

Un anno di sentenze
2021-2022

Diritto Civile

a cura di

Giovanni Pagano, Fabrizia Rumma



Giappichelli

Un anno di sentenze
2021-2022

Diritto Civile



Un anno di sentenze
2021-2022

Diritto Civile

a cura di

Giovanni Pagano, Fabrizia Rumma



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-5428-3

Pubblicato nel mese di giugno 2023.

Indice

CORTE COSTITUZIONALE

- Discriminatorio il principio che attribuisce automaticamente il cognome paterno**
(C. Cost., 31 maggio 2022, n. 131) *stralcio a cura di Giovanni Pagano* 16
- La responsabilità civile dei magistrati: risarcibili i danni da lesione dei diritti inviolabili**
(C. Cost., 6 luglio 2022, n. 205) *stralcio a cura di Francesco Taurisano* 19

SEZIONI UNITE

- Decide il giudice ordinario sulla controversia relativa all' idoneità del dirigente medico a svolgere turni notturni e festivi**
(Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 2021, n. 618) *stralcio a cura di Carla Boicchio*
nota di Annunziata Staffieri 22
- Leasing finanziario: fallimento dell'utilizzatore e irretroattività della L.124/2017, commi 136-140**
(Cass. Civ., SS.UU., 28 gennaio 2021, n. 2061) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma*
nota di Saverio Bellocchio 25
- Presupposti per la decorrenza della prescrizione**
(Cass. Civ., SS.UU., 29 gennaio 2021, n. 2146) *stralcio a cura di Carla Boicchio* 30
- Rapporti tra nullità del matrimonio religioso e cessazione degli effetti civili del matrimonio, presupposti dell'assegno divorzile**
(Cass. Civ., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9004) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma*
nota di Michele Emanuele Leo 32
- Adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile**
(Cass. Civ., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9006) *stralcio a cura di Carla Boicchio*
nota di Ilenia Seminerio 37
- Limiti del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo**
(Cass. Civ., SS.UU., 12 aprile 2021, n. 9543) *stralcio a cura di Eleonora Branno*
nota di Alisia Mercurio 41
- Ai fini di provare il perfezionamento della procedura notificatoria non è sufficiente la prova dell'avvenuta spedizione della raccomandata**
(Cass. Civ., SS.UU., 15 aprile 2021, n. 10012) *stralcio a cura di Eleonora Branno*
nota di Eugenia Manescalchi 44
- Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo**
(Cass. Civ., SS.UU., 16 aprile 2021, n. 10105) *stralcio a cura di Eleonora Branno*
nota di Eugenia Manescalchi 47

La natura definitiva o non definitiva di una sentenza si ricava dagli indici di carattere formale desumibili dal contenuto intrinseco della stessa sentenza

(Cass. Civ., SS.UU., 19 aprile 2021, n. 10242) *stralcio a cura di Eleonora Branno* 49
nota di Serena Cosentino

Alla BCE spetta il potere decisionale esclusivo in ordine alle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche

(Cass. Civ., SS.UU., 20 aprile 2021, n. 10355) *stralcio a cura di Eleonora Branno* 52
nota di Vincenzo De Liso

La designazione del beneficiario dei vantaggi di un'assicurazione sulla vita è atto inter vivos, con effetti post mortem

(Cass. Civ., SS.UU., 30 aprile 2021, n. 11421) *stralcio a cura di Eleonora Branno* 56
nota di Elisa Angela Cravero

Apertura del fallimento e decorrenza del termine per la riassunzione del giudizio pendente

(Cass. Civ., SS.UU., 7 maggio 2021, n. 12154) *stralcio a cura di Eleonora Branno* 59
nota di Fabrizio Cesareo

Il procedimento disciplinare si svolge ed è definito con procedura e con valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti

(Cass. Civ., SS.UU., 14 maggio 2021, n. 12902) *stralcio a cura di Eleonora Branno* 63
nota di Letizia Barbero

Il reclamo avverso i risultati delle elezioni per il rinnovo del consiglio dell'ordine degli avvocati

(Cass. Civ., SS.UU., 20 maggio 2021, n. 13872) *stralcio a cura di Eleonora Branno* 66
nota di Roberto Landi

I diritti edificatori hanno natura obbligatoria e non reale

(Cass. Civ., SS.UU., 9 giugno 2021, n. 16080) *stralcio a cura di Ilaria Marrone* 69
nota di Pierandrea Fulgenzi

Sezioni Unite: gli artt. 633 e 636 del Codice di procedura civile, relativi alla procedura ingiuntiva, sono attualmente vigenti e operativi

(Cass. Civ., SS.UU., 8 luglio 2021, n. 19427) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 72

Trasferimento di diritti reali su beni immobili nell'ambito della separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta

(Cass. Civ., SS.UU., 29 luglio 2021, n. 21761) *stralcio a cura di Ilaria Marrone* 74
nota di Fabrizio Cesareo

Con la fusione per incorporazione si estingue la società incorporata e con essa la legittimazione processuale di instaurare un giudizio tramite il suo rappresentante legale

(Cass. Civ., SS.UU., 30 luglio 2021, n. 21970) *stralcio a cura di Ilaria Marrone* 78
nota di Federico Domenico Enrico De Silvo

Garanzia assicurativa e circolazione su aree equiparate a strade di uso pubblico

(Cass. Civ., SS.UU., 30 luglio 2021, n. 21983) *stralcio a cura di Ilaria Marrone* 82

Rapporti tra ordine di esposizione del crocifisso e libertà di insegnamento e di coscienza in materia religiosa

(Cass. Civ., SS.UU., 9 settembre 2021, n. 24414) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 84
nota di Michele Emanuele Leo

La determinazione della giurisdizione sulla base della domanda nel caso di provvedimenti sanzionatori

(Cass. Civ., SS.UU., 21 settembre 2021, n. 25476) *stralcio a cura di Carla Bohicchio* 88
nota di Cesare Valentino

