fa presente che, nel caso di "feto nato morto" "è ipotizzabile solo il venir meno di una relazione affettiva potenziale (che, cioè, avrebbe potuto instaurarsi, nella misura massima del rapporto genitore figlio, ma che è mancata per effetto del decesso anteriore alla nascita), ma non anche una relazione affettiva concreta sulla quale parametrare il risarcimento, all'interno della forbice di riferimento". Pertanto l'indicazione fornita in quella decisione al giudice del rinvio riguardava la possibilità di parametrare il risarcimento all'interno della forbice di riferimento, nel caso di relazione affettiva concreta, mentre la diversa ipotesi di figlio nato morto, esprime il differente caso della relazione affettiva potenziale, rispetto alla quale non vi è una tabellazione espressa da parte del Tribunale di Milano. Questo consente al giudice di merito di operare sulla base di un criterio equitativo che, nel caso di specie, proprio in considerazione del "mancato instaurarsi di un oggettivo (fisico e psichico) rapporto tra nonni, genitori e nipote, figlio" (si legge nella sentenza impugnata) "appare equo liquidare a ciascun genitore ed a ciascun nonno nella misura della metà del minimo riconoscibile sulla base di dette tabelle"; le censure, pertanto, sono infondate (...). Va precisato che la violazione di legge si riferisce alla norma codicistica in tema di liquidazione equitativa (art. 1226 c.c.) e non alle tabelle di Milano "da considerarsi norma di diritto", così come erroneamente riportato dai ricorrenti. Deve trovare applicazione il principio secondo cui

in tema di danno non patrimoniale, qualora il giudice, nel soddisfare esigenze di uniformità di trattamento su base nazionale, proceda alla liquidazione equitativa in applicazione delle “tabelle” predisposte dal Tribunale di Milano, nell’effettuare la necessaria personalizzazione di esso, in base alle circostanze del caso concreto, può superare i limiti minimi e massimi degli ordinari parametri previsti dalle dette tabelle solo quando la specifica situazione presa in considerazione si caratterizzi per la presenza di circostanze di cui il parametro tabellare non possa aver già tenuto conto, in quanto elaborato in astratto in base all’oscillazione ipotizzabile in ragione delle diverse situazioni ordinariamente configurabili secondo l’“*id quod plerumque accidit*”, dando adeguatamente conto in motivazione di tali circostanze e di come esse siano state considerate (Cass. Sez. 3 n. 3505 del 23/02/2016) (...).

Nota di Fabrizio Cesareo

I giudici di Piazza Cavour con l’ordinanza in commento si sono soffermati sull’entità del risarcimento da riconoscere nel caso di feto nato morto imputabile a responsabilità medica. Atteso che l’*eventus mortis* della progenie è inequivocabilmente doloroso per i genitori, nel caso di specie occorre distinguere il danno subito dai genitori per la perdita di un figlio, inteso come soggetto concepito e nato, dal danno subito dalla coppia, i cui componenti sono in procinto di diventare genitori. Quest’ultimo è il punto su cui è tornata a pronunciarsi la Terza sezione civile, in considerazione del fatto che nel caso di feto morto ciò che viene meno è la potenziale relazione affettiva, non anche quella concreta, conseguente al decesso anteriore alla nascita, inducendo a ritenere verosimilmente esigua tale relazione in virtù della caratteristica assunta dalla persona perduta, cioè quella di “non nato”. Pare pacifica la definizione di nascita di un nuovo essere, intesa come distacco dal grembo materno del soggetto che emette il c.d. primo vagito e che respira naturalmente; il nuovo nato è quindi colui che risponde ai requisiti di vitalità, determinando un oggettivo rapporto con i suoi consanguinei. Viceversa, il concepito che venuto alla luce non respiri, assume la configurazione giuridica di nato morto. Ciò che emerge, perciò, è una chiara distinzione tra l’effettivo rapporto parentale e l’aspettativa allo stesso, qualificando indirettamente tale tipologia di danno come “meno importante”, vale a dire di minor spessore rispetto alla perdita di un rapporto ormai consolidatosi e fatto di quotidianità, frequentazioni, abitudini di vita⁶.

Or dunque, relativamente alla liquidazione del danno non patrimoniale, la Cassazione ritiene corretta l’applicazione da parte della Corte territoriale delle tabelle milanesi riconoscendone la liquidazione in via equitativa, in virtù del fatto che queste assumerebbero valenza di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico *ex artt.* 1226 e 2056 c.c., salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificare l’abbandono⁷. Le tabelle di Milano prevedono, con riferimento ai vari possibili rapporti di parentela, una forbice che consente di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, compresa l’intensità della relazione affettiva che caratterizzava il rapporto parentale con persona perduta. A tal proposito, non vi è un riferimento espresso da parte delle tabelle, determinando nella fattispecie *de quo* il mancato instaurarsi di un oggettivo, fisico e psichico rapporto tra nonni, genitori

⁶ Si v. Cass. civ., Sez. III, 19 giugno 2015, n. 12717.

⁷ Sul punto Cass. civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408.

e nipote, figlio, ove appare equo liquidare il danno a ciascun genitore ed a ciascun nonno nella misura della metà del minimo riconoscibile sulla base delle predette *ex art. 29 Cost.* Tali tabelle costituiscono un ragionevole, trasparente e non arbitrario parametro di valutazione dell'esercizio del potere equitativo, assumendo una funzione pressoché integrativa di questo potere e costituendo normativa non cogente.

Inoltre, in tema di danno non patrimoniale, qualora il giudice, nel soddisfare esigenze di uniformità di trattamento su base nazionale, proceda alla liquidazione equitativa in applicazione delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, nell'effettuare la necessaria personalizzazione di esso, in base alle circostanze del caso concreto, può superare i limiti minimi e massimi degli ordinari parametri previsti dalle predette solo quando la specifica situazione presa in considerazione si caratterizzi per la presenza di circostanze di cui il parametro tabellare non possa aver già tenuto conto, in quanto elaborato astrattamente in base all'oscillazione ipotizzabile in ragione delle diverse situazioni ordinariamente configurabili secondo l'*id quod plerumque accidit*, dando adeguatamente conto in motivazione di tali circostanze e di come esse siano state considerate ⁸.

Il danno da riconoscersi agli attori atterrebbe non già alla perdita del rapporto parentale in sé, ma alla perdita di *chance* del rapporto predetto che assume la connotazione di evento di danno incerto e ove per incertezza si intende quella eventistica. L'incertezza del risultato è destinata ad incidere non sulla analisi del nesso causale, ma sulla identificazione del danno, poiché la possibilità perduta di un risultato sperato è la qualificazione-identificazione di un danno risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante e non della relazione causale tra condotta ed evento, che si presuppone risolta positivamente prima e a prescindere ⁹. La perdita di *chance* risulta, dunque, risarcibile se provato il nesso causale ove risultino comprovate le conseguenze che presentino la necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà e consistenza; questa è differente dalla perdita del rapporto summenzionato già esistente e consolidatosi.

Alla luce della ricostruzione anzidetta, è possibile concludere sostenendo che le aspettative hanno un peso diverso dal dato storico-fattuale, pertanto diversamente risarcite e le vicende umane, invece, devono essere filtrate attraverso le maglie del giuridicamente rilevante; solo così può innescarsi un giusto compromesso tra la situazione fattuale e il panorama giuridico di riferimento.

⁸ Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2016, n. 3505.

⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993.

Risarcimento del danno da trasfusione di plasma infetto

Cass. civ., Sez. III, 13 maggio 2020, n. 8886

(...) Con il primo motivo, i ricorrenti lamentano, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., 40 e 41 c.p., nonché, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., l'omesso esame circa un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (...). Il motivo è fondato. Contrariamente a quanto ritengono i ricorrenti, l'orientamento ormai consolidato di questa Corte conferma la perdurante valenza del principio dell'"*all or nothing*" in materia di rapporto di causalità materiale. Secondo tale principio, una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile (...). Sicuramente contraddittoria è la motivazione del giudice del merito che ha aderito alle consulenze tecniche che hanno accertato che le patologie da cui la (...) era affetta (alterazioni della parete vascolare causate dall'arteriosclerosi, ipertensione, sindrome dismetabolica, uremia terminale e dialisi extracorporea) hanno avuto un ruolo preponderante nel decesso della paziente, ma le stesse consulenze hanno anche riconosciuto un ruolo di concausa nel decesso alla patologia epatica. Pertanto ha errato il giudice del merito là dove ha affermato che "in mancanza di prova che l'emorragia cerebrale che portò a morte la (...) sia dipesa dall'epatite di modesto grado o che l'epatopatia cronica abbia accelerato il decesso della donna". Tale *ratio decidendi* non si concilia con quanto dichiarato dal Giudice in merito alle consulenze che hanno riconosciuto un ruolo di concausa nel decesso la patologia epatica. E pertanto tale concausa erroneamente non è stata valutata proprio sulla base della sentenza di questa Corte citata dallo stesso giudicante (Cass. n. 15991/2011) (...). Con il secondo motivo, i ricorrenti lamentano, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, la violazione o falsa applicazione degli artt. 2043 e 2059 c.c. (...). Il motivo è assorbito all'accoglimento del precedente (...). Con il terzo motivo, i ricorrenti lamentano, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, la violazione o falsa applicazione degli artt. 1 e 2 della L. 210/1992 e dell'art. 2043 c.c. L'orientamento che ravvisava un ingiustificato arricchimento nella cumulabilità del risarcimento del danno e dell'indennizzo ex L. 210/1992 sarebbe superato dalla più recente giurisprudenza, secondo cui tale indennizzo non potrebbe essere scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno qualora non sia stato corrisposto. Il motivo è solo parzialmente fondato.

Nota di Jessica Bianchin

La questione trae origine dalla sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 13 maggio 2019, numero 8886, in materia di risarcimento del danno per l'evento morte risultante da una combinazione di fattori, di cui uno umano e l'altro naturale (c.d. principio dell'*all or*

nothing). I fatti oggetto della pronuncia in commento avvenivano nel 2005, quando i familiari della vittima, convenivano in giudizio il Ministero della Salute, dinanzi il Tribunale di Bari, al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti. La paziente, che già soffriva di diverse patologie, decedeva a seguito di una epatopatia cronica HCV, contratta per via di trasfusioni di plasma infetto eseguite tra il 1982 e 1990 presso una clinica ospedaliera. Il convenuto si costituiva in giudizio eccependo la nullità delle domande attoree per infondatezza e prescrizione del diritto al risarcimento dei danni. Il Tribunale e la Corte d'Appello rigettavano le richieste degli eredi per insussistenza del nesso di causalità materiale tra le emotrasfusioni e l'evento morte, perché la donna, come anche accertato dalle consulenze tecniche, era precedentemente affetta da ulteriori patologie che avrebbero avuto un ruolo preponderante nel suo decesso rispetto alla nuova patologia. La questione giuridica affrontata dalla S.C. aveva ad oggetto il rapporto intercorrente tra la condotta colposa dell'ospedale, che cagionava un danno ad un soggetto, e le pregresse patologie invalidanti di quest'ultimo, in quanto concausa nella verifica dell'evento morte. La problematica era quindi quella relativa al procedimento valutativo necessario per accertare il nesso causale tra condotta colposa e l'evento danno, in modo tale da poter conseguentemente valutare quali delle due malattie – quella di cui il paziente era già affetto e quella originata dalla condotta colposa umana – avesse avuto un ruolo preponderante nell'evento morte. Il criterio giuridico da applicarsi ad una simile fattispecie concreta è quello del “*All or nothing*” secondo cui il nesso tra illecito ed evento sussiste a prescindere dall'esistenza ed entità delle pregresse situazioni patologiche avente valore concausale, ancorché eventualmente preponderante. Una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto nell'ipotesi in cui a concorrere nella causazione dell'evento dannoso siano una pluralità di comportamenti umani colpevoli e non anche ove una causa umana coesiste con una naturale non imputabile. La comparazione fra le responsabilità imputabili, derivanti da condotte colpose o inadempienti, e cause naturali è esclusivamente funzionale a stabilire, in seno all'accertamento della causalità materiale, la valenza assorbente delle une rispetto alle altre. Dunque la valutazione fatta mediante l'accertamento del nesso causale tra illecito ed evento dannoso deve ritenersi sussistente (a prescindere dall'esistenza ed entità delle pregresse situazioni patologiche aventi valore concausale, e come tali, prive di efficacia interruttiva del rapporto eziologico *ex art 41 c.p.*, ancorché eventualmente preponderanti), qualora le cause naturali di valenza liberatoria dimostrino efficacia esclusiva nella verifica dell'evento. In altri termini il debitore/ danneggiante deve essere in grado di poter dimostrare la assoluta non imputabilità dell'evento danno. Pertanto, al debitore vengono addebitati i maggiori danni o gli aggravamenti che siano sopravvenuti per effetto della sua condotta, anche a livello di concausa, e non di causa esclusiva, che non si sarebbero verificati senza di essa, con conseguente responsabilità dell'agente stesso per l'intero danno differenziale (Cass., Sentenza 11 novembre 2019 nr. 28986). Nel caso in esame, la Corte ha riconosciuto la responsabilità del convenuto sulla base degli esiti delle consulenze tecniche svolte durante i pregressi gradi di giudizio, dai quali emergeva con evidenza il fatto che la nuova patologia che era stata causata dalla colpevole trasfusione di sangue infetto. A seguito di ciò si ravvisava un il diritto al risarcimento del danno in capo agli eredi, di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c.

Inoltre la Corte d'Appello avrebbe erroneamente escluso il risarcimento del danno subito *iure proprio* dai ricorrenti ritenendo non provato il pregiudizio alla salute o la diminuzione della sfera patrimoniale derivante dalla morte della congiunta. Secondo la S.C., qualora il fatto illecito sia costituito dall'uccisione del congiunto, colpendo quindi soggetti legati da uno stretto vincolo di parentela, si delinea un danno non patrimoniale presunto, consistente nelle conseguenze pregiudizievoli sul rapporto parentale. Tale motivo di ricorso veniva peraltro

ritenuto assorbito dall'accoglimento di quello precedente. Ulteriore questione giuridica è quella relativa al rapporto intercorrente tra la quantificazione della somma da liquidarsi a titolo di risarcimento del danno e la somma liquidata a titolo di indennizzo *ex lege*. Nel caso in esame, trova applicazione la Legge 25 febbraio 1992 nr. 210, secondo la quale “*Chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica, ha diritto ad un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla presente legge*”. La Corte ha sancito che la *compensatio* tra indennizzo e risarcimento deve ritenersi legittima sempre che dagli atti emerga la prova con detto indennizzo sia stato effettivamente versato. Pertanto, per il risarcimento del danno conseguente al contagio a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto, l'indennizzo di cui alla Legge nr. 210 del 1992 può essere scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (c.d. *compensatio lucri cum damno*) solo se sia stato effettivamente versato o comunque sia determinato nel suo preciso ammontare o determinabile in base a specifici dati della cui prova è onerata la parte che eccepisce la compensazione.

Il danno cagionato da fauna selvatica è risarcibile non *ex art. 2043 c.c.*, ma *ex art. 2052 c.c.*

Cass. civ., sez III, 6 luglio 2020, n. 13848

Avverso la sentenza del Tribunale aquilano ricorre per cassazione la Regione Abruzzo, sulla base – come detto – di un unico motivo. Esso deduce – ai sensi dell’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) – violazione e falsa applicazione delle previsioni di cui della L. 11 febbraio 1992, n. 157, artt. 1 e 9 e dell’art. 2043 c.c., nonché erronea imputazione, ad essa ricorrente, della responsabilità per danni cagionati dalla fauna selvatica (...). Occorre muovere dalla constatazione che il tema della risarcibilità dei danni causati dagli animali selvatici si è posto all’attenzione della giurisprudenza, sostanzialmente, solo da quando il legislatore ha cominciato ad intervenire in tale ambito, ciò che ha determinato il superamento di quella tradizionale impostazione che ravvisava nella fauna selvatica una “*res nullius*”, con conseguente impossibilità del ristoro dei pregiudizi dalla stessa cagionati. In particolare, con la L. 27 dicembre 1977, n. 968 (Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia), la fauna selvatica è stata dichiarata patrimonio indisponibile dello Stato e tutelata nell’interesse della comunità nazionale (art. 1), assegnandosi le relative funzioni amministrative alle Regioni (quelle legislative ad esse già spettando in virtù della competenza in materia di caccia, secondo la previsione del testo originario dell’art. 117 Cost.), pur riconoscendosi la possibilità di delega alle Province (art. 5). A fronte di tale quadro legislativo, la questione che si è posta all’esame dell’autorità giudiziaria è consistita nello stabilire in applicazione di quale norma codicistica, nonché a carico di quale soggetto, andasse affermata la responsabilità per i danni cagionati dalla fauna selvatica (...). La giurisprudenza di questa Corte si è, fin qui, pressoché univocamente orientata – a differenza di quanto sostenuto in dottrina – nel senso che il “danno cagionato dalla fauna selvatica non è risarcibile in base alla presunzione stabilita dall’art. 2052 c.c., inapplicabile per la natura stessa degli animali selvatici, ma soltanto alla stregua dei principi generali sanciti dall’art. 2043 c.c., anche in tema di onere della prova, e perciò richiede l’individuazione di un concreto comportamento colposo ascrivibile all’ente pubblico”. Un’impostazione, questa, ritenuta non incostituzionale dal giudice delle leggi, il quale ha escluso la sussistenza di una irragionevole disparità di trattamento tra il privato, proprietario di un animale domestico (o in cattività), e la Pubblica Amministrazione, nel cui patrimonio sono ricompresi anche gli animali selvatici (Corte Cost., ord. 4 gennaio 2001, n. 4). L’assenza di un indirizzo giurisprudenziale univoco, in relazione all’individuazione del soggetto tenuto a risarcire i danni “*de quibus*” (o meglio, a sopportarne la relativa responsabilità), evidenzia l’esistenza di una forte criticità in relazione allo stesso principio – di rilievo costituzionale, oltre che per il diritto dell’Unione Europea e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – dell’effettività della tutela giurisdizionale (sulla cui operatività, anche nei giudizi civili di danno, si veda, in particolare, Cass. Sez. 3, sent. 17 settembre 2013, n. 21255). Di qui, allora, la necessità di un ripensamento dello stesso criterio di imputazione della responsabilità per i danni da fauna selvatici, dovendosi riconoscere che le incertezze nella identificazione del soggetto che – sul piano delle conseguenze risarcitorie – debba farsene carico sono una conseguenza della scelta iniziale di escludere il regime previsto dall’art. 2052 c.c. Sulla base di questi rilievi il (solo) motivo di

ricorso va, pertanto, rigettato, giacché basato esclusivamente sull'asserita imputabilità alla Provincia (e non alla Regione) della responsabilità per danni da fauna selvatica, non senza, però, compiere – ma solo a fini nomofilattici – alcune precisazioni che attengono: ai presupposti per l'imputazione della responsabilità, in applicazione del suddetto criterio *ex art.* 2052 c.c.; all'individuazione dell'effettivo oggetto della prova liberatoria gravante sulla Regione; alle conseguenze scaturenti dal negligente esercizio delle funzioni amministrative, delegate o proprie, da parte di altri enti (in particolare, ma non solo, le Province). Per l'esattezza, quanto al regime di imputazione della responsabilità, in applicazione del criterio oggettivo di cui all'art. 2052 c.c., sarà a carico del preteso danneggiato allegare e dimostrare che il pregiudizio lamentato sia stato causato dall'animale selvatico. Siffatto onere potrà ritenersi soddisfatto allorché sia stata dimostrata la dinamica del sinistro, nonché il nesso causale tra la condotta dell'animale e l'evento dannoso subito, oltre che l'appartenenza dell'animale stesso ad una delle specie oggetto della tutela di cui alla L. n. 157 del 1992, o, comunque, che si tratti di animale selvatico rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato (...). Quanto alla prova liberatoria, che ha ad oggetto la dimostrazione che il fatto sia avvenuto per "caso fortuito", premesso che essa non riguarda direttamente il nesso di causa tra la concreta e specifica condotta dell'animale ed il danno causato da tale condotta, consisterà nel dimostrare che la condotta dell'animale si sia posta del tutto al di fuori della sua sfera di possibile controllo, operando, così, come causa autonoma, eccezionale, imprevedibile ed inevitabile del danno. Occorrerà, in altri, provare che si sia trattato di una condotta che non era ragionevolmente prevedibile e/o che, comunque, non era evitabile, e ciò anche mediante l'adozione delle più adeguate e diligenti misure di gestione e controllo della fauna (e di connessa protezione e tutela dell'incolumità dei privati), concretamente esigibili in relazione alla situazione di fatto, purché, peraltro, sempre compatibili con la funzione di protezione dell'ambiente e dell'ecosistema. Di conseguenza, solo con riferimento dell'azione di rivalsa tra la Regione e l'ente da questa indicato come effettivo responsabile potranno – e quindi limitatamente al rapporto processuale tra di essi intercorrente – assumere rilievo tutte le questioni inerenti al trasferimento o alla delega di funzioni alle Province (ovvero eventualmente ad altri enti) e l'effettività della delega stessa (anche sotto il profilo del trasferimento di adeguata provvista economica, laddove ciò possa ritenersi rilevante in tale ottica), così come tutte le questioni relative al soggetto effettivamente competente a porre in essere ciascuna misura di cautela.

Risarcimento del danno derivante da “reati intenzionali violenti”

Cass. civ., Sez. III, 24 novembre 2020, n. 26757

(...) Alla luce della ormai consolidata giurisprudenza di questa Corte (Cass., 17 maggio 2011, n. 10813 e, più di recente, Cass., 22 novembre 2019, n. 30502) – il diritto al risarcimento dei danni per omessa o tardiva trasposizione di direttiva non autoesecutiva da parte del legislatore italiano nel termine prescritto dalla direttiva stessa, che va ricondotto allo schema della responsabilità contrattuale per inadempimento dell’obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria. Responsabilità che, in ragione della natura antiggiuridica del comportamento omissivo dello Stato anche sul piano dell’ordinamento interno, e dovendosi ricondurre ogni obbligazione nell’ambito della ripartizione di cui all’art. 1173 c.c., va inquadrata nella figura della responsabilità “contrattuale”, in quanto nascente non dal fatto illecito di cui all’art. 2043 c.c., bensì da un illecito *ex contractu* e cioè dall’inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente (...). La portata applicativa dell’art. 12, par. 2, della direttiva è, dunque, quella di norma che non solo obbliga gli Stati membri a dotarsi di un sistema di indennizzo delle vittime per ogni reato intenzionale violento commesso sul proprio territorio, ma che consente anche ai soggetti residenti nello Stato membro, così obbligato, di poter usufruire dell’indennizzo, essendo, quindi, anch’essi titolari del diritto conferito, nella specie, dal diritto derivato dell’Unione. È così integrata la prima delle tre condizioni affinché possa configurarsi la responsabilità dello Stato per violazione del diritto Eurounitario (...). Occorre ribadire e puntualizzare, in primo luogo, quanto già evidenziato in precedenza (p. 1.1.) in ordine alla responsabilità dello Stato per omessa, incompleta o tardiva trasposizione di direttiva Eurounitaria nell’ordinamento interno, che riveste natura di illecito contrattuale e che, dunque, genera un’obbligazione risarcitoria in conseguenza di detto inadempimento, i cui effetti pregiudizievoli (perdita subita e mancato guadagno) sono da ristorare integralmente ai sensi dell’art. 1223 c.c. o con valutazione equitativa del danno non altrimenti dimostrabile nel suo preciso ammontare, *ex art.* 1226 c.c.. In questa prospettiva – che tiene conto anzitutto del principio di ristoro integrale del pregiudizio effettivamente patito dal creditore danneggiato – va letto il principio espresso dalla giurisprudenza di Lussemburgo, già ricordato, per cui il danno da illecito comunitario può anche essere risarcito in forma specifica, con un adeguamento completo alle disposizioni della direttiva non autoesecutiva da parte del legislatore nazionale ad effetto retroattivo, se ciò è sufficiente a rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della violazione del diritto unionale, fatta salva comunque la prova di un eventuale maggior danno subito per non aver potuto fruire, a suo tempo, dei vantaggi garantiti dalla norma (così anche CGUE, sentenza 10 luglio 1997, C-373/95, Maso e a., punti 39-42). Maggior danno che può essere di natura patrimoniale o anche non patrimoniale, giacché anche l’inadempimento contrattuale può dar luogo a quest’ultimo tipo di pregiudizio (art. 2059 c.c.) allorquando ricorrano le ipotesi espressamente previste dalla legge o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione (Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972) (...). Di qui, pertanto, le conclusive considerazioni secondo cui sarebbe possibile ravvisare una consonanza non solo tra detti criteri e quelli di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale conseguente al reato di violenza sessuale (“sebbene non si possa (né si debba) poi addivenire ad una coin-

cidenza necessaria di esiti, tra il risarcimento e l'indennizzo": cfr. p. 87), ma, soprattutto, "in modo particolarmente significativo, proprio nell'esercizio della discrezionalità del legislatore italiano nel conformare gli indennizzi elargibili ai sensi delle leggi innanzi ricordate (ossia, le leggi volte a riconoscere indennizzi in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata), avendo esso legislatore assunto, come guida della liquidazione, parametri "equi" (nella fissazione di importi in ragione della gravità dei reati violenti indennizzati) ed "adeguati" (nel dare rilievo ad una liquidazione ancorata anche alle circostanze concrete dell'accadimento criminoso) (p. 88) (...). Ai fini della decisione in questa sede – poste le interferenti correlazioni di cui si è detto (indennizzo art. 12 direttiva/risarcimento per illecito comunitario, da un lato, indennizzo art. 12 direttiva/risarcimento danno da reato, dall'altro), assume specifico rilievo, dunque, la funzione omologa assoluta da indennizzo di cui alla direttiva 2004/80/CE e risarcimento del danno civile in favore della vittima del reato di violenza sessuale, essendo entrambi, seppur (come detto) non coincidenti quanto ai presupposti e titoli dell'erogazione, nonché ai valori economici necessariamente implicati, comunque volti a ristorare (il primo in misura non integrale come invece il secondo) il danno morale e materiale subito dalla stessa vittima. Ristoro che, per l'indennizzo, non deve, comunque, essere puramente simbolico, ma, anche là dove forfettariamente determinato, deve tener conto delle peculiarità del crimine e della sua gravità, soprattutto in termini di conseguenze effettuali, che, nella specie, vedono vulnerate non solo l'integrità, ma anche la dignità personale e la sfera di autodeterminazione della libertà sessuale (soprattutto, se non esclusivamente, nella c.d. violenza di genere) (...). Si tratta, dunque, di liquidazione equitativa, in base all'art. 1226 c.c., che non solo non trascende nell'arbitrarietà (così da violare il paradigma legale di riferimento o da palesarsi decisione sorretta da motivazione al di sotto del consentito "minimo costituzionale"; cfr. anche Cass., 13 settembre 2018, n. 22272 e Cass., 20 giugno 2019, n. 16595), ma che, anzi, collocandosi nell'alveo dei principi sopra enunciati, tiene in debito conto, anzitutto, la evidenziata funzione omologa delle due poste – indennitaria e risarcitoria civile per il danno da reato –, pur nella loro riconosciuta diversità causale e di consistenza economica (...). Queste le ragioni che sottendono all'applicazione anche al caso di specie dell'istituto della c.d. *compensatio lucri cum danno* (di seguito anche solo: *compensatio*). Giova, anzitutto, rammentare che tale istituto è inteso dal diritto vivente (in base all'approdo nomofilattico avutosi con le quattro coeve sentenze del 22 maggio 2018, dal n. 12564 al n. 12567, delle Sezioni Unite civili di questa Corte) "come regola di evidenza operativa per la stima e la liquidazione del danno". È, dunque, un punto di vista che – salvo interventi legislativi specifici e settoriali – si colloca essenzialmente all'interno della materia della responsabilità civile, dovendo il giudice farsi carico di stimare e liquidare un danno da fatto illecito e non già di dover riconoscere il diritto ad una provvidenza legale o ad un indennizzo assicurativo. Il fondamento positivo e assiologico della *compensatio*, dunque, si rinviene, in linea generale, all'interno della materia implicata, ossia nella norma dell'art. 1223 c.c., che esibisce sia il principio (di indifferenza), che la regola (causale) sui quali, anzitutto, si fonda l'istituto, salvo che esso non sia frutto di un'interposizione legislativa specifica, che nella specie – comesi dirà più oltre – è dato ravvisare, sotto una determinata prospettiva, nella stessa L. n. 122 del 2016 e successive modificazioni (...). Non può, infatti, dubitarsi – alla luce delle considerazioni già svolte – che sia il risarcimento del danno da illecito comunitario, che l'indennizzo *ex lege* trovino la loro comune sequenza determinativa, valutabile in termini di "conseguenza immediata e diretta" (quale locuzione identica che si rinviene nell'art. 1223 c.c. e nel citato art. 12 e, dunque, innescante una verifica in base all'*id quod plerumque accidit*, secondo la teoria della c.d. regolarità causale) dal fatto comune generatore del reato intenzionale e violento commesso in danno della vittima, in quanto indefettibile fulcro intorno al quale si è muove

la disciplina della direttiva 2004/80/CE, che ha dato origine all'obbligo dello Stato di darne attuazione (...).

Nota di Martina Nicolino

Nell'ottobre 2005 una donna italiana fu aggredita, sequestrata e costretta a praticare e subire, ripetutamente, atti sessuali da parte di due cittadini rumeni, i quali per tali fatti vennero condannati in sede penale, in via definitiva, alla pena di anni dieci e mesi sei di reclusione, oltre al risarcimento del danno da liquidarsi in separato giudizio, con assegnazione, in favore della vittima dei suddetti reati violenti di una provvisoria immediatamente esecutiva pari ad € 50.000,00 che, tuttavia, quest'ultima non riusciva ad ottenere attesa la latitanza dei due colpevoli.

Agli inizi del 2009 la donna intentò, dinanzi al Tribunale di Torino, un'azione volta a dichiarare la responsabilità civile dello Stato – Legislatore per la *“mancata e/o non corretta e/o non integrale attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29.04.2004, “relativa all’indennizzo delle vittime del reato, e, in particolare, dell’obbligo ivi previsto dall’art. 12, par. 2, a carico degli Stati membri, di introdurre, entro il 1.07.2005 (come stabilito dall’art. 18, par.1), un sistema generalizzato di tutela indennitaria, idoneo a garantire un adeguato ed equo ristoro, in favore delle vittime di tutti i reati violenti ed intenzionali (compreso il reato di violenza sessuale) nelle ipotesi in cui le medesime siano impossibilitate a conseguire, dai diretti responsabili, il risarcimento integrale dei dannisubiti”*.

La Presidenza del Consiglio dei ministri richiedeva il rigetto della domanda, ma l'adito Tribunale con sentenza del 26.05.2010, accertò, nel merito, l'inadempimento della P.C.d.M. per la mancata attuazione della direttiva *de qua*, con condanna al pagamento, in favore della vittima dei reati, della cifra di € 90.000,00.

Avverso tale sentenza, la Presidenza proponeva appello, accolto solo in parte dalla Corte Territoriale con sentenza del 23 gennaio 2012, che riformava unicamente il *quantum* del risarcimento ridotto ad € 50.000,00.

Quale ultimo baluardo, la Presidenza ricorreva alla Corte di legittimità. Resisteva con controricorso l'originaria attrice. Nelle more del giudizio avveniva la tardiva trasposizione della direttiva 2004/80/CE.

La disciplina dell'indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti veniva regolata dapprima in termini generali e per il futuro, dagli art. 11 e ss.¹⁰ della legge n. 122 del 2016 recante *“Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2015-2016”*¹¹.

¹⁰ Formulati proprio a seguito della procedura di infrazione promossa dalla Commissione Europea contro la Repubblica Italiana *“per omessa adozione di tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi sul proprio territorio di cui all'obbligo ex art. 12, par. 2, della direttiva 2004/80/CE”* (Causa C- 601/14 definita con sentenza, Grande Sezione, 11.10.2016).

¹¹ *“La legge europea è, insieme alla legge di delegazione europea, uno dei due strumenti predisposti dalla legge n. 234 del 2012 al fine di adeguare periodicamente l'ordinamento nazionale a quello dell'Unione europea. L'articolo 29, comma 5, della suddetta legge vincola il Governo alla presentazione alle Camere, su base annuale, di un disegno di legge dal titolo “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea”, completato dall'indicazione “Legge europea” seguita dall'anno di riferimento. In*

Poco più tardi, interveniva a modifica delle precedenti disposizioni la legge n. 167 del 2017. L'art. 6, co. 2, della novella stabiliva che “(l) *indennizzo previsto dalla sezione II del capo II della legge 07 luglio 2016 n. 122, come modificato, da ultimo, dal presente articolo, spetta anche a chi è vittima di reato intenzionale violento commesso successivamente al 30.06.2005 e prima dell'entrata in vigore della medesima legge*”. Dunque, per effetto dello *jus superveniens* che attribuiva effetti retroattivi alla legge n. 122 del 2016, anche l'originaria attrice, vittima nell'ottobre 2005, aveva diritto alla corresponsione del suddetto indennizzo, di fatto poi corrisposto con provvedimento amministrativo emesso in data 20.04.2020 dal comitato di solidarietà per le vittime dei reati di tipo mafioso e dei reati intenzionali violenti del Ministero, nella misura di € 25.000,00¹².

La Corte pur considerando che “*la pretesa azionata in giudizio dalla medesima attrice è quella del diritto al risarcimento del danno per l'inadempimento statutale all'obbligo di trasposizione tempestiva del diritto dell'Unione (...) e non già la pretesa di conseguire, in base al diritto nazionale, l'indennizzo attualmente stabilito a seguito della legge n. 122 del 2016*” non poteva non tener conto – nel contesto della denuncia di parte ricorrente che investe *in toto* il profilo del *quantum debeatur* – del fatto sopravvenuto nel corso del giudizio di legittimità ovvero della corresponsione in favore dell'originaria attrice dell'indennizzo in misura piena.

Dunque, in applicazione dell'istituto della *compensatio lucri cum danno*, inteso “*come regola di evidenza operativa per la stima e la liquidazione del danno*”¹³, e considerato che si trattava di un'ipotesi in cui vi era unicità di soggetto responsabile (la P.C.d.M) del fatto illecito, fonte di danni ed al contempo obbligato a corrispondere al danneggiato una previdenza indennitaria, il risarcimento del danno avrebbe subito giocoforza il difetto della posta indennitaria.

Non poteva operare, nel caso di specie, il cumulo tra risarcimento e beneficio collaterale, atteso che sia il risarcimento del danno da illecito comunitario, che l'indennizzo *ex lege* trovavano la loro comune sequenza determinativa, valutabile in termini di “*conseguenza immediata e diretta*”(…) *dal fatto comune generatore del reato intenzionale violento commesso in danno della vittima (...)*; così come era evidente la comune funzione “*omnicomprensiva, compensativa/risarcitoria, svolta da entrambe le poste, ossia di garantire comunque alla vittima del reato intenzionale violento un ristoro per le conseguenze pregiudizievoli, morali e materiali, patite a seguito del crimine, non altrimenti risarcito dal reo*”.

termini generali, nel disegno di legge europea vengono inserite norme volte a prevenire l'apertura, o a consentire la chiusura, di procedure di infrazione, nonché, in base ad una interpretazione estensiva del disposto legislativo, anche norme volte a permettere l'archiviazione dei casi di precontenzioso EU-Pilot.

¹² “Quale somma comprensiva del precedente importo di € 4.800,00”. Tale importo veniva determinato dal d.m. 31.08.2017 per poi essere rideterminato nella somma di € 25.000,00 con d.m. 23.11.2019. La maggiorazione dell'indennizzo è successiva alla pubblicazione dell'ordinanza interlocutoria n. 2964 del 2019, di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, par. 3, TFUE.

Con tale interlocuzione, la Corte chiedeva alla CGUE di pronunciarsi sull'equità e adeguatezza, in relazione a quanto prescritto dall'art. 12, par. 2., della direttiva 2004/80, dell'importo fisso stabilito in € 4.800,00 quale indennizzo in favore delle vittime di reati intenzionali violenti dal d.m. 31.08.2017. La CGUE con sentenza del 16.07.2020 dichiarava tale importo forfettario né equo né adeguato rispetto a quanto stabilito dall'art. 12, par. 2 della direttiva.

¹³ Approdo nomofilattico avutosi con le quattro coeve sentenze del 22.05.2018, dalla n. 12564 al n. 12567, delle Sezioni Unite.

Infine, ritenuto il *factum superveniens* dell'indennizzo idoneo ad incidere sulla causa sottoposta all'esame, quindi equiparabile¹⁴ allo *jus superveniens*, e non essendo dovuti ulteriori accertamenti di fatto, per cui risultava conoscibile e direttamente applicabile nel giudizio di cassazione, la Corte concludeva per la detrazione dall'importo risarcitorio di € 50.000,00 liquidato dalla Corte territoriale di € 25.000,00 a titolo di indennizzo erogato *ex lege*.

La Suprema Corte cassava la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo la causa nel merito, condannava la P.C.d.M. alla corresponsione nei confronti della controricorrente, della somma di € 30.022,43 oltre interessi legali e spese di giudizio.

¹⁴ Si veda circa l'applicazione per analogia della conoscibilità e ammissibilità di un fatto sopravvenuto nel giudizio di cassazione in quanto equiparato allo *jus superveniens*, Cass., 17 aprile 1972, n. 1204; Cass., 26 marzo 1980, n. 2010; Cass., 14 maggio 1981, n. 3173; Cass., 17 aprile 1982, n. 2341.