Assegno divorzile e instaurazione di una nuova convivenza di fatto: limiti applicativi

(Cass. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198) *stralcio a cura di Ilaria Marrone* 91
nota di Giuseppe Piccardo

Il motivo sulla nullità della citazione di primo grado per vizi della vocatio in ius onera la Corte alla rinnovazione degli atti compiuti in primo grado

(Cass. Civ., SS.UU., 26 gennaio 2022, n. 2258) *stralcio a cura di Carla Bohicchio* 94

Giudicato implicito per il difetto di giurisdizione non contestato con l'impugnazione della sentenza di primo grado

(Cass. Civ., SS.UU., 3 febbraio 2022, n. 3475) *stralcio a cura di Edvige Pellegrino* 96

Revoca del pagamento in favore del creditore pignoratorio ex art. 67 l. fallimentare e diritto del creditore ad insinuarsi nel passivo del fallimento

(Cass. Civ., SS.UU., 16 febbraio 2022, n. 5049) *stralcio a cura di Francesco Taurisano* 97

Non sussiste la nullità ex art. 1418 c.c. per la fideiussione prestata da un c.d. «confidi minore»

(Cass. Civ., SS.UU., 16 marzo 2022, n. 8472) *stralcio a cura di Giulia Solenni* 99

La vincolatività della statuizione interna sulla giurisdizione viene meno soltanto all'esito della decisione della Corte di Giustizia adita ex art. 267 TFUE

(Cass. Civ., SS.UU., 4 aprile 2022, n. 10860) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 103

I presupposti di applicazione della solidarietà all'obbligazione risarcitoria: concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana da omessa vigilanza

(Cass. Civ., SS.UU., 27 aprile 2022, n. 13143) *stralcio a cura di Daniela Evoluzionista* 106

Agevolazioni IVA sulla prima casa: il diritto sopravvenuto non realizza l'abolitio criminis della dichiarazione mendace

(Cass. Civ., SS.UU., 27 aprile 2022, n. 13145) *stralcio a cura di Lorenzo Litterio* 109
nota di Antonio Borghetti

In caso di revoca di una prestazione assistenziale non è necessario presentare una nuova domanda amministrativa

(Cass. Civ., SS.UU., 9 maggio 2022, n. 14561) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 113

La natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione de residuo

(Cass. Civ., SS.UU., 17 maggio 2022, n. 15889) *stralcio a cura di Ida Faiella* 117

L'assegnazione della casa familiare come tutela dell'interesse dei figli alla continuità della vita familiare

(Cass. Civ., SS.UU., 9 giugno 2022, n. 18641) *stralcio a cura di Daniela Evoluzionista* 119
nota di Cecilia De Luca

L'esistenza di un danno all'immagine della P.A. non dipende dalla qualità soggettiva del responsabile

(Cass. Civ., SS.UU., 12 ottobre 2022, n. 29862) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 123

Occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo: le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento del danno presunto

(Cass. Civ., SS.UU., 15 novembre 2022, n. 33645) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 125

Terzo trasportato danneggiato dal sinistro stradale ed azione diretta ex art. 141 d.lgs 209/2005

(Cass. Civ., SS.UU., 30 novembre 2022, n. 35318) *stralcio a cura di Francesco Taurisano* 129

Maternità surrogata: il provvedimento giudiziario straniero non è automaticamente trascrivibile

(Cass. Civ., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 132

SEZIONI SEMPLICI

Contratti dei consumatori: in caso di fornitura non richiesta il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva

(Cass. Civ., Sez. III, 12 gennaio 2021, n. 261) *stralcio a cura di Giorgio Potenza* 136
nota di Giorgio Potenza

Mancata informazione di possibili malformazioni del feto e responsabilità del medico

(Cass. Civ., Sez. III, 15 gennaio 2021, n. 653) *stralcio a cura di Carla Bochicchio* 140
nota di Martina Durante

Rapporto di conto corrente e mera annotazione contabile: il mutuo s'intende perfezionato?

(Cass. Civ., Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 724) *stralcio a cura di Carla Bochicchio* 143
nota di Anna Pani

Costituisce elemento dell'attivo patrimoniale il credito della società verso i soci che abbiano indebitamente percepito somme di denaro a titolo di utili non effettivamente conseguiti

(Cass. Civ., Sez. I, 20 gennaio 2021, n. 979) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 146
nota di Nicola D'Onofrio

Il ripianamento di debito a mezzo di nuovo credito non integra gli estremi del contratto di mutuo

(Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1517) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 149
nota di Anna Pani

In caso di trasformazione, la norma dell'art. 10 trova comunque applicazione nei confronti dell'ente originario

(Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1519) *stralcio a cura di Fabrizia Rumma* 152
nota di Vito Forte

Provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale e oneri del curatore speciale (Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1471) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Paola Trombetta</i>	155
I crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non sono stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione (Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2021, n. 1724) <i>stralcio a cura di Carla Bochicchio</i> <i>nota di Vito Forte</i>	158
L'ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria dell'atto di scissione societaria (Cass. Civ., Sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153) <i>stralcio a cura di Carla Bochicchio</i> <i>nota di Alessandro Marchetti Guasparini</i>	161
Inadempimento contributivo del datore di lavoro e tutela della posizione assicurativa del lavoratore (Cass. Civ., Sez. Lav., 1 febbraio 2021, n. 2164) <i>stralcio a cura di Giovanni Cirillo</i> <i>nota di Giovanni Cirillo</i>	164
La cessione del credito da parte di una società privata qualificabile come organismo di diritto pubblico (Cass. Civ., Sez. I, 2 marzo 2021, n. 5664) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Alessandro Marchetti Guasparini</i>	169
L'interpretazione di un contratto secondo il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1362 c.c. (Cass. Civ., Sez. I, 26 marzo 2021, n. 8630) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Stefania Cici</i>	172
Contestualità della garanzia ipotecaria rispetto al sorgere dell'originario credito (Cass. Civ., Sez. I, 9 aprile 2021, n. 9193) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i> <i>nota di Saverio Bellocchio</i>	175
La responsabilità della casa farmaceutica per i danni conseguenti a sperimentazione clinica (Cass. Civ., Sez. III, 20 aprile 2021, n. 10348) <i>stralcio a cura di Carla Bochicchio</i> <i>nota di Laura Spotorno</i>	178
Onere della prova in ambito sanitario (Cass. Civ., Sez. VI, 22 aprile 2021, n. 10592) <i>stralcio a cura di Ida Faiella</i>	182
Il possesso non è un diritto tale da modificare la titolarità del bene (Cass. Civ., Sez. II, 30 aprile 2021, n. 11470) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Matteo Tofanelli</i>	183
Nozione di prodotto difettoso e vizio del prodotto: differenze tra art. 117 cod. cons. e art. 1490 c.c. (Cass. Civ., Sez. III, 10 maggio 2021, n. 12225) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Martina Nicolino</i>	187
Intermediazione finanziaria e obblighi informativi: specifica allegazione da parte dell'investitore	

(Cass. Civ., Sez. I, 18 maggio 2021, n. 13517) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Erika Forino</i>	191
Le condizioni per la ripetibilità dell'indebito assistenziale per venir meno dei requisiti reddituali	
(Cass. Civ., Sez. Lav., 20 maggio 2021, n.13917) <i>stralcio a cura di Giovanni Cirillo</i> <i>nota di Giovanni Cirillo</i>	194
Fumi nocivi ed intollerabili emessi dalle canne fumarie	
(Cass. Civ., Sez. VI, 3 giugno 2021, n. 15441) <i>stralcio a cura di Carla Bochicchio</i> <i>nota di Ciro Maria Ruocco</i>	199
Contratto di locazione: inerzia ed abuso del diritto del locatore nei confronti del conduttore	
(Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Amalia Pastore</i>	202
I costi per i lavori di ristrutturazione eseguiti nella casa della ex convivente costituiscono obbligazione naturale se non sono sproporzionati al patrimonio e alle condizioni sociali del solvens	
(Cass. Civ., Sez. VI, 1 luglio 2021, n. 18721) <i>stralcio a cura di Carla Bochicchio</i> <i>nota di Elisa Angela Cravero</i>	207
I danni da infiltrazioni provenienti dal lastrico solare ad uso esclusivo	
(Cass. Civ., Sez. VI, 8 luglio 2021, n. 19556) <i>stralcio a cura di Carla Bochicchio</i> <i>nota di Cesare Mele</i>	210
Contratto di appalto: la responsabilità solidale tra appaltatore, direttore dei lavori e progettista	
(Cass. Civ., Sez. VI, 20 luglio 2021, n. 20704) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Stefania Cici</i>	213
La reintegrazione nel possesso e le azioni in autotutela del proprietario	
(Cass. Civ., Sez. II, 28 luglio 2021, n. 21613) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i> <i>nota di Debora Berta</i>	215
Buoni postali fruttiferi cointestati e conseguenze in caso di morte di uno dei cointestatarì	
(Cass. Civ., Sez. I, 13 settembre 2021, n. 24639) <i>stralcio a cura di Antonia Luigia Corrado</i> <i>nota di Danila La China</i>	217
Rapporto tra esibizione sostanziale e processuale in tema di estratti conto bancari	
(Cass. Civ., Sez. I, 13 settembre 2021, n. 24641) <i>stralcio a cura di Antonia Luigia Corrado</i> <i>nota di Erika Forino</i>	220
L'annullamento del contratto per dolo ai sensi dell'art. 1439 c.c.: è necessaria un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte	
(Cass. Civ., Sez. VI, 24 settembre 2021, n. 25968) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	223
Principi in materia di assunzione in seguito a concorso pubblico	
(Cass. Civ., Sez. Lav., 11 ottobre 2021, n. 27577) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Annunziata Staffieri</i>	224

Il rilievo d'ufficio della nullità si basa solo su fatti accertati e non su fatti ipotetici (Cass. Civ., Sez. Lav., 13 ottobre 2021, n. 36353) <i>stralcio a cura di Ilaria Marrone</i> <i>nota di Laura Calvaruso</i>	228
Sui presupposti della servitù di uso pubblico (Cass. Civ., Sez. II, 19 ottobre 2021, n. 28869) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	232
Bene in comunione fra coniuge defunto e terzo (Cass. Civ., Sez. II, 20 ottobre 2021, n. 29162) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i> <i>nota di Antonella Castaldo</i>	233
Elementi accidentali del contratto: i diversi aspetti della condizione (Cass. Civ., Sez. VI, 4 novembre 2021, n. 31728) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	236
Contratto d'opera e squilibrio economico, non applicabilità dell'art. 33 cod. cons. (Cass. Civ., Sez. VI, 25 novembre 2021, n. 36740) <i>stralcio a cura di Ilaria Marrone</i> <i>nota di Laura Calvaruso</i>	237
Risarcimento del danno da fatto illecito: gli interessi non sono automaticamente dovuti (Cass. Civ., Sez. VI, 26 novembre 2021, n. 36878) <i>stralcio a cura di Ilaria Marrone</i> <i>nota di Roberto Landi</i>	241
La natura giuridica della pronuncia dichiarativa della risoluzione del contratto (Cass. Civ., Sez. VI, 26 novembre 2021, n. 36918) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i> <i>nota di Danilo Marchese</i>	244
In tema di testamento olografo, non rileva l'errore formale nell'indicazione della data (Cass. Civ., Sez. VI, 29 novembre 2021, n. 37228) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i> <i>nota di Giuseppe Piccardo</i>	247
L'estensione della nullità del contratto alla clausola compromissoria (Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2021, n. 37266) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i> <i>nota di Debora Berta</i>	250
Gli effetti dell'attribuzione congiuntiva di beni ereditari (Cass. Civ., Sez. II, 16 dicembre 2021, n. 40426) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Nicola D'Onofrio</i>	252
La validità dell'accordo stipulato tra genitori non coniugati e non conviventi al fine di disciplinare la modalità di sostentamento ai figli (Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2022, n. 663) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i>	256
Quando ricorrono i presupposti dell'azione di garanzia, il compratore, che ha subito danno a causa dei vizi della cosa, può esercitare la sola azione di risarcimento (Cass. Civ., Sez. II, 17 gennaio 2022, n. 1218) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i>	257
Il contratto di compravendita è nullo ex art. 1418 co. 1 c.c. se il debitore trasferisce un bene immobile quale pagamento del debito usurario (Cass. Civ., Sez. II, 17 gennaio 2022, n. 1221) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i>	259

La rivalutazione del credito e il calcolo gli interessi legali sulla somma rivalutata (Cass. Civ., Sez. II, 19 gennaio 2022, n. 1627) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i>	260
L'accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto non costituisce ricognizione tacita del debito (Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2022, n. 2091) <i>stralcio a cura di Ilaria Marrone</i>	261
Azione revocatoria nei confronti dell'imprenditore fallito entro un anno dalla vendita dei beni (Cass. Civ., Sez. II, 25 gennaio 2022, n. 2218) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	263
In tema di collazione, la cessione di quote societarie va tenuta distinta da quella d'azienda (Cass. Civ., Sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 2505) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	265
Ai fini della dimostrazione del possesso non è sufficiente la coltivazione del fondo ed il requisito della non clandestinità sussiste anche nel caso in cui il fondo sia intercluso (Cass. Civ., Sez. II, 28 gennaio 2022, n. 2682) <i>stralcio a cura di Ilaria Marrone</i>	267
Intervento in causa e litisconsorzio necessario (Cass. Civ., Sez. I, 2 febbraio 2022, n. 3252) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i>	269
Il rispetto del c.d. scarto di garanzia e la riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario (Cass. Civ., Sez. I, 9 febbraio 2022, n. 4117) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i>	271
Responsabilità da cose in custodia: il comportamento imprudente del danneggiato interrompe il nesso tra fatto ed evento dannoso (Cass. Civ., Sez. VI, 4 marzo 2022, n. 7173) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	273
Successione necessaria: nella riunione fittizia rientra anche il donatum al non coerede (Cass. Civ., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 8174) <i>stralcio a cura di Ilaria Marrone</i>	274
Emotrasfusioni risalenti nel tempo e responsabilità del Ministero della salute (Cass. Civ., Sez. VI - 3, 15 marzo 2022, n. 8419) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	275
Non compensazione tra indennizzo ex L. n. 210 del 1992 richiesto ed ottenuto dal dante causa e risarcimento iure proprio (Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2022, n. 9223) <i>stralcio a cura di Ida Faiella</i>	276
Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi (Cass. Civ., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9475) <i>stralcio a cura di Edvige Pellegrino</i>	278
La clausola "vista e piaciuta" non può riferirsi ai vizi occulti emersi dopo i normali controlli eseguiti anteriormente l'acquisto (Cass. Civ., Sez. II, 24 marzo 2022 n. 9588) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	280
In tema di danno da lesione della salute, il giudice può incrementare la misura standard con motivazione analitica. (Cass. Civ., Sez. VI, 24 marzo 2022, n. 9612) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i>	281

L'esame clinico strumentale quale mezzo idoneo a fornire la dimostrazione della sussistenza della lesione dell'integrità psico-fisica	
(Cass. Civ., Sez. VI, 24 marzo 2022, n. 9674) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i>	282
Decadenza dalla responsabilità genitoriale	
(Cass. Civ., Sez. I, 24 marzo 2022, n. 9691) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i> <i>nota di Antonio Di Santo</i>	283
La contestazione della riconduzione dei fatti accertati è sindacabile in sede di impugnazione del lodo	
(Cass. Civ., Sez. VI, 25 marzo 2022, n. 9735) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	286
Amministrazione di sostegno: compatibilità tra la normativa interna e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità	
(Cass. Civ., Sez. I, 31 marzo 2022, n. 10483) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	288
Anche la divisione stragiudiziale presuppone l'accettazione tacita dell'eredità	
(Cass. Civ., Sez. VI, 1 aprile 2022, n. 10655) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	290
Negoziato dissimulato: necessaria la forma scritta per ricorrere ai mezzi di prova	
(Cass. Civ., Sez. II, 5 aprile 2022, n. 10933) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i> <i>nota di Cesare Valentino</i>	291
L'adozione e la coesistenza dei legami parentali sia con la famiglia del padre adottivo sia con quelli della famiglia del padre biologico	
(Cass. Civ., Sez. I, 5 aprile 2022, n. 10989) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i>	294
Contratto di compravendita di cose: l'onere della prova del danno da ritardo è a carico dell'acquirente	
(Cass. Civ., Sez. II, 6 aprile 2022, n.11126) <i>stralcio a cura di Carla Bochicchio</i> <i>nota di Cecilia De Luca</i>	295
La prescrizione del diritto al risarcimento del danno cagionato dal reato si inserisce nel quadro generale dell'istituto della prescrizione civile	
(Cass. Civ., Sez. III, 6 aprile 2022, n. 11190) <i>stralcio a cura di Ida Faiella</i>	298
Principio della facoltatività del litisconsorzio in materia di obbligazioni solidali	
(Cass. Civ., Sez. VI, 13 aprile 2022, n. 12060) <i>stralcio a cura di Edvige Pellegrino</i>	300
In materia di danni da contagio, la compensazione tra l'importo dovuto a titolo di risarcimento ed equo indennizzo non può operare qualora l'importo dell'indennizzo non sia determinato né provato	
(Cass. Civ., Sez. III, 15 aprile 2022, n. 12388) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	302
La definizione giurisprudenziale del principio di autoresponsabilità e la portata della garanzia ex art. 1491	
(Cass. Civ., Sez. II, 20 aprile 2022, n. 12606) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i>	304
I rapporti tra la riunione fittizia e l'azione di riduzione	