Testimoni di giustizia: le “misure di assistenza” hanno natura indennitaria e non risarcitoria

Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2020, n. 3313

(...) Deve escludersi la natura “risarcitoria” (almeno in senso tecnico, al di là dell’ampio uso che di tale locuzione pure è fatta in atti e documenti ufficiali che li concernono) delle “misure di assistenza” di cui al D.L. 15 gennaio 1991, n. 8, art. 16-ter, comma 1, lett. B. Si tratta, all’evidenza, di misure indennitarie, giacché il risarcimento presuppone, sempre, o l’inadempimento di un’obbligazione negoziale (o, al massimo, *ex lege*) (...). Che esista un’esigenza di protezione in capo a coloro che rendono la propria deposizione nei processi penali, è una realtà che si è gradualmente fatta strada anche in ambito internazionale. In questa prospettiva, spicca la Convenzione sulla lotta al crimine organizzato transnazionale circa le misure che gli Stati parti della Convenzione sono tenuti ad adottare in relazione all’assistenza e alla protezione da potenziali ritorsioni o intimidazioni dei testimoni, ed eventualmente dei loro familiari e delle altre persone ad essi vicine (si veda, in particolare, l’art. 24) (...). È in questo quadro che si colloca il citato art. 16-ter (inserito nel D.L. n. 8 del 1991 dalla L. 13 febbraio 2001, n. 45, art. 12, comma 1), che contempla “misure di protezione” che “si giustificano in virtù della circostanza che i soggetti in questione, denominati appunto “testimoni di giustizia”, sono esposti a pericolo quali persone offese dal reato, ovvero persone informate sui fatti o testimoni in relazione a delitti particolarmente gravi”. Orbene, esclusa possibilità di ravvisare in tale condotta “omissiva” il fatto – illecito – generatore di un obbligo risarcitorio, più corretto è attribuire a tali misure natura indennitaria, come conferma anche la circostanza che la loro erogazione presuppone, pur sempre, la sottoposizione dell’interessato ad un programma di protezione, disciplinato dallo stesso D.L. n. 8 del 1991. D’altra parte, anche il carattere discrezionale della loro erogazione costituisce un’ulteriore riprova della corretta qualificazione, di tali misure, in termini “indennitari” e non “risarcitori”. Ciò detto, pertanto, deve escludersi che le misure “*de quibus*” siano oggetto di un credito “risarcitorio”, che possa sottrarsi alla cosiddetta comunione “*de residuo*” ex art. 179 c.c., comma 1, lett. e), donde la non fondatezza dei primi due motivi di ricorso (...). Nella specie, tuttavia, il ricorrente – come detto – non ha adeguatamente contrastato l’affermazione di genericità del motivo di gravame, sicché l’odierna censura risulta, essa stessa, priva di specificità. Trova, infatti, applicazione il principio secondo cui “il motivo d’impugnazione è costituito dall’enunciazione delle ragioni per le quali la decisione è erronea e si traduce in una critica della decisione impugnata, non potendosi, a tal fine, prescindere dalle motivazioni poste a base del provvedimento stesso, la mancata considerazione delle quali comporta la nullità del motivo per inidoneità al raggiungimento dello scopo, che, nel giudizio di cassazione, risolvendosi in un “non motivo”, è sanzionata con l’inammissibilità ai sensi dell’art. 366 c.p.c., n. 4)” (Cass. Sez. 3, sent. 31 agosto 2015, 17330).

Il caso trae le mosse dal ricorso per cassazione promosso da un testimone di giustizia, condannato a restituire al coniuge, dal quale si era separato giudizialmente, e ai figli una parte delle somme di denaro corrisposte dal Ministero dell'Interno a titolo di "capitalizzazione del danno subito" a conclusione del programma speciale di protezione.

Esse erano state accreditate sul conto corrente bancario cointestato dei due coniugi e prelevate dal ricorrente senza il consenso dell'altro coniuge.

Il giudice di merito aveva ritenuto che le somme di denaro fossero confluite nella comunione legale e che, a seguito della separazione coniugale, operasse il regime della c.d. comunione *de residuo*. La comunione *de residuo* (o comunione differita) ha ad oggetto tutti i beni non consumati dei coniugi, con eccezione di alcuni, quali ad esempio i beni personali, come si desume dalla norma di cui all'art. 179 cc.

Il collaboratore di giustizia sostiene che tali somme di denaro avrebbero la natura di beni personali ai sensi dell'art. 179 co. 1 lett. e) cc, esse consistendo in un risarcimento del danno. Ne consegue che le stesse dovrebbero escludersi dalla comunione legale e dalla successiva comunione *de residuo*.

La questione relativa alla loro qualifica come bene personale *ex art. 179 co. 1 lett. e) cc*, ai fini del loro ingresso o meno nella comunione legale, si lega a doppio filo a quella della natura giuridica delle misure di assistenza patrimoniale.

Le misure di assistenza patrimoniale sono disciplinate all'art. 16 ter D.L. 8/1991, conv. dalla L. 82/1991¹⁵.

L'art. 16 ter D.L. 8/1991, conv. dalla L. 82/1991, è stato introdotto con la L. 45/2001 in seguito alle spinte di derivazione nazionale e internazionale tese a promuovere una tutela ampia ed effettiva a tutti coloro che collaborassero con la giustizia nella lotta al crimine organizzato.

Nel panorama internazionale spicca la nota Convenzione di Palermo del 15 novembre 2000 che impone agli Stati aderenti di adottare delle misure legislative (e non) con l'obiettivo di preservare non solo la sicurezza e l'incolumità dei collaboratori di giustizia ma anche di assicurarne una piena libertà di autodeterminazione nell'esercizio delle proprie prerogative essenziali.

Quanto alla questione sottesa al caso in esame, la Suprema Corte dà atto dell'esistenza di due possibili opzioni interpretative.

Secondo un indirizzo interpretativo esse hanno natura risarcitoria.

Un'interpretazione teleologica della norma di cui all'art. 16 ter D.L. 8/1991 deporrebbe in tal senso. Nella relazione sui testimoni di giustizia del 19 febbraio 2008 la Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa viene espressamente impiegato il termine "risarcimento" laddove si chiarisce come lo Stato con tali misure "*s'impegna a risarcire il danno che il soggetto è costretto a sopportare in conseguenza della sua disponibilità a denunciare i fatti di cui è a conoscenza, o a rendere testimonianza, riconoscendo, in particolare, ai testimoni di giustizia, già titolari di attività imprenditoriali, forme*

¹⁵ Invero la norma di cui all'art. 16-ter DL. 8/1991, conv. dalla L. 82/1991, non è più vigente oggi per effetto dell'intervenuta abrogazione ad opera dell'art. 20, co. 1 della L. 6/2018. Tale circostanza non ha assunto alcun rilievo ai fini della decisione in commento, in coerenza con il principio del *tempus regit actum* di cui all'art. 11 delle preleggi al codice civile.

efficaci di risarcimento compensativo dei minori introiti derivanti dall'assunzione dello "status" di persona sottoposta a programma di protezione".

L'implicazione pratica che ne discende è la qualificazione di tale somma di denaro come bene personale del coniuge ossia come un bene estraneo alla comunione legale ai sensi dell'art. 179 co. 1 lett. e) c.c.

Un diverso indirizzo interpretativo, avallato anche dalla Suprema Corte nel caso in esame, sostiene che tali somme di denaro non possono integrare un risarcimento del danno difettandone il presupposto.

Alla base dell'azionamento dello strumento risarcitorio deve esservi sempre, infatti, la commissione di un fatto illecito di matrice aquiliana ovvero contrattuale in senso lato, intendendosi per illecito contrattuale in senso lato non solo l'inadempimento di un obbligo di fonte contrattuale ma anche quello di ogni "altro atto o fatto dell'ordinamento giuridico" ex art. 1173 cc.

In tal senso, anche di recente, le Sezioni Unite della Cassazione le quali, in tema di ammissibilità dei danni punitivi, hanno ribadito esplicitamente che il risarcimento del danno presuppone sempre un comportamento illecito¹⁶.

Invece il presupposto delle misure di cui all'art. 16-ter D.L. 8/1991 è un fatto lecito espressamente regolamentato dall'ordinamento giuridico e costituito dalla sottoposizione dell'interessato al programma di protezione speciale.

Anche i fatti leciti possono esser forieri di conseguenze dannose.

Tuttavia, essendo fatti "*iure*", ossia autorizzati dall'ordinamento, sono fonte solo di un'obbligazione indennitaria come confermerebbero le numerose disposizioni disseminate nel codice civile, quali ad esempio gli artt. 876, 843, 2045 c.c. le quali riconoscono al danneggiato il diritto a un'indennità.

Anche la circostanza che l'attribuzione delle stesse è oggetto di una previa valutazione discrezionale da parte della P.A. conforterebbe tale ricostruzione, in quanto tale valutazione presuppone un'attività amministrativa che, laddove legittimamente effettuata, configurerebbe un fatto lecito eventualmente produttivo di conseguenze dannose.

In conclusione la Suprema Corte qualifica tali misure come indennità.

Ne deriva che tali somme di denaro esulano dall'ambito applicativo dell'art. 179 co. 1 lett. e) cc, non avendo la natura di risarcimento del danno.

Si tratta di beni che, dunque, rientrano nella comunione legale e nell'eventuale successiva comunione de residuo.

Di qui il conseguenziale rigetto del ricorso del testimone di giustizia.

¹⁶ Cass. Civ, Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

Ipotesi particolari di responsabilità civile

Omessa comunicazione da parte della madre della paternità e configurabilità di responsabilità civile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Cass. civ., Sez. III, 5 maggio 2020, n. 8459

(...) Ed infatti è la stessa legge conformativa del diritto che ne definisce i limiti, attribuendo prevalenza, rispetto al “*jus arcendi*” dell’interessato, al trattamento dei dati personali qualora “effettuato per ragioni di giustizia”, per tali intendendosi “i trattamenti di dati personali direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie” (D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 47, nel testo anteriore alla abrogazione disposta con il D.Lgs. n. 101 del 2018). Il regolamento UE n. 679/2016, art. 9, paragr. 1 e 2, lett. f), prevede che il divieto espresso di “trattare dati personali che rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona” non si applica nei casi in cui il trattamento si renda necessario “per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitino le loro funzioni giurisdizionali”; analogamente, il potere del soggetto interessato di opporsi al trattamento, cancellare i dati o limitare il trattamento dei dati a taluni utilizzi soltanto, incontra il limite dell’accertamento, dell’esercizio o della difesa di un diritto in sede giudiziaria: art. 18, paragr. 2, art. 17, paragr. 3, lett. e), art. 21, paragr. 1, regolamento UE n. 679/2016. Ed ulteriori limitazioni alle disposizioni della legge possono essere apportate dagli Stati membri nel caso in cui, fatta salva la assenza dei diritti e delle libertà fondamentali, debbano essere adottate “misure necessarie e proporzionate” al fine di salvaguardare “la tutela dell’interessato o dei diritti e delle libertà altrui” od ancora “l’esecuzione delle azioni civili” (art. 23, paragr. 1, lett. i) e j), reg. UE cit.). La Corte d’appello si è, dunque, conformata al principio enunciato da questa Corte Cass. Sez. U, Sentenza n. 3034 del 08/02/2011 secondo cui, in tema di protezione dei dati personali, non costituisce violazione della relativa disciplina il loro utilizzo mediante lo svolgimento di attività processuale, giacché detta disciplina non trova applicazione in via generale, ai sensi del D.Lgs. n. 193 del 2003, artt. 7, 24, 46 e 47 (cd. codice della *privacy*), quando i dati stessi vengano raccolti e gestiti nell’ambito di un processo; in esso, infatti, la titolarità del trattamento spetta all’autorità giudiziaria e in tal sede vanno composte le diverse esigenze, rispettivamente, di tutela della riservatezza e di corretta esecuzione del processo, per cui, se non coincidenti, è il codice di rito a regolare le modalità di svolgimento in giudizio del diritto di difesa e dunque, con le sue forme, a prevalere in quanto contenente disposizioni speciali e, benché anteriori, non suscettibili di alcuna integrazione su quelle del predetto codice della *privacy* (...). Nella specie parrebbe venire, invece, in rilievo la “esigenza” della conoscenza, da parte del soggetto che ha partecipato al concepimento, che la gravidanza è a lui riferibile, consentendogli pertanto l’esercizio del diritto-dovere di riconoscimento del figlio naturale *ex artt.* 250 e 254 c.c., con la conseguente assunzione delle responsabilità genitoriali verso il nato. Così impostata la vicenda, si potrebbe, ad un primo approccio, qualificare illecita la condotta omissiva della donna, in quanto lesiva del “diritto alla autodeterminazione” dell’altro soggetto

(padre naturale), qualora l'atto di riconoscimento venga inteso come esercizio dell'autonomia privata ossia di una scelta discrezionale rimessa alla libertà individuale del soggetto che la compie. Ad un più attento esame, tuttavia, tale ricostruzione non può essere seguita, dovendosi tenere conto della interpretazione della disciplina della filiazione, conforme al portato degli artt. 2 e 30 Cost., fornita da questa Corte, che ha anticipato fin dalla nascita l'insorgenza dei doveri genitoriali – e dei corrispondenti diritti del minore – in quanto ricollegati non all'effetto giuridico della istituzione della relazione parentale (presunta *ex art. 231 c.c.*, accertata *ex art. 236 c.c.*, comma 2, artt. 237,241 c.c., o dichiarata per atto volontario *ex art. 250 e 254 c.c.* o per sentenza *ex artt. 269 e 277 c.c.*), ma al mero fatto-giuridico della procreazione (cfr. Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 7386 del 14/05/2003; id. Sez. 1, Sentenza n. 2328 del 02/02/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 26575 del 17/12/2007; id. Sez. 1, Sentenza n. 22506 del 04/11/2010; id. Sez. 1, Sentenza n. 5652 del 10/04/2012; id. Sez. 1, Sentenza n. 26205 del 22/11/2013; id. Sez. 6-3, Sentenza n. 3079 del 16/02/2015; id. Sez. 3, Ordinanza n. 14382 del 27/05/2019): con la conseguenza che quella che appare astrattamente configurabile come situazione giuridica di diritto soggettivo assoluto e personalissimo (diritto a riconoscere lo *status* di figlio), altro non è invece che una mera manifestazione formale “confermativa” di una preesistente situazione giuridica da cui deriva il “dovere” di riconoscimento del figlio naturale, e cioè una condotta funzionale alla protezione dell'interesse del minore (che trova riscontro nella posizione di soggezione rivestita dal genitore naturale nell'azione di dichiarazione di paternità esercitata dal figlio ai sensi degli artt. 269 c.c. e segg.) e la cui violazione può dare luogo ad una autonoma fattispecie di illecito civile (non necessariamente “endofamiliare”, in difetto di costituzione di un nucleo familiare e di convivenza tra i genitori naturali) generatore di conseguenze dannose patrimoniali e non patrimoniali azionabili in via risarcitoria dal figlio o dal suo rappresentante durante la minore età (cfr. Corte Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5652 del 10/04/2012; id. Sez. 6-3, Sentenza n. 3079 del 16/02/2015). La questione del danno risarcibile, non viene tuttavia posta nella presente controversia, con riferimento alla lesione del diritto alla identità genitoriale (ossia del ristabilimento della verità inerente il rapporto di filiazione e nell'acquisizione formale del relativo *status*), trattandosi di interesse in tesi soddisfatto dalla pronuncia giudiziale che ha accolto la domanda oggetto dell'azione di dichiarazione di paternità svolta da B.C., interesse peraltro costantemente deluso nel corso di tutto il processo dallo stesso T. e disconosciuto dal suo successore F. ancora con il tentativo di invalidare il risultato della indagine genetica. Il danno – non patrimoniale – viene, invece, ricondotto all'effetto pregiudizievole conseguente al “ritardato” accertamento dello *status* di figlio, avendo assunto il T. di non avere avuto la occasione di potere godere nel tempo anteriore della relazione affettiva e di esercitare i compiti genitoriali (...). Se è così, non pare dubbio che in relazione allo schema dell'illecito extracontrattuale ed agli elementi costitutivi della fattispecie normativa astratta (condotta illecita; ingiusta lesione di interessi meritevoli di tutela; nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento lesivo; derivazione da detto evento delle conseguenze pregiudizievoli) deve essere verificata la legittimità della pronuncia resa dalla Corte d'appello, avendo questa, per un verso, ritenuto improduttivo di danno-conseguenza il comportamento omissivo della donna prima e del figlio poi, avuto riguardo alla resistenza opposta dal T. all'accertamento del rapporto di filiazione; per altro verso, con successiva statuizione ma da ritenere di valenza logica pregiudiziale, ha ritenuto del tutto carente la allegazione e la prova dei fatti costitutivi della pretesa “non supportata dalla deduzione di elementi specifici”; concludendo inoltre per la assenza di allegazione di “circostanza concrete e dell'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere in termini di certezza od elevata probabilità” la occasione perduta. La – pure sintetica – valutazione di merito espressa dalla Corte territoriale in ordine alla mancata allegazione delle circostanze indispensabili a consentire l'applicazione dello

schema logico della prova presentiva in ordine alla effettiva consistenza della occasione perduta (ossia della possibilità di instaurare e sviluppare il rapporto genitoriale), non appare quindi inficiata dal vizio di legittimità denunciato, tanto in relazione alle norme di diritto processuale, quanto alla errata applicazione della norma di diritto sostanziale, tutte indicate in rubrica (...). Ed infatti, inesplicita la censura di nullità processuale per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), avendo provveduto la Corte di appello sulla domanda risarcitoria, rigettandola nel merito, ed esclusa la supposta rilevanza “con effetto retroattivo” del principio di non contestazione in conseguenza della rinuncia del B. alla assunzione delle prove ammesse (art. 115 c.p.c., comma 1); del tutto priva di supporto argomentativo la censura riferita alla asserita violazione dell’art. 113 c.p.c., osserva il Collegio che neppure la dedotta violazione dell’art. 2043 c.c., appare correttamente formulata laddove: la mera allegazione della violazione di un interesse di rilievo costituzionale non si traduce per ciò solo nel diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, atteso che per consolidata affermazione di questa Corte, al di fuori dei casi in cui l’illecito civile integri la fattispecie di reato, ovvero sussista una espressa previsione normativa, il danno non patrimoniale è risarcibile soltanto alla compresenza di tre condizioni: (a) che l’interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si perverrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell’art. 2059 c.c., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); (b) che la lesione dell’interesse sia grave, nel senso che l’offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all’art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); (c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità. Tanto consegue che il soggetto leso è tenuto in ogni caso a fornire puntuale prova delle circostanze fattuali dimostrative della perdita del bene derivata dalla violazione del predetto interesse, non potendo assumersi la sussistenza del danno “*in re ipsa*” (cfr. Corte Cass. Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008; id. Sez. 3, Sentenza n. 20684 del 25/09/2009; id. Sez. 6-1, Ordinanza n. 21865 del 24/09/2013; id. Sez. 3, Ordinanza n. 25420 del 26/10/2017; id. Sez. 3, Sentenza n. 11269 del 10/05/2018; id. Sez. 3, Sentenza n. 28985 del 11/11/2019; id. Sez. 6-L, Ordinanza n. 29206 del 12/11/2019; id. Sez. L, Sentenza n. 4886 del 24/02/2020; id. Sez. 3, Ordinanza n. 4005 del 18/02/2020) (...) Qualora poi il riferimento all’art. 2043 c.c., dovesse essere, invece, riferito alla asserita errata valutazione compiuta dalla Corte d’appello in ordine alla sussistenza di elementi istruttori dimostrativi del danno risarcibile, e dunque debba intendersi come censura per “errore di fatto” riconducibile al paradigma dell’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, ne segue la inammissibilità del motivo di ricorso in quanto difetta del tutto la indicazione del fatto storico decisivo che la Corte d’appello avrebbe ommesso di considerare e che se correttamente esaminato avrebbe determinato una differente soluzione della controversia: al riguardo è appena il caso di osservare come la doglianza del ricorrente della mancata ammissione dei mezzi di prova originariamente richiesti a tal fine, non raggiunga i requisiti minimi di sindacabilità, tenuto conto che alcuna indicazione emerge dal ricorso per cassazione dei fatti oggetto delle richieste probatorie, implicitamente ritenute irrilevanti dalla Corte territoriale, e non essendo pertanto questa Corte in grado di verificare se ed in che modo tali fatti rivestissero il carattere della decisività richiesto dalla norma processuale. Il Giudice di merito, peraltro, non soltanto ha rilevato la mancata allegazione di indizi idonei a consentire il riconoscimento di una effettiva perdita di occasione, non essendo emersi dalla istruttoria elementi tali da presumere la ricerca e l’intenzione del T. di realizzare l’aspirazione alla genitorialità (la mancata allegazione dei comportamenti tenuti dal T. nel tempo immediatamente

successivo al rapporto avuto con la B., viene ad assumere al proposito carattere significativo, alla stregua dei precedenti giurisprudenziali che onerano il soggetto, ove effettivamente interessato alla propria genitorialità, ad attivarsi per conoscere dal partner le possibili evoluzioni dell'atto sessuale: cfr. Corte Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5652 del 10/04/2012; id. Sez. 1, Sentenza n. 26205 del 22/11/2013), ma ha ritenuto di rilevare la presenza di elementi indiziari contrari, desunti dall'atteggiamento contestativo del riconoscimento del figlio naturale: trattasi di valutazione di merito che rimane sottratta al sindacato di legittimità di questa Corte.

Nota di Debora Berta

In materia di tutela dei dati personali, la sentenza ricorda un principio già espresso dalla sentenza Cass. S. U. n. 3034 del 08/02/2011, secondo cui non costituisce violazione dei principi dettati dal d.lgs. n. 193 del 30/6/2003 l'utilizzo dei dati personali, anche contro la volontà del soggetto interessato, nello svolgimento di attività processuale giacché detta disciplina non trova applicazione in via generale (ai sensi degli artt. 7, 8, 24 e 46-47 del medesimo decreto, oggi sostituiti in conformità al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27/4/2016 dagli artt. 2 *undecies* e 2 *duodecies*). Allo scopo di accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria, ovvero ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitino le funzioni loro proprie è possibile, infatti, fare uso dei dati personali anche contro la volontà del soggetto interessato. Così come il potere del soggetto interessato di opporsi al trattamento, cancellare i dati o limitare il trattamento dei dati a taluni utilizzi soltanto, incontra il limite dell'accertamento, dell'esercizio o della difesa di un diritto in sede giudiziaria. La sentenza precisa che quando i dati personali vengano raccolti e gestiti nell'ambito di un processo, la titolarità del trattamento spetta all'autorità giudiziaria che dovrà valutare e contemperare le esigenze di tutela della riservatezza e di corretta esecuzione del processo, ma nel caso in cui le due esigenze non coincidessero, sarà il codice di rito e il principio di corretto svolgimento del giudizio (individuata come *lex specialis*) a prevalere sulle disposizioni contenute nel c.d. codice della *privacy*.

La sentenza osserva come, in assenza di un vincolo matrimoniale, ovvero in mancanza di una vera e propria convivenza "*more uxorio*", la mancata consapevole comunicazione all'altro genitore (nel caso di specie della madre nei confronti del padre) dell'avvenuto concepimento si traduce, ove non giustificata da un oggettivo apprezzabile interesse del nascituro (art. 250 c.c., commi 3 e 4) e nonostante tale comunicazione non sia imposta da alcuna norma, in una condotta "*non jure*" che, se posta in essere con dolo o colpa, può integrare gli estremi di una responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c. La condotta è infatti suscettibile di arrecare un pregiudizio, qualificabile come danno ingiusto, al diritto del genitore naturale di affermare la propria "identità genitoriale", quale sfaccettatura del più ampio diritto alla "identità personale" ancorato agli artt. 2 e 30 comma 4 della Costituzione. Il genitore naturale ha il diritto di ristabilire la verità inerente il rapporto di filiazione, di acquisire il relativo *status* e di instaurare un rapporto conoscitivo, affettivo e di cura nei confronti del minore che ha contribuito a generare.

Infine, in materia di risarcimento da "fatto illecito" la sentenza, richiamando una delle ben note sentenze di San Martino (Corte Cass. S. U. n. 26972 del 11/11/2008), precisa come la mera allegazione della violazione di un interesse di rilievo costituzionale non si traduce per ciò solo nel diritto al risarcimento del danno non patrimoniale. Al di fuori dei casi in cui

l'illecito civile costituisca una fattispecie di reato, ovvero sia espressamente prevista da disposizione normativa, il danno non patrimoniale è risarcibile soltanto nel caso in cui ricorrano tre concomitanti elementi: a) che l'interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale. Diversamente – argomenta la Corte – si porrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 c.c., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, toccando necessariamente gli interessi della persona e quindi cagionando alla persona un pregiudizio sarebbe sempre risarcibile; b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità. Il dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 della Costituzione impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente derivanti dal dispiegarsi della vita sociale; c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità. Trattandosi in ogni caso di un danno extracontrattuale ex art. 2043 c.c., il soggetto che assume di aver subito la lesione sarà gravato dall'onere della prova di dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito e, quindi, la condotta illecita, l'ingiusta lesione di interessi tutelati dall'ordinamento, il nesso causale tra la prima e la seconda, la sussistenza di un concreto pregiudizio patito dal titolare dell'interesse leso, non potendo assumersi la sussistenza del danno “*in re ipsa*”.

CONSUMATORI

Multiproprietà azionaria e problemi di giurisdizione

Cass. civ., Sez. un., 28 gennaio 2020, n. 1868

(...) La sentenza impugnata in questa sede, evidenziando che i contratti *inter partes* hanno ad oggetto l'acquisto di azioni di multiproprietà azionaria, ha prestato adesione ai principi enunciati da questa Corte con la sentenza n. 4088 del 10 maggio 1997. Tale pronuncia – nel confermare l'esito dell'interpretazione effettuata dall'allora impugnata decisione della Corte di merito, la quale aveva ritenuto “che tra le parti era stato concluso un valido contratto complesso di multiproprietà azionaria, caratterizzato dalla conservazione della proprietà immobiliare, da parte della società, e dalla combinazione di due autonomi negozi giuridici, quello di sottoscrizione delle azioni, da cui era derivata la qualità di socio..., e l'altro d'accettazione del c.d. regolamento condominiale, con il quale quest'ultimo aveva acquistato un diritto personale di godimento su una frazione spazio-temporale dell'immobile della società” – ha affermato che nello schema della c.d. “multiproprietà azionaria” (differente dalla “multiproprietà immobiliare tipica”, giacché quest'ultima ha ad oggetto il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali sull'immobile) convivono, per l'appunto, due distinti ed autonomi rapporti giuridici, sia pure tra loro collegati. Un “primo rapporto si costituisce tra la società e l'acquirente delle azioni (socio), il quale diviene titolare delle situazioni giuridiche proprie di tale stato, tra le quali è compreso il diritto all'attiva partecipazione alla vita della società e alla percezione degli utili alla chiusura di ogni esercizio finanziario”. Un “secondo rapporto sorge da un'autonoma e distinta convenzione conclusa dalla società con l'azionista, e, in forza di esso, quest'ultimo acquista il diritto personale al godimento dell'unità immobiliare per il periodo stabilito” (convenzione, quest'ultima, comprensiva anche delle norme per l'uso dell'unità immobiliare e delle parti e dei servizi comuni: c.d. “regolamento condominiale”). In ciò si risolve, essenzialmente, la figura giuridica definita come “multiproprietà azionaria impura”, nella quale “alla creazione dei diritti di godimento in capo ai soci residua alla società un patrimonio destinato alla produzione di utili da ripartire tra i soci”; figura che si contrappone alla “multiproprietà azionaria pura”, in cui “lo scopo di lucro è assente” (...). Come si evince dall'accertamento che precede (cfr. § 4.1), i due (identici) contratti di “acquisizione della qualità di socio della (OMISSIS)” sottoscritti dalle parti palesano differenze significative rispetto alla fattispecie su cui si è soffermata questa Corte con la citata sentenza n. 4088/1997; e ciò a partire dalla loro stessa connotazione unitaria (e non già di collegamento negoziale tra autonome e distinte convenzioni), assumendo il “socio”, già soltanto in forza di detta sottoscrizione e direttamente in base ad essa, il diritto di usufruire, per le proprie vacanze, delle strutture disponibili messe a disposizione dalla società a seguito di previa prenotazione presso il “Servizio vacanze (OMISSIS)” e utilizzando i “punti” che gli vengono accreditati in ragione delle azioni (o “titoli vacanze”) acquistate. La società, inoltre, è tenuta a provvedere, in base ai fondi raccolti con la vendita delle azioni e in forza di una quota annuale che il socio versa per ciascun “titolo di vacanza/azione”, al finanziamento di residenze turistiche esistenti, alla costruzione e progettazione di nuove residenze, nonché a sostenere i costi di gestione delle stesse. La distribuzione degli utili ai soci è, quindi, sostituita con l'assegnazione dei “punti vacanza” e gli eventuali utili residui sono destinati ad investimenti “nelle strutture della società per

il beneficio dei soci” (del resto, la stessa sentenza impugnata – cfr. p. 3 – ha evidenziato che la (OMISSIS) si è difesa adducendo di operare nel settore della c.d. “multiproprietà azionaria pura”: p. 3). Un tale specifico regolamento negoziale, al di là del *nomen iuris* utilizzato dai contraenti, esprime, secondo la funzione che in concreto le stesse parti hanno inteso realizzare, un assetto di interessi che non è volto a privilegiare – e, dunque, a rendere prevalente sotto il profilo causale – la *affectio societatis* e, quindi, la partecipazione del socio alla vita della compagine sociale, ma che eminentemente si risolve, e sostanzialmente si esaurisce, nel consentire all’acquirente del “titolo vacanza/azione” di usufruire del “Servizio vacanze” fornito dalla (OMISSIS) attraverso le strutture turistiche dalla medesima gestite, ove lo stesso acquirente ha, per ciò stesso, diritto a “trascorrere le proprie vacanze in misura corrispondente ai punti (OMISSIS) che possiede”. E in tale prospettiva milita anche il fatto che la stessa attribuzione dei “punti” (e, quindi, in sostanza nell’incremento delle possibilità di fruizione dei “servizi vacanze”) assorbe la distribuzione degli utili societari, altrimenti destinati (non ai soci, ma) unicamente a scopi endosociali. In ragione, dunque, della ritenuta portata giuridica dei due (identici) contratti *inter partes* deve trovare applicazione, ai fini della individuazione della giurisdizione sulle domande giudiziali proposte dal (OMISSIS), il foro speciale di cui alla Sezione IV della Convenzione di Lugano del 1988, in forza della disciplina prevista dagli articoli da 13 a 15, del tutto corrispondenti agli articoli da 13 a 15 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (mentre, quanto al successivo Reg. n. 44/2001, si diversifica l’articolo 16, solo in parte sovrapponibile all’articolo 13, proprio in relazione al punto 3, che – come si vedrà – assume significativo rilievo nella specie). Essi, infatti, sono stati conclusi da un “consumatore”, ossia “da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale” (articolo 13), non potendosi dubitare che il (OMISSIS), di professione notaio (cfr. lo stesso controricorso a p. 9), abbia sottoscritto gli accordi con la (OMISSIS) per soddisfare esigenze della vita quotidiana (godimento di vacanze nelle residenze gestite dalla società), certamente estranee all’esercizio di detta attività. Si tratta, inoltre, di negozi riconducibili nell’ambito di contratti aventi “per oggetto una fornitura di servizi” (...). “Fornitura di servizi”, questa, che ripete, sostanzialmente, i caratteri materiali di quella (comprensiva di manutenzione, gestione, amministrazione di multiproprietà e organizzazione di soggiorni vacanze) oggetto della fattispecie contrattuale che la Corte di Giustizia, con la sentenza del 22 aprile 1999, in C-423/97, ha ritenuto, in forza di una considerazione in concreto degli interessi coinvolti, suscettibile di essere ricondotta nell’ambito della tutela generale consumeristica prevista dalla direttiva n. 85/577/CEE, proprio in ragione della prevalenza della prestazione di servizi rispetto a quella di assicurare il mero uso ripartito di un immobile, anch’essa oggetto programma negoziale (mentre la prevalenza di quest’ultimo non avrebbe, invece, consentito, di per sé, l’operatività di detta tutela, giacché esclusa dalla previsione dell’articolo 3, n. 2, lettera a, della medesima direttiva), altresì ponendo in risalto come tra le distinte discipline dettate, rispettivamente, dall’anzidetta direttiva del 1985 e da quella, n. 1994/47/CE, in tema di tutela dell’acquirente di “multiproprietà”, non vi sia una relazione reciprocamente escludente, poiché la direttiva del 1994 non è tale da sterilizzare l’applicazione di quella consumeristica più generale, anche se il contratto presenti “un elemento di multiproprietà”.

Con la pronuncia in commento, la Cassazione ha accolto il ricorso presentato da un notaio riconoscendo l'applicabilità del foro del consumatore in una controversia relativa alla validità di una clausola di proroga della giurisdizione ai sensi degli artt. 15 e 17 della Convenzione di Lugano del 1988 sulla competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Il ricorrente sottoscriveva un modulo d'acquisto di alcune azioni di una società svizzera avente lo scopo di acquistare, amministrare e gestire immobili per metterli a disposizione dei propri soci secondo la logica del godimento turnario, finalizzato a trascorrere un periodo di vacanza. In quanto socio, egli aveva acquisito il diritto di soggiornare in uno degli appartamenti, ma non era riuscito ad usufruire del soggiorno per asserita indisponibilità di posti. Per questa ragione decideva di risolvere il contratto per inadempimento. Ne nasceva una controversia avente ad oggetto la validità di una clausola del contratto inerente la deroga alla giurisdizione ed al foro competente a favore della legge e del giudice svizzero ai sensi dell'art. 25 l. 218/1995, da cui appunto il presunto difetto di giurisdizione del giudice italiano *ex art. 4, c. 2, stessa legge*.

Le Sezioni Unite ritengono che la fattispecie rientri fra quelle regolate in materia di contratti conclusi con i consumatori, trattandosi di una fornitura di servizi stipulata per un uso del tutto avulso dall'attività professionale. La Corte ritiene inammissibile la proroga in quanto non «posteriore al sorgere della controversia» e non intesa a consentire al consumatore di adire un organo giurisdizionale diverso da quelli indicati dalla Convenzione come competenti in via obiettiva. Di conseguenza, si radica la giurisdizione del giudice italiano *ex artt. 13 e 15 Convenzione*, in deroga al domicilio del convenuto nel territorio di uno Stato contraente (art. 2 Convenzione).

La sentenza analizza *per incidens* anche l'istituto della multiproprietà azionaria. Secondo la disciplina propria di questa figura, una società per azioni proprietaria di un immobile, lo concede in godimento turnario ai propri soci. Questi ultimi, quindi, non vantano alcun diritto reale sul bene, essendo titolari solamente di un diritto personale di godimento in riferimento allo stesso.

Nella multiproprietà azionaria, dunque, sono individuabili due rapporti autonomi e distinti, ancorché collegati, tra loro:

- a) quello che si costituisce tra la società e l'acquirente delle azioni, che comporta, per quest'ultimo, l'acquisizione dello *status* di socio;
- b) quello che sorge per effetto di una convenzione tra la società e il socio, cui segue la costituzione, in favore di questi, di un diritto personale di godimento sull'immobile, secondo la turnazione stabilita.

L'istituto in questione viene ulteriormente definito come impuro ovvero puro, in base alla residua possibilità di ripartire o meno gli utili tra i soci. Nella specie, in sostituzione della distribuzione del ricavato, la società assegnava ad ogni azione acquistata un determinato numero di punti l'anno, la cui somma costituiva il diritto del socio di trascorrere le vacanze nelle strutture sociali, destinando gli utili residui all'investimento nelle strutture della società, sempre a beneficio dei soci.

Questa forma di multiproprietà è stata oggetto di un vivace dibattito, specie in ordine alla sua compatibilità con la disciplina codicistica sulle società *ex artt. 2248 c.c. e 2256 c.c.*

Ai sensi dell'art. 2248 c.c., «la comunione costituita o mantenuta al solo scopo del godimento di una o più cose è regolata dal titolo VII del libro III». In altri termini, connaturato alla società è il fine lucrativo, con la conseguenza che, qualora la stessa abbia quale unico scopo quello di amministrare o gestire un bene poi goduto dai soci, non si configurerebbe più una società, ma una comunione ordinaria, come tale regolata dalle disposizioni di cui agli artt. 1100 e ss. Questo ostacolo è stato superato dalla giurisprudenza che ha riconosciuto la multiproprietà azionaria, a condizione che, accanto all'attività di amministrazione o gestione dell'immobile, la società affianchi un'ulteriore attività lucrativa.

L'art. 2256 c.c., a sua volta, impedisce al socio «di servirsi, senza il consenso degli altri soci, delle cose appartenenti al patrimonio sociale per fini estranei a quelli della società», con la conseguenza che la multiproprietà non sarebbe ammissibile, dovendosi utilizzare i beni appartenenti all'organizzazione per il perseguimento dello scopo sociale lucrativo. Anche questo ostacolo è stato superato dalla giurisprudenza, che ha fatto leva sull'autonomia dei due distinti rapporti di cui si è detto ad inizio paragrafo.

In definitiva, come argomentato dalla Corte, si tratta di negozi riconducibili all'alveo della fornitura di servizi ed in quanto tali rilevanti per risolvere la questione di giurisdizione. La conclusione di tali contratti è stata, inoltre, preceduta da una specifica proposta o da una pubblicità nello Stato in cui il consumatore ha il domicilio e quest'ultimo ha compiuto in tale Stato gli atti necessari per la conclusione del contratto. Pertanto, in via del tutto condivisibile, la convenzione in deroga alla giurisdizione italiana a favore di quella svizzera, seppure sottoscritta dal ricorrente, non può ritenersi operante ai sensi dell'art. 17 Convenzione di Lugano (operante *ex art. 2, l. 218/1995*, in riferimento alla parte domiciliata in uno Stato contraente non membro dell'Unione Europea, come appunto la Svizzera), ostandovi l'art. 15 della stessa.

Vendita di beni di consumo affetti da vizio di conformità: azione per il solo risarcimento del danno ex art. 135, co. 2, cod. consumo

Cass. Civ., Sez. II, 20 gennaio 2020, n. 1082

(...) Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1494 c.c. e degli artt. 130 e 135 del Codice del consumo. La sentenza è oggetto di censura nella parte in cui la corte ha riconosciuto che, una volta ritenuto eccessivamente oneroso per il venditore l'intervento volto all'eliminazione dei vizi, il compratore non poteva pretendere, a titolo di danno emergente, il costo occorrente per la sostituzione di tutte le perline, ma solo il risarcimento danno estetico conseguente al loro restringimento, pari al costo dell'eventuale intervento eseguibile per eliminare le fessure. In questo modo la corte di merito ha negato l'integrale risarcimento del danno emergente riconosciuto al compratore secondo le norme del codice civile. Si sostiene invece che, ai sensi dell'art. 135 del codice del consumo, i rimedi ordinari previste dal diritto italiano concorrono con quelli previsti a tutela del consumatore dalla disciplina specifica, se è vero che la normativa comunitaria ha trovato ingresso nell'ordinamento interno per incrementare le garanzie del consumatore e non certo per ridurle (...). Nel caso in cui il bene consegnato al consumatore presenti un difetto di conformità del quale il professionista debba rispondere, il consumatore può far valere nei confronti del professionista inadempiente i rimedi contemplati dall'art. 130 del codice del consumo: riparazione del bene, sostituzione dello stesso, riduzione del prezzo, risoluzione del contratto. Tra i diritti che competono al consumatore, "nel caso di difetto di conformità", il comma 2 dell'art 130 cod. consumo non annovera il diritto al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento. Ciò non significa peraltro che il consumatore che abbia ricevuto un bene non conforme al contratto non possa esercitare, nei confronti del professionista, delle pretese risarcitorie: il diritto al risarcimento del danno rientra senz'altro fra i "diritti" attribuiti al consumatore da "altre norme dell'ordinamento giuridico" italiano (art. 135 cod. consumo) (...). Costituisce consolidato orientamento di questa Corte, in materia di garanzia per vizi nella vendita, che il compratore può esercitare l'azione di danni da sola, cioè senza chiedere né la risoluzione, né una riduzione del prezzo. Or bene analoga facoltà non può essere negata al consumatore, qualora ricorra una delle situazioni di cui al comma 7 dell'art. 130 cod. consumo, che contempla in primo luogo proprio la situazione che la riparazione o la sostituzione siano impossibili o eccessivamente onerose. È osservazione comune come l'art. 135 faccia espressamente salvi i «diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico» allo scopo di assicurare all'acquirente di beni di consumo uno standard di tutela più elevato rispetto a quello realizzato dalla direttiva n. 44/1999. Secondo la corrente opinione dottrina, condivisa dalla giurisprudenza, il risarcimento del danno ha lo scopo di porre il compratore in una posizione economicamente equivalente non a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto o se l'avesse concluso a un prezzo inferiore, ma a quella in cui si sarebbe trovato se la cosa fosse stata immune da vizi. «La circostanza che un determinato prodotto si riveli inidoneo ad essere adoperato secondo le modalità indicate dal venditore e possa esserlo solo con modalità più dispendiose (per tempi di lavorazione e quantità da impiegare) ben può

esser valutata dal giudice di merito ai fini del risarcimento del danno, oltreché sotto l'aspetto della riduzione del prezzo poiché quest'ultima ristabilisce l'equilibrio patrimoniale solo con riguardo al valore della cosa venduta ma non elimina il danno determinato dal venditore, consistente nel costo delle maggiori quantità di prodotto utilizzato e di manodopera impiegata» (Cass. n. 1153/1995, cfr. altresì in materia di appalto, Cass. n. 4161/2015) (...). In tema di responsabilità civile, la domanda con la quale un soggetto chieda il risarcimento dei danni a lui cagionati da un dato comportamento del convenuto, senza ulteriori specificazioni, si riferisce a tutte le possibili voci di danno originate da quella condotta (Cass. n. 20643/2016). Insomma la domanda di risarcimento di danni salva espressa specificazione deve ritenersi comprensiva di tutti i danni (Cass, n. 7193/2015).

Nota di Erminia Sparano

Con la recentissima pronuncia della Corte di Cassazione, sez. II, del 20 gennaio 2020, n. 1082 viene in rilievo un annoso problema di coordinamento normativo tra la disciplina civilistica e quella consumeristica di matrice europea, con riguardo alla previsione delle garanzie per vizi nella vendita dei beni di consumo, nell'ottica di una "maggiore tutela del consumatore".

In particolare, i giudici di legittimità, attraverso un'analisi comparativa delle prospettive remediali civilistiche con quelle di settore, riconoscono al consumatore l'esperibilità dell'azione risarcitoria quale rimedio autonomo rispetto alla tutela incentrata sulla risoluzione del contratto in virtù della "clausola di salvezza" di cui all'art. 135, comma 1, del codice del consumo (*"le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico"*).

Il caso di specie si fonda sull'acquisto, da parte dell'attore, di una partita di larice poi rivelatasi difettosa a causa di un anomalo restringimento derivante dalla perdita di umidità delle perline dopo la posa. L'attore, dunque, chiedeva al Tribunale di Mondovì la condanna in via principale del convenuto, volta all'eliminazione dei vizi già riscontrati in sede di accertamento tecnico preventivo; in via subordinata, il risarcimento di tutti i danni subiti in conseguenza dei vizi del materiale fornito. Il Tribunale rigettava la domanda principale, ritenendo eccessivamente oneroso per il venditore l'intervento di ripristino, e accoglieva la domanda subordinata di risarcimento del danno. In ragione di ciò, il convenuto proponeva appello che veniva accolto dalla Corte d'Appello di Torino, la quale, ritenendo il danno conseguente al vizio del materiale di rilevanza esclusivamente estetica, ha considerato non necessario garantirne il risarcimento. L'attore, dunque, proponeva ricorso per Cassazione.

Preliminarmente, la Corte ha chiarito come l'eccessiva onerosità della sostituzione (rimedio manutentivo– conservativo) per il venditore non poteva essere assunta quale limite ai diritti che competono al compratore in dipendenza del vizio: in particolare, a conforto di tale orientamento, la valutazione del consulente secondo cui l'unica soluzione idonea a rimediare all'inconveniente era rappresentata dallo smantellamento del tetto.

Dunque, l'esegesi dell'art. 135 del codice del consumo ha consentito, ai giudici di legittimità, di far luce su temi piuttosto ricorrenti, che si inscrivono nell'ambito del più generale inquadramento sistematico dei rimedi esperibili nella vendita dei beni di consumo: in particolare, la questione che ha investito la Corte di Cassazione consiste nella possibilità di aggiungere congiuntamente ai rimedi consumeristici esperibili anche lo strumento del risarcimento del danno.

Il pronunciamento in oggetto ha statuito il seguente principio: “*Tra i diritti che competono al consumatore, l’art. 130 cod. consumo, comma 2 non annovera il diritto al risarcimento del danno cagionato dall’inadempimento. Ciò non significa peraltro che il consumatore che abbia ricevuto un bene non conforme al contratto, non possa esercitare, nei confronti del professionista, delle pretese risarcitorie: il diritto al risarcimento del danno rientra senz’altro fra i “diritti” attribuiti al consumatore da “altre norme dell’ordinamento giuridico” italiano (art. 135 cod. consumo)*”.

Il cammino argomentativo intrapreso dalla Corte, nella sentenza in oggetto, appare oltremodo significativo nella misura in cui evidenzia – condividendo un orientamento dottrinale ormai consolidato – la “centralità” dello strumento del risarcimento del danno nella tassonomia delle garanzie offerte al consumatore dalle differenti normative (civilistica e consumeristica): in particolare, secondo tale orientamento, il risarcimento del danno ha lo scopo di porre il consumatore in una “*posizione economicamente equivalente*” a quella in cui si sarebbe trovato se la cosa fosse stata immune da vizi.

In tal senso, dunque, l’azione risarcitoria appare idonea a ristabilire un equilibrio patrimoniale solo con riguardo al valore della cosa venduta, ma non elimina il danno determinato dal venditore (Cass. n. 1153/1995, cfr. in materia di appalto, Cass. n. 4161/2015).

Pertanto, il riconoscimento dell’esistenza del vizio da parte della Corte di merito, seguito dal diniego dell’esperibilità dell’azione risarcitoria quale rimedio autonomo, in assenza di domanda di risoluzione o riduzione del prezzo, configura una violazione dei principi di diritto interno (*sub specie* di effettività della tutela), in materia di risarcimento del danno: in tal senso, il diniego in oggetto, sembra violativo di un altro fondamentale principio, in materia di vendita di beni di consumo, espressione di un *favor consumatoris* condiviso dalla normativa interna e di settore che si traduce nell’esigenza di garanzia di una “maggiore tutela del consumatore”.

Dunque, l’errore interpretativo compiuto dalla Corte di merito, secondo i giudici di legittimità, ha finito per negare al consumatore qualsiasi risarcimento pure in presenza di un riscontro oggettivo dei vizi così come accertati dal consulente tecnico. Ciò posto, in ragione dell’impugnazione proposta da parte attrice, con sentenza n. 1082/2020, i giudici di legittimità cassavano con rinvio alla Corte d’Appello di Torino, la quale, dovendosi attenere ai principi sopra menzionati, sarà obbligata a riformulare la sentenza sopra emessa in considerazione dell’applicazione della “clausola di salvezza” di cui all’art. 135, comma 1, del codice del consumo e parimenti della rilevanza del carattere generale del rimedio del risarcimento del danno quale strumento già noto al diritto interno nella disciplina del contratto di vendita di cui all’articolo 1494 del codice civile.

COMMERCIALE

Società

Giurisdizione e azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali della società *in house*

Cass. civ., Sez. un., 14 aprile 2020, n. 7824

(...) Va al riguardo infatti ribadito che la verifica della ricorrenza dei requisiti propri della società *in house*, i quali costituiscono il presupposto della giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio della società, deve compiersi con riguardo alle norme ed alle previsioni statutarie vigenti alla data del fatto illecito (cfr. Cass., Sez. Un., 8/6/2018, n. 17188), e la cognizione in ordine all'azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipate da enti pubblici spetta alla Corte dei Conti solo nel caso in cui tali società abbiano, al momento delle condotte ritenute illecite, tutti i requisiti per essere definite *in house providing*, i quali devono risultare da precise disposizioni statutarie in vigore all'epoca, non avendo alcun rilievo la loro ricorrenza in fatto, essendo al riguardo essenziale, anche se l'ente privato societario rimane pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante (cfr. Cass., 22/2/2019, n. 5346), che siano resi manifesti nei rapporti interni ed esterni il carattere istituzionalmente servente della società *in house* e la sua fisionomia di mera articolazione della P.A. da cui promana, in contrapposizione a quella di soggetto giuridico esterno e autonomo dalla P.A. (cfr. Cass., Sez. Un., 21/6/2019, n. 16641. Cfr. altresì Cass., Sez. Un., 11/9/2019, n. 22712) (...).

Nota di Daniela Mazzotta

Con l'ordinanza n. 7824 del 14 aprile 2020, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, è tornata ad occuparsi del tema della giurisdizione della Corte dei Conti, in relazione ai giudizi promossi per accertare la responsabilità degli organi sociali delle società *in house*.

Il problema si è posto, in particolare, nell'ipotesi in cui dallo statuto della società non siano deducibili i requisiti caratterizzanti la forma societaria "*in house*".

Il giudizio in esame è stato avviato dalla Procura Regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Campania, la quale, previa qualificazione come *in house* di una società esercente il servizio di captazione, adduzione e distribuzione di acqua potabile nonché quello fognario e depurativo per alcuni Comuni campani, ha citato in giudizio alcuni dirigenti di terzo livello in ragione dell'omessa riscossione di canoni idrici dal 2008 al 2012.

Con regolamento preventivo di giurisdizione *ex art. 41 c.p.c.*, uno dei ricorrenti adiva la Suprema Corte chiedendo di dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario, stante la mancanza nella società *de qua* di alcuni requisiti caratterizzanti la forma societaria *in house*, e nello specifico della previsione del diritto di veto e del c.d. controllo analogo, a suo avviso in-

seriti nello statuto sociale (peraltro in parte) soltanto in seguito ad una modifica di quest'ultimo avvenuta nel 2010.

Quanto in particolare al c.d. controllo analogo, opinava il ricorrente che questo non sarebbe mai stato di fatto esercitato, posto che con la riforma statutaria del 2010 la società si era dotata di una Commissione assembleare di controllo che, tuttavia, non aveva operato sino al 2014.

I restanti ricorrenti, mediante propri ricorsi incidentali adesivi, formulavano analoghe considerazioni, sposando la prospettata tesi della sussistente giurisdizione del giudice ordinario e sostenendo che l'oggetto sociale della società non prevedesse in via esclusiva l'esercizio delle attività oggi codificate dai D.Lgs. n. 50 del 2016 e D.Lgs. n. 175 del 2016, né contenesse alcun limite percentuale (oltre l'80%) per l'esercizio di quelle attività di natura imprenditoriale che possono essere rivolte verso il mercato esterno dei privati.

Esaminati congiuntamente i connessi ricorsi, la Corte di Cassazione, sulla scorta della prospettazione accusatoria articolata dalla Procura regionale nei confronti della società citata, ha riscontrato nel caso concreto la sussistenza, soltanto a decorrere dal 2010 (anno della riforma statutaria) e non anche per gli anni anteriori, di tutti e tre i segni distintivi delle società c.d. *in house*, ossia: a) il capitale interamente pubblico (con divieto di apertura all'ingresso di capitali privati), b) l'obbligo di svolgere la prevalente attività in favore dei soci e c) la soggezione al controllo dei soci analogo a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

Come ribadito dai giudici di legittimità: *“la verifica della ricorrenza dei requisiti propri della società in house, i quali costituiscono il presupposto della giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio della società, deve compiersi con riguardo alle norme ed alle previsioni statutarie vigenti alla data del fatto (cfr. Cass., Sez. Un. 28/06/2018, n. 17188) e la cognizione in ordine all'azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipate da enti pubblici spetta alla Corte dei Conti solo nel caso in cui tali società abbiano, al momento delle condotte ritenute illecite, tutti i requisiti per essere definite in house providing”*.

In merito poi ai requisiti propri delle predette società *in house*, la stessa Corte chiarisce che essi *“devono risultare da precise disposizioni statutarie in vigore all'epoca, non avendo alcun rilievo la loro ricorrenza in fatto, essendo al riguardo essenziale, anche se l'ente privato societario rimane pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante (cfr. Cass., 22/02/2019, n. 5346), che siano resi manifesti nei rapporti interni ed esterni il carattere istituzionalmente servente della società in house e la sua fisionomia di mera articolazione della P.A. da cui promana, in contrapposizione a quella di soggetto giuridico esterno e autonomo dalla P.A (cfr. Cass., Sez. Un., 21/06/2019, n. 16641; altresì, Sez. Un., 11/09/2019, n. 22712)”*.

Facendo applicazione di tali principi, il Collegio giudicante ha accolto i ricorsi, principale e incidentale adesivi, dichiarando la giurisdizione della Corte dei Conti soltanto a partire dalle modifiche statutarie della società *de qua*, avvenute cioè nel 2010 e introduttive della Commissione assembleare di controllo.

Detta statuizione risulta di estremo interesse, poiché si inserisce in un contrasto interpretativo – non ancora sopito – sulla corretta qualificazione delle società *in house*, confermando quel *trend* giurisprudenziale, avallato da alcuna parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui gli enti *de quibus*, pur possedendo la forma esteriore delle “società”, si attecchiano a mere articolazioni della Pubblica amministrazione e pertanto non sono in grado di collocarsi come entità poste al di fuori dell'ente pubblico.

In altre parole, l'uso del vocabolo "società" servirebbe soltanto ad indicare che, ove manchino specifiche disposizioni di senso contrario, il modello organizzativo andrebbe desunto da quello societario (cfr. *inter alia*, Cass., Sez. Un., 25/11/2013, n. 26283).

Diversamente, un recente orientamento della Suprema Corte (cfr. Cass. Civ., 22/02/2019, n. 5346) sostiene che la disciplina prevista dal Testo Unico delle Società partecipate non riconosce uno *status* "singolare" alle società *in house* rispetto alla disciplina ordinaria; tali enti sarebbero *de facto* meramente delle società con, al più, talune peculiarità espressamente previste dalla legislazione speciale.

La Cassazione esprime importanti principi di diritto in tema di morosità del socio nell'esecuzione dei versamenti

Cass. Civ., Sez. I, 23 gennaio 2020, n. 1185

(...) Correttamente la corte territoriale ha ritenuto che l'art. 2466 c.c. trovi applicazione anche qualora il debito in capo al socio, rimasto insoddisfatto, derivi dalla sottoscrizione della quota di capitale in aumento a lui spettante, trattandosi di disposizione che (al pari dell'art. 2477 c.c. anteriore alla d.lgs. n. 6 del 2003), mira a preservare l'effettività del capitale sociale. La norma prevede un procedimento in cui, dall'iniziale richiesta di adempimento entro trenta giorni rivolta al socio, si perviene, attraverso scansioni alternative o successive, all'azione giudiziale di condanna all'adempimento, alla vendita proporzionale ai soci secondo il valore risultante dall'ultimo bilancio approvato, alla vendita all'incanto, ed, infine, all'esclusione del socio, con la conseguente riduzione nominale del capitale sociale (dunque, operata solo in tale ultima ipotesi). Ciò palesa come il procedimento abbia di mira, anzitutto, la tutela della situazione patrimoniale della società, tutela che non ha ragione di essere limitata al momento della sua costituzione e dell'inadempimento all'obbligo dei conferimenti iniziali, essendo essa applicabile – in via diretta, e non estensiva od analogica – all'esecuzione dei conferimenti in sede di successivo aumento del capitale sociale (...) L'amministratore della società, una volta accertato l'inadempimento del socio al versamento dei decimi mancanti, ha deliberato, quindi, in mancanza di compratori, l'esclusione del socio, trattenendo le somme riscosse, mentre l'assemblea del 30 giugno 2011 ha deliberato la riduzione del capitale, ai sensi dell'art. 2466, comma 3, c.c. (...) Invero, l'art. 2466 c.c., in esito al procedimento di legge e laddove non siano state possibili soluzioni meno drastiche, prevede che il socio venga escluso dalla società, con corrispondente riduzione del capitale sociale, l'ente «trattenendo le somme riscosse». Si tratta, dunque, di una riduzione nominale per la parte non versata, ma reale per quella già versata. Il capitale nominale, o capitale sociale, è un'entità fissa, determinata contabilmente secondo gli artt. 2328, comma 2, n. 4 e 2463, comma 2, n. 4, c.c. ed indicata, al passivo, nella voce A-I del patrimonio netto, ai sensi dell'art. 2424 c.c. Esso, quindi, può essere ridotto solo in modo nominale. Peraltro si distingue, a seconda che alla riduzione del capitale sociale corrisponda anche la riduzione del patrimonio netto della società (riduzione reale) oppure l'operazione si risolva in un mero adeguamento contabile del capitale sociale al patrimonio netto (riduzione nominale). Da un lato si pone, tipicamente, la riduzione c.d. per esuberanza; dall'altro, la riduzione per perdite. Nella categoria della riduzione reale vengono ricondotte, inoltre, la riduzione per recesso del socio ai sensi degli artt. 2437 e 2473 c.c., quella dovuta al socio per il suo recesso in caso di conferimento in natura di cui all'art. 2343, comma 4, c.c., ed altre evenienze, qui non rilevanti. Nella categoria della riduzione nominale rientrano, fra le altre, le ipotesi codicistiche della riduzione a causa dei conferimenti in natura sovrastimati ex artt. 2343 c.c., dell'annullamento di azioni proprie ai sensi dell'art. 2357 c.c. e di azioni della società controllante illecitamente possedute di cui all'art. 2359-ter c.c. ed, appunto, della “decadenza” o esclusione del socio moroso, ai sensi degli artt. 2344 e 2466 c.c. Ora, nel meccanismo previsto da tale ultima disposizione, qualora il socio venga escluso, sebbene egli fosse

moroso solo in parte e non per l'intero debito del conferimento, la riduzione del capitale in proporzione all'intera quota finisce per costituire – per la parte corrispondente ai versamenti già eseguiti – una riduzione non solo nominale, ossia di mero adeguamento alle effettive risorse conferite in società, ma in parte reale, permettendo di “liberare” corrispondenti importi, non più vincolati a capitale. Si tratta delle «somme riscosse», che vengono legittimamente «trattenute» dalla società, ai sensi degli artt. 2344, comma 2, e 2466, comma 3, c.c., andando a costituire una riserva, e non più la posta corrispondente al vincolo del capitale, sia pure sempre nell'ambito del patrimonio netto, di cui alla lettera A del passivo dello stato patrimoniale di bilancio. Tale meccanismo, esplicitamente previsto dalla norma con riguardo alla sottoscrizione parziale di un'unitaria operazione, non può tuttavia essere esteso al caso in cui il socio, in virtù di una precedente sottoscrizione attuata in fase di costituzione o anche di un pregresso aumento del capitale, fosse già tale, e senza debiti di conferimento, prima dell'aumento che abbia condotto alla morosità in tal modo sanzionata. In tale evenienza, il socio non potrà, invero, essere escluso, mentre la riduzione del capitale riguarderà, in modo corrispondente, solo la parte relativa alla sottoscrizione operata con riferimento all'aumento *de quo*. Con riguardo al profilo della unitarietà e non frazionabilità della quota sociale, è vero che la quota di una società a responsabilità limitata è unica per ciascun socio, non potendo essa essere rappresentata da azioni (art. 2468, comma 1, c.c.) e non essendo, a differenza di queste, la mera componente di un “pacchetto” di titoli (art. 2346, comma 1, c.c.). E, tuttavia, non è vero che la quota non sia divisibile: il contrario desumendosi già dalla lettera della norma in esame, laddove prevede che la quota del socio moroso possa essere venduta «agli altri soci in proporzione della loro partecipazione», ai sensi dell'art. 2466, comma 2, c.c., al pari di quanto previsto nell'art. 2473, comma 4, c.c., per l'ipotesi del recesso del socio, nonché in ragione della pacifica alienabilità parziale della quota sociale. Ciò, peraltro, fa salvo il caso che lo statuto esplicitamente contempli l'indivisibilità della quota di ciascun socio. Risponde dunque al precetto di legge, nonché ai principi di buona fede e correttezza i quali necessariamente informano anche i rapporti societari, che la procedura di annullamento della quota con corrispondente abbattimento del capitale sia intrapresa dall'organo amministrativo solo per la frazione della partecipazione sociale sottoscritta in occasione dell'aumento del capitale sociale rimasto in tutto o in parte ineseguito, e non per la parte di cui il socio fosse titolare prima della deliberazione di aumento stessa. Infatti, l'inadempimento del socio all'obbligo di versare quanto sottoscritto riguarda non l'intera quota, posseduta dopo l'aumento e risultante dalla somma di questa con la partecipazione originaria, ma solo la porzione derivante dall'aumento di capitale, deliberato dall'assemblea nel corso della vita sociale, se l'iniziale debito da conferimento fosse stato regolarmente, a suo tempo, onorato. In tal modo laddove, in esito al procedimento di cui all'art. 2466 c.c., si pervenga alla riduzione del capitale sociale, questa sarà operata solo per la parte corrispondente al conferimento dovuto in forza della sottoscrizione dell'aumento (costituendo, dunque, una riduzione in parte nominale, con riguardo alla quota non liberata, ed in parte reale, con riguardo al versamento parziale operato dal socio) e non per l'intera misura della partecipazione, di cui il socio sia titolare: con conseguente vantaggio per gli interessi della stessa società e più in generale alla conservazione del valore del capitale sociale, ratio sottesa all'intero procedimento previsto dalla disposizione, il quale infatti procede, via via, dai rimedi endosocietari sino alla soluzione estrema della rinuncia a quel conferimento mediante la riduzione del capitale sociale. Al contrario, la ratio di permettere agli altri soci, in virtù dell'inesecuzione del conferimento, di escludere definitivamente il socio inadempiente dalla società non è rinvenibile nella disposizione in esame (...).

Nota di Federico Domenico Enrico De Silvo

Con la sentenza n. 1185, del 21/1/2020, la Cassazione, in un caso di mora del socio nel versamento di conferimenti dovuti a seguito della sottoscrizione di un aumento di capitale, ha asseverato, quali principi di diritto, che, *«il socio non può essere escluso, essendo egli titolare della partecipazione sociale sin dalla costituzione della società; pertanto, ferma la permanenza del socio in società per la quota già posseduta, l'assemblea deve deliberare la riduzione del capitale solo per la misura corrispondente al debito di sottoscrizione derivante dall'aumento non onorato»* (p. 10); e che *«il socio moroso di s.r.l. non è ammesso, secondo il disposto dell'art. 2466 c.c., a partecipare alle decisioni o alle deliberazioni assembleari esprimendo il proprio voto, ma non perde anche il diritto di controllo sugli affari sociali, sino a che egli resti parte della compagine societaria»* (p. 11). Sennonché è stato affrontato il tema se, a fronte di un inadempimento limitato ad un aumento di capitale, la società possa deliberare l'esclusione del socio moroso ovvero solamente procedere alla riduzione della sua quota di partecipazione, limitatamente alla misura della parte non integralmente liberata, rilevandosi come *«l'art. 2466 c.c. trovi applicazione anche qualora il debito in capo al socio, rimasto insoddisfatto, derivi dalla sottoscrizione della quota di capitale in aumento a lui spettante, trattandosi di disposizione che [...] mira a preservare l'effettività del capitale»* (p. 5), essendo ivi previsto un procedimento con cui, dall'iniziale richiesta al socio di adempimento, si procede, via via, alternativamente ovvero attraverso scansioni successive, dai rimedi endosocietari alla soluzione estrema della rinuncia a quel conferimento mediante la riduzione del capitale. Orbene, detto procedimento mira alla *«tutela della situazione patrimoniale della società [...] che non ha ragione di essere limitata al momento della sua costituzione e dell'inadempimento all'obbligo dei conferimenti iniziali, essendo essa applicabile – in via diretta, e non estensiva od analogica – all'esecuzione dei conferimenti in sede di successivo aumento del capitale»* (*ibidem*), per cui, nel precipuo caso di esclusione del socio moroso, la conseguente riduzione del capitale risulta nominale per la parte corrispondente ai conferimenti non eseguiti e reale per la parte liberata dai conferimenti effettuati dal socio. Trattasi, invero, delle somme riscosse, non più vincolate a capitale, legittimamente trattenute dalla società, ex artt. 2344, II comma, e 2466, III comma, c.c., e che, anzi, *«costituiscono una riserva [...] sia pure sempre nell'ambito del patrimonio netto»* (p. 8). Epperò, detto meccanismo, esplicitamente previsto per la sottoscrizione parziale di un'unitaria operazione, non può *«essere esteso al caso in cui il socio, in virtù di una precedente sottoscrizione [...] fosse già tale, e senza debiti di conferimento, prima dell'aumento che abbia condotto alla morosità [...]». In tale evenienza, il socio non potrà, invero, essere escluso, mentre la riduzione del capitale riguarderà, in modo corrispondente, solo la parte relativa alla sottoscrizione operata con riferimento all'aumento de quo»* (*ibidem*), alla luce dei principi di unitarietà e non frazionabilità della quota, attesoché quella di una s.r.l. è unica per ogni socio, non potendo essa essere rappresentata da azioni (art. 2468 c.c., I comma, c.c.), ma può essere divisa (art. 2466, II comma, 1° periodo, c.c.), siccome prevede l'art. 2473 c.c., IV comma, c.c. per l'ipotesi del recesso del socio, nonché in ragione della pacifica alienabilità parziale, salvo che lo statuto ne preveda l'indivisibilità. A tale stregua, risponde al precetto di legge e, altresì, ai principi di buona fede e correttezza, che informano anche i rapporti societari, la circostanza per cui *«la procedura di annullamento della quota con corrispondente abbattimento del capitale sia intrapresa dall'organo amministrativo solo per la frazione della partecipazione sociale sottoscritta in occasione dell'aumento del capitale rimasto in tutto o in parte ineseguito, e non per la parte di cui il socio fosse titolare*

prima della deliberazione di aumento stessa» (p. 9), attesoché l'inadempimento, da parte di un socio, dell'obbligo di versare quanto sottoscritto in sede di aumento di capitale riguarda, a ben vedere, non l'intera quota posseduta dopo l'aumento e risultante dalla somma di questa con la partecipazione originaria, bensì la sola «porzione derivante dall'aumento di capitale, deliberato dall'assemblea nel corso della vita sociale, se l'iniziale debito da conferimento fosse stato regolarmente, a suo tempo, onorato» (ibidem): deve, infatti, considerarsi che l'esecuzione di un aumento di capitale presuppone l'integrale versamento del capitale precedentemente sottoscritto e che, pertanto, l'iniziale debito da conferimento fosse stato regolarmente adempiuto integralmente. Di talché, se, all'esito del cennato procedimento ex art. 2466 c.c., si perviene alla riduzione del capitale, questa sarà operata «solo per la parte corrispondente al conferimento dovuto in forza della sottoscrizione dell'aumento (costituendo, dunque, una riduzione in parte nominale, con riguardo alla quota non liberata, ed in parte reale, con riguardo al versamento parziale operato dal socio) e non per l'intera misura della partecipazione, di cui il socio sia titolare» (p. 10), coerentemente con l'interesse alla conservazione del valore del capitale, vera ratio dello stesso procedimento ex art. 2466 c.c., che non contempla «la possibilità, per gli altri soci, di escludere definitivamente il socio inadempiente dalla società» (ibidem). La Cassazione ha, in tal guisa, aderito alla tesi per cui il socio conserva la posizione acquisita sino all'adesione all'offerta di sottoscrizione dell'aumento e che limita la vendita nelle forme dell'art. 2466 c.c. alla sola porzione di partecipazione sottoscritta in sede di aumento.

Composizione del divario tra forma contabile e sostanza giuridica nelle operazioni di finanziamento della s.a.s.

Cass. civ. Sez. I, 20 aprile 2020, n. 7919

(...) Il primo motivo denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 2729 c.c. Rileva il ricorrente che due circostanze poste dalla Corte di appello a fondamento del ragionamento presuntivo risultavano prive dei requisiti della gravità e della precisione. In particolare, il fatto che il capitale iniziale fosse esiguo e non sufficiente per l'acquisto dell'unità immobiliare non imponeva, quale conseguenza necessitata, che le ulteriori erogazioni pecuniarie fatte alla società avessero natura di conferimento di capitale sociale (...). Il secondo motivo lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 1362 c.c., commi 1 e 2 e art. 1371 c.c. Sostiene l'istante che il giudice distrettuale avrebbe trascurato il dato dell'iscrizione in bilancio delle erogazioni rilevando come la natura del versamento ben possa essere ricavata, sul piano interpretativo, dalla terminologia adottata nel detto documento, che è soggetto all'approvazione dei soci: questi, infatti, attraverso la detta approvazione, attribuiscono evidenza alla loro comune intenzione circa la qualificazione da dare all'erogazione del socio in favore della società (...). Il terzo motivo oppone la violazione o falsa applicazione dall'art. 2697 c.c. Partendo dal rilievo per cui, in caso di dubbio sulla natura giuridica di un versamento fatto dal socio, il criterio determinante è quello del modo della iscrizione della posta in bilancio, l'istante rileva come nel bilancio del 2005 le rimesse da lui eseguite erano state annotate tra i finanziamenti. Doveva quindi ritenersi provato che tale era la reale natura dei versamenti da lui eseguiti. I due motivi, da scrutarli insieme, sono infondati. L'erogazione di somme che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento, destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale" (o altre simili denominazioni). Tale ultimo contributo non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, ed è più simile al capitale di rischio che a quello di credito, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale *residual claimant* (Cass. 9 dicembre 2015, n. 24861; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758). La qualificazione, nell'uno o nell'altro senso, dipende dall'esame della volontà negoziale delle parti, dovendo trarsi la relativa prova, di cui è onerato il socio attore in restituzione, non tanto dalla denominazione dell'erogazione contenuta nelle scritture contabili della società, quanto dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi (Cass. 8 giugno 2018, n. 15035; Cass. 23 marzo 2017, n. 7471; Cass. 3 dicembre 2014, n. 25585; Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758 cit., ove i richiami a Cass. 30 marzo 2007, n. 7980 e a Cass. 6 luglio 2001 n. 9209). Solo ove manchi una chiara manifestazione di volontà, la qualificazione dell'erogazione può essere desunta dalla terminologia adottata nel bilancio (Cass. 8 giugno 2018, n. 15035 cit.; Cass. 23 marzo 2017, n. 7471 cit.; Cass. 13 agosto 2008, n. 21563) (...). La violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c.,

censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni e non invece laddove oggetto di censura sia la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti (Cass. 29 maggio 2018, n. 13395; Cass. 17 giugno 2013, n. 15107): nel caso in esame una tale violazione non si configura, in quanto il valore che assumono le voci impiegate per indicare i versamenti in bilancio è, come si è visto, meramente residuale e, nella fattispecie, la Corte di appello ha ritenuto assorbenti altri argomenti. Non ha infine fondamento la doglianza imperniata sul disposto dell'art. 1371 c.c. (...). Col quarto motivo è lamentata la violazione o falsa applicazione dell'art. 2252 c.c. e art. 2300 c.c., comma 2. Il motivo è inammissibile. La questione, che richiede un accertamento di fatto, è ignorata dalla Corte di appello e il ricorrente non chiarisce se e come sia stata dedotta nel giudizio di merito (...). Il quinto mezzo censura la sentenza impugnata per violazione o falsa applicazione dell'art. 2253 c.c., comma 1. Il motivo è inammissibile. Esso non coglie la *ratio decidendi* della sentenza impugnata (...). Con il sesto motivo è denunciata la violazione o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., comma 1. Il motivo non può essere accolto. Il richiamo all'art. 115 c.p.c., comma 1, è improprio, in quanto la norma, nella versione presa in considerazione dal ricorrente (quella modificata dalla L. n. 69 del 2009, art. 45), non è applicabile alla presente causa. Ciò non significa, però, che, prima di tale intervento legislativo, la mancata contestazione fosse priva di rilievo. Il dato della mancata contestazione, da parte della contro-ricorrente, del contenuto delle annotazioni in cui compariva la voce "finanziamenti" è, dunque, in sé privo di decisività: e infatti la Corte di appello l'ha superato chiarendo come, a monte, fosse irrilevante la prova documentale di cui qui si dibatte, giacché essa non era rappresentativa della reale intenzione delle parti e trovava il proprio fondamento giustificativo nelle richiamate ragioni di natura fiscale.

Nota di Vincenzo Iaia

Con la sentenza in oggetto, la Suprema Corte di Cassazione (di seguito S.C.) ha fornito dei chiarimenti sui criteri utili alla corretta determinazione della natura giuridica delle erogazioni provenienti da un socio di s.a.s. Il rilievo della medesima si apprezza in considerazione di una lettura ermeneutica che pare abbinare l'art. 1362, co. 1, c.c., con l'art. 2467 c.c. In particolare, la *quaestio iuris* è incentrata sulla qualificazione alternativa come apporto di capitale di rischio o di debito dei versamenti elargiti da un socio accomandante pari alla somma di € 322.400,00 in favore di una s.a.s. costituita con un capitale sociale di € 2.000,00 aventi l'obiettivo di acquistare un immobile che sarebbe poi stato a disposizione dell'accomandante per l'esercizio della sua attività professionale.

La controversia è sorta dal fatto che il socio limitatamente responsabile avesse chiesto la restituzione *ad libitum* di tali somme in quanto erogate a titolo di finanziamento, mentre la socia accomandataria (nonché moglie dell'accomandante) sosteneva che esse dovessero reputarsi come veri e propri conferimenti, non restituibili se non in sede di liquidazione.

I Giudici di merito sono pervenuti a conclusioni opposte dal momento che il Tribunale di Firenze ha rigettato l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta dalla socia accomandataria laddove la Corte distrettuale ha escluso l'immediata esigibilità dei richiamati apporti, valorizzando una serie di elementi che propendevano per la loro qualificazione come versamenti in

conto capitale. Tra questi, ha avuto efficacia dirimente la circostanza per la quale la sottocapitalizzazione della società – rispetto all’obiettivo da essa perseguito – non consentisse di reperire finanziatori diversi dai suoi stessi soci, sì da poter ritenere che l’accomandante fosse ben conscio della destinazione economica irreversibile impressa ai fondi in discorso.

Nel giudizio instaurato dall’accomandante innanzi alla S.C. egli contestava specialmente l’errata interpretazione dell’art. 1362, co. 1, c.c., per l’omessa considerazione dei documenti contabili in cui le rimesse venivano registrate come versamenti in conto finanziamento soci, dovendo così privilegiare l’interpretazione letterale del rapporto che le inquadrava nella fattispecie del mutuo.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile e infondato poiché con esso veniva anzitutto domandata una rivalutazione del materiale probatorio che, come ben noto, esula dai confini entro i quali il giudizio di legittimità possa spingersi. Inoltre, la S.C. ha ritenuto che la Corte d’appello di Firenze avesse correttamente qualificato le erogazioni oggetto di scrutinio in funzione della loro effettiva causa negoziale, affermando il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, secondo l’adagio *in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspicit debet*.

Ed in realtà lo stesso art. 1362, co.1, c.c., impone di non fermarsi all’interpretazione letterale del contratto qualora emerga una diversa comune intenzione delle parti. In altre parole, l’opzione interpretativa formale si pone in rapporto di sussidiarietà rispetto a quella sostanziale.

Ne consegue che il socio accomandante, quale *residual claimant*, potrà reclamare le somme versate soltanto allo scioglimento della società e nei limiti dell’eventuale attivo residuo risultante dal bilancio di liquidazione.

Tale pronuncia è conforme ad un precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁷, seppur affermatosi con specifico riferimento alle erogazioni da parte dei soci di una s.r.l. sottocapitalizzata. L’analogia soluzione prospettata anche per la s.a.s. permette di avanzare l’ipotesi circa la possibilità di trapianto in questo modello personalistico della disciplina dei finanziamenti dei soci, di cui all’art. 2467 c.c., concepita per il diverso tipo organizzativo della s.r.l.

In proposito, la dottrina ha già avanzato la teoria della trans-tipicità della regola in discorso, elevandola a principio generale di diritto societario¹⁸. Ad essa si contrappone un orientamento ben più restrittivo che relega l’applicazione dell’art. 2467 c.c. alla sola s.r.l., in ragione della sua natura di *lex specialis*¹⁹. Nel mezzo, si staglia l’orientamento della giurisprudenza di legittimità²⁰, in forza del quale ne sarebbe ammessa l’applicabilità solo ed anche alla S.p.A. chiusa allorché i soci di quest’ultima si trovino in una posizione tale da poter esercitare poteri informativi equivalenti a quelli dei soci di s.r.l.²¹.

¹⁷ Cass. civ., sez. I, 9 dicembre 2015, n. 24861. Conforme Cass. civ., sez. I, 23 febbraio 2012, n. 2758.

¹⁸ G.B. PORTALE, *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2003, I, pp. 678 ss.

¹⁹ V.A. BARTALENA, *I finanziamenti dei soci nella s.r.l.*, in *Analisi giuridica dell’economia*, II, 2003, pp. 398 ss.

²⁰ Cass. civ., sez. I, 20/06/2018, n. 16291, con nota di A. JARACH, *Applicabilità della postergazione prevista dall’art. 2467 c.c. alle s.p.a. chiuse*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, XII, 2018, pp. 1785 ss. Conforme, Cass. civ., sez. I, 7 luglio 2015, n. 14056, con nota di R. CASPANI, *Postergazione dei finanziamenti dei soci e tipi sociali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, IV, 2017, pp. 409 ss.

²¹ *Amplius*, M. IRRERA, *L’art. 2467 c.c.: limiti di applicazione di una norma transtipica ad una “s.r.l. transtipica”*, in ID (a cura di), *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi*, Giappichelli, Torino, 2020 pp. 394-407.

Giova precisare che soltanto alcuni attenti commentatori si erano espressi in senso favorevole all'estensibilità della norma in oggetto rispetto alle società di persone²². Pare ragionevole ritenere, infatti, che l'opzione esegetica sviluppata dalla giurisprudenza possa trovare pari-menti applicazione, per *eadem ratio*, anche per i soci accomandanti qualora siano nella condizione di venire a conoscenza dello stato di decozione – o comunque di sottocapitalizzazione – della società in cui partecipano e in ogni caso per i soci accomandatari, alla luce dei poteri/doveri informativi già loro attribuiti *ex lege*.

²² M. IRRERA, *Sub art. 2467 Cod. civ.*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Commentario*, Zanichelli, Bologna, 2004, II, pp. 1796 ss.