(Cass. Civ., Sez. II, 5 maggio 2022, n. 14193) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i>	305
Differenze tra preliminare di donazione e pactum fiduciae	
(Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2022, n. 14524) <i>stralcio a cura di Camilla Ragazzi</i>	307
Mutuo perfezionato anche con parte delle somme versate in un deposito cauzionale infruttifero	
(Cass. Civ., Sez. I, 9 maggio 2022, n. 14683) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	308
Corresponsabile il conducente anche se irrazionale la condotta dell'altro	
(Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2022, n. 14947) <i>stralcio a cura di Maria Avossa</i>	310
Videosorveglianza condominiale senza consenso unanime	
(Cass. Civ., Sez. II, 11 maggio 2022, n.14969) <i>stralcio a cura di Daniela Evoluzionista</i>	311
L'illecito endofamiliare si configura dal momento della nascita del figlio, producendo a quest'ultimo una lesione ex art. 2059 c.c.	
(Cass. Civ., Sez. III, 12 maggio 2022, n. 15148) <i>stralcio a cura di Vito Quaglietta</i>	312
Il negozio concluso da falsus procurator si perfeziona con la ratifica del dominus	
(Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2022, n. 15841) <i>stralcio a cura di Maria Avossa</i>	313
Diritto alla detrazione dell'IVA in un soggetto qualificabile come soggetto passivo	
(Cass. Civ., Sez. V, 19 maggio 2022, n. 16091) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i> <i>nota di Antonio Borghetti</i>	314
L'azione di rivendica è proponibile solo nei confronti di chi possiede il bene o è proprietario	
(Cass. Civ., Sez. II, 19 maggio 2022, n. 16271) <i>stralcio a cura di Maria Avossa</i>	319
Nel conflitto tra gli atti traslativi della proprietà dei medesimi cespiti prevale l'atto trascritto per primo	
(Cass. Civ., Sez. II, 20 maggio 2022, n. 16356) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	320
Il professionista non può esperire azione di indebito arricchimento contro l'ente pubblico se il rapporto obbligatorio nasce direttamente con il funzionario	
(Cass. Civ., Sez. II, 24 maggio 2022, n. 16756) <i>stralcio a cura di Maria Avossa</i>	323
Secondo il criterio del "più probabile che non" è necessaria una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo	
(Cass. Civ., Sez. III, 1 giugno 2022, n. 17918) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	324
La cessione di un credito inesistente e l'ambito di applicazione dell'art. 2166 c.c.	
(Cass. Civ., Sez. III, 3 giugno 2022, n. 17985) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	326
Efficacia del contratto di locazione unicamente tra il conduttore e il locatore a non domino	
(Cass. Civ., Sez. III, 7 giugno 2022, n. 18322) <i>stralcio a cura di Vito Quaglietta</i>	329
Contratto di conto corrente: prescrizione decennale dell'azione ex art. 2033 c.c. e riparto dell'onere della prova	
(Cass. Civ., Sez. I, 10 giugno 2022, n. 18815) <i>stralcio a cura di Camilla Ragazzi</i>	330

Sopraelevazione del muro in comproprietà: è legittima? (Cass. Civ., Sez. II, 13 giugno 2022, n. 19040) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	331
L'installazione dell'ascensore sulle parti comuni, a cura di taluni condomini, a loro spese, è legittima ex art. 1102 c.c. (Cass. Civ., Sez. II, 14 giugno 2022, n. 19087) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	332
Come contestare l'autenticità di un testamento olografo: i vari orientamenti giurisprudenziali (Cass. Civ., Sez. II, 14 giugno 2022, n. 19092) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i> <i>nota di Fabio Trolli</i>	334
Al lavoratore spetta un'indennità se il mancato godimento delle ferie dipende da causa a lui non imputabile (Cass. Civ., Sez. Lav., 15 giugno 2022, n. 19330) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	338
Liquidazione del danno da perdita parentale e danno biologico, scelta tra le tabelle milanesi e quelle romane (Cass. Civ., Sez. VI, 23 giugno 2022, n. 20292) <i>stralcio a cura di Vito Quaglietta</i>	340
L'interpretazione del contratto alla luce della buona fede (Cass. Civ., Sez. II, 24 giugno 2022, n. 20434) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i>	341
Fornitura di energia elettrica: incombe sul fornitore l'onere di provare la funzionalità del contatore, ove contestata dal consumatore (Cass. Civ., Sez. III, 7 luglio 2022, n. 21564) <i>stralcio a cura di Giorgio Potenza</i> <i>nota di Giorgio Potenza</i>	342
Violazione del principio di buona fede in pendenza della condizione sospensiva ex art. 1358 c.c. (Cass. Civ., Sez. II, 06 luglio 2022, n. 21427) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	340
Rapporto tra disciplina dell'usura ed interessi moratori e corrispettivi (Cass. Civ., Sez. III, 12 luglio 2022, n. 21973) <i>stralcio a cura di Giovanni Pagano</i>	347
Il coerede che dopo la morte del de cuius sia rimasto nel possesso del bene ereditario può usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso (Cass. Civ., Sez. VI - 2, 18 luglio 2022, n. 22504) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Fabio Trolli</i>	348
La liquidazione del danno alla salute in favore del danneggiato portatore di una pregressa patologia (Cass. Civ., Sez. III, 20 luglio 2022, n. 22724) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i>	352
Locazione commerciale: volontà delle parti nella determinazione del canone e accertamento del divieto di eludere la clausola ISTAT (Cass. Civ., Sez. III, 25 luglio 2022, n. 23145) <i>stralcio a cura di Camilla Ragazzi</i>	354
Il diritto di cronaca e di critica e la responsabilità civile del giornalista rispetto alle dichiarazioni rese dall'intervistato	

(Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2022, n. 23166) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i> <i>nota di Giulia Nespolo</i>	356
Responsabilità per diffamazione a mezzo stampa: criteri di individuazione e liquidazione del danno non patrimoniale	
(Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2022, n. 23175) <i>stralcio a cura di Vito Quaglietta</i>	360
Applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori anche se solo pattuiti	
(Cass. Civ., Sez. I, 1 agosto 2022, n. 23857) <i>stralcio a cura di Giovanni Pagano</i>	361
La forma scritta del contratto di vendita non è integrata dalla quietanza di pagamento	
(Cass. Civ., Sez. II, 4 agosto 2022, n. 24238) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	362
Attribuzione testamentaria di beni determinati: legato o successione universale?	
(Cass. Civ., Sez. II, 5 agosto 2022, n. 24310) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i> <i>nota di Ida Faiella</i>	364
Contratto preliminare di compravendita: integra inadempimento del promittente alienante la mancata consegna o rilascio del certificato di abitabilità	
(Cass. Civ., Sez. II, 5 agosto 2022, n. 24317) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	368
Contratto preliminare: non è vessatoria la clausola che subordina l'efficacia della pattuizione ad un evento futuro e incerto	
(Cass. Civ., Sez. II, 5 agosto 2022, n. 24318) <i>stralcio a cura di Giulia Solenni</i> <i>nota di Vito Quaglietta</i>	370
Mediazione immobiliare: l'onere di diligenza del mediatore non può essere spinto sino al punto di dover assicurare in ogni caso la validità dell'atto	
(Cass. Civ., Sez. II, 9 agosto 2022, n. 24486) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	373
La tipicità dei modi di interruzione della prescrizione e i requisiti del possesso ad usucapionem	
(Cass. Civ., Sez. II, 12 agosto 2022, n. 24802) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i> <i>nota di Ambrogio Ietto</i>	375
Le azioni di rivendicazione e di restituzione ed il rapporto con le difese del convenuto	
(Cass. Civ., Sez. II, 22 agosto 2022, n. 25084) <i>stralcio a cura di Camilla Ragazzi</i>	379
Mediazione immobiliare: avveramento della condizione sospensiva e diritto alla provvigione	
(Cass. Civ., Sez. II, 17 agosto 2022, n. 24838) <i>stralcio a cura di Gianmarco Meo</i>	380
L'indennità di sopraelevazione in presenza di estensione orizzontale	
(Cass. Civ., Sez. II, 22 agosto 2022, n. 25103) <i>stralcio a cura di Giovanni Pagano</i>	381
In tema di servitù, l'aggravamento derivante da diverse modalità di esercizio non è mai in re ipsa, ma va valutato caso per caso	
(Cass. Civ., Sez. II, 22 agosto 2022, n. 25105) <i>stralcio a cura di Vito Quaglietta</i>	383

Amministrazione di sostegno: il giudice tutelare può modificare o integrare d'ufficio le determinazioni assunte in sede di nomina poiché l'istituto in questione mira a conformarsi alle specifiche esigenze di tutela del beneficiario.	
(Cass. Civ., Sez. I, 1 settembre 2022, n. 25855) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	384
Recesso ad nutum del socio: è possibile solo quando la società è contratta a tempo indeterminato e non anche a tempo determinato, sia pure per un lungo periodo	
(Cass. Civ., Sez. I, 5 settembre 2022, n. 26060) <i>stralcio a cura di Vito Quaglietta</i>	386
Responsabilità sanitaria e la lesione del consenso informato	
(Cass. Civ., Sez. III, 5 settembre 2022 n. 26104) <i>stralcio a cura di Giovanni Pagano</i>	388
La distinzione tra azione di rivendicazione e azione di regolamento di confini attiene alla differenza tra conflitto tra titoli di proprietà e conflitto tra fondi	
(Cass. Civ., Sez. II, 15 settembre 2022, n. 27218) <i>stralcio a cura di Ida Faiella</i>	390
Il condominio risponde ai sensi dell'art. 2051 c.c. per i danni cagionati da beni e servizi comuni	
(Cass. Civ., Sez. II, 26 settembre 2022, n. 27989) <i>stralcio a cura di Ida Faiella</i>	392
Calcolo del danno differenziale e personalizzazioni	
(Cass. Civ., Sez. VI, 29 settembre 2022, n. 28327) <i>stralcio a cura di Camilla Ragazzi</i>	395
La registrazione di una conversazione sul luogo di lavoro non giustifica il licenziamento se utilizzata per fini difensivi	
(Cass. Civ., Sez. Lav., 29 settembre 2022, n. 28398) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i>	396
Compravendita: gli accessori vanno obbligatoriamente consegnati all'acquirente salvo diversa ed espressa pattuizione tra le parti	
(Cass. Civ., Sez. II, 3 ottobre 2022, n. 28613) <i>stralcio a cura di Fabrizia Rumma</i> <i>nota di Ambrogio Ietto</i>	397
Componente compensativa dell'assegno divorzile anche in favore di chi ha instaurato una convivenza more uxorio	
(Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 2022, n. 30671) <i>stralcio a cura di Ida Faiella</i>	402
Unità immobiliare oggetto di usufrutto e pagamento oneri condominiali	
(Cass. Civ., Sez. VI, 19 ottobre 2022, n. 30877) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	404
Danno biologico permanente: il giudice ha la facoltà di disporre la rendita vitalizia ex art. 2057 c.c. anche se non richiesta dalla parte	
(Cass. Civ., Sez. III, 25 ottobre 2022, n. 31574) <i>stralcio a cura di Ida Faiella</i> <i>nota di Ida Faiella</i>	405
Necessaria la volontà dell'interessato per l'apertura dell'amministrazione di sostegno	
(Cass. Civ., Sez. I, 4 novembre 2022, n. 32542) <i>stralcio a cura di Francesco Taurisano</i>	410

CORTE COSTITUZIONALE

Discriminatorio il principio che attribuisce automaticamente il cognome paterno

Argomento: Delle Persone e Della Famiglia

(C. Cost., 31 maggio 2022, n. 131)
stralcio a cura di Giovanni Pagano

“(…) 7.1.- L’art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ., nel regolare l’attribuzione del cognome al figlio nato fuori del matrimonio, prevede che «[s]e il riconoscimento è effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori il figlio assume il cognome del padre». La norma riflette la disciplina sull’attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio, che è l’istituto nell’ambito del quale si rinviene la matrice legislativa della regola.