Concorrenza

L'assestamento del rapporto tra *dumping*, concorrenza sleale e abuso di posizione dominante

Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2980

Con il primo motivo, la ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 2598 c.c., comma 1, n. 3, in quanto la sentenza impugnata non ha operato una valutazione complessiva dei comportamenti di controparte, e limitandosi alla loro considerazione parcellizzata, mentre la vendita sottocosto si inseriva in una più ampia strategia di concorrenza parassitaria. Con il secondo motivo, deduce la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. oltre all'omesso esame di fatto decisivo, con riguardo al motivo di appello concernente le spese processuali del primo grado, liquidate dal tribunale a carico della M.E.D.I.A. s.r.l. per i due terzi, con compensazione di un terzo, pur avendone parzialmente accolto le pretese (...). Il primo motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato. Con riguardo alla concorrenza parassitaria, la corte d'appello ha correttamente applicato il principio espresso da questa Corte (Cass. 20 luglio 2004, n. 13423), che ne ha definiti i caratteri, secondo cui la concorrenza sleale parassitaria, ricompresa fra le ipotesi previste dall'art. 2598 c.c., n. 3, consiste in un continuo e sistematico operare sulle orme dell'imprenditore concorrente, attraverso l'imitazione non tanto dei prodotti, quanto piuttosto di rilevanti iniziative imprenditoriali di quest'ultimo, in un contesto temporale prossimo alla ideazione dell'opera, in quanto effettuata a breve distanza di tempo da ogni singola iniziativa del o dall'ultima e più significativa di esse, vale a dire prima che questa diventi patrimonio comune di tutti gli operatori del settore (...). Con riferimento alla vendita sottocosto è stata descritta da questa Corte, in modo più discorsivo, come la vendita di "prodotti sul mercato ad un prezzo particolarmente basso, tale da non apparire (almeno nell'immediato) remunerativo per l'offerente, ma, per ciò stesso, idoneo a porre in difficoltà i concorrenti che praticano un prezzo più elevato" (così Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636) o come artificioso abbattimento sottocosto dei prezzi non giustificato dalle obiettive condizioni di acquisto dei beni (così Cass. 20 marzo 2009, n. 6865, non massimata). Si parla anche di vendita c.d. a prezzi predatori, perché inferiori in sostanza ai costi di produzione, o *dumping* interno (voce derivata dall'inglese medievale *dumpen* o *dompen*, a sua volta mutuata dallo scandinavo e traducibile in italiano con "lasciar cadere") (...). In ordine alla liceità di tali condotte, le disposizioni emanate nel 1998 e nel 2001 limitano, da un lato, il ricorso alla vendita sottocosto, mediante una specifica disciplina, e, dall'altro lato, ne rimettono espressamente, secondo il sistema, la concreta valutazione di liceità all'A.G.C.M. ed al giudice ordinario, sia con riguardo al divieto di abuso di posizione dominante (L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3), sia in ordine all'eventuale violazione del divieto di concorrenza sleale per contrarietà ai principi della correttezza professionale (art. 2598 c.c., comma 1, n. 3) (cfr. D.P.R. n. 218 del 2001, art. 6, comma 2). L'esclusione degli imprenditori rivali dal mercato da parte di un'impresa concorrente integra gli estremi della norma invocata soltanto quanto attuata con tecniche illecite. Come si è osservato, altre tecniche di competizione cosiddetta extraindustriale sono spesso anche più aggressive della vendita sottocosto, e certamente meno trasparenti: dato che, almeno in un primo momento, quest'ultima avvantaggia indiscutibilmente

l'acquirente (...). Donde la conclusione secondo cui la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) è contraria ai doveri di correttezza ex art. 2598 c.c., comma 1, n. 3, solo se si connota come illecito *antitrust*, in quanto posto in essere da una impresa in posizione dominante e praticata con finalità predatorie. La vendita sottocosto è favorevole ai consumatori ed al mercato, sino a quando non giunga alla soppressione della concorrenza, e, perciò, si traduca in un danno per gli stessi consumatori ed il mercato, onde solo in tale ultima situazione si realizza l'illecito concorrenziale da *dumping* interno. Alla stregua di tale principio, pertanto, il motivo di ricorso in esame risulta infondato (...). Il secondo motivo è fondato. Erra la sentenza impugnata nel ritenere corretto il criterio di liquidazione delle spese di lite in primo grado, laddove il tribunale ha condannato la parte vittoriosa alla loro corresponsione. Ne deriva la cassazione sul punto della sentenza impugnata, onde, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa va decisa nel merito al riguardo, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., con il porre il medesimo importo liquidato in primo grado a carico della parte ivi soccombente.

Nota di Vincenzo Iaia

Con l'ordinanza in epigrafe, la Suprema Corte di Cassazione (di seguito S.C.) si è occupata di perimetrare il confine entro il quale la vendita sottocosto (tradotta nel termine anglosassone *dumping*) integri un atto di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c.

Più precisamente, nel giudizio instaurato innanzi al Tribunale di Milano, la società attrice domandava l'accertamento dell'integrazione da parte della società convenuta di una serie di atti di concorrenza sleale, corrispondenti ai tre numeri di cui all'art. 2598 c.c., segnatamente – rispettando l'ordine numerico – l'imitazione servile, la concorrenza sleale denigratoria e la c.d. concorrenza sleale "atipica", nella forma della vendita sottocosto.

Le condotte integranti i primi due numeri della norma in parola sono state pacificamente escluse nelle more dei giudizi di merito, laddove è risultata foriera di alcuni dubbi ermeneutici la questione circa l'ambito estensivo entro il quale la vendita di beni o servizi a prezzi inferiori rispetto al costo di produzione, nonché rispetto al costo medio sostenuto dagli altri imprenditori²³, potesse qualificarsi come atto contrario ai parametri di correttezza professionale, ex art. 2598, n. 3, c.c.

A tal proposito, giova ricordare anzitutto, seppur in estrema sintesi, alcune delle soluzioni proposte dalla dottrina in ordine all'identificazione dell'esatto elemento determinante l'illiceità della vendita sottocosto: (i) la lunghezza della durata della pratica²⁴, (ii) l'animo di annientare i rivali, (iii) la detenzione di una posizione di forza economica sul mercato²⁵.

²³ Per una più completa disamina dei parametri economici di riferimento v. G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 534-535.

²⁴ A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 107.

²⁵ Essa non coincide necessariamente con la posizione dominante tipica del diritto *antitrust*, essendo sufficiente detenere anche soltanto una posizione di potenziale influenza su un dato mercato. Per una rassegna dei criteri utili alla determinazione del mercato rilevante ai fini dell'accertamento del c.d. *market power* v. da ultimo Cass. civ., sez. I, n. 29238, con nota di V. IAIA, *La tutela della concorrenza nell'ambito del trasporto aereo: il caso Ryanair c. Lastminute*, in *Cammino Diritto*, XIV, 2020, pp. 137-167.

A fronte delle ricostruzioni dottrinali in discorso, vanno altresì menzionate le due opzioni esegetiche sviluppatesi intorno al *dumping* prospettate dalla giurisprudenza.

La prima si innesta sul presupposto che le vendite a prezzi inferiori rispetto a quelli praticati dalle imprese concorrenti rientri nella lecita competizione di mercato limitatamente ai casi in cui la possibilità di applicazione del ribasso sia la conseguenza dell'ottenimento di economie scala tali da abbattere i costi di produzione. Tale pratica sarebbe, quindi, affetta da illiceità ogniqualvolta la riduzione del prezzo sia il frutto di una strategia di *marketing* atta ad alterare «subdolamente ed illusoriamente» il giudizio del consumatore, a prescindere dal potere di mercato detenuto²⁶.

Diversamente, la seconda opzione interpretativa tiene in considerazione il vantaggio, anche di breve termine, che il consumatore trae da un abbassamento dei prezzi, dal momento che esso rappresenta uno dei fini ultimi del gioco concorrenziale²⁷. Sarebbe così legittima la consistente riduzione del prezzo anche nell'ambito di una più ampia strategia commerciale c.d. *low prices now, high prices later*, reputandola invece pregiudizievole soltanto qualora ad essa si accompagni la detenzione di una posizione monopolistica che consenta a chi la pratica di mantenerla per un periodo così lungo da poter annientare definitivamente i *competitors*. Ne consegue che la vendita a prezzi non immediatamente remunerativi risulta essere in contrasto rispetto ai doveri di correttezza professionale, di cui all'art. 2598, n. 3, c.c., soltanto qualora l'impresa che la pratica detenga una posizione di dominio sul mercato in virtù della quale possa desumersi che essa non abbia altri interessi nell'adottare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poi rialzarli approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare.

Nel caso di specie, la S.C. ha seguito quest'ultimo orientamento, condividendo l'assunto secondo il quale la vendita sottocosto è da considerarsi favorevole ai consumatori e al mercato fino a quando essa non comporti il rafforzamento di una posizione monopolistica che possa aprire la prospettiva di una successiva libera manipolazione dei prezzi al rialzo. La S.C. ha quindi rigettato il ricorso dal momento che la controricorrente non deteneva alcuna posizione di controllo sul mercato. Ed anzi, nel giudizio innanzi alla Corte d'appello meneghina era emerso in realtà che era proprio la ricorrente a detenere tale posizione. La soluzione in discorso è confortata altresì da una recente pronuncia della CGUE che ha affermato l'incompatibilità con la direttiva 2005/29/CE di ogni norma nazionale che statuisca un divieto generale di vendita sottocosto²⁸, ammettendone dunque alcune forme lecite.

In conclusione, tentando di distillare in pochissime parole quanto statuito dall'ordinanza in commento, essa interviene alla stregua di un *actio finium regundorum* nel confermare il più ristretto spazio di configurabilità del *dumping* come atto di concorrenza sleale nelle uniche ipotesi in cui l'autore di tale condotta rivesta una posizione dominante, sì da costituire al contempo un illecito *antitrust*, ex art. 3, l. 287/1990. La pronuncia va accolta positivamente nella misura in cui si adotti un'ampia nozione di posizione dominante non necessariamente coincidente con quella propedeutica all'applicazione del diritto *antitrust* e che ricomprenda dunque posizioni di forza economica anche solo potenzialmente monopolistiche, in un'ottica di preventiva tutela del mercato e dei consumatori.

²⁶ Cass. civ., sez. I, 21 aprile 1983, n. 2743, con nota di R. PARDOLESI, *Vendita sotto costo, annientamento del rivale, concorrenza sleale*, in *Il Foro Italiano*, VII, 1983, pp. 1864 ss.

²⁷ Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2006, n. 1636, con nota di E. GALLEGARI, *Tutela del titolo della testata editoriale, delle rubriche e limiti di applicazione dell'art. 2598, n. 3 c.c. alle vendite sottocosto di giornali panino*, in *Rivista di Diritto Industriale*, VI, 2006, pp. 331 ss.

²⁸ CGUE, sez. V, 19 ottobre 2017, causa C-295/16.

Titoli di credito

Spedizione per posta ordinaria di un assegno e concorso di colpa del mittente

Cass. civ., Sez. un., 26 maggio 2020, n. 9769

(...) I cinque motivi devono essere esaminati congiuntamente, in quanto aventi ad oggetto profili diversi della medesima questione, concernenti rispettivamente a) l'obbiettivo configurabilità di un rapporto di causalità tra la riscossione dell'assegno non trasferibile da parte di un soggetto non legittimato e la spedizione del titolo mediante posta ordinaria, b) l'individuazione delle regole d'imputazione giuridica dell'evento al mittente, e c) la compatibilità della responsabilità di quest'ultimo con quella della banca trattaria o negoziatrice per l'omissione della dovuta diligenza nell'identificazione del presentatore del titolo. Pur riguardando l'accertamento del nesso causale, il cui riscontro si risolve in un apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito, la questione non può ritenersi estranea all'ambito del giudizio di legittimità, in quanto, coinvolgendo l'individuazione del criterio da adottare per la selezione, tra tutte le possibili concause dell'illecito, degli antecedenti in concreto rilevanti per la produzione del danno, ed in particolare la verifica della conformità della scelta operata dal giudice di merito alle norme sostanziali che disciplinano la fattispecie accertata, attiene alla sussunzione di quest'ultima nell'ipotesi normativa, il cui controllo rientra nei poteri di questa Corte, ferma restando la spettanza al giudice di merito della valutazione delle conseguenze derivanti dall'adozione del predetto criterio di selezione (cfr. Cass., Sez. III, 10/04/2019, n. 9985; 25/02/2014, n. 4439; 7/12/ 2005, n. 26997). I predetti profili hanno costituito per lo più oggetto di cumulativa considerazione da parte della giurisprudenza di questa Corte, la quale è pervenuta ad esiti alquanto differenziati, proprio in virtù dell'avvenuta valorizzazione, nei singoli casi, dell'uno o dell'altro aspetto (...). Applicando i predetti principi alla fattispecie in esame, risulta oggettivamente difficile negare che, in caso di sottrazione di un assegno non trasferibile non consegnato direttamente al prenditore, le modalità prescelte per la trasmissione del titolo possano spiegare un'efficienza causale ai fini della riscossione del relativo importo da parte di un soggetto non legittimato: se è vero, infatti, che il pagamento dell'assegno è subordinato al riscontro della corrispondenza tra il soggetto indicato come prenditore e colui che presenta il titolo all'incasso, e quindi all'identificazione di tale soggetto, alla quale la banca deve procedere mediante l'adozione di tutte le cautele e gli accorgimenti suggeriti dalla diligenza professionale, è anche vero, però, che tale pagamento non può aver luogo in mancanza della materiale disponibilità dell'assegno, la cui presentazione alla banca ne costituisce un presupposto indispensabile. Il possesso del documento rappresenta infatti una condizione essenziale per l'esercizio del diritto in esso incorporato, allo stesso modo della qualità di prenditore di colui che presenta il titolo all'incasso: qualora pertanto la sottrazione sia stata cagionata o comunque agevolata dall'adozione di modalità di trasmissione inidonee a garantire, per quanto possibile, che l'assegno pervenga al destinatario, non può dubitarsi che la scelta delle predette modalità costituisca, al pari dell'errore nell'identificazione del presentatore, un antecedente necessario dell'evento dannoso, che rispetto ad esso non si presenta come una conseguenza affatto inverosimile o imprevedibile. Le stesse parti, nella specie, hanno fatto ripetutamente cenno alla preoccupante frequenza con cui, in caso di trasmissione degli assegni per posta ordinaria, si verificano siffatte sottrazioni, a fronte delle quali il gestore del servizio po-

stale non è in grado di fornire adeguate garanzie di buon esito della spedizione, se è vero che, come si è detto, lo stesso regolamento del servizio vieta d'inserire nella posta ordinaria denaro ed altri oggetti di valore. Il conseguente rischio che l'assegno cada in mani diverse da quelle del destinatario, e sia quindi presentato all'incasso da un soggetto diverso dallo effettivo prenditore, non può ritenersi d'altronde scongiurato né dalla clausola d'intrasferibilità, la cui funzione precipua non consiste, come si è detto, nell'evitare il predetto evento, ma nell'impedire la circolazione del titolo, né dall'imposizione a carico della banca dell'obbligo di procedere all'identificazione del presentatore, dal momento che il puntuale adempimento di tale obbligo è reso sempre più difficoltoso dallo sviluppo di perfezionate tecniche di contraffazione dei documenti, la cui falsificazione spesso non è rilevabile neppure mediante un controllo accurato, ai fini del quale, com'è noto, la giurisprudenza di legittimità è costante nell'escludere la necessità del ricorso ad attrezzature tecnologiche sofisticate e di difficile reperimento o del possesso da parte dell'impiegato addetto delle qualità di un esperto grafologo (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 19/06/2018, n. 16178; Cass., Sez. I, 4/08/2016, n. 16332; 26/01/2016, n. 1377). In tale contesto, la scelta di avvalersi della posta ordinaria per la trasmissione dell'assegno al beneficiario, pur in presenza di altre forme di spedizione (posta raccomandata o assicurata) o di strumenti di pagamento ben più moderni e sicuri (quali il bonifico bancario o il pagamento elettronico), si traduce nella consapevole assunzione di un rischio da parte del mittente, che non può non costituire oggetto di valutazione ai fini dell'individuazione della causa dell'evento dannoso: quest'ultima, infatti, non è identificabile esclusivamente con il segmento terminale del processo che ha condotto al verificarsi dell'evento, ma dev'essere individuata tenendo conto dell'intera sequenza dei fatti che lo hanno determinato, escludendo ovviamente quelli che non hanno spiegato alcuna incidenza su di esso, per essere stati superati da altri fatti successivi di per sé soli sufficienti a cagionarlo. Tale esposizione volontaria al rischio, o comunque la consapevolezza di porsi in una situazione di pericolo, è stata ritenuta da questa Corte sufficiente a giustificare il riconoscimento del concorso di colpa del danneggiato, ai sensi dell'art. 1227, primo comma, cod. civ., in virtù della considerazione che la riduzione della responsabilità del danneggiante è configurabile non solo in caso di cooperazione attiva del danneggiato nel fatto dannoso posto in essere dal danneggiante, ma in tutti i casi in cui il danneggiato si esponga volontariamente ad un rischio superiore alla norma, in violazione di norme giuridiche o di regole comportamentali di prudenza avvertite come vincolanti dalla coscienza sociale del suo tempo, con una condotta (attiva od omissiva che sia) che si inserisca come antecedente necessario nel processo causale che culmina con il danno da lui subito. Premesso infatti che lo svolgimento di qualsiasi attività sociale ed economica comporta inevitabilmente l'assoggettamento ad un certo livello di rischio, al quale è impossibile sottrarsi senza andare incontro a limitazioni incompatibili con una normale partecipazione alla convivenza civile, e la cui accettazione non consente di porre a carico del soggetto le conseguenze dannose della propria condotta, non potendosi pretendere in ogni situazione il rispetto di regole di massima prudenza, si è affermato invece che costituisce fonte di responsabilità non solo la condotta tenuta in violazione di precise norme giuridiche, ma anche quella che comporti l'esposizione volontaria o comunque consapevole ad un rischio che, secondo regole di prudenza comportamentale avvertite come vincolanti dalla comunità, si ponga al di sopra della soglia della normalità, dal momento che in tal caso il comportamento tenuto dal danneggiato si inserisce nel processo eziologico che conduce all'evento dannoso, divenendo un segmento della catena causale (cfr. Cass., Sez. III, 6/12/2018, n. 31540; 26/05/2014, n. 11698; 23/05/2014, n. 15332).

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite affrontano la questione relativa alla possibilità di ravvisare un concorso colposo del danneggiato, ai sensi dell'art. 1227 c.1 c.c. in caso di spedizione di un assegno non trasferibile a mezzo posta ordinaria e pagato dal destinatario ad un soggetto estraneo al rapporto cartolare, con riguardo al pregiudizio subito dal debitore che non sia liberato dal pagamento, in quanto il titolo venga trafugato e pagato a soggetto non legittimato ed estraneo al rapporto cartolare.

Nel caso di specie, una compagnia assicurativa inviava tre assegni di traenza a tre diversi beneficiari a mezzo di plichi postali semplici; i predetti plichi venivano sottratti prima di pervenire a destinazione e posti all'incasso presso le agenzie della banca, previa esibizione di documenti d'identità falsificati.

La compagnia assicurativa conveniva in giudizio la banca per sentirla condannare al risarcimento del danno in quanto tenuta ad effettuare nuovamente il pagamento a favore dei beneficiari effettivi. Il Giudice di primo grado rigettava domanda di parte attrice mentre la Corte d'Appello condannava la banca al pagamento della somma richiesta a favore della compagnia assicurativa.

La banca proponeva ricorso per cassazione articolato in diversi profili tra cui: la configurabilità di un rapporto causale fra la riscossione dell'assegno non trasferibile da parte di un soggetto estraneo al rapporto cartolare e la spedizione del titolo mediante posta ordinaria, l'individuazione delle regole d'imputazione giuridica dell'evento al mittente ed, infine, la compatibilità tra la responsabilità di quest'ultimo con quella della banca trattaria per non aver provveduto diligentemente all'identificazione del presentatore.

In giurisprudenza erano emerse tesi contrastanti. Taluni ritenevano che la responsabilità esclusiva della banca trovasse fondamento nell'art. 43 DPR 1736/1993 secondo cui chi ha eseguito il pagamento a favore di un soggetto non legittimato non è liberato dall'obbligazione originaria finché non paga al prenditore effettivo (Cass., sez. I, 3405/2016).

Altra impostazione escludeva che la condotta del mittente potesse assumere rilevanza causale rispetto all'evento dannoso poiché il comportamento tenuto dall'istituto di credito rappresenta un fatto sopravvenuto idoneo ad interrompere il nesso causale tra condotta del mittente ed evento dannoso (Cass., sez. III, 20911/2018).

Le Sezioni Unite puntualizzano che la funzione della clausola di non trasferibilità è quella di impedire il pagamento a soggetto non legittimato, pertanto, qualora il *solvens* cada in errore, è tenuto a pagare una seconda volta (Cass., sez. I, 10118/2005).

Un primo orientamento, escludeva la natura risarcitoria dell'obbligazione posta carico della banca ricostruendo la responsabilità della stessa in termini oggettivi.

Una diversa tesi, richiamata anche dalle SU in esame, riteneva che la banca trattaria fosse ammessa a provare che l'inadempimento non le era imputabile ove avesse assolto alla sua obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176, c.2., c.c. (Cass., S.U., 12477/2018).

Sul tema della natura giuridica della responsabilità dell'istituto di credito, le SU componendo il contrasto giurisprudenziale, l'avevano qualificata come contrattuale fondata sull'obbligo professionale di protezione (S.U., 14712/2007).

Con la pronuncia in esame la Suprema Corte precisa che la funzione della clausola di intrasferibilità risiede non soltanto nell'assoluta certezza del pagamento al prenditore effettivo, ma soprattutto nell'impedire la circolazione del titolo. Perde rilievo, in tal modo, il primo degli argomenti a favore della tesi che esclude il concorso di colpa del mittente. Quanto

all'individuazione delle regole d'imputazione giuridica dell'evento al mittente, la Corte riassume i principi generali in materia di nesso di causalità ex artt. 40 e 41 c.p. con riferimento alla teoria della causalità adeguata secondo cui, al fine di determinare quali eventi, all'interno della serie causale, abbiano cagionato un danno, occorre considerare solo quelli che appaiono, *ex ante*, inverosimili. La predetta teoria deve essere temperata dal principio della causalità efficiente, ex art. 41, c.2., c.p., in base al quale in una serie causale di eventi, la condotta sopravvenuta è idonea ad interrompere il nesso solo se si pone al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto. Applicando i suddetti principi al caso di specie, le S.U. affermano che, benché il pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato sia condotta idonea di per sé ad interrompere il nesso causale, è altrettanto vero che se l'assegno non fosse stato spedito, la probabilità di effettuare il pagamento ad un soggetto estraneo al rapporto cartolare sarebbe stata nettamente inferiore. Dunque, le modalità scelte per la trasmissione dell'assegno possono spiegare un'efficienza causale ai fini della riscossione del relativo importo da parte di un soggetto non legittimato. Orbene, qualora le modalità di spedizione dell'assegno abbiano agevolato la sottrazione dello stesso, non può dubitarsi che la scelta delle stesse costituisca, al pari dell'identificazione del presentatore, un antecedente necessario dell'evento dannoso, che può rappresentare una circostanza imprevedibile idonea ad interrompere il nesso eziologico tra fatto del terzo e danno. Ne deriva che il mittente che sceglie ugualmente, fra le altre forme di spedizione (ben più rapide e sicure) la trasmissione tramite plichi postali semplici, assume consapevolmente un rischio. Le Sezioni Unite asseriscono che trova applicazione alla fattispecie in esame l'articolo 1227, c.c., comma 1; la trasmissione del titolo mediante posta ordinaria, che comporta l'esposizione del mittente al rischio della sottrazione o smarrimento dello stesso, si pone in contrasto con regole di condotta suggerite dalla comune prudenza e con il dovere di agire in modo da preservare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti alla luce del principio solidaristico di cui all'articolo 2 Cost. In conclusione, le S.U. censurano la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso il concorso di colpa del mittente in relazione alla spedizione degli assegni con posta ordinaria e nella parte in cui ha affermato che l'inadempimento della banca abbia avuto un'efficacia causale esclusiva nella determinazione del danno. La spedizione per posta ordinaria, pertanto, rappresenta condotta idonea a giustificare l'affermazione del concorso di colpa del mittente ai sensi dell'articolo 1227, c.c., comma 1.

Fallimento

Fallimento dell'appaltatore di opera pubblica

Cass. civ., Sez. un., 2 marzo 2020, n. 5685

(...) Il Collegio della la sez. civ., con ordinanza interlocutoria del 12 luglio 2019, ha rimesso all'esame delle Sezioni Unite la questione, sulla quale ha registrato un contrasto di giurisprudenza all'interno della sezione, riguardante le modalità di soddisfacimento del credito del subappaltatore di opera pubblica nei confronti dell'appaltatore in caso di fallimento di quest'ultimo e, in particolare, se, ove residui un credito dell'appaltatore verso l'amministrazione appaltante e l'amministrazione abbia in base al contratto opposto la condizione di esigibilità di cui all'art. 118 del codice del 2006, il curatore, che voglia incrementare l'attivo, debba subire o meno, sul piano della concreta funzionalità rispetto agli interessi della massa, la prededuzione del subappaltatore (...). La questione rimessa al vaglio delle Sezioni Unite attiene alla configurabilità o meno di un nesso intercorrente tra il disposto dell'art. 118, comma 3, del codice del 2006 (D.Lgs. n. 163 del 2006) – nel testo vigente anteriormente alle modifiche apportate dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 (in vigore dal 24 dicembre 2013), convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 9 (in vigore dal 22 febbraio 2014), tenuto conto che la sentenza di fallimento della (OMISSIS) è del 10 ottobre 2013, l'istanza di insinuazione al passivo è del 19 novembre 2013, la decisione del giudice delegato che ha negato la prededuzione è dell'11 febbraio 2014 – e l'istituto fallimentare della prededuzione di cui alla L. Fall., art. 111, u.c., secondo il quale sono prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali (...). La tesi che attribuisce natura prededucibile al credito del subappaltatore fa leva – come si è detto – sull'esercizio eventuale del potere (di autotutela) della stazione appaltante, previsto dal bando di gara a norma dell'art. 118, comma 3, codice del 2006, di avvalersi di detta sospensione nei confronti dell'appaltatore: di qui la configurazione, da un lato, del pagamento del credito del subappaltatore come “condizione di esigibilità” del credito verso la stazione appaltante e, dall'altro, del pagamento del credito del subappaltatore, in caso di fallimento dell'appaltatore, come funzionale agli interessi della procedura che ne giustificherebbe la trasformazione in credito prededucibile. Il nucleo essenziale del percorso argomentativo sviluppato dalla sentenza n. 33350 del 2018 – prescindendo da argomenti di contorno, come quello che fa leva sulle modifiche normative del 2013 (di cui si è dato conto sub 5.1) e sulle rilevate aporie inerenti al modo di operare della prededucibilità, le quali invero potrebbero essere contestate all'istituto della prededuzione in sé, piuttosto che alle modalità applicative dello stesso nella vicenda in esame – si incentra sul rilievo che il meccanismo della sospensione dei pagamenti della stazione appaltante in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti di quest'ultimo al subappaltatore, debba ritenersi calibrato sull'ipotesi di un rapporto di appalto in corso con un'impresa “*in bonis*”, venendo meno a seguito del fallimento dell'appaltatore l'interesse sinallagmatico della stazione appaltante all'esecuzione dell'opera. Se è vero peraltro che il fallimento determina lo scioglimento del contratto di appalto (cfr. L. Fall., art. 81 e, per gli appalti pubblici, art. 140, comma 1, del codice del 2006 e art. 110, comma 1, del codice del 2016) qualora il curatore non dichiari di voler subentrare nel rapporto (cfr. comma 3, lett. b, del citato art. 110), la tesi che ammette la prededuzione postula l'operatività della sospensione come oggetto di un potere unilaterale della stazione appaltante che renderebbe insindacabile la valutazione dell'interesse che ne è a fondamento. Questo

postulato non è tuttavia condivisibile. È certo che la prededuzione è predicabile, in astratto, solo nel caso in cui la stazione appaltante sia in condizione di esercitare in concreto il suddetto potere di sospendere i pagamenti con effetto incondizionato, poiché se il suddetto potere non venisse esercitato oppure non fosse suscettibile di produrre in concreto effetti paralizzanti nei confronti dell'appaltatore, non vi sarebbe ragione di favorire il pagamento del credito del subappaltatore che non recherebbe alcun vantaggio alla massa fallimentare. Ciò induce a chiedersi se, a seguito del fallimento dell'appaltatore, la stazione appaltante possa esercitare il suddetto potere e continuare ad opporre la sospensione del pagamento all'appaltatore fallito e, dunque, al curatore e, di conseguenza, se il curatore sia legittimato ad agire nei confronti della stazione appaltante per pretendere il pagamento dovuto. La sospensione del pagamento, in quanto prevista dalla legge (art. 118, comma 3, codice del 2006), si traduce in concreto in una eccezione di inadempimento che la stazione appaltante è legittimata ad opporre all'appaltatore (inadempiente all'obbligo di dimostrare il pagamento al subappaltatore). La proponibilità della suddetta eccezione postula, tuttavia, che il rapporto contrattuale sia in corso, poiché è solo nella fase esecutiva del rapporto in essere che è consentito alle parti far valere reciprocamente adempimenti e inadempimenti contrattuali. A seguito del fallimento che rende il contratto di appalto, anche di opera pubblica, inefficace "ex nunc" e, dunque, non più eseguibile (arg. L. Fall., ex art. 72, comma 1), al curatore spetta il corrispettivo dovuto per le prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento; la stazione appaltante può rifiutare il pagamento delle opere ineseuite o eseguite non a regola d'arte, ma non può invocare la disciplina prevista dall'art. 1460 c.c., in tema di eccezione di inadempimento, la quale, implicando la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, presuppone un contratto non ancora sciolto e quindi eseguibile (cfr. Cass. n. 4616 del 2015; cfr. n. 23810 del 2015). L'eccezione d'inadempimento, che consente la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, in presenza di inadempimento della controparte, configura uno strumento accordato alla parte che voglia salvaguardare i propri interessi, nella prospettiva della esecuzione (e dunque conservazione) del contratto, alla quale l'eccezione serve appunto di stimolo (cfr. Cass. n. 2923 del 1986). Una volta che il contratto si sia sciolto, per qualsiasi causa e, quindi, anche per il fallimento, l'art. 1460 c.c., non può essere invocato e trovano, invece, applicazione le norme che disciplinano gli effetti dello scioglimento. Il curatore, che ha "l'amministrazione del patrimonio fallimentare" (L. Fall., art. 31), ha l'onere imprescindibile di attivare ogni iniziativa utile alla procedura diretta al recupero dell'attivo fallimentare, e quindi anche del corrispettivo del contratto di appalto, al fine di soddisfare la massa dei creditori nel miglior modo possibile. E qualora si ipotizzasse, in senso contrario, che la stazione appaltante sia legittimata ad opporre al curatore (che agisca in giudizio per ottenere il pagamento di quanto dovuto) le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'appaltatore fallito, compresa quella di sospensione del pagamento, risulterebbe confermato che, nel caso di fallimento, la sospensione non potrebbe operare incondizionatamente, ma dovrebbe assumere le vesti di una eccezione (di inadempimento) comunque rimessa a una valutazione giudiziale che tenga conto anche delle contestazioni dell'appaltatore circa la regolarità dei lavori eseguiti dal subappaltatore (cfr. il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, art. 170, comma 7, regolamento di attuazione del codice del 2006, abrogato dal codice del 2016, art. 217). E ciò diversamente da quanto accade nel caso in cui l'appaltatore sia *in bonis*, quando la sospensione costituisce oggetto di un potere unilaterale del committente.

Nota di Federico Domenico Enrico De Silvo

Con la sentenza n. 5685, del 2/3/2020, la Cassazione si è pronunciata, a SS.UU., sul contrasto giurisprudenziale circa il rapporto tra la prededuzione, ex art. 111 l. fall., e la sospendibilità dei pagamenti in favore dell'appaltatore, ex art. 118, comma 3, d.lgs. 163/2006, affermando il principio di diritto secondo cui, in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato da quest'ultimo, *«che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione»* (p. 17). Senonché la Cassazione ha affrontato la questione avente ad oggetto l'opportunità che il credito sorto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, quale corrispettivo di un subappalto di opere pubbliche, possa essere ammesso in prededuzione. Preliminarmente, deve registrarsi la precisazione secondo cui la sentenza dichiarativa di *«fallimento determina lo scioglimento del contratto di appalto [...] qualora il curatore non dichiari di voler subentrare nel rapporto»* (p. 14) e che la possibilità di procedere a *«sospensione del pagamento, in quanto prevista [ratione temporis] dalla legge [...] si traduce in concreto in una eccezione di inadempimento, che la stazione appaltante è legittimata ad opporre all'appaltatore»* (p. 15) e che presuppone necessariamente che il rapporto contrattuale sia ancora in corso. Si è, quindi, rilevato che, secondo un primo orientamento, *«nel caso in cui la stazione appaltante abbia disposto la sospensione del pagamento a favore dell'appaltatore, si è ritenuto che l'unico modo per sbloccare detta sospensione sia quello di riconoscere al credito del subappaltatore il beneficio della prededuzione, al fine di favorire il pagamento da parte della stazione appaltante e, di conseguenza, di incrementare l'attivo della massa fallimentare»* (pp. 7 ed 8), ritenendosi la sospensione dei pagamenti *de qua* una condizione di esigibilità del pagamento da parte della stazione appaltante anche nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore, in guisa da configurare la prededuzione siccome lo strumento grazie al quale sia possibile il soddisfacimento del credito del subappaltatore nei confronti dell'appaltatore fallito, senza dover attendere le operazioni di riparto in senso tecnico; secondo, invece, un successivo orientamento, *«il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale come tutti gli altri, nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione, non essendo il suo credito espressamente qualificato prededucibile da una norma di legge, né potendosi considerare sorto in funzione della procedura concorsuale, ai sensi della l. fall., art. 111, II comma»* (p. 9). Orbene, la Cassazione ha aderito a tale secondo e, invero, più recente orientamento giurisprudenziale, ritenendo che *«le ragioni di tutela dei crediti dei subappaltatori non possono di per sé [rectius: loro] giustificare deroghe, in via giurisprudenziale, al principio della par condicio [creditorum], restando il subappaltatore che abbia adempiuto le sue prestazioni in favore del debitore in bonis pur sempre un creditore concorsuale come gli altri»* (p. 13), fatte salve le cause legittime di prelazione ex art. 2741 c.c., onde non introdursi disparità di trattamento tra i subappaltatori di opere pubbliche e quelli di opere private. Risulta, conseguentemente, certo che la prededuzione possa essere riconosciuta *«solo nel caso in cui la stazione appaltante sia in condizione di esercitare in concreto il*

suddetto potere di sospendere i pagamenti [in favore dell'appaltatore che non trasmetta le fatture quietanziate del subappaltatore] con effetto incondizionato, poiché se il suddetto potere non venisse esercitato oppure non fosse suscettibile di produrre in concreto effetti paralizzanti nei confronti dell'appaltatore, non vi sarebbe ragione di favorire il pagamento del credito del subappaltatore che non recherebbe alcun vantaggio alla massa fallimentare» (p. 15) e non avrebbe ragione di essere favorito. Di talché la sospensione del pagamento, pur prevista ex lege, costituisce una eccezione di inadempimento, opponibile dalla stazione appaltante all'appaltatore che sia inadempiente all'obbligo di trasmettere le fatture quietanziate, a condizione «che il rapporto contrattuale sia in corso, poiché è solo nella fase esecutiva del rapporto in essere che è consentito alle parti far valere reciprocamente adempimenti e inadempimenti contrattuali» (ibidem). Peraltro, deve rilevarsi che il fallimento rende il contratto di appalto di opera pubblica inefficace ex nunc e, dunque, non può eseguirsi ex art. 72, l. fall., I comma, per cui il curatore ha diritto a recuperare il corrispettivo dovuto per le prestazioni che siano state eseguite fino all'intervenuto scioglimento del rapporto e a tal riguardo, spettando gli l'amministrazione del patrimonio fallimentare, ha l'onere di attivare le iniziative volte a recuperare l'attivo fallimentare per soddisfare la massa dei creditori. Sulla scorta di tale iter argomentativo, la Cassazione a SS.U. ha asseverato che il meccanismo della sospensione del pagamento ex art. 118, comma 3, d.lgs. 163/2006 deve essere ritenuto operante nelle sole ipotesi in cui «in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie» (p. 17).

Sulla (in)stabilità della sentenza dichiarativa di fallimento

Cass. civ., Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3022.

Il tribunale di Roma ha ritenuto che “la particolare struttura del giudizio fallimentare” sia ostativa alla “applicazione dell’art. 393 cod. proc. civ.” Questa norma, in tema di giudizio di rinvio a seguito della cassazione della sentenza, prevede che in caso di mancata riassunzione entro il prescritto termine, o in caso di successiva estinzione del giudizio di rinvio, “l’intero processo si estingue”. Il tribunale ha osservato che gli effetti della sentenza di fallimento possono essere rimossi solo dal passaggio in giudicato della sentenza che ne dispone la revoca. Viceversa, l’art. 393 c.p.c. (...) avrebbe un’estensione limitata a quei casi in cui la sentenza di primo grado, in quanto già sostituita da quella d’appello, può restare travolta dalla cassazione della decisione sostitutiva. È indubbio che gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento possono essere rimossi, sia quanto alla determinazione dello *status* di fallito, sia quanto agli aspetti conservativi che al medesimo si ricollegano, soltanto col passaggio in giudicato della successiva sentenza di revoca (...). Tuttavia sottolineare questo aspetto – come il tribunale ha fatto – non ha rilevanza nel caso concreto, visto che qui non è in discussione la revoca (in sé) della sentenza di fallimento, ma l’interrogativo sulle conseguenze della mancata riassunzione del giudizio di rinvio dopo la sentenza di cassazione (...). La differenziazione è ben presente nella giurisprudenza della Corte (...) ha confermato il principio generale degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, rimovibili soltanto col passaggio in giudicato della successiva sentenza di revoca, ma ha anche aggiunto che nessuna rilevanza poteva avere “la sorte che alla sentenza di fallimento sarebbe spettata se il giudizio di opposizione si fosse estinto per effetto della mancata riassunzione dinanzi al giudice di rinvio”, indicato dalla Cassazione, poiché infatti la riassunzione in quel caso era avvenuta (...). Una cosa è la stabilizzazione degli effetti della sentenza dichiarativa fino al passaggio in giudicato della sentenza di revoca (...) altra cosa è la sorte della sentenza dichiarativa in ipotesi di mancata riassunzione del giudizio di rinvio, ai sensi dell’art. 393 c.p.c. Ora il tribunale, seppur non negando l’astratta applicabilità dell’art. 393 cod. proc. civ. al caso dell’omessa riassunzione del giudizio di reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento, ne ha sterilizzato gli effetti (...). Non è corretta l’allusione del tribunale al fatto che il reclamo innesti un processo autonomo avente ad oggetto il (solo) gravame avverso la sentenza di fallimento, quasi che codesta rimanga all’esterno del giudizio detto (...). Nel nuovo modello normativo, conseguente alla riforma della legge fallimentare di cui al d.lgs. n. 5 del 2006 e al d.lgs. n. 169 del 2007, una eguale conclusione non trova alcun supporto, visto che il reclamo *ex art. 18* è disciplinato in modo diverso. È infatti un procedimento caratterizzato da un effetto devolutivo pieno e attinente a un provvedimento decisorio emesso all’esito di un procedimento contenzioso svolto in contraddittorio, suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata (...). Per i fini di cui all’art. 393 cod. proc. civ., le concrete caratteristiche del procedimento di reclamo non consentono di ritenere che l’oggetto del processo sia la (sola) sentenza di fallimento, e non anche i presupposti (naturalmente ove confluiti all’interno delle censure spese col reclamo) della dichiarazione come specificati nella relativa istanza (...). Di nessuna rilevanza, da tal punto di vista, è l’art. 22 legge fall. (...) frutto di una precisa scelta legislativa attinente alla struttura duale del

provvedimento, in ragione della quale il decreto del secondo giudice, seppur destinato a essere vincolativamente recepito e posto a premessa nella sentenza dichiarativa di fallimento, è pur sempre un provvedimento giurisdizionale, e non costituisce espressione di un potere. È abbastanza chiaro che da qui non conseguono (né possono conseguire) effetti derogatori alla regola generale di cui all'art. 393 cod. proc. civ. Né può seguirsi l'argomentazione del tribunale fino al punto da creare un collegamento essenziale tra l'art. 393 cod. proc. civ. e la funzione sostitutiva della sentenza, quasi che nel caso in cui tale funzione abbia a far difetto l'art. 393 non debba trovare applicazione (...). L'art. 393 ha la portata di una regola generale, e più volte questa Corte ha evidenziato che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio determina, ai sensi dell'art. 393 cod. proc. civ., l'estinzione dell'intero processo, con conseguente caducazione di tutte le attività espletate, salva la sola efficacia del principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione. La sostanziale limitata estensione dell'art. 393 cod. proc. civ. nella materia fallimentare è stata altresì dal tribunale argomentata in comparazione con quanto affermato da questa Corte per il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (con la ripetuta sentenza n. 4071 del 2010). Simile prospettiva è fallace e rende chiaro il fraintendimento sulla portata dell'art. 393 cod. proc. civ. L'art. 393 cod. proc. civ., viceversa, non esprime un principio, ma una regola processuale; e la regola non conosce alternativa, nel (...) processo per dichiarazione di fallimento non è dato rinvenire l'esistenza di un'altra regola, speciale e per l'appunto derogatoria, rispetto all'art. 393 cod. proc. civ (...). Devesi affermare il seguente principio: "in tema di effetti del giudizio di rinvio sul giudizio per dichiarazione di fallimento, ove la sentenza di rigetto del reclamo contro la sentenza dichiarativa, di cui all'art. 18 legge fall., sia stata cassata con rinvio, e il processo non sia stato riassunto nel termine prescritto, trova piena applicazione la regola generale di cui all'art. 393 cod. proc. civ., alla stregua della quale alla mancata riassunzione consegue l'estinzione dell'intero processo e, quindi, anche l'inefficacia della sentenza di fallimento".

Nota di Gerardina Erika Forino

Con la pronuncia che si annota, la S.C. affronta *ex professo* il fenomeno successorio degli accertamenti in sede concorsuale, dando ingresso ad una diversa prospettiva in tema di conservazione dell'efficacia del provvedimento di apertura del concorso dei creditori. La questione all'esame del Collegio è la seguente: se la declaratoria di estinzione del giudizio di rinvio *ex art. 393 c.p.c.*, all'esito della cassazione della pronuncia di rigetto del reclamo interposto ai sensi dell'art. 18 l.f. travolga l'efficacia della sentenza di fallimento. Impugnando la pronuncia con la quale la Corte capitolina aveva rigettato il reclamo *ex art. 18 l.f.* e confermato la declaratoria di insolvenza di una società di fatto e dei soci in estensione, il fallito in proprio lamentava dinanzi alla Corte di Cassazione il difetto di giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento delle società estere nonché, la carenza motivazionale del provvedimento impugnato con riguardo all'accertato rapporto societario di fatto. Cassata la pronuncia con sentenza n. 2243/2015 resa a SS.UU. in accoglimento del primo motivo di censura, disposta la rimessione alla Corte distrettuale ed elassi i termini per la riassunzione nella inattività delle parti, con istanza *ex art. 17 l.f.* il socio fallito in proprio domandava al giudice delegato di procedersi agli incombeni conseguenti alla estinzione del giudizio di rinvio. Avverso il provvedimento reiettivo quest'ultimo proponeva dapprima reclamo ai sensi dell'art. 26 l.f. e, successivamente, ricorso per Cassazione affidato ad un unico motivo di censura: nullità della

pronuncia per violazione degli artt. 111, 132, 134 e 135, 336, 338, 393, 653 c.p.c. e 18, 22 l.f.. Accogliendo integralmente le censure mosse, la S.C. rimetteva il procedimento al Tribunale capitolino affinché si uniformasse al principio della inefficacia della sentenza dichiarativa di fallimento all'esito della declaratoria di estinzione del giudizio di rinvio. Come evidente, nella fattispecie in parola, si annida una cruciale questione di natura processuale concernente l'applicabilità al procedimento fallimentare della disciplina relativa all'estinzione del giudizio di rinvio, in luogo della diversa e più favorevole normativa disciplinante l'estinzione del procedimento di impugnazione. Prendendo le mosse dalla qualificazione del procedimento *ex art.* 18 l.f. per come congegnato dalle modifiche normative introdotte dal D.lgs. 5/2006 prima e dal D.lgs. 169/2007 poi, la S.C. ribadisce l'effetto devolutivo apparentemente pieno che caratterizza il reclamo. La natura e le caratteristiche strutturali del rimedio, frutto delle citate azioni riformatrici, consentono di estendere la cognizione del giudice del reclamo alla domanda formulata in prima istanza. Ed invero, nel vigore della disciplina previgente, era ammissibile che l'estinzione del giudizio di rinvio travolgesse unicamente la fase oppositoria costituendo, la pronuncia di fallimento, l'esito decisorio di una fase processuale autonoma rispetto al giudizio di opposizione; di contro, all'esito della novella del 2007 è da escludersi una netta cesura tra il giudizio nel quale la pronuncia di fallimento è resa e quello di reclamo, in ragione della devolutività (seppure ad efficacia temperata) di quest'ultimo. Il percorso argomentativo della Corte si sposta, dunque, sulla portata operativa generale dell'art. 393 c.p.c. e sulla prevalenza della regola processuale rispetto alla disciplina concorsuale, non prima di aver chiarito che: (i) alcuna natura ostativa all'applicabilità della regola processuale può trarsi dall'art. 22, quarto comma l.f., nella parte in cui dispone la separazione tra provvedimento costitutivo reso dalla Corte distrettuale in sede di reclamo e provvedimento dichiarativo reso dal Tribunale nel caso di accoglimento del gravame avverso il rigetto dell'istanza di fallimento, e ciò, in ragione della conformazione duale che il Legislatore (con l'avallo della Corte Cost., sent. 310/92) ha voluto conferire al procedimento fallimentare nell'ipotesi di riforma del provvedimento reiettivo dell'istanza di fallimento; (ii) che la disciplina concorsuale nulla dispone con riguardo agli effetti derivanti alla Procedura nel caso di accoglimento del reclamo ed alla stabilità della pronuncia dichiaratrice nel caso di estinzione del gravame; (iii) che l'efficacia sostitutiva della pronuncia resa in sede di gravame non assurge a premessa giustificatrice della operatività della regola estintiva. Sotto tale profilo, infatti, il Collegio non manca di argomentare in senso consonante a quel risalente orientamento di Legittimità per cui l'estinzione del giudizio di rinvio travolge l'intera attività processuale svolta, finanche in assenza dell'effetto sostitutivo nel passaggio dalla pronuncia di primo grado a quella del gravame (Cass. civ., sent. 2632/1960). Di talché, la portata applicativa generale degli effetti estintivi descritti dall'art. 393 c.p.c. riposa sull'assenza di una regolamentazione speciale con efficacia prevalente e derogante rispetto a quella prescritta dal codice di rito. Seppure sorretto da un articolato impianto normativo e mitigato dal contesto riformato dal D.lgs. 14/2019, il dipanarsi dello sviluppo argomentativo nella direzione della acritica applicazione al processo fallimentare della regola processuale della *mors litis* non convince pienamente, legittimando molteplici interrogativi con riguardo alla coerenza sistematica tra il perimetro attribuito all'effetto estintivo prescritto dal codice di rito e la stabilità della pronuncia di fallimento predicata dalla vigente disciplina concorsuale. Guardando ai principi che informano la disciplina *de qua*, il quadro normativo appare ricco di indici che, di contro, conducono a professare la stabilità della sentenza dichiaratrice, in ragione della sottesa esigenza di certezza giuridica e dei caratteri che il Legislatore ha voluto deliberatamente conferire al provvedimento di apertura del concorso dei creditori.

Risoluzione del *leasing* traslativo ex art. 1526 c.c. e applicabilità in via analogica dell'art. 72-*quater* l. fall.

Cass. civ., Sez. III, 25 febbraio 2020, n. 5022

(...) Stabilire se l'art. 1526 c.c. s'applichi ai contratti di *leasing* dichiarati risolti prima dell'entrata in vigore della l. 124/17 è questione che ha suscitato un vivo dibattito in dottrina, ed è già stata affrontata da varie decisioni di questa Corte. Un primo gruppo di decisioni, motivatamente innovando la pregressa, pluridecennale e consolidata giurisprudenza di questa Corte, ha ritenuto che l'art. 1526 c.c. non possa trovare applicazione nel caso di risoluzione per inadempimento dei contratti di *leasing*, traslativi o di godimento che fossero. Queste decisioni muovono dal rilievo che l'art. 1526 c.c. era stato dalla passata giurisprudenza ritenuto applicabile alla risoluzione del contratto di *leasing* in via analogica, data la mancanza di una norma *ad hoc*. Proseguono osservando che il quadro normativo è stato innovato dapprima dall'introduzione dell'art. 72 *quater* l. fall., il quale ha unificato la disciplina ivi prevista per qualsiasi tipo di *leasing*, e quindi dalla citata l. 124/17, la quale ha dettato una disciplina organica ed unitaria del *leasing*, superando la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo. Queste novità normative, secondo l'orientamento in esame, riverberano effetti anche sui contratti cui esse non sarebbero applicabili *ratione temporis*: non già per effetto di una non consentita applicazione retroattiva, ma per effetto di una "interpretazione storico-evolutiva, secondo cui una determinata fattispecie negoziale (...) non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi "ora per allora", ma all'attualità". Il punto d'approdo dell'orientamento in esame è che gli effetti della risoluzione dei contratti di *leasing* sottratti *ratione temporis* all'efficacia diretta della l. 124/17, e seguita dal fallimento dell'utilizzatore, debbano essere disciplinati in via analogica dall'art. 72 *quater* l. fall. La sentenza "capostipite" in tal senso è Sez. 1, Sentenza n. 8980 del 29/03/2019, Rv. 653463-01, in seguito ripresa alla lettera da Sez. 1, Sentenza n. 12552 del 10/05/2019, Rv. 653883-01; Sez. 1, Sentenza n. 18543 del 10.7.2019; Sez. 1, Sentenza n. 18545 del 10.7.2019; Sez. 1, Sentenza n. 24438 del 30.9.2019 e Sez. 1, Ordinanza n. 27545 del 28.10.2019. Un secondo gruppo di decisioni, pur non pronunciandosi direttamente sull'efficacia diretta o riflessa dell'art. 1 l. 124/17, ha tuttavia negato che gli effetti della risoluzione dei contratti di *leasing* possa essere disciplinata dall'art. 72 *quater* l. fall. Secondo questo orientamento l'introduzione dell'articolo 72 *quater* l. fall. non ha determinato *ipso iure* il superamento della distinzione fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, giacché quella norma "non disciplina la risoluzione del contratto di *leasing*, bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore" (Sez. 3, Ordinanza n. 3965 del 12/02/2019; Sez. 6-1, Ordinanza n. 15975 del 18/06/2018; Sez. 1, Ordinanza n. 3945 del 19/02/2018; Sez. 1, Sentenza n. 2538 del 09/02/2016; Sez. 3, Sentenza n. 8687 del 29/04/2015) (...). Questo Collegio ritiene che, per dare soluzione al problema interpretativo sopra evidenziato, è necessario affrontare e risolvere due questioni preliminari "di sistema": da un lato, il rilievo che nel caso di specie potrebbero o dovrebbero avere i principi sovranazionali di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento; dall'altro, se possa applicarsi per analogia (tanto *legis* quanto *iuris*)

una norma inesistente all'epoca in cui si realizzò la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento. Tuttavia l'una e l'altra di tali questioni sono di così formidabile rilievo teorico, e così gravide di conseguenze pratiche, che appare opportuno affidarne la soluzione all'autorevolezza delle Sezioni Unite di questa Corte. Per le ragioni sopra esposte, ritiene il Collegio di sottoporre alle Sezioni Unite della Corte il seguente quesito di diritto: se l'interpretazione dell'art. 1, commi 136-140, della legge 4.8.2017 n. 124, secondo cui tale norma imporrebbe di abbandonare (anche per i fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore) il tradizionale orientamento che applica alla risoluzione del contratto di *leasing* traslativo l'art. 1526 c.c., sia coerente coi principi comunitari di certezza del diritto e tutela dell'affidamento. Nel caso di specie, tuttavia, come già detto il contratto venne stipulato nel 2002, mentre l'art. 72 *quater* l. fall. venne introdotto nell'ordinamento nel 2006, e la sua applicabilità al caso concreto viene fondata sulla "evoluzione dell'ordinamento" rappresentata dalla l. 124/17. Per potere dunque negare l'applicazione al caso di specie dell'art. 1526 c.c., occorrerebbe ammettere la pensabilità, accanto alla tradizionale analogia sincronica (per effetto della quale si applica alla fattispecie non disciplinata una norma già esistente nell'ordinamento, al momento in cui quella fattispecie ebbe a verificarsi), anche una analogia diacronica, per effetto della quale la norma da applicare per analogia al caso concreto potrebbe anche non esistere al momento di realizzazione della fattispecie, purché esista al momento della decisione (...). In primo luogo, infatti, pretendere di ricavare dalla legge fallimentare le regole da applicare in caso di risoluzione del contratto di *leasing* presupporrebbe che la legge non disciplinasse questa fattispecie. In realtà così non è, perché proprio la presenza dell'art. 1526 c.c. (che è norma generale rispetto all'art. 72 *quater* cit.) rende impensabile il ricorso all'analogia, per mancanza del suo primo presupposto, cioè la lacuna nell'ordinamento. In secondo luogo, anche ad ammettere che nell'ordinamento vi fosse una lacuna, essa non potrebbe essere colmata con l'applicazione analogica dell'art. 72 *quater* l. fall. Tale norma, infatti, non disciplina la risoluzione del contratto di *leasing*, ma il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore. La norma fallimentare è dunque destinata a disciplinare una fattispecie concreta diversa da quella disciplinata dalla norma generale, cioè la risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c. Pertanto, mancando la *eadem ratio*, non sembra consentito all'interprete il ricorso all'interpretazione analogica. In terzo luogo, la tesi dell'applicabilità in via analogica alla risoluzione del contratto di *leasing* dell'art. 72 *quater* l. fall. prova troppo: tale norma infatti stabilisce che alle somme già riscosse dal concedente "si applica l'art. 67, comma 3" l. fall.: vale a dire che non possono essere travolte dall'azione revocatoria fallimentare. L'art. 67, comma 3, l. fall., tuttavia, è norma che sancisce la irrevocabilità di vari e molteplici atti e contratti, non solo di godimento come il *leasing*, ma anche di scambio come la vendita, ivi compresa quella con riserva di proprietà. Pertanto, a seguire la suddetta tesi, si dovrebbe di necessità ammettere che anche la risoluzione per inadempimento di uno qualsiasi dei contratti indicati dall'art. 67, comma 3, l. fall. non avrebbe effetti retroattivi, perché anche per essi in caso di fallimento del *solvens* "si applica l'art. 67, comma 3, l. fall.", ai sensi dell'art. 72 *quater* l. fall. E l'evidente insostenibilità di tale conseguenza rende palese la fallacia della premessa. Per le ragioni sopra esposte, ritiene il Collegio di sottoporre alle Sezioni Unite della Corte il seguente quesito di diritto: se possa applicarsi in via analogica, anche solo per *analogia iuris*, una norma inesistente al momento in cui venne ad esistenza la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento; ed in caso affermativo se, con riferimento al caso di specie, tale norma da applicarsi in via analogica possa ravvisarsi nell'art. 72 *quater* l. fall.

Con l'ordinanza interlocutoria in commento, la Terza sezione civile della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite due punti focali nella disamina del c.d. *leasing* traslativo, vale a dire: i) se l'interpretazione dell'art. 1, co. 136-140, l. 4 agosto 2017, n. 124, secondo cui tale norma imporrebbe di abbandonare, anche per i fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, il tradizionale orientamento che applica alla risoluzione del *leasing* traslativo l'art. 1526 c.c., sia coerente coi principi di certezza del diritto e tutela dell'affidamento; ii) se possa applicarsi in via analogica, anche solo per *analogia iuris*, una norma inesistente al momento in cui venne ad esistenza la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento ed in caso affermativo se, con riferimento al caso di specie, tale norma – da applicarsi in via analogica – possa ravvisarsi nell'art. 72 *quater* l.f.

Gli Ermellini, nella pronuncia *de quo*, conducono in rassegna l'*iter* giurisprudenziale circa l'applicabilità o meno dell'art. 1526 c.c. al *leasing* traslativo, evidenziando la caratteristica di tale fonte, che si qualificherebbe come “para-normativa” e confermando, ancora una volta, che il diritto non è solo quello scritto nelle fonti di produzione, bensì è quello scritto risultante dall'applicazione concreta nelle aule di giustizia; questo percorso finisce per confermare la valenza applicativa del formante giurisprudenziale nell'ordinamento nostrano che tipicamente viene definito come di *civil law*, alla stregua dell'importanza del giudizio di legittimità. A tal proposito, si sostiene che un orientamento consolidato in materia di norme processuali sia giustificato soltanto quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali, ovvero ingiusti, posto che l'affidabilità, la prevedibilità e l'uniformità dell'interpretazione delle norme procedurali costituisce indefettibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo²⁹.

La *quaestio* di stallo, pertanto, risiede nell'applicabilità in via analogica della risoluzione del contratto al *leasing*, comprensiva di effetti restitutori, ovvero nella preminenza della Legge sulla concorrenza con una potenziale funzione retroattiva della stessa³⁰. Orbene, pare evidente che si debba propendere per la “supremazia legislativa” di un complesso normativo che interviene a regolare un nuovo istituto per ricondurlo a sistema, piuttosto che soffermarsi su di un *dicta* giurisprudenziale o su di una vecchia previsione legislativa, proprio per la pedissequa applicazione del brocardo latino *lex specialis derogat generali*, caratteristica che distingue il sistema italiano da quello di *common law*.

In tal guisa, la legge 14 luglio 1993, n. 259 si era posta l'obiettivo di armonizzare l'istituto in esame in virtù di quel fenomeno di microcircolazione dei modelli giuridici, proponendo la regolazione del predetto in via pattizia, quindi sulla scorta di modelli negoziali standardizzati³¹. L'approccio giurisprudenziale ha portato poi al superamento della suddivisione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, evidenziando la funzione finanziaria di questo contratto ormai tipizzato ed autonomo³².

Conseguentemente, nell'ambito dell'annosa questione della disciplina della locazione finanziaria, è possibile perciò definire il *leasing* quale contratto in cui la banca o l'intermediario finanziario iscritto all'albo, di cui all'art. 106 t.u.b., si obbliga ad acquistare o a far costruire

²⁹ Sul punto Cass. civ., Sez. Un., 6 novembre 2014, n. 23675.

³⁰ Si v. Cass. civ., Sez. I, 29 marzo 2019, n. 8980.

³¹ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 16 novembre 2007, n. 23794 e Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 2014, n. 888.

³² Cass. civ., Sez. I, 10 luglio 2019 n. 18543.

un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto; alla scadenza dello stesso, l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito, ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo. La l. n. 124/2017 prevede, pertanto, solo che un istituto bancario o un intermediario finanziario potrà ricoprire la parte di concedente, senza specificare gli altri potenziali soggetti coinvolti nell'operazione nonché i diritti e gli obblighi in capo ai predetti.

Di talché, pare opportuno richiamare l'art. 72 *quater* l.f., articolo aggiunto dal d.lgs. n. 5/2006, ove occorre precisare che nello schema negoziale della locazione finanziaria vi è il presupposto della *continuatio* dell'utilizzo del bene concesso al locatario, mentre nel fallimento vi è idealmente *interruptio* dell'attività produttiva; invece, nel caso in cui l'impresa fallita continui ad esercitare l'attività, fondamentale sarà l'esplicazione della *voluntas* del curatore di sciogliere il predetto. La vendita, ovvero la riallocazione del bene, dovrà avvenire a prezzo di mercato e il contratto dell'utilizzatore proseguirà in virtù della predisposizione di un piano economico pluriennale, al fine di perpetrarne i conseguenti obiettivi, ma ciò potrebbe indurre una potenziale disparità di trattamento temporale in capo allo stesso circa l'eventuale risoluzione (vale a dire se quest'ultima viene effettuata prima o dopo la sentenza di fallimento). In tale procedura concorsuale è stata, dunque, raggiunta la tanto agognata parificazione degli effetti. Infine, in merito al superamento del binomio sopracitato e dell'applicazione dell'art. 1526 c.c., che a sua volta richiama il precedente art. 1525 c.c., è possibile affermare che per i contratti risolti prima della dichiarazione di fallimento troverà applicazione la l. n. 124/2017, mentre per i contratti pendenti al momento del fallimento e sciolti per decisione del curatore troverà applicazione l'art. 72 *quater* l.f.

Ciò che si auspica è, quindi, una pronuncia definitivamente chiarificatrice del lungo dibattito legislativo, giurisprudenziale e dottrinale sul contratto di *leasing*, al fine di ricavarne i contorni di una disciplina che, seppur interessante, continua a restare indubbiamente ostica.

LAVORO

Pubblico impiego

Impiego pubblico contrattualizzato: principio di non discriminazione e decorso del termine prescrizione

Cass. civ., Sez. IV, 28 maggio 2020, n. 10219

(...) Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della direttiva 1999/70/CE, assume, in sintesi, che il ricorso al contratto a termine nell'ambito scolastico risponde ad esigenze oggettive e temporanee e, pertanto, in assenza della necessaria continuità del rapporto, non può essere valorizzata a fini retributivi l'anzianità di servizio (...). Le considerazioni svolte nel primo motivo di ricorso prescindono dalle caratteristiche intrinseche delle mansioni e delle funzioni esercitate e fanno leva sulla natura non di ruolo del rapporto di impiego e sulla novità di ogni singolo contratto rispetto al precedente, già ritenuti dalla Corte di giustizia non idonei a giustificare la diversità di trattamento, nonché sulle modalità di reclutamento del personale nel settore scolastico e sulle esigenze che il sistema mira ad assicurare, ossia sulle ragioni oggettive che legittimano il ricorso al contratto a tempo determinato e che rilevano ai sensi della clausola 5 dell'Accordo quadro, da non confondere, per quanto sopra si è già detto, con le ragioni richiamate nella clausola 4, che attengono, invece, alle condizioni di lavoro che contraddistinguono i due tipi di rapporto in comparazione. Da un lato si è ritenuto che la domanda fondata sul principio di non discriminazione, volta ad ottenere il riconoscimento del diritto alla progressione economica prevista, in ragione dell'anzianità, per gli assunti a tempo indeterminato, abbia natura retributiva e soggiaccia, in quale tale, al termine quinquennale previsto dall'art. 2948, n. 4, c.c.; dall'altro che con la stessa si faccia valere una pretesa di natura risarcitoria, basata sulla violazione del diritto dell'Unione, e pertanto debbano valere i medesimi principi affermati da questa Corte, anche a Sezioni unite, in tema di responsabilità dello Stato conseguente alla mancata o tardiva attuazione di direttive eurounitarie, responsabilità che è stata qualificata di natura contrattuale e ritenuta soggetta al termine decennale di prescrizione (...). Non ritiene il Collegio che quest'ultima opzione interpretativa possa essere condivisa, in quanto l'orientamento citato opera nei casi in cui la norma comunitaria, preordinata ad attribuire diritti ai singoli, non sia dotata del carattere *self-executing* e, pertanto, occorre che il diritto interno assicuri al destinatario della tutela «una congrua riparazione del pregiudizio subito per il fatto di non aver acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario» (Cass., Sez. un., n. 9147/2009). Ciò implica che la pretesa che il singolo fa valere, nel rivendicare le stesse condizioni di impiego previste per il lavoratore comparabile, partecipa della medesima natura della condizione alla quale l'azione si riferisce e, pertanto, qualora la denunciata discriminazione sia relativa a pretese retributive, la domanda con la quale si rivendica il trattamento ritenuto di miglior favore va qualificata di adempimento contrattuale e soggiace alle medesime regole che valgono per la domanda che l'assunto a tempo indeterminato potrebbe, in ipotesi, azionare qualora quella stessa obbligazione non fosse correttamente adempiuta. Ne discende che, quanto alla prescrizione, non può essere applicato il termine ordinario decennale in luogo di quello quinquennale, previsto dall'art. 2948, n. 4, c.c. per «tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi», e dal n. 5 in relazione alle «indennità spettanti per la cessazione del

rapporto di lavoro», perché è quest'ultimo il termine che vale per l'obbligazione alla quale si riferisce la domanda di equiparazione e perché, diversamente, si verificherebbe una discriminazione «alla rovescia», nel senso che al dipendente assunto a termine finirebbe per essere riservato un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto per il lavoratore comparabile. Ciò che va apprezzato per escludere la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto non è la mera precarietà in sé del rapporto stesso quanto l'esistenza di una condizione psicologica di *metus*, che nel lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni non si presenta in modo analogo a quanto avviene in quello privato, perché l'azione del datore di lavoro pubblico, istituzionalmente vincolata al rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità, è astretta da parametri legali significativi, oltre che da vincoli organizzativi, che permangono anche dopo la contrattualizzazione dell'impiego e che pongono il datore di lavoro pubblico, la cui discrezionalità è vincolata dalla legge e dalla contrattazione collettiva, in condizione di operare sui dipendenti una pressione decisamente ridotta rispetto a quella che può esercitare il datore privato. In via conclusiva, sulla base delle considerazioni sopra esposte, va enunciato *ex art. 363, comma 3, c.p.c.*, il seguente principio di diritto: «Nell'impiego pubblico contrattualizzato la domanda con la quale il dipendente assunto a tempo determinato, invocando il principio di non discriminazione nelle condizioni di impiego, rivendica il medesimo trattamento retributivo previsto per l'assunto a tempo indeterminato soggiace al termine quinquennale di prescrizione previsto dall'art. 2948, nn. 4 e 5, c.c. che decorre, anche in caso di illegittimità del termine apposto ai contratti, per i crediti che sorgono nel corso del rapporto lavorativo dal giorno della loro insorgenza e per quelli che si maturano alla cessazione del rapporto a partire da tale momento».

Nota di Francesca Messina

Con la sentenza n. 10219 del 28 maggio 2020 la quarta sezione della Corte di Cassazione ha respinto il ricorso presentato dal M.I.U.R. avverso la sentenza resa dal Tribunale di Pesaro, Sez. Lav., con la quale erano state accolte le domande dei ricorrenti, docenti assunti a termine, aventi ad oggetto il riconoscimento del diritto alla progressione economica stipendiale legata all'anzianità di servizio, prevista e riconosciuta dalla contrattazione collettiva per i lavoratori comparabili assunti con contratto a tempo indeterminato.

La questione trae origine dalla disciplina prevista dalla contrattazione collettiva applicata al rapporto di lavoro che equipara sotto molteplici aspetti contrattuali – ferie; festività; permessi; congedi ordinari e straordinari; malattia; aspettativa; maternità – i lavoratori assunti a tempo indeterminato a quelli assunti a tempo determinato eccezion fatta, tuttavia, per gli aspetti retributivi e per l'anzianità di servizio.

A giudizio della Corte l'impugnata sentenza risulta, invece, conforme ad un orientamento consolidatosi a partire dal 2016, con le pronunce nn. 22558 e 23868, in virtù del quale a mente della clausola 4 dell'Accordo Quadro sul rapporto a tempo determinato – recepito dalla Direttiva 1999/70/CE – nell'ambito del settore scolastico, deve essere riconosciuto anche al personale a termine, a parità di anzianità di servizio, la medesima progressione stipendiale prevista dal ccnl di categoria per i dipendenti a tempo indeterminato, con conseguente obbligo di disapplicazione delle disposizioni della normazione collettiva che dispongano in *pejus* ovvero trattamenti meno favorevoli.

Eventuali diversificazioni di trattamento possono risultare ammissibili solo in presenza di una giustificazione di carattere oggettivo ossia fondata su criteri concreti di differenziazione connessi alle modalità di svolgimento del lavoro o legati alla natura delle mansioni espletate dal dipendente.

Il suddetto obbligo di disapplicazione, sancito dal legislatore eurounitario a carico di tutti gli Stati membri, trova applicazione sempre e comunque e, dunque, anche nell'ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro costituendo detto obbligo applicazione immediata e diretta del principio di parità di trattamento e del divieto di non discriminazione e dunque “*norme di diritto sociale dell'Unione di particolare importanza di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela*” (Corte di Giustizia 9.7.2015, causa C-117/14, Regojo Dans, punto 32).

In aggiunta a quanto appena sopra rilevato la Suprema Corte ha, inoltre, precisato che la domanda con la quale si intenda ottenere giudizialmente il trattamento retributivo di miglior favore previsto per il lavoratore comparabile, avendo la medesima natura della condizione cui l'azione si riferisce, va qualificata come domanda di adempimento contrattuale: in tali ipotesi, infatti, il lavoratore non spiega una domanda di natura risarcitoria, soggetta a prescrizione decennale, bensì una domanda di natura retributiva, come tale soggetta alla prescrizione quinquennale prevista e disciplinata dall'art. 2948 nn. 4 e 5 cod. civ., propria dei rapporti di lavoro privati dotati di stabilità reale.

Con la pronuncia in commento la Corte ha enunciato il principio di diritto in virtù del quale il *dies a quo* per il computo dei termini prescrizionali quinquennali decorre, per i crediti sorti in pendenza dei rapporti a termine – ed a prescindere se il termine sia da considerarsi, o meno, legittimo ed il relativo contratto venga, o meno, impugnato con contestuale richiesta di conversione a tempo indeterminato – dal giorno della loro insorgenza; mentre per i crediti chematuro al termine del rapporto di lavoro, a partire da tale momento (Sezione Unite della Suprema Corte n. 575/2003).

Come è noto, infatti, ad escludere la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto non è la “precarietà” contrattuale quanto l'esistenza di una condizione psicologica di *metus*.

Nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato, tuttavia, nonostante l'operatività del divieto di cui all'art. 36 del D. Lgs. 165/2001 che impedisce la conversione *ex lege* a tempo indeterminato dei contratti a termine eventualmente impugnati, non è comunque rinvenibile il *metus* (C. Cost. Sent. 63/1966) ossia la soggezione psicologica, il timore del licenziamento che può spingere il lavoratore a rinunciare ad esercitare i propri diritti, poiché il dipendente pubblico è assistito dalla garanzia contro l'arbitraria cessazione anticipata del rapporto di lavoro: la soggezione dell'azione datoriale al rispetto dei principi, di rango costituzionale, del buon andamento e dell'imparzialità dell'attività amministrativa che permangono anche dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego.

La reiterazione illegittima dei contratti cd. a termine nel settore scolastico e non configurabilità del diritto al risarcimento del danno

Cass. civ., Sez. IV, 12 febbraio 2020, n. 3472

(...) Con riguardo alla doglianza relativa alla disparità di trattamento rispetto ai lavoratori che hanno ottenuto una condanna del loro datore di lavoro a causa del ricorso abusivo a contratti a tempo determinato prima dell'entrata in vigore della L. n. 107 del 2015 e che avrebbero potuto, in forza della normativa anteriore, cumulare un risarcimento e il beneficio di un'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato, la Corte di Giustizia ha osservato (punto 44) che "la disparità di trattamento tra due categorie di lavoratori a tempo determinato risultante da una riforma della normativa applicabile non rientra nell'ambito del principio di non discriminazione sancito alla clausola 4 dell'accordo quadro (v. sentenza del 21 novembre 2018, *Viejobueno Ibañez e de la Vara Gonzalez*, C-245/17, EU:C:2018:934, punti 50 e 51)". Ha, quindi, concluso che (p.45) "l'accordo quadro non impone agli Stati membri di prevedere, in caso di ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, un diritto al risarcimento del danno che si aggiunga alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato". Ebbene, avuto riguardo ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza dell'8 maggio 2019, deve essere oggi ribadito (cfr. punto 104 ultima parte della sentenza di questa Corte n. 22552 del 2016) che la scelta del legislatore di autorizzare il MIUR ad adottare solo per il personale docente il piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato previsto dalla L. n. 107 del 2015, art. 1, comma 95, non ha affatto lasciato il personale ATA senza tutele. Non è stata, infatti, esclusa la possibilità di immissione in ruolo prevista secondo il sistema previgente e, inoltre, "anche per detto personale opera il Fondo previsto dall'art. 1, comma 132, per i pagamenti in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto il risarcimento dei danni conseguenti alla reiterazione di contratti a termine per una durata complessiva superiore a trentasei mesi, anche non continuativi, su posti vacanti e disponibili". Deve aggiungersi che il Fondo è stato rifinanziato, ai sensi della Legge 11 dicembre 2016, n. 232, art. 1, comma 376, "nella misura di 2 milioni di Euro per ciascuno degli anni dal 2017 al 2019" (...). Con la precisazione che l'onere di allegazione e di prova dei danni ulteriori, che grava sul lavoratore, non beneficiato in caso di stabilizzazione dalla agevolazione probatoria, non risulta insormontabile né difficoltoso perché il sistema delle graduatorie ad esaurimento offre dati oggettivi (posizione ricoperta nella graduatoria, vacanze di organico, termini previsti, anche se non rispettati, dal T.U. per l'indizione dei concorsi e per le operazioni di immissione in ruolo) dai quali agevolmente desumere, se allegati, la mortificazione della possibilità di accedere all'impiego stabile. Deve anche osservarsi che l'illecito, oltreché "tendenzialmente riparato" dalla avvenuta stabilizzazione e dalla possibilità di ottenere il risarcimento dei danni ulteriori deve ritenersi anche "oggettivamente represso" avuto riguardo alla definitiva perdita di efficacia delle graduatorie ad esaurimento effettivamente esaurite (L. n. 107 del 2015, art. 1, comma 105), per entrambe

le categorie di personale (docente e ATA), alla cadenza triennale dei concorsi, da indire su base regionale tenendo conto del fabbisogno espresso dalle istituzioni scolastiche nel piano dell'offerta formativa, alla efficacia egualmente triennale delle graduatorie concorsuali (L. n. 107 del 2015, art. 1, comma 113), alla previsione (L. n. 107 del 2015, art. 1, comma 131) di un limite alla reiterazione delle supplenze, che a decorrere dal 10 settembre 2016 non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi (...). Conclusivamente, vanno affermati i principi di diritto che seguono: "Nelle ipotesi di reiterazione, realizzatesi dal 10.07.2001 e prima dell'entrata in vigore della L. 13 luglio 2015, n. 107, rispettivamente con il personale docente e con quello amministrativo, tecnico ed ausiliario, per la copertura di cattedre e posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, deve essere qualificata misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica ed idonea a sanzionare debitamente l'abuso ed a "cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione" la stabilizzazione acquisita dai docenti e dal personale ausiliario, tecnico ed amministrativo, attraverso l'operare dei progressi strumenti selettivi- concorsuali. Nelle predette ipotesi di reiterazione, realizzatesi prima dell'entrata in vigore della L. 13 luglio 2015, n. 107, rispettivamente con il personale docente e con quello ausiliario, tecnico ed amministrativo, per la copertura di cattedre e posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, deve affermarsi, in continuità con i principi affermati dalle SS.UU. di questa Corte nella sentenza n. 5072 del 2016, che l'avvenuta immissione in ruolo non esclude la proponibilità di domanda per risarcimento dei danni ulteriori e diversi rispetto a quelli esclusi dall'immissione in ruolo stessa, con la precisazione che l'onere di allegazione e di prova grava sul lavoratore, in tal caso non beneficiato dalla agevolazione probatoria di cui alla menzionata sentenza". Il ricorrente, pur avendo domandato il risarcimento del danno in via subordinata rispetto alla domandata conversione dei rapporti a termine in rapporto a tempo indeterminato, non ha allegato danni diversi ed ulteriori rispetto alla mancata conversione del rapporto, sicché, non vi è spazio alcuno per l'accoglimento della domanda.

Nota di Eugenia Manescalchi

La questione giuridica sulla quale la Cassazione si è pronunciata il 12.02.2020 attiene alla configurabilità o meno di un diritto al risarcimento dei danni in conseguenza dell'utilizzo abusivo di contratti cd. a termine per l'assunzione del personale docente precario, verificatosi prima dell'entrata in vigore della L. 107/2015.

La Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che la clausola n. 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale che esclude – per docenti del settore pubblico che hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con un effetto retroattivo limitato – il diritto al risarcimento pecuniario in ragione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, qualora la predetta trasformazione non sia né incerta, né imprevedibile, né aleatoria e la limitazione del riconoscimento dell'anzianità maturata in forza della suddetta successione di contratti di lavoro a tempo determinato costituisca una misura proporzionata per sanzionare tale abuso. Questo perché, rileva la Corte, la suddetta clausola contiene un obiettivo generale, consistente nella preven-

zione di questi abusi, lasciando agli Stati membri la scelta dei mezzi per conseguirlo, purché essa non rimetta in discussione l'efficacia pratica dell'accordo quadro; essi dispongono, sul punto, di un potere discrezionale, consistente nel poter scegliere di far ricorso a una o più delle misure elencate in detta clausola, oppure a misure di legge esistenti ed equivalenti, e ciò tenendo conto, nel contempo, delle esigenze di settori specifici e/o di specifiche categorie di lavoratori.

Tale orientamento ermeneutico, peraltro conforme alla più recente giurisprudenza costituzionale, trova applicazione nella pronuncia in commento, la quale afferma il principio di diritto secondo cui in presenza di norma imperativa ai sensi della quale, in caso di ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, questi ultimi sono trasformati in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, costituisce una misura che non solo sanziona efficacemente tale abuso, ma altresì cancella le conseguenze della violazione del diritto comunitario secondo i criteri stabiliti dalla più recente giurisprudenza europea. Inoltre, evidenzia la Corte, l'illecito deve ritenersi riparato dalla avvenuta stabilizzazione ed oggettivamente represso, avuto riguardo alla definitiva perdita di efficacia delle graduatorie effettivamente esaurite alla cadenza triennale dei concorsi indetti su base regionale tenendo conto del relativo fabbisogno.

La rilevanza della pronuncia in commento sta nell'offrire una interpretazione coerente dal punto di vista sistematico, oltre che alla pronuncia comunitaria richiamata, anche ai precedenti della Suprema Corte in materia.