7.2.- Questa Corte, lungo un arco temporale che oramai ha superato il trentennio, è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma oggi all’esame. (...) questa Corte ha ribadito che **«l’attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell’ordinamento e con il valore costituzionale dell’uguaglianza tra uomo e donna»** (sentenza n. 61 del 2006, ripresa dalla successiva ordinanza n. 145 del 2007). (...) dopo ancora due lustri (...) questa Corte, «in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità», ha accolto le questioni di legittimità costituzionale, che le erano state sottoposte, negli stretti limiti tracciati dal petitum.

Ha, dunque, dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non consente «ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno», e ha esteso, in via consequenziale, i suoi effetti sia alla disposizione oggi censurata (l’art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ.), sia a quella sull’attribuzione del cognome all’adottato (maggiore d’età) da parte di coniugi (art. 299, terzo comma, cod. civ.). (...) **Il cognome, insieme con il prenome, rappresenta il nucleo dell’identità giuridica e sociale della persona: le conferisce identificabilità, nei rapporti di diritto pubblico, come di diritto privato, e incarna la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati.** È costante nella giurisprudenza di questa Corte l’affermazione secondo cui il nome è «"autonomo segno distintivo della (...) identità personale" (sentenza n. 297 del 1996), nonché "tratto essenziale della (...) personalità" (sentenza n. 268 del 2002; nello stesso senso, sentenza n. 120 del 2001)» (sentenza n. 286 del 2016), «riconosciuto come un "bene oggetto di autonomo diritto dall’art. 2 Cost." [e, dunque, come] "diritto fondamentale della persona umana" (sentenze n. 13 del 1994, n. 297 del 1996 e, da ultimo, sentenza n. 120 del 2001)» (sentenza n. 268 del 2002).

La norma censurata riguarda, in particolare, il momento attributivo del cognome, che, di regola, è legato all’acquisizione dello status filiationis. Ne consegue che il cognome, quale fulcro - insieme al prenome - dell’identità giuridica e sociale, collega l’individuo alla formazione sociale che lo accoglie tramite lo status filiationis. Il cognome deve, pertanto, radicarsi nell’identità familiare e, al contempo, riflettere la funzione che riveste, anche in una proiezione futura, rispetto alla persona (sentenza n. 286 del 2016). Sono, dunque, proprio le modalità con cui il cognome testimonia l’identità familiare del figlio a dover rispecchiare e rispettare l’eguaglianza e la pari dignità dei genitori.

10.1.- **La selezione, fra i dati preesistenti all’attribuzione del cognome, della sola linea parentale paterna, oscura unilateralmente il rapporto genitoriale con la madre.** A fronte del

riconoscimento contemporaneo del figlio, il segno dell'unione fra i due genitori si traduce nell'invisibilità della donna.

L'automatismo imposto reca il sigillo di una diseguaglianza fra i genitori, che (...) non trova alcuna giustificazione né nell'art. 3 Cost., sul quale si fonda il rapporto fra i genitori, uniti nel perseguire l'interesse del figlio, né - come ha già rilevato questa Corte con riferimento all'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio (sentenza n. 286 del 2016) - nel coordinamento tra principio di eguaglianza e «finalità di salvaguardia dell'unità familiare, di cui all'art. 29, secondo comma, Cost.». È, infatti, «"proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo", poiché l'unità "si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità" (sentenza n. 133 del 1970)» (sentenza n. 286 del 2016). A fronte dell'evoluzione dell'ordinamento, il lascito di una visione discriminatoria, che attraverso il cognome si riverbera sull'identità di ciascuno, non è più tollerabile.

10.2.- L'«importanza di un'evoluzione nel senso dell'eguaglianza dei sessi» viene, del resto, sottolineata anche dalla Corte EDU, che invita alla «eliminazione di ogni discriminazione (...) nella scelta del cognome» (...) gli obblighi internazionali, cui si è vincolato l'ordinamento italiano, sollecitano l'«eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna», «in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari (...), compresa la scelta del cognome» (sentenza n. 61 del 2006, con riferimento all'art. 16, comma 1, lettera g), della Convenzione sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132, nonché alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa n. 1271 del 1995 e n. 1362 del 1998, e, ancor prima, alla risoluzione n. 37 del 1978). Il carattere in sé discriminatorio della disposizione censurata, il suo riverberarsi sull'identità del figlio e la sua attitudine a rendere asimmetrici, rispetto al cognome, i rapporti fra i genitori devono essere rimossi con una regola che sia il più semplice e automatico riflesso dei principi costituzionali coinvolti. Il cognome del figlio deve comporsi con i cognomi dei genitori, salvo - come si dirà (infra punto 12) - loro diverso accordo. La proiezione sul cognome del figlio del duplice legame genitoriale è la rappresentazione dello status filiationis: trasla sull'identità giuridica e sociale del figlio il rapporto con i due genitori. Al contempo, è il riconoscimento più immediato e diretto «del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali» (sentenza n. 286 del 2016).