Condotte discriminatorie

La tutela antidiscriminatoria delle persone LGBT: tra rilevanza della discriminazione potenziale, interpretazione estensiva “delle condizioni di accesso al lavoro” e libertà di manifestazione del pensiero

Cass. civ., Sez. I, 15 dicembre 2020, n. 28646

(...) Con il primo motivo, il ricorrente deduce la violazione o la falsa applicazione dell'art. 437 c.p.c., non avendo la Corte territoriale provveduto alla lettura del dispositivo in udienza, con la conseguente nullità della sentenza *ex art.* 156, comma 2, c.p.c., trattandosi di rito del lavoro. Il ricorrente, premesso che il giudizio era stato introdotto con il rito sommario di cognizione *ex artt.* 702-*bis* c.p.c. e 28 d.lgs. 150/2011 innanzi al Giudice del lavoro e che l'appello era stato introdotto con ricorso secondo il rito lavoristico e nel rispetto dei termini di cui all'art. 702-*quater* c.p.c., ritiene che il giudizio d'appello avrebbe dovuto svolgersi secondo il rito «ordinario» del lavoro; di conseguenza, la Corte territoriale avrebbe violato il disposto dell'art. 437 c.p.c., non procedendo alla lettura del dispositivo in udienza, con conseguente nullità della sentenza. Il motivo è infondato. La controversia in questione non è soggetta al rito del lavoro e comunque non è stata trattata secondo quel rito (...). Con il secondo motivo, il ricorrente censura la violazione o falsa applicazione degli artt. 75, 81 e 100 c.p.c., nonché la falsa applicazione dell'art. 5 d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Lamenta che la Corte del merito abbia ravvisato la capacità processuale e la legittimazione ad agire dell'associazione, nonostante questa sia composta esclusivamente da avvocati, o praticanti tali, e sia specializzata nella difesa giudiziaria dei diritti di tali persone (...). La Corte d'appello, dopo la ricostruzione della disciplina europea e nazionale sul punto, ha riconosciuto la legittimazione ad agire dell'Associazione, in quanto dedita alla «tutela dei diritti e degli interessi delle persone omosessuali», in considerazione dello statuto di quest'ultima, secondo il quale essa «ha lo scopo di contribuire a sviluppare e diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone LGBTI, sollecitando l'attenzione del mondo giudiziario», e «gestisce la formazione di una rete di avvocati (...), favorisce e promuove la tutela giudiziaria, nonché l'utilizzazione degli strumenti di tutela collettiva, presso le Corti nazionali e internazionali» (...). Il quesito posto alla Corte di giustizia UE con l'ordinanza interlocutoria di questa Corte riguardava direttamente l'interpretazione della norma europea e domandava: «Se l'interpretazione dell'art. 9 della direttiva n. 2000/78/CE sia nel senso che un'associazione, composta da avvocati specializzati nella tutela giudiziale di una categoria di soggetti a differente orientamento sessuale la quale, nello statuto, dichiara il fine di promuovere la cultura e il rispetto dei diritti della categoria, si ponga automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza non *profit*, legittimata ad agire in giudizio, anche con una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria». Nulla osta quindi, sul terreno del diritto nazionale, al pari di quello europeo, come chiarito dalla Corte di giustizia, a che l'associazione esponenziale raccolga le adesioni di avvocati con la finalità statutaria, fra l'altro, di difendere in giudizio le persone caratterizzate da un certo orientamento sessuale (LGBTI) piuttosto che

associare persone di quell'orientamento (...). Le censure del ricorrente non appaiono meritevoli di accoglimento neanche nella parte in cui affermano che, una volta riconosciuta la qualifica di ente esponenziale all'Associazione, si porrebbe un problema di sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., in difetto di una specifica disposizione legislativa che preveda tale qualità in capo alla controricorrente e le attribuisca la capacità di rappresentare gli interessi della categoria. Il secondo motivo, proposto sulla base di censure in parte infondate e in parte inammissibili, deve essere complessivamente rigettato (...). Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione delle regole sulla competenza. A detta del ricorrente, la controversia avrebbe dovuto essere incardinata dinanzi al giudice ordinario e tale vizio di costituzione dell'organo giudicante avrebbe prodotto una nullità rilevante ai sensi dell'art. 158 c.p.c. Il motivo è inammissibile (...). Con il quarto motivo, il ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 164, comma 3, c.p.c., per la mancanza nell'atto introduttivo dell'avvertimento di cui all'art. 163, comma 1, n. 7, c.p.c., che avrebbe in ogni caso imposto al giudice di primo grado di fissare una nuova udienza. La doglianza è inammissibile e comunque manifestamente infondata (...). Il quinto e il sesto motivo, strettamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente. Con il quinto motivo, il ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 2, comma 1, lett. a), e 3 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Con il sesto motivo il ricorrente solleva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, lett. a) e b), e dell'art. 3 d.lgs. n. 216 del 2003, in relazione all'art. 21 Cost., chiedendo di proporre la questione pregiudiziale comunitaria innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, al fine di permettere alla Corte costituzionale il controllo sul rispetto dei controlimiti susposti (...). Con il settimo motivo, il ricorrente lamenta che la Corte del merito abbia ritenuto che, ai sensi del citato art. 28, spettasse al convenuto, dare la prova dell'insussistenza del fatto censurato, pur avendo egli dimostrato di non avere in corso nessuna assunzione, né che vi fosse alcuna «prassi» di assunzione presso di lui, mancando così il presupposto per l'applicazione della normativa. Il motivo è inammissibile per difetto di pertinenza e specificità (...). Con l'ottavo motivo, il ricorrente sostiene che l'associazione avversaria non possedeva soggettività giuridica e non avrebbe quindi potuto richiedere il risarcimento; non vi sarebbe stata nessuna condotta discriminatoria; inoltre sarebbe errato procedere alla liquidazione del danno sulla base del parametro della notorietà del ricorrente e della diffusione delle sue dichiarazioni, incongrui alla stregua dell'art. 1226 c.c. e rivelanti un intento di mera sanzione discrezionale, mentre la sola pubblicazione del provvedimento avrebbe potuto raggiungere lo scopo riparatorio in modo adeguato. Il motivo è inammissibile (...). Come affermato anche dalla Corte di giustizia nella sentenza 23 aprile 2020, l'art. 9, par. 2, della direttiva 2000/78 non osta a che uno Stato membro, nella propria normativa nazionale, riconosca alle associazioni aventi un legittimo interesse a far garantire il rispetto di tale direttiva il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva stessa senza agire in nome di una determinata persona lesa ovvero in assenza di una persona lesa identificabile. Qualora uno Stato membro operi una scelta siffatta, è tenuto segnatamente a stabilire se lo scopo di lucro o meno dell'associazione debba avere un'influenza sulla valutazione della legittimazione dell'associazione stessa ad agire in tal senso, e a precisare la portata di tale azione (...). La Corte territoriale ha correttamente fatto applicazione del disposto di cui all'art. 28, comma 5, d.lgs. 150/2011 nella parte in cui dispone che il giudice, con l'ordinanza che definisce il giudizio, può condannare il convenuto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti.

Nota di Gerardina Erika Forino

Con la pronuncia che si annota, la S.C. imprime innovativa e rigorosa carica alla tutela del diritto a non essere discriminati nell'accesso all'occupazione in ragione dell'orientamento sessuale conformandosi, con tanto, al quadro legislativo sovranazionale di nuova generazione varato in punto di diritto antidiscriminatorio sulla base della competenza unionale di cui al corrente art. 119 TFUE (Direttiva 2000/78/CE, recepita con D.lgs. 216/2003) oltre che, al percorso ermeneutico tracciato dalla giurisprudenza comunitaria (CGUE, 10/07/2008, C-54/07, caso *Feryn*; CGUE 25/04/2013, C-81/12, caso *Accept*). La sentenza, per vero, giusta sintesidel consolidato orientamento della Corte di Lussemburgo in punto di legittimazione ad agire dell'associazione rappresentativa degli interessi lesi e di rilevanza della discriminazione potenziale, costituisce il primo caso di violazione della disciplina antidiscriminatoria concernente l'orientamento sessuale portato all'attenzione della giurisprudenza di legittimità. Con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*, l'Associazione Avvocatura per i diritti LGBT conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Bergamo, l'Avvocato T.C. al fine di ottenere l'accertamento della natura discriminatoria delle dichiarazioni rese dallo stesso nel corso di una trasmissione radiofonica con riguardo alla proclamata *policy* assuntiva delle persone omosessuali oltre che la condanna al risarcimento del pregiudizio sofferto. Riconosciuta, ad opera del giudice di prime cure, la natura omofobica delle dichiarazioni rese e, confermata dalla Corte territoriale la pronuncia di condanna all'esito dell'interposto appello, il soccombente adiva la S.C. affidando l'impugnazione tra gli altri, ai seguenti motivi di censura: violazione e falsa applicazione degli artt. 75, 81, 100 c.p.c. nonché 5 del D.lgs. 216/2003 nella misura in cui la Corte territoriale aveva riconosciuto la legittimazione ad agire dell'associazione in difetto di partecipazione di soggetti attivi nella realizzazione degli interessi perseguiti nonché, degli artt. 2, comma I, lett. *a* e 3 D.lgs. 216/2003 oltre che, la illegittimità costituzionale dell'art. 2, lett. *a* e *b* e 3 lett. *adel* D.lgs. 216/2003 con riguardo all'art. 21 Cost..

Con pronuncia C-507/18, la CGUE adita *ex art. 267 TFUE* dai giudici italiani, ancorandosi a quanto già osservato nelle precedenti pronunce, confermava: *(i)* la legittimazione ad agire dell'associazione costituita allo scopo di difendere e promuovere il rispetto dei diritti delle persone lgbt, oltre che, gli obblighi nascenti dalla normativa secondaria, in ossequio al disposto di cui agli artt. 8 e 9 della disciplina *de qua*, indipendentemente dallo scopo di lucro e dalla identificabilità del soggetto leso deponendo, in tal senso, la facoltà degli Stati membri di adottare misure più rigorose per la tutela della parità di trattamento rispetto agli standard minimi imposti dall'UE; *(ii)* che nell'ambito di applicazione materiale della disciplina comunitaria antidiscriminatoria rientrano, altresì, le dichiarazioni rese in difetto di contestuale procedura selettiva, purché poste in un collegamento non meramente ipotetico rispetto alle condizioni di accesso all'occupazione; *(iii)* la natura non assoluta della libertà di espressione e, dunque, la possibilità che la stessa sia oggetto di limitazioni da ricondursi alla stringente cornice del principio di proporzionalità e della prescrizione normativa dei limiti. Venuta meno la ragione sospensiva, la S.C. con la pronuncia in commento, conferma la natura discriminatoria delle dichiarazioni rese dal soccombente, in forza della potenzialità dissuasiva delle stesse rispetto all'accesso alle procedure selettive, non senza prima chiarire la *ratio* sottesa alla *legitimatio ad causam* (oltre che, *ad processum*) dell'associazione esponenziale nel quadro normativo nazionale. Sulla scorta della conformità del diritto nazionale a quello eurounitario, il Collegio ha cura di precisare che la disciplina di recepimento (art 5, comma II, D.lgs. 216/2003), nell'ottica dell'ampliamento della tutela facoltizzato dall'UE (Cons. 28, art. 8 della Dir.

2000/78/CE), introduce una più incisiva salvaguardia con riguardo alle discriminazioni potenziali. La normativa in parola conferisce, a tal uopo, la legittimazione attiva, tra gli altri, alle associazioni esponenti maggiormente rappresentative dell'interesse collettivo, laddove individuato come scopo cui l'ente è funzionalmente orientato e, dunque, finanche nelle ipotesi di condotte perpetrate in danno di soggetti non immediatamente e direttamente identificabili, oltre che, nella irrilevanza dello scopo di lucro perseguito. Ciò posto, la Corte si focalizza sul merito della condotta del ricorrente che, in ossequio alla interpretazione estensiva della CGUE con riguardo *alle condizioni di accesso al lavoro* e tenuto conto della *natura, del contenuto e dello status dell'autore*, risultano inconfutabilmente sussumibili nell'ambito di applicazione della disciplina, in quanto, idonee a determinare un trattamento deteriore nell'accesso al lavoro. Quanto osservato, non può essere scalfito, peraltro, invocando la violazione dell'art. 21 Cost., in quanto, nel contemperamento tra la libertà di manifestazione del pensiero ed i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2, 3, 4 e 35 Cost.), un ordinamento democratico orientato al pluralismo, non può che accordare, in piena sintonia con il diritto sovranazionale (art. 52 CFUE), preminente garanzia e tutela ai secondi. In definitiva, i principi enunciati dalla Corte nazionale e, prima di essa, dalla CGUE, seppure integralmente condivisibili in punto di rito e di merito, sono da considerarsi ancora bisognosi di ampliamento, specie nella misura in cui, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, la discriminazione operata in difetto di contestuale procedura selettiva, sebbene sussumibile nelle fattispecie tutelate dalla Direttiva 2000/78/CE, può essere demolita dalla prova della ipoteticità rispetto *alle condizioni di accesso al lavoro*.

Lavoro subordinato

Ai rapporti di collaborazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato

Cass. civ., Sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 1663

(...) Secondo la ricorrente, il D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, non ha introdotto, come invece ritenuto dalla Corte d'appello, un *tertium genus* di lavoro, non riconducibile né al lavoro coordinato senza subordinazione (previsto dall'art. 409 c.p.c., n. 3) né alla subordinazione in senso proprio (art. 2094 c.c.). La norma introdotta nell'ordinamento nel 2015 va contestualizzata. Essa si inserisce in una serie di interventi normativi con i quali il legislatore ha cercato di far fronte alle profonde e rapide trasformazioni conosciute negli ultimi decenni nel mondo del lavoro, anche per effetto delle innovazioni tecnologiche, trasformazioni che hanno inciso profondamente sui tradizionali rapporti economici. In attuazione della delega di cui alla L. n. 183 del 2014, cui sono seguiti i decreti delegati dei quali fa parte il D.Lgs. n. 81 del 2015, e che vanno sotto il nome di *Jobs Act*, il legislatore delegato, ha infatti affrontato il tema del lavoro "flessibile" inteso come tale in relazione alla durata della prestazione (*part-time* e lavoro intermittente o a chiamata), alla durata del vincolo contrattuale (lavoro a termine), alla presenza di un intermediario (lavoro in somministrazione), al contenuto anche formativo dell'obbligo contrattuale (apprendistato), nonché all'assenza di un vincolo contrattuale (lavoro accessorio). Per quanto attiene allo svolgimento del rapporto, il legislatore delegato ha poi introdotto un ulteriore incentivo indiretto alle assunzioni, innovando profondamente la disciplina delle mansioni attraverso il D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 3, con la riformulazione dell'art. 2103 c.c. Anche l'abolizione dei contratti di lavoro a progetto, la stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e di persone titolari di partite IVA e la disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente si collocano dunque nella medesima prospettiva (...). In una prospettiva così delimitata non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina. Tanto si spiega in una ottica sia di prevenzione sia "rimediale". Nel primo senso il legislatore, onde scoraggiare l'abuso di schermi contrattuali che a ciò si potrebbero prestare, ha selezionato taluni elementi ritenuti sintomatici ed idonei a svelare possibili fenomeni elusivi delle tutele previste per i lavoratori. In ogni caso ha, poi, stabilito che quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato. Una volta ricondotta la etero-organizzazione ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, si mette in evidenza (nell'ipotesi del D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2) la differenza rispetto ad un coordinamento sta-

bilito di comune accordo dalle parti che, invece, nella norma in esame, è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato (...). Parimenti si deve ritenere che possa essere ravvisata etero-organizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina della subordinazione anche quando il committente si limiti a determinare unilateralmente il quando e il dove della prestazione personale e continuativa. Con il secondo motivo, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., in correlazione con l'art. 111 Cost. Con il terzo motivo, proposto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione del D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, in relazione al requisito della etero-organizzazione. L'errore che nel secondo motivo si rifletterebbe sulla motivazione è qui denunciato direttamente come di errore di sussunzione e dunque come violazione di legge. A parere della Corte le critiche mosse con le due doglianze in esame non valgono a censurare efficacemente la sentenza impugnata, che ha individuato l'organizzazione impressa ai tempi e al luogo di lavoro come significativa di una specificazione ulteriore dell'obbligo di coordinamento delle prestazioni, con l'imposizione di vincoli spaziali e temporali emergenti dalla ricostruzione del regolamento contrattuale e delle modalità di esecuzione delle prestazioni. In particolare, sotto il primo profilo, valorizzando l'impegno del lavoratore, una volta candidatosi per la corsa, ad effettuare la consegna tassativamente entro 30 minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo, sotto comminatoria di una penale. Sotto il secondo profilo, dando peso alle modalità di esecuzione della prestazione. Non sussistono dunque né il vizio di motivazione inferiore al "minimo costituzionale" (Cass., SU, n. 8053 del 2014, cit.) né quello di sussunzione risolvendosi in violazione di legge (...). Non vi sono censure relative alle altre condizioni richieste per l'applicabilità del D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1, cioè il carattere esclusivamente personale della prestazione e il suo svolgimento in maniera continuativa nel tempo. A conclusione del ricorso, la ricorrente prospetta poi una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, in discorso se interpretato come norma di fattispecie, come norma cioè idonea a produrre effetti giuridici e a dar vita a un terzo genere di rapporto lavorativo, a metà tra la subordinazione e la collaborazione coordinata e continuativa.

Nota di Maria Strino

L'intervento giurisprudenziale in commento riveste notevole importanza nel panorama interpretativo in materia di collaborazioni coordinate e continuative, risultando insuperata l'attualità del tema, in virtù della costante esigenza di bilanciare il binomio subordinazione-autonomia con le cangianti sfide che l'economia reale tende al diritto del lavoro.

La vicenda sottoposta all'esame della Suprema Corte ha per protagonista una categoria di lavoratori sempre più spesso menzionata nel gergo quotidiano: i c.d. *riders*. Si tratta degli eredi digitali dei *pony express*, che si sono ampiamente diffusi nel mercato del lavoro in concomitanza con l'evoluzione delle piattaforme multimediali e della *Gig Economy*, tanto da conquistare la crescente attenzione del legislatore e degli studiosi.

La questione rimessa al vaglio della Corte di Cassazione riguarda, principalmente, la qualificazione giuridica della fattispecie che, lungi dal rilevare in ottica di mero inquadramento sistematico, assume enorme significato per l'individuazione delle tutele applicabili al rapporto di lavoro.

In considerazione del carattere non retroattivo della novella realizzata con il decreto legge n. 101/2019, la sentenza statuisce, innanzitutto, l'applicabilità al caso di specie dell'art. 2, decreto legislativo n. 81/2015, nella sua formulazione originaria. Tale disposizione, rubricata "Collaborazioni organizzate dal committente", è stata al centro di un "vivace dibattito dottrinale", che ha visto contrapporsi letture ermeneutiche connotate da profili di antiteticità, se non addirittura di contraddizione.

L'analisi ricostruttiva effettuata per il caso di specie prende, quindi, le mosse da un'utile contestualizzazione della norma all'interno del disegno riformatore perseguito dal c.d. *Jobs Act* (legge n. 183/2014 e successivi decreti delegati), complessivamente finalizzato all'incremento dell'occupazione. La Suprema Corte opportunamente precisa, al riguardo, che "le previsioni dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 vanno lette unitamente all'art. 52 dello stesso decreto, norma che ha abrogato le disposizioni relative al contratto di lavoro a progetto previsto dagli artt. da 61 a 69-bis del d.lgs. n. 276 del 2003". Sul punto, si chiarisce come il ripristino della più ampia tipologia contrattuale rappresentata dall'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. possa determinare il "rischio di abusi". Vale la pena di sottolineare il successivo passaggio argomentativo della pronuncia in commento che, valorizzando la portata anti-elusiva dell'impostazione prescelta dal legislatore, affida un ruolo risolutivo agli "indici fattuali ritenuti significativi (personalità, continuità, etero-organizzazione) e sufficienti a giustificare l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, esonerando da ogni ulteriore indagine il giudice che ravvisi la concorrenza di tali elementi nella fattispecie concreta e senza che questi possa trarre, nell'apprezzamento di essi, un diverso convincimento nel giudizio qualificatorio di sintesi".

In altre parole, i giudici della Corte di Cassazione, consapevoli della complessità ed imprevedibilità tendenzialmente connaturate alle indagini qualificatorie ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., si concentrano sulla dimensione protettiva della disciplina, venendo in rilievo la premiente finalità di "tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di "debolezza" economica, operanti in una "zona grigia" tra autonomia e subordinazione". La problematica inquadramentale, risolta dalla sentenza appellata mediante l'individuazione di un apposito paradigma legale (teoria del *tertium genus* di lavoro), appare superata dalla Suprema Corte in ottica "rimediale", costituendo l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 "una norma di disciplina, che non crea una nuova fattispecie". Tale impostazione ha, altresì, il pregio di porre al riparo dalle derive di illegittimità costituzionale prospettate da parte ricorrente, *sub specie* di eccesso di delega (per contrasto con l'art. 76 Cost.).

La finalità protettiva, in funzione equilibratrice, sottesa all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, troverebbe conferma, secondo i giudici della Corte di Cassazione, nella novella menzionata in apertura, "la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato". Non a caso, il d.l. n. 101/2019 (art. 1, co. 1, lett. a) fa espresso riferimento alle piattaforme digitali e, oltre a connotare il requisito della personalità in termini di prevalenza (e non più di esclusività), è intervenuta sull'elemento della etero-organizzazione, incoraggiandone "interpretazioni non restrittive". Avuto riguardo a quest'ultimo profilo, invero, la progressiva dequotazione delle modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa, in chiave dirimente dei confini tra subordinazione e autonomia, collimerebbe con la soppressione dell'inciso "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro".

Le censure mosse alla sentenza appellata in punto di etero-determinazione consentono alla Suprema Corte di precisare, inoltre, che "l'autonomia del lavoratore nella fase genetica del rapporto, per la rilevata mera facoltà dello stesso ad obbligarsi alla prestazione" non si riverbera sulla fase funzionale di esecuzione "relativamente alle modalità di prestazione, determinate in modo sostanziale da una piattaforma multimediale e da un applicativo *smartphone*".

In conclusione, pur non condividendo il percorso argomentativo della Corte d'Appello di Torino, la Corte di Cassazione conferma il dispositivo della sentenza impugnata e ne corregge la motivazione ai sensi dell'art. 384, ultimo comma, cod. proc. civ.

L'approccio della sentenza in commento, valorizzando l'opportunità di aderire ad una logica estensiva di tutele, risulta pragmaticamente orientato, dunque, alla ricerca di un equilibrio sostanziale che appare più aderente alla mutevolezza degli scenari economici e dei correlati modelli di organizzazione del lavoro.

Diritto sindacale

Trasferimento d'azienda, accordo sindacale e deroghe all'art. 2112 c.c.

Cass. civ., Sez. IV, 1 giugno 2020, n. 10414

Le regole volte a garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, consentendo loro di restare al servizio del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni pattuite con il cedente, (cfr., tra le altre, CGUE, 15 settembre 2010, Briot, C 386/09, punto 26 e giurisprudenza citata), possono essere derogate dalle legislazioni nazionali nei soli casi espressamente previsti dall'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE (...). Come è noto, su richiesta della Commissione delle Comunità Europee, la Corte di Giustizia (sent. 11.6.2009, C-561/07), all'esito della procedura di infrazione, ha affermato che, mantenendo in vigore le disposizioni di cui alla L. n. 428 del 1990, art. 47, commi 5 e 6, in caso di "crisi aziendale" a norma della L. n. 675 del 1977, art. 2, comma 5, lett. c), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi su di essa incombenti in forza della Direttiva 2001/23/CE. Con tale sentenza, per quanto di rilievo nella presente sede, è stato affermato che "il fatto che un'impresa sia dichiarata in situazione di crisi ai sensi della L. n. 675 del 1977 non può implicare necessariamente e sistematicamente variazioni sul piano dell'occupazione ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva 2001/23"; "la procedura di accertamento dello stato di crisi aziendale non può necessariamente e sistematicamente rappresentare un motivo economico, tecnico o d'organizzazione che comporti variazioni sul piano dell'occupazione ai sensi dell'art. 4, n. 1, della suddetta direttiva". Dunque, lo stato di crisi aziendale non costituisce in sé motivo economico per riduzione dell'occupazione, né costituisce in sé ragione di deroga al principio generale secondo cui il trasferimento di un'impresa o di parte di essa non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario, dovendo i licenziamenti essere giustificati da motivi economici, tecnici o d'organizzazione (punto 36). È stato inoltre chiarito come, "ammesso che la situazione dell'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi possa essere considerata come costituente una situazione di grave crisi economica", l'art. 5, n. 3, della Direttiva 2001/23 autorizzi gli Stati membri a prevedere che "le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, senza tuttavia privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23" (punto 44) (...). Nel contesto dell'art. 47, comma 5, in caso di trasferimento di imprese o parti di imprese il cui cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso, il principio generale è (per i lavoratori trasferiti alle dipendenze del cessionario) l'esclusione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c., salvo che l'accordo preveda condizioni di miglior favore; la regola è dunque l'inapplicabilità, salvo deroghe. Al contrario, nel comma 4-bis la regola è di ordine positivo ("trova applicazione"), per cui la specificazione "nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo" non può avere un significato sostanzialmente equivalente – con sovrapposizione di effetti – rispetto al comma 5, se non contraddicendo la *ratio* sottesa alla diversità testuale delle previsioni. L'unica lettura coerente della legge risulta quella che si coordina con le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia, nel senso che gli accordi sindacali, nell'ambito di procedure di insolvenza aperte nei confronti del cedente sebbene non "in vista della liquidazione dei beni", non possono disporre dell'oc-

occupazione preesistente al trasferimento di impresa. Tanto vero che solo nell'art. 47, comma 5, "nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata", è previsto che gli accordi possano stabilire la non applicazione dell'art. 2112 c.c. "... ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente..." (con il che ammettendo esplicitamente che vi siano rapporti di lavoro che non continuano con l'acquirente), mentre espressioni analoghe, che alludano alla possibilità dell'accordo di limitare il trasferimento dei lavoratori dell'azienda cedente, non si rinvengono nel comma 4-*bis*, al di fuori del già detto inciso di esordio circa il mantenimento "anche parziale" dell'occupazione. Né l'assenza di tale previsione può essere recuperata – in contrasto con il criterio logico-sistematico e con l'intenzione del legislatore di dare attuazione alla sentenza della Corte di Giustizia – attraverso la specificazione "nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo", accordo che deve riguardare "le condizioni di lavoro" ma non la continuità dei rapporti di lavoro con la cessionaria. In definitiva, il comma 4-*bis* ammette solo modifiche, eventualmente anche *in peius*, all'assetto economico-normativo in precedenza acquisito dai singoli lavoratori, ma non autorizza una lettura che consenta anche la deroga al passaggio automatico dei lavoratori all'impresa cessionaria.

Nota di Roberto Di Chicco

La sentenza in commento si inserisce nell'annosa vicenda "Alitalia", culminata nel trasferimento d'azienda tra la cedente Compagnia Aerea Italiana S.p.A. (C.A.I.) e la cessionaria Società Aerea Italiana S.p.A. (S.A.I.). A seguito di licenziamento intimato dalla C.A.I., annullato per violazione della L. n. 223 del 1991, artt. 4, co. 9 e 5, con conseguente reintegra della lavoratrice nei confronti della cedente, la ricorrente adisce il Supremo Collegio per chiedere che la reintegra operi, invece, nei confronti della cessionaria S.A.I., ritenendo che la cessione aziendale debba necessariamente interessare tutto il personale e non singoli lavoratori specificamente indicati nell'accordo di cessione.

La *quaestio iuris* in esame presuppone l'interpretazione della portata derogatoria della L. n. 428 del 1990, art. 47, comma 4-*bis* (testo *ante* novella del 2019), che disciplina le vicende circolatorie dell'impresa in crisi. È possibile, infatti, prescindere dalle previsioni dell'art. 2112 c.c. (e della direttiva 2001/23/CE), nel caso in cui sia stato raggiunto «un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione», purché il trasferimento abbia ad oggetto aziende delle quali «sia stato accertato lo stato di crisi aziendale»³³, fermo il requisito cardine della «continuazione o mancata cessazione dell'attività» dell'azienda. L'interrogativo posto, dunque, è determinare in che misura e con quali limiti tale compressione operi.

In occasione di trasferimento d'azienda, la dir. 2001/23/CE appronta uno schema minimo di tutela dei lavoratori, di base inderogabile, articolato in tre ordini: a) la continuazione del rapporto di lavoro dei dipendenti del cedente nei confronti del cessionario (art. 3, par. 1); b) il mantenimento delle condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo stipulato dal cedente, sino alla scadenza o dell'entrata in vigore di uno di pari livello, per un periodo comunque non inferiore ad un anno (art. 3, par. 3); c) il divieto di licenziamento esclusivamente in ragione del trasferimento (art. 4, par. 1).

³³ L. 12 agosto 1977, n. 675, art. 2, comma 5, lett. c.

Il seguente art. 5 pone alcune deroghe³⁴ nel caso in cui il trasferimento si verifichi nel corso di una procedura di insolvenza. In tale ipotesi, è tracciata una *summa divisio* fra le procedure aperte in vista della liquidazione dei beni (art. 5, par. 1) e quelle che, al contrario, presuppongono una continuazione o mancata cessazione dell'attività (art. 5, par. 2, lett. b e par. 3). Esclusivamente nelle prime è consentito derogare alla regola di continuità dei rapporti di lavoro; nelle seconde, invece, al fine di contemperare la tutela dei lavoratori ceduti con l'esigenza della sopravvivenza stessa della compagine aziendale (e delle relative possibilità occupazionali), è possibile convenire, a mezzo di accordo tra il cedente, il cessionario ed i rappresentanti dei lavoratori, unicamente «modifiche delle condizioni di lavoro»³⁵.

Attesa, dunque, la natura non liquidativa dell'accertamento dello stato di crisi³⁶, è principio consolidato della Corte di Giustizia che «le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare [...] la sopravvivenza dell'impresa, senza tuttavia privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23». Anzi, tale modifica «presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo»³⁷.

Così delineati i principi ordinatori della materia, la Corte di Cassazione giunge alla conclusione che il comma 4-*bis* dell'art. 47, L. n. 428/1990 non si pone in contrasto alla direttiva, sulla scorta di tre diversi criteri interpretativi. In primo luogo, perché è possibile una lettura in senso conforme alla direttiva 2001/23/CE (così come interpretata dalla CGUE): infatti, l'accordo previsto dal comma 4-*bis*, disciplinando il trasferimento d'azienda gravata da procedura non liquidativa, non può derogare nemmeno parzialmente alla regola della continuità dei rapporti di lavoro con il cessionario (dunque, l'inciso «anche parziale» non riveste alcuna portata precettiva per ciò che attiene il «mantenimento dell'occupazione»), ma può esclusivamente incidere, eventualmente *in peius*, sulle mere condizioni di lavoro.

In secondo luogo, si fa uso del criterio d'interpretazione logico-sistematico: in seno all'art. 47, è il successivo comma 5 a disciplinare l'ipotesi «in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata» e, coerentemente, solo in questa sede è espressamente prevista la non applicabilità dell'art. 2112 c.c.

Infine, giunge in soccorso l'argomento della *voluntas legis*: il comma 4-*bis*, infatti, è stato inserito al fine di «dare esecuzione alla sentenza di condanna» C-561/07 emessa contro l'Italia. Sarebbe quanto mai particolare se il Legislatore, con l'intenzione di emendare la normativa, ne avesse riproposto una negli effetti equivalente a quella censurata dalla CGUE. Di segno ancora più chiarificatore è la successiva modifica apportata nel 2019 al comma 4-*bis* dal “Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza” che ha, finalmente, inserito l'inciso «fermo restando il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro».

A chiusura, dunque, del percorso interpretativo innanzi esposto, il Supremo Collegio ha statuito, anche per le situazioni sorte sotto la vigenza del vecchio testo del comma 4-*bis*, che la continuazione o la mancata cessazione dell'attività d'impresa costituisce il *discrimen* tra derogabilità/inderogabilità della regola di continuità nei trasferimenti che abbiano ad oggetto imprese gravate da procedure di insolvenza.

³⁴ Necessariamente interpretate restrittivamente: CGUE 22.06.2017, C-126/16, punto 41.

³⁵ Nelle quali non è ricompreso il diritto del lavoratore al trasferimento: CGUE 09.03.2006, C-499/04, punti 26 e 27.

³⁶ CGUE 07.12.1995, C-472/93, punti 28 e 29.

³⁷ CGUE 11.06.2009, C-561/07, punti 44 e 46.

Previdenza sociale

Recupero da parte dell'INPS di sgravi contributivi integranti aiuti di Stato illegittimi: natura dell'azione, termine di prescrizione e presupposti del legittimo affidamento del beneficiario

Cass. civ., Sez. IV, 27 luglio 2020, n. 15973

(...) I primi due motivi, che per ragioni di evidente connessione possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati per le seguenti ragioni: Questa Corte (Cass. sez. lav. n. 6671 del 3.5.2012) ha già statuito che «Agli effetti del recupero degli sgravi contributivi integranti aiuti di Stato incompatibili col mercato comune (nella specie, sgravi per le assunzioni con contratto di formazione e lavoro, giudicati illegali con decisione della Commissione europea dell'11 maggio 1999), vale il termine ordinario di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 cod. civ., decorrente dalla notifica alla Repubblica Italiana della decisione comunitaria di recupero, atteso che, ai sensi degli artt. 14 e 15 del regolamento (CE) n. 659/1999, come interpretati dalla giurisprudenza comunitaria, le procedure di recupero sono disciplinate dal diritto nazionale *ex art. 14 cit.*, nel rispetto del principio di equivalenza fra le discipline, comunitaria e interna, nonché del principio di effettività del rimedio, mentre il “periodo limite” decennale *ex art. 15 cit.* riguarda l'esercizio dei poteri della Commissione circa la verifica di compatibilità dell'aiuto e l'eventuale decisione di recupero. Né si può ritenere che si applichi il termine di prescrizione dell'azione di ripetizione *ex art. 2033 cod. civ.*, perché lo sgravio contributivo opera come riduzione dell'entità dell'obbligazione contributiva, sicché l'ente previdenziale, che agisce per il pagamento degli importi corrispondenti agli sgravi illegittimamente applicati, non agisce in ripetizione di indebito oggettivo. Né, infine, è applicabile il termine di prescrizione quinquennale *ex art. 3, commi 9 e 10, della legge n. 335 del 1995*, poiché questa disposizione riguarda le contribuzioni di previdenza e assistenza sociale, mentre l'incompatibilità comunitaria può riguardare qualsiasi tipo di aiuto, senza che si possa fare ricorso all'applicazione analogica della norma speciale, in quanto la previsione dell'art. 2946 cod. civ. esclude la sussistenza di una lacuna normativa» (in senso conforme sull'applicabilità della prescrizione decennale e sulla sua decorrenza dalla notifica della decisione della Commissione allo Stato membro, essendo solo da quel momento l'aiuto erogato qualificabile come illegale. V, anche Cass. Sez. 5, sentenza n. 15207 del 12.9.2012) (...). Si è, altresì, precisato (Cass. Sez. Lav. n. 6756 del 4.5.2012) che «In tema di sgravi contributivi illegittimi, in quanto costituenti aiuti di Stato vietati dalla Commissione europea, l'azione dell'ente previdenziale volta al recupero degli sgravi non costituisce azione di restituzione di indebito oggettivo *ex art. 2033 cod. civ.*, ma azione volta al pagamento della contribuzione differenziale, pari alla misura dell'aiuto di Stato recuperabile. Ne consegue che tale azione – alla cui proposizione è legittimato direttamente l'ente istituzionalmente deputato alla riscossione dei contributi – è soggetta al termine prescrizionale ordinario decennale di cui all'art. 2946 cod. civ., e non a quello previsto per l'indebito, né a quello *ex art. 3, commi 9 e 10, della legge n. 335 del 1995*, attesa l'autonomia giuridica dell'azione di recupero degli aiuti in questione (che è disciplinata

da regole specifiche, è finalizzata al mero ripristino dello “*status quo ante*” e che prevede – a differenza dell’azione volta al pagamento dei contributi omessi – l’applicazione di interessi nella misura stabilita dalla Commissione e non anche delle sanzioni specifiche previste per l’omissione contributiva»); (...) la situazione di legittimo affidamento può essere invocata dal privato in sede nazionale solo se l’aiuto in questione sia stato regolarmente erogato nel rispetto delle norme processuali del Trattato e ciò in quanto si ritiene che costituisca dovere di un operatore economico diligente l’essere normalmente in grado di verificare se la procedura suddetta sia stata rispettata o meno; nella fattispecie la società opponente si era limitata ad evidenziare che gli sgravi oggetto di recupero da parte dell’Inps erano stati legittimamente fruiti in virtù di un’espressa normativa vigente in materia nel periodo interessato, senza nulla dedurre in merito alla sussistenza di quelle ragioni eccezionali che sole avrebbero potuto impedire la restituzione dell’aiuto di Stato (...). Inoltre, tale conclusione è in linea con l’orientamento consolidato di questa Corte essendosi già affermato (Cass. Sez. Lav. n. 6756 del 4.5.2012; Cass. Sez. Lav. n. 13479 del 30.6.2016 e Cass. Sez. 1, sent. n. 4860 del 19.2.2019) (...).

Nota di Giovanni Cirillo

La vicenda in esame attiene al recupero, da parte dell’INPS, di sgravi contributivi per assunzioni con contratti di formazione e lavoro fruiti da una nota società bancaria da novembre 1995 a maggio 2001, a seguito della decisione della Commissione UE 2000/128/CE dell’11 maggio 1999, che ne aveva dichiarato l’illegittimità in quanto integranti aiuti di Stato incompatibili col mercato comune³⁸.

In particolare la Cassazione, con l’ordinanza in commento³⁹, ha respinto il ricorso proposto dalla società avverso la sentenza della Corte d’Appello di Roma che, in parziale riforma della pronuncia di prime cure, aveva ritenuto legittima la pretesa avanzata dall’Istituto mediante la cartella esattoriale opposta, notificata nel 2007. La decisione risulta articolata in due fondamentali passaggi motivazionali con i quali la Suprema Corte ha giudicato infondate le censure sollevate dalla ricorrente, confortando le valutazioni compiute dalla Corte di merito.

Il primo snodo argomentativo attiene all’individuazione del termine di prescrizione del credito vantato dall’INPS e della relativa decorrenza, operata muovendo dall’esatta ricostruzione della natura dell’azione spettante all’ente per il recupero degli sgravi in questione. Invece, la Corte ha ribadito⁴⁰ che tale azione configura “procedura di recupero” di aiuti di Stato illegittimi ex art. 14 Reg. CE 659/1999 (ora art. 16 Reg. UE 2015/1589), in quanto tale, giusta l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza comunitaria, disciplinata dal diritto nazionale – nel rispetto dei principi di equivalenza fra le discipline e di effettività del rimedio – e pertanto, in assenza di una disposizione specifica in materia, soggetta al termine di prescrizione ordinario decennale di cui all’art. 2946 c.c. Difatti, secondo il costante orientamento della Corte, siccome l’illegittima applicazione degli sgravi opera come riduzione dell’entità dell’obbl-

³⁸ In argomento cfr., almeno, Emiliani, *ADL*, 2008, 427; Garofalo, *LG*, 2008, 787.

³⁹ Su cui cfr. anche Tonetti, *D&G*, 2020, 9.

⁴⁰ Espressamente richiamando Cass. 6671/2012, *RIDL*, 2013, II, 250, con nota di Urbisaglia; Cass. 6756/2012, *GD*, 2012, 26, 61; Cass. 15207/2012, *MGC*, 2012.

igazione contributiva dovuta e non determina l'insorgenza di un indebito oggettivo, l'azione in questione, diretta al pagamento della contribuzione differenziale ad essi corrispondente, non costituisce azione di ripetizione *ex art. 2033 c.c.*, con conseguente inapplicabilità del relativo termine prescrizione. Essa, inoltre, in quanto finalizzata al mero ripristino dello *status quo ante* rispetto alla violazione delle norme concorrenziali comunitarie, è diversa e autonoma rispetto all'azione volta al pagamento delle contribuzioni di previdenza e assistenza sociale omesse, tant'è vero che, a differenza di quest'ultima, non comporta l'applicazione delle sanzioni previste per l'omissione contributiva, ma soltanto degli interessi stabiliti dalla Commissione. Dal che discende l'inapplicabilità del termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 3, co. 9 e 10, l. 335/1995, senza, peraltro, che vi si possa fare ricorso in via analogica, atteso che la previsione dell'art. 2946 c.c. esclude la sussistenza di una lacuna normativa.

Con riguardo alla determinazione del *dies a quo* di decorrenza del termine prescrizione ordinario, così ritenuto applicabile, in relazione alla fattispecie in discorso, la Cassazione ha chiarito⁴¹ che esso coincide con la notificazione allo Stato italiano della "decisione di recupero" della Commissione giacché soltanto da quel momento l'aiuto erogato è qualificabile come illegittimo e ne è imposto il recupero.

In virtù della ricostruzione svolta, la Cassazione ha ritenuto corretta la decisione della Corte territoriale di escludere l'avvenuta maturazione del termine di prescrizione del credito azionato dall'INPS, atteso che nel caso di specie l'anzidetta notificazione era avvenuta nel giugno 1999; peraltro l'Istituto aveva cautamente provveduto ad interromperne il decorso con apposita lettera del gennaio 2005, in modo da scongiurarne il compimento anche in previsione del possibile affermarsi di orientamenti meno favorevoli.

Il secondo passaggio motivazionale su cui la pronuncia in commento risulta imperniata, attiene alla verifica dei presupposti di operatività del principio del legittimo affidamento invocato dalla società al fine opporsi alla restituzione degli aiuti pretesa dall'INPS. In proposito la Corte di legittimità, confermando il proprio orientamento consolidato⁴², ha riaffermato che in ragione del carattere imperativo dell'azione amministrativa circa la vigilanza sugli aiuti di Stato *ex art. 88 TCE* (ora art. 108 TFUE), affinché le imprese beneficiarie possano far leva su tale istituto non è sufficiente che la fruizione degli aiuti abbia avuto luogo in forza di espresse disposizioni normative, finanche se rimaste vigenti pur lungo tempo e in assenza di elementi in senso contrario, come invece prospettato dalla ricorrente. A tal fine, infatti, costituisce condizione necessaria la circostanza che la concessione del beneficio sia avvenuta nel rispetto della procedura di controllo della sua conformità al diritto eurolunitario, gravando sull'impresa un onere di informazione e vigilanza circa l'osservanza di tale regolarità procedurale, ciò rientrando nella normale diligenza di ogni operatore economico agente sul mercato interno.

In questo modo, dunque, la Suprema Corte ha respinto altresì tali ulteriori doglianze mosse dalla ricorrente alla decisione impugnata, confermando anche sotto tale profilo la legittimità dell'azione intrapresa dall'Istituto.

⁴¹ Rifacendosi a Cass. 15207/2012, cit.; a Cass. 16581/2013, *DJ*; e a Cass. 2555/2016, *DJ*.

⁴² Cass. 6756/2012, cit.; Cass. 13479/2016, *MGC*, 2016; Cass. 4860/2019, *RDI*, 2020, II, 94.

Requisiti della cessione all'INPS di crediti versola P.A. ai fini della regolarizzazione contributiva

Cass. civ., Sez. IV, 24 agosto 2020, n. 17606

(...) Con l'unico motivo del ricorso principale, l'INPS denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 221, l. n. 662/1996, per avere la Corte di merito ritenuto che il mancato pagamento delle prestazioni sanitarie erogate dall'Istituto controricorrente (e ricorrente incidentale) da parte delle unità sanitarie locali potesse legittimare il pagamento delle sanzioni in misura ridotta; (...) che il motivo è fondato, essendosi chiarito che le somme percepite da un ente di diritto privato per le prestazioni sanitarie somministrate in convenzione nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale non rientrano nella nozione di «contributi e finanziamenti pubblici previsti per e o convenzione», di cui all'art. 1, comma 221, l. n. 662/1996, la cui ritardata erogazione giustifica la riduzione al tasso di interesse legale delle sanzioni civili dovute (Cass. n. 8079 del 2014); che il primo e il secondo motivo del ricorso incidentale possono essere esaminati congiuntamente, in considerazione dell'intima connessione delle censure rivolte alla sentenza impugnata, e sono infondati, essendosi consolidato il principio di diritto secondo cui la validità e l'efficacia della cessione, da parte dei datori di lavoro, dei crediti maturati nei confronti dello Stato, di altre pubbliche amministrazioni o di enti pubblici economici, al fine del pagamento dei contributi previdenziali, oltre all'osservanza degli specifici requisiti formali dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, presuppongono che il credito ceduto sia certo, liquido ed esigibile, che il cedente notifichi l'atto di cessione all'istituto previdenziale e all'amministrazione debitrice e che quest'ultima, entro 90 giorni dalla notifica, comunichi il riconoscimento della propria posizione debitoria, con la conseguenza che, ove risulti carente taluna delle indicate fasi o condizioni, non si verifica il perfezionamento della cessione e non può conseguirsi l'estinzione dell'obbligazione contributiva (Cass. nn. 2414 del 2012, 21004 del 2014, 2334 del 2016) (...).

Nota di Giovanni Cirillo

Nel caso in esame, una struttura socio-riabilitativa ed educativa umbra aveva inteso avvalersi della facoltà di regolarizzare la propria posizione contributiva previdenziale mediante cessione all'INPS dei crediti vantati nei confronti di alcune Unità Sanitarie Locali (USL) per il rimborso di prestazioni sanitarie somministrate in convenzione nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale (SSN). Infatti, un'apposita normativa risalente agli anni '80 aveva previsto la possibilità per i datori di lavoro di mettersi in regola con i contributi e i premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali mediante la cessione di crediti vantati in base alla legge, a contratto o ad altro titolo valido, nei confronti dello Stato o di altre pubbliche ammini-

strazioni⁴³. Tale regime, originariamente previsto in via generalizzata, fu successivamente abrogato per poi venire eccezionalmente ripristinato a favore di istituzioni ed enti, non aventi fini di lucro, che erogano prestazioni di natura sanitaria direttamente o convenzionalmente sovvenzionate dallo Stato, dalle Regioni o dalle Aziende Sanitarie Locali⁴⁴.

Tuttavia talune USL campane, contrariamente a quanto espressamente richiesto dalla legge, non avevano provveduto a comunicare la conferma della propria posizione debitoria entro il previsto termine di 90 giorni. Tale situazione aveva ingenerato una contrapposizione tra l'INPS e la struttura socio-riabilitativa in ordine alle sorti delle obbligazioni contributive in questione. Nella vicenda processuale che ne è scaturita, la Corte d'Appello di Perugia, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, sul presupposto del mancato verificarsi dell'estinzione per compensazione dell'obbligazione contributiva, rimasta illegittimamente inadempita, condannava la struttura debitrice al pagamento delle sanzioni civili sui contributi omessi, determinate in misura ridotta. Infatti, in virtù della pertinente normativa di settore, dalla Corte di merito ritenuta applicabile alla fattispecie, in caso di omesso o ritardato versamento dei contributi o premi da parte di enti non economici e di enti, fondazioni e associazioni non aventi fini di lucro, l'entità della somma aggiuntiva da versarsi a titolo di sanzione è ridotta fino ad un tasso non inferiore a quello degli interessi legali, secondo criteri stabiliti dagli enti impositori, qualora il ritardo o l'omissione siano connessi alla documentata ritardata erogazione di contributi e finanziamenti pubblici previsti per legge o convenzione⁴⁵.

La pronuncia della Corte d'Appello è stata impugnata con ricorso per cassazione da parte dell'INPS, in relazione al profilo riguardante la misura delle sanzioni civili, e con ricorso incidentale da parte della struttura socio-riabilitativa, in relazione al profilo attinente alla stessa persistenza dell'obbligazione contributiva.

Quanto a quest'ultimo aspetto, con l'ordinanza in commento la Cassazione ha confermato la decisione della Corte territoriale in linea col proprio consolidato orientamento, in tal modo confortando la tesi difensiva propugnata dall'INPS. La Suprema Corte, invero, aveva già più volte affermato il principio di diritto secondo cui la validità e l'efficacia della cessione, da parte dei datori di lavoro, dei crediti maturati nei confronti dello Stato, di altre pubbliche amministrazioni o di enti pubblici economici, al fine del pagamento dei contributi previdenziali, oltre all'osservanza degli specifici requisiti formali dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (in base all'art. 69 r.d. 2440/1923), presuppongono che il credito ceduto sia certo, liquido ed esigibile, che il cedente notifichi l'atto di cessione all'istituto previdenziale e all'amministrazione debitrice e che quest'ultima, entro 90 giorni dalla notifica, comunichi il riconoscimento della propria posizione debitoria, con la conseguenza che, ove risulti carente taluna delle indicate fasi o condizioni, non si verifica il perfezionamento della cessione e non può conseguirsi l'estinzione dell'obbligazione contributiva⁴⁶.

Con riguardo al punto relativo all'entità delle sanzioni, la Cassazione ha ribadito la posizione già espressa in un proprio precedente con il quale si era chiarito che le somme percepite

⁴³ Cfr. il quadro normativo risultante, in particolare, dall'art. 4, co. 1, d.l. 4/1984, conv. con mod. in l. 30/1984; dall'art. 2, co. 5 ss., d.l. 463/1983, conv. con mod. in l. 638/1983; e dagli artt. 9 s. d.l. 688/1985, conv. con mod. in l. 11/1986.

⁴⁴ Cfr. l. 262/1989, di conv. con mod. del d.l. 201/1989; art. 4, co. 12, l. 412/1991; art. 3 l. 426/1991. In argomento si vedano, in particolare, le Circolari INPS 176/1988 e 63/1992, nonché i Messaggi INPS 55095/1989 e 3776/1989.

⁴⁵ Cfr. art. 4, co. 5, d.l. 536/1987, conv. con mod. in l. 48/1988, disposizione poi ripresa dall'art. 1, co. 221, l. 662/1996, richiamato anche dall'art. 116, co. 16, l. 388/2000. In proposito si veda, in particolare, la Circolare INPS 88/2002. Per un'analisi dettagliata cfr. De Fazio, *Inf. prev.*, 2006, 466.

⁴⁶ Cfr. già Cass. 2414/2012, *MGC*, 2012; Cass. 21004/2014, *DJ*; Cass. 2334/2016, *DJ*.

da un ente di diritto privato per le prestazioni sanitarie somministrate in convenzione nell'ambito del SSN non rientrano nella nozione di “contributi e finanziamenti pubblici previsti per legge o convenzione”, di cui alla precitata normativa e la cui ritardata erogazione giustifica la riduzione al tasso di interesse legale delle sanzioni civili dovute⁴⁷. Ritenendo, dunque, che il mancato rimborso da parte delle USL delle prestazioni sanitarie erogate dalla struttura non potesse legittimare il pagamento delle sanzioni in misura ridotta, la Corte di legittimità ha accolto le censure sollevate dall'INPS e, pertanto, cassato con rinvio la sentenza impugnata.

⁴⁷ Così già Cass. 8079/2014, *Ragiusan*, 2014, 361-362, 166.

TRIBUTARIO

Pignoramento su credito tributario e giurisdizione del giudice ordinario

Cass. civ., Sez. un., 14 aprile 2020, n. 7822

Quando vengono proposte domande con nesso di subordinazione, in sede di esame delle domande il giudice adito deve interrogarsi e decidere sulla giurisdizione con riferimento alla domanda proposta in via pregiudiziale, atteso che la questione di giurisdizione sulla domanda subordinata può venire in rilievo solo quando egli abbia deciso sulla domanda pregiudiziale in modo da rendere necessario, in conformità alla richiesta della parte e, dunque, restando sciolto il nesso di subordinazione, l'esame della domanda subordinata. Il che accade se la domanda principale venga rigettata nel merito o per ragioni di rito (e, in questo secondo caso, la decisione lasci la controversia per la domanda subordinata davanti al giudice adito, in quanto il processo non si chiuda davanti al giudice per effetto della pronuncia di rito) (si pensi ad una pronuncia impediente ogni decisione perché travolgente per motivi formali tutto l'atto introduttivo del processo oppure ad una declinatoria di competenza sulla domanda principale, la quale, di per sé non scioglie il nesso di subordinazione). La declinatoria della giurisdizione sulla domanda principale, poiché non scioglie il nesso di subordinazione, non si connota, dunque, come decisione sulla giurisdizione anche riguardo alla o alle domande subordinate, a meno che il giudice, naturalmente, violando il nesso di subordinazione, si pronunci pure sulle domande subordinate giudicando della giurisdizione riguardo ad esse e declinando la propria sia sulla domanda principale che su di esse. Ne segue questo ulteriore principio di diritto: "Se il nesso di subordinazione non viene sciolto e la declinatoria della giurisdizione avviene con riferimento alla domanda principale, qualora la decisione non sia impugnata nel plesso giurisdizionale cui appartiene il giudice, ma sia riproposta davanti alla giurisdizione indicata indicato nella pronuncia declinatoria (a norma della L. n. 69 del 2009, art. 59, comma 2, o delle norme omologhe che dettano gli stessi principi quando la declinatoria avviene da parte di un giudice non ordinario: art. 11 cod. proc. amm., art. 17 cod. cont.), anche il potere del giudice della riassunzione di elevare conflitto di giurisdizione concerne, permanendo il nesso di subordinazione, la domanda proposta in via principale". Da tanto non deriva, tuttavia, che il potere delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione investite dal conflitto, se nell'elevarlo il giudice rimettente non abbia sciolto a sua volta il nesso di subordinazione, debba riguardare solo la domanda principale. In tal caso si deve ritenere che: "poiché lo strumento del conflitto è diretto a determinare in modo vincolante fra le parti la giurisdizione, il potere di regolare la giurisdizione si debba esercitare da parte delle Sezioni Unite prescindendo dal nesso di subordinazione, cioè con riferimento a tutto il cumulo di domande, giacché sussiste l'esigenza di assicurare che la questione di giurisdizione sia risolta una volta per tutte sull'intera controversia e considerato che l'esercizio del potere delle Sezioni Unite può e deve avvenire senza che esse sciogano, contro la volontà dell'attore, il nesso di subordinazione, di modo che Esse debbono rimettere le parti davanti alla giurisdizione riconosciuta esistente sulla domanda principale e dichiarare eventualmente quella di un altro giudice sulle domande subordinate. Ma ciò solo subordinatamente allo scioglimento, con la sua decisione, del nesso di subordinazione da parte del giudice della giurisdizione dichiarata sulla domanda principale". Questa soluzione risulta rispettosa dell'atteggiarsi del principio della domanda e si lascia preferire

rispetto all'altra, che comporterebbe che le Sezioni Unite, investite del conflitto sul cumulo di domande proposto con nesso di subordinazione, qualora ritengano che la giurisdizione appartenga sulla principale ad un giudice e sulla subordinata ad un giudice di altro plesso giurisdizionale, debbano, una volta così individuati distinti plessi giurisdizionali, risolvere d'ufficio il nesso di subordinazione in via, per così dire, preventiva, e separare le domande rimettendole dinanzi ai distinti plessi giurisdizionali: tale soluzione, infatti, confliggerebbe con il principio della domanda ed in particolare con il suo amminicolo rappresentato dalla scelta della parte di subordinare la richiesta di decisione di una domanda alla previa decisione dell'altra.

Nota di Eugenia Manescalchi

La questione giuridica oggetto del procedimento definito dalla Cassazione a Sezioni Unite Civili il 14/04/2020, attiene al riparto di giurisdizione tra magistratura ordinaria e tributaria in ordine al procedimento di opposizione all'esecuzione di un pignoramento presso terzi su cartella esattoriale per imposte non versate, in presenza di domande plurime legate da nesso di subordinazione.

Il Tribunale aveva ritenuto la carenza di giurisdizione in favore del giudice tributario e la conseguente riassunzione del procedimento; tuttavia, l'adita Commissione Tributaria aveva elevato conflitto di giurisdizione ai sensi della L. n. 69/2009, art. 59, co. 3, sul presupposto che la ricorrente avesse censurato la nullità della notifica delle cartelle di pagamento presupposte all'atto di pignoramento impugnato.

La pronuncia delle Sezioni Unite n. 7822/20, nell'individuare il *discrimen* risolutore della questione, ha affermato il seguente principio di diritto: “..alla giurisdizione ordinaria spetta la cognizione delle questioni inerenti alla forma ed alla legittimità formale dell'atto esecutivo come tale, sia se esso fosse conseguito ad una valida notifica della cartella o dell'intimazione, non contestate come tali, sia se fosse conseguito in situazione di mancanza, inesistenza o nullità della notificazione di tali atti, nonché dei fatti incidenti sulla pretesa sostanziale tributaria azionata in executivis”.

La rilevanza della pronuncia in commento sta nella affermazione del principio sopra richiamato; sulla base dello stretto collegamento tra giurisdizione e domanda proposta, in particolare, la Suprema Corte ha ritenuto, confermando il proprio orientamento (in tal senso: Cass., ord. n. 13913/17), che le cause concernenti non il diritto di procedere ad esecuzione forzata tributaria, ma, come nel caso di specie, aspetti relativi a modalità di realizzazione del diritto stesso, quale l'inesistenza o meno del *debitor debitoris*, rientrano nella giurisdizione ordinaria e quindi, in concreto, a decidere è il giudice dell'esecuzione. Tale soluzione ermeneutica è coerente con l'art. 2 d.lgs. 546/1992 e ss.mm.ii., ai sensi del quale sono da escludere dall'oggetto della giurisdizione della Commissione Tributaria le questioni riguardanti gli atti dell'esecuzione forzata successivi alla notifica della cartella di pagamento.

Un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI

Cass. civ., Sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23902

Il ricorso è stato quindi dal Primo Presidente assegnato a queste Sezioni Unite, *ex art. 374, co. 2 c.p.c.*, sulla questione “se un'area, prima edificabile e poi assoggettata con legge regionale ad un vincolo di inedificabilità assoluta, sia da considerare edificabile, ove inserita in un programma di cd. compensazione urbanistica adottato dal Comune, ancorché il procedimento compensatorio non si sia ancora concluso, non essendo stata specificamente individuata ed assegnata al proprietario la cd. area ‘di atterraggio’, ossia l'area sulla quale deve essere trasferita l'edificabilità già cessata sull'area cd. ‘di decollo’”. Si tratta infatti di istituti che trovano una regolamentazione estremamente variegata, sul piano strettamente urbanistico, nella legislazione regionale (...) limitata al governo del territorio ed alle relative prescrizioni conformative, non potrebbe in alcun modo spingersi a riempire di contenuto civilistico o dominicale gli istituti in questione, così da sovrapporsi alla potestà legislativa esclusiva ed unitaria dello Stato in materia di ordinamento civile e di diritto di proprietà; ciò secondo quanto dettato dall'art. 117 Cost. La perequazione limitata ad un ambito territoriale omogeneo e composto da terreni contigui trova radice in un istituto – quello del comparto edilizio – non nuovo, perché già previsto nell'articolo 870 del codice civile e nell'articolo 23 della l. urbanistica del 1942. Accanto a questa modalità di perequazione, cd. ‘ristretta’, le legislazioni regionali conoscono tuttavia anche una tecnica di perequazione ‘estesa’, in forza della quale l'effetto distributivo, sia della edificabilità sia degli oneri di trasformazione, può coinvolgere anche ambiti territoriali non contigui (dunque non di comparto in senso stretto), eventualmente riferiti all'intero territorio comunale (o anche, come pure talvolta previsto, intercomunale) interessato dalla trasformazione stessa. I diritti edificatori provenienti da interventi perequativi sono assegnati direttamente dal piano urbanistico e sono negoziabili a seguito dell'approvazione di quest'ultimo, ferma restando la possibilità della PA di procedere ad una successiva revisione del potere di pianificazione (...). Venendo allo specifico quesito posto dall'ordinanza di rimessione, deve escludersi la imponibilità come area edificabile, del terreno dal quale origina il diritto edificatorio compensativo. Non si riscontra nella fattispecie in esame alcun rapporto di dominanza-asservimento, quanto di scambiabilità, tra i fondi correlati; né le nozioni qualificanti di utilità e *vicinitas* (...) potrebbero riferirsi ad un'area, quella di arrivo, ancora da individuarsi (...). Difetta l'elemento essenziale dell'esercizio del diritto reale su cosa altrui mediante superamento del vincolo dell'accessione, venendo qui in discussione l'alterità oggettiva dei luoghi di produzione e di esercizio dello *jus aedificandi* in capo ad un medesimo titolare, e non l'alterità soggettiva tra proprietario del fondo e proprietario dell'edificio che ad esso acceda. Ciò che tuttavia sembra rappresentare un ostacolo davvero invalicabile nell'affermare la natura reale del diritto edificatorio in questione, è il suo totale distacco dal fondo di origine e la sua conseguente perfetta ed autonoma ambulatorietà. Caratteri, questi, che ben si accordano con la funzione da esso assolta, costituita appunto – come si è detto – dall'attribuzione al proprietario del fondo, alternativa all'esproprio, di un'utilità giuridica ed economica che lo

tenga indenne dalla decurtazione subita per effetto dell'imposizione del vincolo su un terreno originariamente edificabile (...). Non può negarsi che la fattispecie presenti una necessaria duplice connessione fondiaria nel richiedere che il diritto edificatorio scaturisca da un terreno (di decollo) per poi essere esercitato su un altro terreno (di atterraggio); ma si tratta di una connessione funzionale estrinseca e non ricostruibile in termini di realtà, dal momento che il diritto, o credito, edificatorio che dir si voglia – proprio per lo scopo compensativo e l'autonomia che gli sono coessenziali – non è inerente né immediatamente pertinente al fondo di partenza, di cui neppure costituisce una qualità intrinseca atta ad essere economicamente valorizzata solo nel trasferimento congiunto con esso (...). Un sostrato di natura reale non può essere recuperato nemmeno facendo ricorso alla figura della obbligazione '*propter rem*' (...) non sono una categoria di rapporti innominati, ma sono caratterizzate dal requisito della tipicità (...). Le sezioni unite della Corte di Cassazione si sono già occupate della nozione di edificabilità (...). In primo luogo, la pronuncia in questione rende nitida l'autonomia della nozione di edificabilità in senso tributario da quella in senso urbanistico: "diverse, infatti, sono le finalità della legislazione urbanistica rispetto a quelle della legislazione fiscale. La prima tende a garantire il corretto uso del territorio urbano, e, quindi, lo *jus aedificandi* non può essere esercitato se non quando gli strumenti urbanistici siano perfezionati (garantendo la compatibilità degli interessi individuali con quelli collettivi); la seconda, invece, mira ad adeguare il prelievo fiscale alle variazioni dei valori economici dei suoli, che si registrano e progrediscono, in parallelo, dal sorgere della mera aspettativa dello *jus aedificandi*, fino al perfezionamento dello stesso. In secondo luogo, essa svolge, proprio in nome di quell'autonomia e della referenzialità economica sempre sottesa al diritto tributario *ex art. 53 Cost.*, un'analisi appunto economica del diritto di edificare, attribuendo rilevanza impositiva anche al solo avvio della procedura amministrativa finalizzata alla edificabilità, posto che questo solo avvio costituisce, da un lato, motivo di interesse ed apprezzamento da parte del mercato (dunque fattore di incremento patrimoniale) e, dall'altro, manifestazione di ricchezza e capacità contributiva (...). Quanto stabilito dalle sezioni unite nel 2006 (innumerevoli volte ribadito dalla giurisprudenza successiva) non fornisce, a ben vedere, elementi interpretativi utili a risolvere il quesito che ci interessa. Ciò perché in quel caso le sezioni unite si occuparono di una problematica del tutto diversa dalla presente perché segnata, per un verso, dal dubbio sul 'momento' (...) nel quale un'area interessata da un intervento di pianificazione urbanistica debba considerarsi edificabile (in senso tributario) e, per altro, dalla pacifica esercitabilità *in situ* della edificabilità così individuata (costituente senz'altro, in quel caso, una qualità caratteristica ed intrinseca del bene). In altre parole, mentre là il problema era di base imponible, qui è di presupposto dell'imposizione (...). Alcuni recenti precedenti di legittimità (Cass. nn. 15693/17, 15700/17, 27575/18 cit.) hanno affermato – con riguardo ad una fattispecie oggettivamente più vicina a quella qui in esame – la tassabilità di terreni fatti oggetto di perequazione urbanistica, ciò proprio con richiamo al criterio della rilevanza tributaria della mera potenzialità edificatoria di cui alle sezioni unite del 2006; potenzialità edificatoria ravvisata nell'attribuzione di un indice perequativo costante di edificabilità ai suoli ricompresi nel comparto o, comunque, nell'area interessata dal piano di intervento. Si osserva nella già citata Cass. n. 27575/18 che: "la perequazione è una tecnica urbanistica volta ad attribuire un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio comunale. La caratteristica di tale tecnica risiede nel fatto che si prescinde dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulle singole proprietà e dalla imposizione di vincoli di inedificabilità apposti, al fine di garantire all'amministrazione la disponibilità di spazi da destinare ad opere collettive. Ne deriva che i proprietari partecipano in misura uguale alla distribuzione dei valori e degli oneri correlati alla trasformazione urbanistica"; e, inoltre, che il

meccanismo della perequazione urbanistica deve essere coniugato con il presupposto di applicazione del tributo (...). Ciò che rileva è l'edificabilità in astratto del suolo, ovvero la sua potenzialità edificatoria, anche non immediatamente attuabile, purché il suolo sia incluso in un PRG anche semplicemente adottato. È dunque nella compensazione – e non nella perequazione – urbanistica che si assiste alla massima volatilità dello *jus aedificandi* rispetto alla proprietà del suolo. Ed è su questi presupposti, ed in forza di una nozione di inerenza reale e non virtuale, che il ricordato indirizzo di legittimità giunge a qualificare come edificabile, il terreno assegnatario dell'indice perequativo, così da sussumere la fattispecie ancora all'interno della previsione impositiva tipica (...). In definitiva, va stabilito che “un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest'ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso”.

Nota di Marialuciana Di Santi

«Un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest'ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso». È questo l'importante principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione con la sentenza n. 23902 del 29 ottobre 2020.

La questione è sorta relativamente ad un'area che, prima edificabile, è stata poi assoggettata successivamente – con legge regionale – ad un vincolo di inedificabilità assoluta. Si è chiesto al giudice di legittimità di chiarire se l'area in questione dovesse essere considerata edificabile ai fini ICI, allorquando inserita in un programma di compensazione urbanistica adottato dal Comune e pur se tale programma non sia stato completato. Il tema che viene in rilievo è, dunque, l'imposizione ICI nel periodo successivo all'imposizione al vincolo assoluto sull'area originaria, ma antecedente alla certa individuazione ed assegnazione dell'area di sfruttamento compensativo.

In assenza di specifici precedenti di legittimità sull'imposizione ICI in caso di compensazione urbanistica, si è fatto utilizzo di alcuni precedenti applicati in situazione analoga in caso di perequazione urbanistica. Questi ultimi hanno concluso per l'imponibilità dell'ICI all'area di partenza, in applicazione del principio per cui il presupposto oggettivo di tale tributo può essere individuato anche nella “*mera potenzialità edificatoria*” dell'area, così come stabilito da Cass. SS. UU. n. 25506/2006 ed altre conformi. A partire dal 2015, in senso opposto a quanto era stato affermato negli anni precedenti, si è consolidato l'orientamento per cui l'apposizione di vincoli di destinazione, ancorché incidenti sul valore venale dell'immobile, non costituisce motivo tale da farne venir meno l'originaria natura edificabile.

Nella sentenza in esame, però, i giudici evidenziano come la soluzione dell'imponibilità ICI/(IMU) in ragione della mera potenzialità edificatoria genererebbe perplessità, specie a seguito dell'introduzione, da parte delle diverse normative regionali, di strumenti – destinati a sostituire lo schema della zonizzazione – quali la perequazione, la compensazione e l'incentivazione urbanistica. Qualora si attribuisse ai diritti edificatori natura obbligatoria, parrebbe controverso ammettere l'imponibilità ICI/(IMU), in quanto la natura reale che carat-

terizza questo tributo presuppone intrinsecamente l'edificabilità. La tassazione, dunque, si concretizzerebbe al momento della conclusione del procedimento compensatorio, sicché fino a tale momento esisterà unicamente una mera possibilità futura di edificabilità. Mancano i requisiti essenziali richiesti dalla norma tributaria (attualità, realtà e localizzazione della capacità edificatoria), le aree di compensazione sembra non possano essere assimilate a quelle fabbricabili indicate dalla normativa ICI(IMU), nemmeno sotto un profilo potenziale.

Altra considerazione degna di nota all'interno di questa decisione della Corte Suprema riguarda la nozione – seppur applicata ad esclusivi fini tributari – di fabbricabilità o edificabilità di un'area. La regolamentazione esistente in materia è variegata, ma l'elemento comune è rappresentato, al di là degli obiettivi di politica generale nel governo del territorio, dalla scorporabilità dei diritti edificatori dal terreno che li ha originati e, dunque, dalla conseguente autonoma cedibilità negoziale.

Nel caso della compensazione urbanistica, la PA attribuisce al proprietario un indice di capacità edificatoria fruibile su altra area di proprietà pubblica o privata, non necessariamente contigua e anche identificabile successivamente a fronte della cessione gratuita dell'area oggetto di trasformazione pubblica ovvero di imposizione su di essa di un vincolo assoluto di inedificabilità o preordinato all'esproprio. Nel caso in oggetto, i giudici affermano che non si giungerebbe ad una soluzione diversa dalla non tassabilità neppure in quei casi in cui il controvalore economico del diritto edificatorio risultasse facilmente accertabile e di significativa consistenza. Ciò perché anche se è pacifico che l'attribuzione di un diritto edificatorio compensativo incrementa il patrimonio del proprietario del suolo con l'obiettivo di reintegrarlo in tutto o in parte al livello antecedente alla inedificabilità, è altrettanto pacifico che ciò possa risultare difficile se non impossibile dal momento che l'area di destinazione è a volte ignota ed imprevedibili i tempi necessari di sua effettiva assegnazione da parte della PA.

La sentenza appare di grande attualità: i giudici hanno precisato, infatti, che la disciplina ICI funge, nell'ambito della fiscalità locale, da matrice di riferimento anche per tributi che le sono succeduti (TASI, IMU) e hanno accolto la medesima nozione di area edificabile.

In definitiva, ciò che osta alla tassazione dell'area non è la difficoltà di stima – e neppure la non irragionevole eventualità che, in considerazione dell'alto grado di indeterminatezza della fattispecie di assegnazione sostitutiva dell'edificabilità, il valore economico del diritto edificatorio possa risultare per molte annualità di fatto pari o prossimo allo zero – quanto l'ontologica autonomia giuridica ed economica del diritto edificatorio rispetto al suolo dal quale emana. Il problema che si pone è, dunque, non relativo alla base imponibile, ma al presupposto dell'imposizione.

Annullamento *ex lege* dei debiti tributari e limite di valore del debito

Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 2020, n. 17966

(...) La norma, sebbene debba concedersi che la sua fattura non sia un modello di chiarezza redazionale, non può essere letta in questo modo. Mette conto anzitutto di rimarcare che non si può dubitare che la norma in esame, quando allude ai “debiti residui”, si riferisce ad una posizione debitoria risultante da una cartella di pagamento, cioè allude ad una pretesa dell’esattore espressa in essa: lo fa manifesto il riferimento alle “cartelle per le quali è già intervenuta la richiesta di cui all’articolo 3”. Il riferimento alle cartelle al plurale implica che l’emergenza dei “debiti residui” certamente è una condizione che può riguardare distinte cartelle. Si allude cioè a posizioni debitorie che eventualmente risultino da più cartelle e, sotto tale profilo, certamente il riferimento al valore di euro mille va inteso nel senso che il c.d. “annullamento” entro questo limite si correla al valore complessivo dei carichi di ciascuna cartella. L’ancoraggio all’emergenza del debito da una cartella di pagamento sottende che il legislatore ha inteso riferire la fattispecie di c.d. annullamento all’ipotesi in cui il debito sia stato evidenziato in una cartella di pagamento, sicché questa ipotesi, nel caso di soggetto che sia stato destinatario di più cartelle, si correla ad ognuna di esse. Viceversa, con riferimento ai debiti risultanti dalla singola cartella il detto importo non può essere atomisticamente correlato a ciascun carico, ma si deve intendere correlato invece al debito che dal cumulo fra i singoli carichi fiscali eventualmente risultanti dalla singola cartella emerge a carico del debitore. È vero che la norma fa riferimento ai “singoli carichi”, così contemplando la rilevanza di ciascun carico espresso dalla pretesa dell’esattore. E questa Corte è consapevole che taluni esegeti della norma hanno attribuito a tale espressione proprio il significato di ancorare il limite di valore a ciascun carico risultante dalla cartella. Questa lettura della norma appare errata. Essa trascura la circostanza che la norma individua l’oggetto di disciplina dell’annullamento e, dunque, il termine di riferimento del valore di 1000 euro nei “i debiti di importo residuo [...] risultanti dai singoli carichi affidati agli agenti della riscossione dal 10 gennaio 2000 al 31 dicembre 2010”. Ebbene, poiché la norma assume come oggetto di disciplina “i debiti di importo residuo [...] risultanti dai singoli carichi” e, dunque, parla al plurale di “debiti”, è palese che in tal modo, cioè appunto con l’uso del plurale, sottende che il “residuo” rilevante agli effetti del c.d. annullamento possa e debba (naturalmente se la cartella non sia elativa ad un singolo carico) risultare dai più debiti, *scilicet* dai più “carichi” che la cartella contiene. In altri termini, a differenza di quanto sarebbe stato se la norma avesse parlato di “debito residuo” al singolare, il che avrebbe certamente consentito ed anzi imposto di riferire il limite di € 1000 al singolo carico, in quanto la rilevanza del debito al singolare naturalmente sarebbe stata correlabile al singolo carico, il fatto che la norma allude ai “debiti residui” al plurale evidenzia necessariamente che il valore *de quo* si debba intendere risultante dal cumulo dei singoli carichi di cui alla cartella e ciò proprio perché “debiti residui” non possono che risultare dal cumulo dei singoli carichi esistenti nella cartella, cioè dal cumulo dei debiti che li costituiscono. La tesi opposta che vorrebbe riferire il valore a ciascun carico fiscale si scontra con il rilievo esegetico appena indicato. Solo se la norma fosse stata prevista con la formulazione “Il debito di importo residuo, alla data di entrata in vigore del presente decreto, fino a mille euro,

comprensivo di capitale, interessi per ritardata iscrizione a ruolo e sanzioni, risultante dai singoli carichi”, il valore di 1000 € si sarebbe potuto correlare a ciascun carico, giacché il risultato della considerazione dei distinti carichi non avrebbe potuto sommarsi, ma appunto sarebbe stato riferibile a ciascuno di essi singolarmente. L’aver invece il legislatore riferito il valore a “I debiti di importo residuo, alla data di entrata in vigore del presente decreto, fino a mille euro, comprensivo di capitale, interessi per ritardata iscrizione a ruolo e sanzioni, risultanti dai singoli carichi”, implica una chiara correlazione dell’importo ad una risultanza emergente dal cumulo dei più carichi, perché il valore “fino a mille euro” è espressamente correlato a “i debiti di importo residuo” e, dunque ai più debiti (eventualmente esistenti nella cartella che rechi più carichi). Poiché ciò che risulta dai singoli carichi non è stato indicato come oggetto di annullamento con un riferimento al debito al singolare, ma lo è stato con un riferimento ai debiti al plurale, la lettera della legge è nel senso che si è inteso fare riferimento, nel caso di più carichi e, dunque, di più debiti, ad una sommatoria dei debiti, sicché il valore dev’essere rispettato con riferimento all’importo risultante dalla cartella per effetto del cumulo dei vari carichi. Si può semmai considerare che, nell’ipotesi in cui la cartella esponga pretese di distinta natura, come tributi, sanzioni amministrative di varia specie, la nozione di debito ai fini dell’individuazione del limite del valore di 1000 €, stante la ontologica diversità di ciascuna categoria di carico e, dunque, di debito, giustifichi che detto limite debba operare per ciascuna categoria. E ciò perché si tratta di debiti di categoria diversi e, dunque, non cumulabili fra loro (...).

Opposizione all'erogazione del rimborso di credito IVA e termini decadenziali: rimessione alle S.U.

Cass. civ., Sez. V, 30 settembre 2020, n. 20842

(...) Ricorre la opportunità di trasmettere gli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione per la eventuale rimessione alle Sezioni Unite (...). L'art. 57 DPR 633/72, come integrato dall'art. 10 d.lgs. 313/97 – della cui violazione si duole la ricorrente – così recita (...). Ciò precisato, secondo il tradizionale orientamento di questa Corte (da ultimo, Cass. n. 8810 del 10.4.2013; Cass. n. 16768 del 9.8.2016), il diniego di rimborso del credito IVA soggiace al termine di cui all'art. 57 del DPR 633/72 se esso dipenda dalla contestazione della sussistenza della eccedenza detraibile indicata dal contribuente (Cass. n. 8460 del 22.4.2005; Cass. n. 17969 del 24.7.2013), mentre non vi soggiace se, pacifica tale sussistenza, vengano contestati i requisiti per l'accesso al rimborso contemplati dall'art. 30 del DPR 633/72 (Cass. n. 194 del 10.1.2004; Cass. n. 29398 del 16.12.2008; Cass. n. 8642 del 9.4.2009). Invero, come chiarito da Cass. n. 194 del 2004, cit., “la contestazione circa la sussistenza dei fatti costitutivi del diritto al rimborso indicati dalla norma – quante volte non investa l'esistenza stessa di una eccedenza di imposta in favore del contribuente ma sia limitata (...) all'esistenza degli altri fatti costitutivi – non influisce assolutamente sull'entità dell'imposta dovuta (che resta quindi fuori dalla discussione nella sua determinazione quantitativa) e, pertanto, non attiene assolutamente a profili accertativi dell'imposta stessa (che rimangono immutati e non discussi tra le parti) per cui la contestazione in parola non può ritenersi soggetta al termine decadenziale previsto dalla legge per tutt'altra fattispecie ma deve ritenersi sempre opponibile al contribuente finché questi non abbia il diritto di ottenere il rimborso delle eccedenze” (conf. Cass. n. 29398 del 2008, cit.; Cass. n. 8642 del 2009, cit.; Cass. n. 8810 del 2013, cit.; Cass. n. 8998 del 18.4.2014; Cass. n. 25036 del 25.11.2014; Cass. n. 16768 del 2016, cit.). Secondo Cass. n. 16768 del 2016, cit., la conclusione non sarebbe in contrasto con altri arresti della S.C. e, in particolare: a) con Cass. n. 10192 del 18.4.2008, la quale fa applicazione del principio espresso da Cass. n. 8460 del 2005, cit., riguardante la diversa fattispecie di diniego con il quale è stata contestata l'esistenza dell'eccedenza detraibile; b) con Cass. n. 17697 del 2009, che non applica l'art. 57 del DPR 633/72 e, dunque, non riguarda l'IVA. Il superiore orientamento sembra, peraltro, non rispettoso del principio enunciato da Cass. S.U. n. 5069 del 15.3.2016. Osserva questa Corte che una lettura estensiva del disposto di Cass. S.U. n. 5069 del 2016, cit., certamente autorizzata alla luce della generale portata del principio espresso, non è l'unica possibile, alla luce del rassegnato e consolidato orientamento pregresso in materia di IVA, sicché sembra quanto mai opportuno un ulteriore intervento chiarificatore del supremo organo nomofilattico, anche al fine di evitare future incertezze interpretative in una materia di rilevante importanza (...). Orbene, se al contribuente è consentito in ogni tempo di eccepire, in sede contenziosa, l'errore commesso con la dichiarazione fiscale, così da evitare che gli vengano richieste somme diverse da quelle effettivamente dovute, dovrebbe essere ragionevole consentire che analoga eccezione possa proporre l'Amministrazione finanziaria in sede di rimborso, anche se siano scaduti i termini per l'accertamento, qualora il contribuente chieda il pagamento di crediti di imposta inesistenti. Posto che la previsione di una disciplina (tendenzialmente) unitaria per i rimborsi di tutti i tributi risponde ad esigenze di chiarezza e

funzionalità di sistema, occorre dunque verificare in concreto se la dedotta specificità dell'IVA giustifica effettivamente la sussistenza di differenti modalità di rimborso. In secondo luogo, sotto un profilo eminentemente pratico, la soluzione accolta da Cass. S.U. n. 5096 del 2016 finirebbe per procrastinare l'incertezza sull'esistenza dei crediti tributari (incertezza che proprio il termine di decadenza, diversamente previsto per le varie imposte, ha lo scopo di evitare, impedendo che il contribuente sia soggetto senza limiti di tempo all'azione accertatrice della Amministrazione finanziaria) e, come segnalato in dottrina, ad incidere in maniera considerevole anche sulla circolazione di detti crediti, tra i quali quelli concernenti IVA sono sicuramente i più numerosi (...).

Nota di Cristina Monteleone

Il provvedimento in commento trae spunto dal ricorso per Cassazione depositato da una società finanziaria, avverso la sentenza resa dalla Commissione Tributaria Regionale competente, con la quale era stato confermato il diniego di rimborso di credito IVA per l'anno 2008 (indicato nel modello VR/2009 ma relativo a credito già riportato nella dichiarazione IVA per l'annualità 1998) emesso dall'Agenzia delle Entrate.

La ricorrente, in particolare, lamentava l'illegittimità dell'atto impugnato in quanto trascorsi i termini temporali *ex art. 57 D.P.R. n. 633/1972*, idonei ad esercitare l'attività di accertamento nonché l'infondatezza delle condotte illecite addebitate al creditore originario.

Di contro, l'Amministrazione Finanziaria, riteneva che il comportamento fraudolento tenuto dal contribuente/creditore originario, riscontrato dall'intervenuto curatore fallimentare, escludesse la spettanza del contestato credito fiscale.

Nell'impugnata sentenza, la CTR adita riteneva che i termini decadenziali applicabili al diniego di rimborso non fossero previsti dall'*art. 57 D.P.R. n. 633/1972* bensì dall'*art. 30 del D.P.R. n. 633/1972*.

Preliminarmente alla trattazione della questione sottesa al ricorso depositato, la Suprema Corte ha richiamato i due opposti orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto.

Per l'indirizzo giurisprudenziale più risalente, è necessario distinguere la motivazione del diniego spiegato dall'Agenzia delle Entrate: qualora si contesti la sussistenza dell'eccedenza detraibile indicata dal contribuente, è applicabile il termine *ex art. 57 D.P.R. n. 633/1972*; qualora siano in contestazione i requisiti per l'accesso al rimborso, è applicabile il termine *ex art. 30 D.P.R. n. 633/1972* (cfr. *ex multis* Cass. n. 16768/2016).

Di contro, l'indirizzo giurisprudenziale più recente ritiene, al contrario, che l'Agenzia delle Entrate possa contestare il rimborso dell'imposta, anche successivamente al decorso dei termini di accertamento previsti *ex lege* (cfr. Cassazione civile, S.U. n. 5069/2016). Sebbene sia stato pronunciato in materia di IRPEF, l'anzidetto principio è stato applicato anche in materia di IVA (cfr. Cass. n. 3096/2019).

Valorizzando l'*art. 1442 cod. civ.* ed il correlato principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, tuttavia, le Sezioni Unite hanno ritenuto che sia sottoposto a puntuali termini decadenziali solo l'accertamento di un credito dell'Agenzia delle Entrate e non già l'attività di contestazione della sussistenza di un debito, esercitabile in ogni momento. Detto principio, d'altronde, non contrasterebbe con l'*art. 1 del Protocollo* addizionale alla CEDU, in quanto detta norma mira a garantire i soli crediti accertati, liquidi ed esigibili ossia

quelli che possano ritenersi parte del patrimonio dell'individuo (cfr. Cassazione civ., n. 25464/2018).

Attesa la facoltà riconosciuta al contribuente di poter modificare in ogni momento la propria dichiarazione fiscale per evitare di pagare somme indebite, le Sezioni Unite hanno ritenuto ragionevole prevedere un'analoga facoltà in capo all'Amministrazione Finanziaria. In senso inverso, tuttavia, la Suprema Corte richiama la disciplina *ex art. 9 L. 289/2002* (condono fiscale) secondo la quale, il deposito dell'istanza di accesso al cd. condono tombale, preclude al contribuente l'eventuale successiva possibilità di rimborso per le somme versate in eccesso (Cassazione civile, S.U. n. 14828/2008).

Avuto riguardo ai crediti d'imposta scaturenti dalla definizione automatica *ex art. 9 l. 289/2002*, peraltro, la Corte di legittimità ha ritenuto che la preclusione del potere di accertamento riconosciuto all'Amministrazione finanziaria riguarda i soli debiti fiscali e non i crediti d'imposta (cfr. Cass. S.U. n. 16692/2017).

Con l'odierna sentenza in commento, tuttavia, la Corte di legittimità espone le seguenti ragioni di diritto che potrebbero ritenere superato l'orientamento giurisprudenziale più recente: innanzitutto, le peculiarità della disciplina IVA non consentirebbero di estendere a detta imposta i principi di diritto contenuti nella sentenza delle Sezioni Unite del 2016; in secondo luogo, d'altronde, l'adesione all'indirizzo giurisprudenziale spiegato dalle Sezioni Unite produrrebbe un'insanabile e dannosa incertezza foriera di una pressoché impossibilità di circolazione del credito fiscale maturato dal contribuente.

Preso atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale e delle anzidette considerazioni, pertanto, la Corte di legittimità ha rimesso la questione al Primo Presidente affinché quest'ultimo valuti l'opportunità di rimettere la questione alle Sezioni Unite.

PROCESSO CIVILE

Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea in tema di ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato

Cass. civ., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19598

Il primo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente: Se l'art. 4, par. 3, art. 19, par. 1 TUE e art. 2, parr. 1 e 2, e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli artt. 111 Cost., comma 8, art. 360, comma 1, n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 e art. 110 codice del processo amministrativo – nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per “motivi inerenti alla giurisdizione” – quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva (...) non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario (...) in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla “autonomia procedurale” degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali. La seconda questione pregiudiziale (...) nella fattispecie in esame, non è messa in discussione la legittimità dell'ammissione (cioè il possesso dei requisiti di partecipazione) alla gara del concorrente escluso né dell'aggiudicatario. Il ricorrente principale, pur avendo contestato (...) la valutazione della propria offerta tecnica (...) ha proposto ulteriori motivi di impugnazione – concernenti i criteri di valutazione delle offerte, la nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti – che contestavano in radice le operazioni e l'esito della gara, al fine di provocare il travolgimento e la ripetizione della stessa, motivi giudicati inammissibili dal Consiglio di Stato, in accoglimento in via prioritaria dell'eccezione di inammissibilità (e del ricorso incidentale) dell'aggiudicatario basati sul difetto di interesse del ricorrente principale a coltivare l'impugnativa. Sulla suddetta questione il Collegio ritiene necessario interpellare la Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE (...). L'attuale orientamento delle Sezioni Unite è nel senso di escludere sia la censurabilità mediante ricorso per cassazione (per motivi inerenti alla giurisdizione) dell'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato in materie disciplinate dal diritto dell'Unione (Cass., Sez. Un., n. 29391 del 15 novembre 2018) sia la stessa possibilità per le Sezioni Unite, dinanzi alle quali sia stata impugnata la decisione del Consiglio di Stato, di operare il rinvio pregiudiziale (Cass., Sez. Un., n. 6460 del 6 marzo 2020; n. 14042 dell'8 luglio 2016). Questo orientamento suscita dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione che ne mette in discussione la vincolatività per queste Sezioni Unite e che si chiede alla Corte di giustizia di sciogliere (...) ritenendo ammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti

alla giurisdizione avverso sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con pronunce della Corte di giustizia, sarebbe poco coerente un orientamento che contestualmente affermasse l'inammissibilità del ricorso per cassazione volto a censurare l'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio o a sollecitare le Sezioni Unite ad utilizzare lo strumento di cui all'art. 267 TFUE (...). La tesi secondo cui l'unico rimedio praticabile in caso di violazione del diritto dell'Unione sarebbe quello del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato non sembra condivisibile, trattandosi di un rimedio indiretto e succedaneo, nonché sottoposto a rigide condizioni (...). Il giudice nazionale che, in assenza delle condizioni tassativamente indicate dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C238/81, p. 14) che esonerano il giudice nazionale dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, ometta senza motivare di effettuare tale rinvio – anche “nuovamente” quando sia necessario per la decisione della causa principale (v. Corte di giustizia, 5 marzo 1986, C-69/85, p.14) – e decida la causa interpretando direttamente le norme non chiare del diritto dell'Unione, invade le attribuzioni esclusive della Corte di giustizia cui spetta l'ultima parola in ordine all'interpretazione di tale diritto, poiché esercita un potere giurisdizionale di cui è privo, esponendosi, nell'ordinamento italiano, al ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Dubbia è dunque la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'orientamento interpretativo di cui si è dato conto che in radice esclude la possibilità per le Sezioni Unite della Corte di cassazione, investite da un mezzo di impugnazione ordinaria, qual è il ricorso per cassazione, di esaminarlo nel merito quando sia denunciata la immotivata violazione dell'obbligo di rinvio da parte del Consiglio di Stato e di effettuare direttamente il rinvio pregiudiziale, al fine di accertare l'esatta interpretazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la compatibilità della sentenza impugnata con il diritto dell'Unione. La terza questione pregiudiziale riguarda la compatibilità della decisione assunta dal Consiglio di Stato con i principi del diritto dell'Unione (...). Nel caso in esame la ricorrente ha partecipato alla gara essendo incontestabilmente in possesso dei requisiti di ammissione e ne è stata esclusa a causa della valutazione non positiva della sua offerta tecnica. Essa quindi è legittimata a contestare la gara in ogni suo profilo, a partire dal bando. Le censure che essa ha proposto sono quindi tendenzialmente tutte ammissibili. La posizione del concorrente ad una gara di appalto che, contestando la propria esclusione, proponga censure miranti ad ottenere la ripetizione della gara e, di conseguenza, il travolgimento della aggiudicazione al concorrente, non è assimilabile a quella dell'operatore che non abbia mai partecipato alla gara, fino a quando non si sia formato il giudicato sulle ragioni della sua impugnazione (...). Il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto (o la inammissibilità) del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, dato che in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri (...). In tale situazione l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento (...). In altri termini, non si può escludere che, anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare, l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e di procedere di conseguenza all'indizione di una nuova gara, evidenziandosi l'esistenza di un interesse legittimo dello stesso ricorrente all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e alla ripetizione della gara. Il terzo quesito rivolto alla Corte di giustizia è il seguente: Se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia (...) siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla

“soglia di sbarramento” attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell’amministrazione aggiudicatrice e dell’impresa aggiudicataria, li accolla dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l’esito della gara per altre ragioni (...).

Nota di Pierandrea Fulgenzi

Il pronunciamento delle Sezioni Unite è occasione di riflessione sugli effetti ed i conseguenti rimedi offerti dall’ordinamento a fronte di una sentenza del giudice amministrativo in contrasto con il diritto dell’UE. L’interprete è chiamato ad individuare rimedi a fronte di sentenze del GA che, senza sollevare rinvio pregiudiziale alla CGUE *ex art. 267 TFUE*, abbiano perpetrato la violazione del diritto UE disattendendo una giurisprudenza consolidata della Corte di Lussemburgo, in tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale in materia di controversie inerenti l’affidamento di contratti pubblici (sentenze Lombardi 05.09.2019, C-333/18; Puligenica 05.04.2016, C-689/13; Fastweb 04.07.2013, C-100/12), così violando il principio di *primauté* del diritto UE. Le Sez. Un., nel caso di specie, decidono un ricorso avverso la sentenza n. 5606/2019 del C.d.S., con cui il GA aveva dichiarato l’inammissibilità del ricorso principale del soggetto non aggiudicatario della gara, accogliendo il ricorso incidentale dell’aggiudicatario. L’impresa ricorrente adduceva la lesione del diritto all’effettività della tutela giurisdizionale, secondo la Dir. 1989/665/CE, invocando la giurisprudenza della CGUE secondo cui «idonea a radicare l’interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale è la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara». Tale decisione rappresentava un esempio di denegata giustizia, legittimante ricorso per cassazione *ex art. 111, ult. co, Cost.* anche a fronte di specifici precedenti delle Sez. Un (sentenze n. 2242 del 6.02.2015 e n. 31226 del 29.12.2017). Per contro i resistenti, alla luce di Corte Cost. n. 6/2018, nonché di Sez. Un. n. 13243 del 16.05.2019, eccepivano l’inammissibilità del ricorso per Cassazione, in quanto non ricorreva, nel caso di specie, un motivo inerente la giurisdizione, potendosi accedere al rimedio di cui all’art. 111, co. 8, Cost. solo a fronte della sussistenza di una speciale violazione di legge, ossia di quella afferente le leggi che governano la giurisdizione, intesa come distribuzione della *potestas iudicandi* all’interno dell’ordinamento. Ciò nel rispetto della logica della pluralità di giurisdizioni realizzata dal Costituente ed evincibile dal combinato disposto dei commi 7 e 8 dell’art. 111 Cost. La recente giurisprudenza costituzionale è pervenuta ad un’operazione di delimitazione del raggio di azione del rimedio previsto dall’art. 111, ult. co, Cost. affermando perentoriamente come esso possa essere esperito solo a fronte di un difetto relativo o assoluto di giurisdizione, non potendosi ammettere zone grigie. Secondo la Consulta «l’intervento delle Sezioni Unite, in sede di controllo giurisdizionale, nemmeno (quindi non) può essere giustificato dalla violazione di norme dell’Unione Europea [...] (non potendo essere ricondotto) al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), come quello derivante dalla violazione del diritto dell’UE». La violazione da parte del C.d.S. del diritto dell’UE, così come interpretato dalla CGUE, integrerebbe una semplice violazione di legge, incensurabile con lo strumento del ricorso per Cassazione, così come nei «casi estremi in cui il giudice amministrativo adotta una decisione anomala o *abnorme*». L’arresto delle Sez. Un. rappresenta un cambio di prospettiva, volto a superare la visione statica della giurisdizione così come propu-

gnata da Cort. Cost. n. 6/2018, giacché si intende la giurisdizione nel suo significato più ampio di tutela giurisdizionale, con il risultato di avallare l'equazione secondo cui giurisdizione equivale a giustizia. Discende da ciò che una sentenza del GA contrastante con il diritto dell'UE si sostanzia in una attività di diretta produzione normativa, non consentita nemmeno al Legislatore, in elusione del diritto sovranazionale, sicché è come se il GA sconfinasse dalla propria giurisdizione, invadendo una sfera riservata alle prerogative unionali. Il ragionamento spiegato dalle Sez. Un. consente di affermare che la violazione del diritto dell'UE da parte del GA è paragonabile all'assenza di potere giurisdizionale, sicché si è in presenza di un difetto assoluto di giurisdizione, quindi la violazione del diritto dell'UE diviene motivo di ricorso per Cassazione *ex art. 111, co. 8 Cost.* Le Sez. Un., quindi, sollevano questione pregiudiziale alla CGUE *ex art. 267 TFUE*, poiché vedono nel ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione l'unico strumento per impedire che si formi un giudicato in contrasto con il diritto dell'UE. Il principio di primazia del diritto dell'UE impone di dare attuazione al diritto sovranazionale (*ex artt. 11 e 117, co. 1, Cost.*), sicché va evitata ogni forma di violazione degli obblighi che discendono dalla cessione di Sovranità operata dall'ordinamento interno rispetto alle competenze dell'UE. Le Sez. Un. chiedono alla CGUE di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla seguente questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea: «se il diritto europeo osti a una prassi interpretativa dell'111, ottavo comma, della Costituzione, così come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018, che preclude il ricorso in cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio». Il ricorso per Cassazione, quindi, rappresenterebbe rimedio in forma specifica che eviterebbe la lesione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di equivalenza tra gli ordinamenti, scongiurando la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'UE.

ADR

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nel procedimento monitorio in materia di telecomunicazioni

Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8240

La OMISSIS, con un unico motivo di ricorso, denuncia la violazione dell'art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997 e dell'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., ed anche, in relazione all'art. 360, n. 5, l'omesso esame circa un fatto decisivo e controverso "con riferimento alla pronuncia di improcedibilità dell'azione monitoria proposta da OMISSIS". Il primo interrogativo sottoposto all'attenzione della Corte dalla ordinanza interlocutoria è se, nella particolare materia dei servizi di telecomunicazioni, sia necessario esperire preventivamente il tentativo di conciliazione anche per poter richiedere l'emissione di una ingiunzione di pagamento (...). È necessario, per fornire una risposta agli interrogativi posti dalla ordinanza interlocutoria procedere all'inquadramento normativo della fattispecie, sulla base di una interpretazione delle norme applicabili costituzionalmente orientata e che tenga conto delle affermazioni della Corte di giustizia. La disciplina generale in materia di modalità alternative di risoluzione delle controversie finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, ovvero il d.lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, all'art. 5, commi 1 e 1-bis, prevede che il preventivo esperimento di un procedimento di mediazione sia obbligatorio in una serie di materie e che il suo preventivo esperimento costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, con un meccanismo di procedibilità sospensiva, in quanto prevede una modalità di recupero, durante il processo, dell'attività conciliativa eventualmente omessa. Infatti, se il giudice si avvede che la mediazione è iniziata ma non si è ancora completata, o se riscontra che le parti non vi hanno proceduto prima dell'introduzione del giudizio, deve rinviare la trattazione ad udienza successiva alla chiusura del procedimento di mediazione, fissando alle parti un termine per iniziare la mediazione se non vi hanno ancora dato corso (...). Per scelta normativa, nella generalità dei procedimenti per i quali è stata introdotta la mediazione preventiva obbligatoria, è esclusa la necessità di procedere preventivamente alla mediazione per poter richiedere un decreto ingiuntivo, e la necessità di introdurre un metodo di risoluzione alternativa è postergata non solo alla introduzione del giudizio di opposizione, ma anche alla intervenuta decisione sulla provvisoria esecutorietà del decreto (...). Nel settore delle telecomunicazioni vi è una autonoma regolamentazione, che prevede anch'essa una modalità di risoluzione alternativa delle controversie, denominata tentativo di conciliazione obbligatorio. In particolare, la l. n. 249 del 31 luglio 1997 all'art. 1, comma 11, prevede che: «L'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze, oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro. Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione».

liazione». Il dato testuale fornito dalla normativa di riferimento (art. 3, comma 1) pur nella sua non univocità conduce verso l'esclusione della obbligatorietà del tentativo di conciliazione per poter accedere al procedimento monitorio: la legge istitutiva prevede il preventivo esperimento del tentativo di conciliazione per poter proporre ricorso giurisdizionale e per poter agire in giudizio, utilizzando una terminologia che è di solito associata all'atto introduttivo di un giudizio ordinario, a contraddittorio immediato; il successivo regolamento, chiamato a disciplinare solo le modalità di esecuzione della procedura alternativa, nulla aggiunge di determinante. La affermazione per cui debba escludersi, in mancanza di una chiara norma espressa, l'obbligo di esperire preventivamente il tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni (ed in presenza di tale norma, si potrebbe arrivare a dubitare della stessa legittimità costituzionale di essa) è confortata da ripetute affermazioni della Corte costituzionale, dalle quali emerge l'incompatibilità strutturale del preventivo tentativo di conciliazione con il provvedimento monitorio. La Corte di legittimità delle leggi ha in primo luogo più volte chiarito, in linea generale ed anche a proposito del tentativo di conciliazione previsto in materia di telecomunicazioni (con la sentenza n. 403 del 2007) che risponde ad una interpretazione costituzionalmente orientata ricostruire in senso non estensivo le disposizioni che introducono condizioni di procedibilità. Quanto alla mediazione o al tentativo di conciliazione obbligatori, essi uniscono alla finalità deflattiva una funzione di prevenzione del conflitto, di pacificazione sociale e una efficace attitudine alla soddisfazione e alla salvaguardia degli interessi di entrambe le parti attraverso il dialogo anticipato che si apre, partendo dall'oggetto della contesa ma eventualmente allargando l'ampiezza del confronto ed evitando che essa sfoci in un giudizio, sotto il controllo e la guida del mediatore. L'apertura di questa fase di dialogo anticipato non appare strutturalmente compatibile, come ha più volte segnalato la Corte costituzionale, con i procedimenti che non prevedano, o non prevedono in quella fase, il contraddittorio. Pertanto, con riferimento alla fattispecie oggi in esame, non è necessario procedere al tentativo di conciliazione obbligatorio, prima di richiedere il decreto ingiuntivo, prima di tutto per ragioni strutturali, ovvero perché strutturalmente le due procedure sono incompatibili. La fase incidentale dialogica del procedimento, tra giudice e parti, che deve aprirsi qualora si rilevi il mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione ove previsto, non può conciliarsi con un procedimento privo di contraddittorio, o meglio a contraddittorio differito, come il procedimento monitorio. L'ordinanza interlocutoria evidenzia la peculiarità delle esigenze di tutela sottese alla materia delle telecomunicazioni, da cui scaturirebbe l'esigenza di dettare uno statuto particolare delle cause in materia di telecomunicazioni, a tutela della parte debole, ovvero del consumatore-fruttore del servizio telefonico, che potrebbe essere dissuaso dai costi del giudizio ordinario dall'intraprendere la via dell'opposizione ove il decreto ingiuntivo non fosse preceduto dal tentativo di conciliazione. L'esclusione del previo esperimento del tentativo di conciliazione dalla fase che precede la richiesta e l'emissione del decreto ingiuntivo, in materia di telecomunicazioni, non esclude peraltro che il ricorso ad una forma di risoluzione alternativa della controversia non possa trovare una sua adeguata collocazione in un diverso momento, successivo ed eventuale, ovvero quando, con la proposizione della opposizione a decreto ingiuntivo, si apre la via del giudizio di cognizione ordinaria, in quanto, usando le stesse parole utilizzate dalla sentenza impugnata per arrivare alla opposta conclusione, "l'opposizione introduce un 'normale' giudizio di cognizione il cui oggetto è proprio l'accertamento del diritto azionato in monitorio". Da ultimo, l'ordinanza interlocutoria, nell'ipotesi che non si ritenga di condividere la soluzione da essa proposta nel senso della necessità, anche in riferimento al procedimento monitorio, del previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, segnala che potrebbe apparire opportuna una nuova rimessione alla Corte di giustizia, perché si esprima sia sul punto dell'obbligatorietà della conciliazione».

liazione *in subiecta materia*, sia su quello del significato della “irricevibilità” del ricorso eventualmente proposto. E tuttavia una nuova rimessione alla Corte di giustizia non appare necessaria, avendo essa ben chiarito l’interpretazione da dare alle direttive rilevanti in materia; inoltre l’ordinanza sembra sollecitare una interpretazione da parte della Corte di giustizia delle norme interne piuttosto che della normativa europea.

Nota di Cristina Fucilitti

La Corte di Cassazione nella sentenza n. 8240/2020, oggetto del presente breve commento, si occupa della questione dell’obbligatorietà del tentativo di conciliazione nella materia delle telecomunicazioni con riferimento al procedimento monitorio previsto nell’art. 633 c.p.c.

Nel caso di specie la Corte di Appello di Roma aveva rigettato l’impugnazione proposta dall’operatore telefonico T., confermando così la sentenza del Tribunale di Roma che aveva revocato il decreto ingiuntivo emesso in precedenza.

Infatti il Tribunale di Roma aveva dichiarato improcedibile, per non aver preliminarmente espletato il tentativo obbligatorio di conciliazione prima del deposito del ricorso del decreto ingiuntivo, la domanda di pagamento promossa dall’operatore telefonico T. contro la società n. S.p.A (già K. S.p.A.) allo scopo di ottenere il corrispettivo per la fornitura di servizi di telecomunicazione mobile.

Nello specifico, nel settore delle telecomunicazioni, la L. n. 249/1997 ed il successivo regolamento Agcom n. 182/02/CONS prevedono che non possa essere proposto il ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione.

Invece nello stesso settore delle comunicazioni, la situazione da un punto di vista normativo era meno chiara in relazione al procedimento monitorio.

A tal proposito va sottolineato come non sussista una espressa disciplina che preveda in modo chiaro ed univoco l’obbligatorietà di tale tentativo antecedentemente l’instaurazione del procedimento ingiuntivo.

A tutto ciò bisogna aggiungere che la Corte Costituzionale ha sottolineato, più volte in alcune sue pronunce, l’incompatibilità sotto il profilo strutturale del tentativo di conciliazione con il procedimento monitorio.

In particolar modo la Corte Costituzionale «[...] *ha individuato nella mancanza di contraddittorio tra le parti l’elemento di incompatibilità strutturale tra il procedimento di conciliazione (che tale contraddittorio presuppone) ed il provvedimento monitorio (che non prevede contraddittorio nella fase sommaria)* [...]».

Sulla base di quanto affermato dalla Consulta, la Corte di Cassazione ha, pertanto, affermato, il seguente principio di diritto per cui «[...] *non è necessario procedere al tentativo di conciliazione obbligatorio, prima di richiedere il decreto ingiuntivo, prima di tutto per ragioni strutturali* [...]».

Infatti, anche se sia il decreto ingiuntivo sia la procedura di mediazione obbligatoria sono due istituti volti entrambi a cercare di dare una risposta in modo rapido ed efficace alla domanda di giustizia, rimangono ad ogni modo due strumenti del tutto diversi.

Il decreto ingiuntivo, afferma la Suprema Corte, «[...] *si traduce nell’adozione di un provvedimento adottato inaudita altera parte, a contraddittorio differito, in favore del creditore munito di prova scritta* [...]».

Invece la mediazione o il tentativo di conciliazione obbligatorio presuppongono un giudizio che si svolga nel contraddittorio attuale tra le parti. In quest'ultimi due strumenti si ritrova, da un lato, una finalità di tipo deflattivo e, dall'altro lato, una funzione di prevenzione del conflitto, perciò sono caratterizzati da una fase di dialogo anticipato tra le parti, che avviene sotto il controllo e la guida del mediatore allo scopo di evitare l'instaurarsi del giudizio e che è incompatibile con la struttura del procedimento monitorio stesso.

Inoltre la Suprema Corte sottolinea come il procedimento di conciliazione e quello ingiuntivo siano alquanto differenti anche sotto il profilo delle finalità perseguite «[...] *perché l'esigenza di immediata soddisfazione del creditore dotato di prova scritta del credito posta alla base del monitorio, che si realizza con il differimento del contraddittorio rispetto alla formazione del titolo, verrebbe vanificata dal previo esperimento del tentativo di conciliazione. Quindi, in questa fase, prevale l'esigenza di concedere un agile strumento a tutela del credito rispetto all'esigenza di trovare una soluzione alternativa alla controversia, che non viene soppressa ma si sposta [...]*» meramente ad una fase successiva.

Infine, la Corte di Cassazione evidenzia come la non obbligatorietà del tentativo di conciliazione antecedentemente il procedimento ingiuntivo non possa dirsi nemmeno completamente conforme con la normativa e la giurisprudenza europea. In tal senso va sottolineato come se, da un lato, a livello europeo si cerca di promuovere il ricorso alla mediazione e ad altre forme di ADR (prevedendole come facoltative), dall'altro lato, si prevede che, ove il legislatore nazionale le abbia imposte come obbligatorie, debbano essere adottate tutta una serie di cautele per evitare che tali meccanismi non si traducano in procedure tali da rendere il ricorso alla giustizia ordinaria eccessivamente costoso e complesso per i cittadini, così come potrebbe accadere se venisse ad essere imposto il tentativo di conciliazione obbligatorio prima del procedimento monitorio.

Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241

(...) La questione di massima: se il tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni sia previsto come condizione di procedibilità o di proponibilità della domanda. Non appare condivisibile la ricostruzione delle conseguenze derivanti dall'omesso esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni proposta dall'ordinanza interlocutoria in termini di condizioni di proponibilità piuttosto che di condizione di procedibilità della domanda, per le ragioni che seguono. È ben vero che, come segnalato nella ordinanza interlocutoria, nel testo della legge istitutiva dell'AGCOM e nel regolamento applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame compaiono più volte termini che fanno riferimento alla "proposizione" dell'atto introduttivo: "non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale" (L. n. 297 del 1999, art. 1); "... sono tenuti a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione" (art. 3, comma 1, del regolamento del 2002) mentre manca ogni qualificazione in termini di condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Viceversa, il successivo regolamento AGCOM, approvato con Delib. n. 173/07/Cons., sostitutivo del precedente, all'art. 3, comma 1, indica, espressamente, che "Per le controversie di cui all'art. 2, comma 1 (quelle tra utenti finali e operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti finali... rimesse alla competenza dell'AGCOM), il ricorso in sede giurisdizionale è improcedibile fino a che non sia stato espe-

rito il tentativo di conciliazione...” (...). Nei testi normativi non si rinviene una distinzione concettuale netta e rigorosa nell'utilizzo dei termini improcedibilità e improponibilità (termine, quest'ultimo, che non ricorre neppure nel codice di rito) (...) però, ben diverse e di diversa gravità sono le conseguenze associate all'una o all'altra qualificazione: un vizio insanabile, rilevabile in ogni stato e grado del processo, tale da costituire una soluzione drastica, in considerazione degli interessi sostanziali in gioco, nel caso dell'improponibilità; un arresto momentaneo del giudizio, rilevabile dalle parti e anche dal giudice ma non oltre la prima udienza, nel caso della improcedibilità, ed atto a non precludere lo svolgimento del giudizio, in quanto al giudice è dato fissare un termine per l'espletamento del tentativo e alle parti è data la possibilità di proseguire il giudizio se il tentativo stesso si riveli infruttuoso, nel caso della improcedibilità (...). Il tentativo di conciliazione in esame (...) si presta ad essere maggiormente assimilato ad altre ipotesi, ben più vicine nell'esigenza di tutelare attraverso di esso la parte contrattualmente più debole, quali il tentativo obbligatorio che era previsto, a pena di improcedibilità, nelle controversie di lavoro ed assimilate dall'art. 412 *bis* c.p.c. (...) o quello previsto dal D.Lgs. n. 65 del 2001, art. 65, sempre a pena di improcedibilità, nelle controversie individuali di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni (...). Altra ipotesi (...) ricorre nella disciplina della subfornitura, dove la legge (L. n. 192 del 1998, art. 10, abrogato dal D.Lgs. n. 219 del 2016) non disciplinava espressamente i riflessi del mancato esperimento del tentativo stesso, ma la dottrina ha ritenuto più coerente con gli scopi di esso nonché con i precetti scolpiti negli artt. 3 e 24 Cost., la sanzione della improcedibilità della domanda (...). Nel Testo Integrato sulla Conciliazione (c.d. TICO) adottato nel 2017 dall'Autorità per l'energia e per il gas, è prevista l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione, strutturata per espressa previsione normativa (art. 3) in termini di condizione di procedibilità. Anche l'argomento in favore della qualificazione in termini di condizione di proponibilità per assimilazione alla nozione di irricevibilità comunitaria, che emergerebbe dalla stessa sentenza della Corte di Giustizia del 2010 appare debole (...) la diversa ricostruzione in termini di condizione di procedibilità si fonda, come ricordato già da Cass. n. 140103 del 2011, innanzitutto su una lettura costituzionalmente orientata della norma (...). È affermazione condivisa dalla dottrina che, in una prospettiva costituzionalmente orientata, la configurazione del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità costituisca un'opzione privilegiata perché consente di contemperare le finalità deflattive perseguite mediante le procedure di conciliazione con i principi costituzionali posti a presidio del diritto di difesa e della ragionevolezza stessa della previsione. Soprattutto una interpretazione siffatta non rischierebbe di collidere con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (fissato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) (...). Conclusivamente, deve ritenersi, in continuità con quanto già affermato da questa Corte sul punto, che il mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dalla L. n. 249 del 1997, art. 1, per poter introdurre una controversia in materia di telecomunicazioni, dia luogo alla improcedibilità e non alla improponibilità della domanda. A fronte di ciò, il giudizio non si chiude con una pronuncia in rito, ma il giudice deve sospendere il giudizio e fissare un termine per consentire alle parti di dar luogo al tentativo, per poi proseguire il giudizio dinanzi a sé.

La sentenza, oggetto del presente commento, riguarda l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione nelle controversie in materia telecomunicazioni a pena di improcedibilità o di improponibilità.

Nel caso di specie un cliente conveniva in giudizio l'operatore telefonico T. con riferimento alla nullità di una clausola contenuta nel contratto di somministrazione del servizio telefonico, in quanto ritenuta vessatoria poiché contenente una penale.

Nel costituirsi in giudizio l'operatore telefonico T., tra le altre cose, eccepiva l'improponibilità della domanda perché non era stato esperito da parte del cliente il tentativo di conciliazione obbligatorio prima dell'instaurazione del giudizio, così come statuito dalla L.

n. 249/1997, art. 1, e dal successivo Regolamento Agcom, approvato con delibera n. 182/02/CONS.

La problematica derivava dal fatto che, nel momento in cui il cliente instaurava il giudizio di primo grado, il Co.Re.Com. Campania, competente per i tentativi di conciliazione in materia di telecomunicazioni sul territorio, era già stato istituito ma non era ancora operativo; pertanto si poneva il problema se il predetto tentativo di conciliazione doveva essere promosso avanti ad altri organismi alternativi di conciliazione.

La Cassazione ha affermato che, in applicazione di quanto stabilito nell'art. 12 dell'Allegato A, annesso alla predetta delibera, recante il Regolamento di procedura relativo alle controversie fra gli organismi di Telecomunicazioni ed utenti, il tentativo di conciliazione rimane una mera facoltà dell'utente.

L'altra questione postasi è se tale tentativo debba essere considerato condizione di improcedibilità ovvero condizione di improponibilità della domanda, in quanto il legislatore non fornisce un'indicazione precisa ed univoca né in un senso né nell'altro.

Tale incertezza comporta delle conseguenze pratiche non indifferenti.

Infatti se l'improponibilità costituisce un vizio più grave, in quanto insanabile e pertanto rilevabile in ogni stato e grado del processo, invece l'improcedibilità è un vizio meno grave, poiché è rilevabile dalle parti ed anche dal giudice ma non oltre la prima udienza.

Inoltre qualora l'improcedibilità venga rilevata dal giudice, quest'ultimo dovrà fissare un termine per l'espletamento del tentativo di conciliazione; alle parti rimarrà in ogni caso la possibilità di proseguire il giudizio, qualora non fossero soddisfatte del risultato del suddetto tentativo.

La Corte evidenzia come non sia possibile assimilare il tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni con quello previsto dalla L. n. 203/1982 in riferimento ai rapporti agrari perché radicalmente differenti sia sotto il profilo degli interessi coinvolti (nel settore agrario manca una contrapposizione tra la parte forte e la parte debole del rapporto) sia sotto il profilo delle esigenze da tutelare («[...] *la stabilità dei rapporti, nel caso dei contratti agrari, lo svolgimento del servizio in favore dell'utente nelle telecomunicazioni* [...]»).

Invece il suddetto tentativo di conciliazione è più simile ad altre ipotesi previste nel nostro ordinamento giuridico, quali quelle presenti nel processo giuslavoristico, ed in particolare in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie (art. 443 c.p.c.), in materia di pubblico impiego (D. Lgs. n. 165/2001, art. 65, comma 3) ed in materia di licenziamenti individuali (L. n. 108/1990, art. 5, comma), ovvero nella disciplina della subfornitura (L. n. 192/1998, art. 10, così come abrogato dal D.Lgs. n. 219/2016) e nel settore delle controversie in materia di distribuzione dell'Energia e del Gas.

In tutti questi casi il tentativo di conciliazione è obbligatorio ed il mancato esperimento determina una condizione di improcedibilità; infatti si verificherà un rinvio dell'udienza ad un momento successivo al termine, concesso dal giudice, per dar luogo o per concludere il tentativo (ad ogni modo restano validi gli atti compiuti e ferme le preclusioni già maturate).

Inoltre solo così interpretato, è possibile dare una lettura costituzionalmente orientata dell'istituto. La Corte Costituzionale ha affermato che la previsione di procedure obbligatorie di conciliazione non deve precludere o rendere eccessivamente difficoltoso l'accesso alla tutela giurisdizionale per la parte che non sia soddisfatta dalla composizione preventiva.

Tale interpretazione è la sola ad essere conciliabile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e con il rispetto del diritto alla difesa.

Va ricordato come la Corte di giustizia – sentenza Alassini (C-317/08) – abbia, da un lato, elencato le condizioni che devono tassativamente sussistere affinché il tentativo di conciliazione possa dirsi obbligatorio, e dall'altro lato ribadito che «[...] *assume rilevanza non tanto il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di mediazione scelto dal legislatore nazionale, bensì il fatto il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario sia preservato* [...]».

A tal proposito la Cassazione precisa, infine, come «[...] *condizionando la procedibilità delle domande giudiziali all'esperimento di un tentativo di conciliazione obbligatorio, la normativa italiana abbia introdotto una tappa aggiuntiva da superare prima di poter accedere al giudice ordinario. Tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva qualora all'obbligatorietà si associasse l'imposizione di ulteriori oneri alle parti in grado di comprimere il carattere volontario della mediazione* [...]» intendendosi con ciò «[...] *non la libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, ma il fatto che le parti gestiscono esse il procedimento e possono organizzarsi come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento* [...]».