11.3.- L'illegittimità costituzionale della norma che comportava la preferenza per il cognome paterno rende ora necessario individuare un ordine di attribuzione dei cognomi dei due genitori compatibile con i principi costituzionali e con gli obblighi internazionali. Non si può, infatti, riprodurre - con un criterio che anteponga meccanicamente il cognome paterno, o quello materno - la medesima logica discriminatoria, che è a fondamento della odierna declaratoria di illegittimità costituzionale.

12.- (...) E, invero, quanto prospettato dal Tribunale di Bolzano - ossia il sospetto di illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consente, sulla base di un accordo, di attribuire il solo cognome della madre - si ripropone in termini esattamente speculari anche per la posizione del padre. Chiaramente, nel rispetto dell'imprescindibile legame fra il cognome del figlio e lo status filiationis, il «diverso accordo» resta circoscritto al cognome di uno dei due genitori e incarna la loro stessa volontà di essere rappresentati entrambi, nel rapporto con il figlio, dal cognome di uno di loro soltanto. Su tali premesse, deve ritenersi costituzionalmente illegittima la mancata previsione della citata regola derogatoria, poiché impedisce ai genitori di avvalersi, in un contesto divenuto paritario, di uno strumento attuativo del principio di eguaglianza, qual è l'accordo, per compendiare in un unico cognome il segno identificativo della loro unione, capace di permanere anche nella generazione successiva e di farsi interprete di interessi del figlio. L'accordo può guardare in proiezione futura alla funzione identitaria che svolge il cognome per il figlio e può tenere conto di preesistenti profili correlati allo status filiationis, quale il legame con fratelli o sorelle, che portano il

cognome di uno solo dei due genitori. Potrebbe trattarsi del cognome del padre, come di quello della madre, che potrebbe aver riconosciuto i precedenti figli prima del padre. Né può trascurarsi l'eventualità che i genitori - nell'interesse del figlio - condividano la scelta di trasmettere il cognome del solo genitore che abbia già altri figli, dando così prioritario risalto al rapporto tra fratelli e sorelle. Da ultimo, anche la Corte EDU, nella citata sentenza Cusan e Fazzo contro Italia, ha ravvisato nella «lacuna del sistema giuridico italiano», che non consente l'iscrizione del figlio con il solo cognome della madre «in caso di consenso tra i coniugi», una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU.

13.- In conclusione, sono fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dall'ordinanza di autorimessione n. 25 iscritta al reg. ord. 2021 e dall'ordinanza n. 78 iscritta al reg. ord. 2020 del Tribunale di Bolzano. Ne consegue che, **per poter attribuire al figlio il cognome di uno dei genitori, è necessario il loro accordo, non surrogabile in via giudiziale, in quanto implica la scelta di identificare con il cognome di uno dei genitori il duplice legame con il figlio. In mancanza di tale accordo, devono attribuirsi i cognomi di entrambi i genitori, nell'ordine dagli stessi deciso. Ove difetti l'accordo sull'ordine di attribuzione dei cognomi dei genitori, che è parte della regola suppletiva, si rende necessario dirimere il contrasto e lo strumento che le norme vigenti consentono, attualmente, di approntare è quello dell'intervento giudiziale.** Si deve, pertanto, dichiarare costituzionalmente illegittimo, in riferimento agli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, l'art. 262, primo comma, cod. civ., nella parte in cui prevede, con riguardo all'ipotesi del riconoscimento effettuato contemporaneamente da entrambi i genitori, che il figlio assume il cognome del padre, anziché prevedere che il figlio assume i cognomi dei genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo, al momento del riconoscimento, per attribuire il cognome di uno di loro soltanto. La declaratoria di illegittimità costituzionale della norma relativa all'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio discende, dunque, pianamente, in via consequenziale, dalla illegittimità costituzionale dell'art. 262, primo comma, secondo periodo, cod. civ. (...)

14.2.- Per le medesime ragioni esposte con riferimento alla norma sull'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio, va dichiarata l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 299, terzo comma, cod. civ., il quale, nell'ambito della disciplina sull'adozione del maggiore d'età da parte dei coniugi, dispone che «l'adottato assume il cognome del marito».

14.3.- Sempre per le stesse ragioni illustrate relativamente alla norma sull'attribuzione del cognome al figlio nato nel matrimonio, va dichiarata l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 27 della legge n. 184 del 1983, secondo cui, per effetto dell'adozione, l'adottato «assume e trasmette il cognome» degli adottanti, univocamente interpretato - come si è già anticipato (punto 14.1.) - con riferimento al cognome del marito. Anche l'art. 27 della legge n. 184 del 1983 è, pertanto, costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui prevede che l'adottato assume il cognome degli adottanti, anziché prevedere che l'adottato assume i cognomi degli adottanti, nell'ordine dagli stessi concordato, fatto salvo l'accordo, raggiunto nel procedimento di adozione, per attribuire all'adottato il cognome di uno di loro soltanto.

15.- A corollario delle declaratorie di illegittimità costituzionale, questa Corte non può esimersi dal formulare un duplice invito al legislatore.

15.1.- In primo luogo, si rende necessario un intervento finalizzato a impedire che l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori comporti, nel succedersi delle generazioni, un meccanismo moltiplicatore che sarebbe lesivo della funzione identitaria del cognome.

15.2.- In secondo luogo, spetta al legislatore valutare l'interesse del figlio a non vedersi attribuito - con il sacrificio di un profilo che attiene anch'esso alla sua identità familiare - un cognome diverso rispetto a quello di fratelli e sorelle. (...)”

La responsabilità civile dei magistrati: risarcibili i danni da lesione dei diritti inviolabili

Argomento: Dei fatti illeciti

(C. Cost., 6 luglio 2022, n. 205)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) la Corte di cassazione (terza sezione civile, sentenze 31 maggio 2003, n. 8828 e n. 8827 e 12 maggio 2003, n. 7283, n. 7282 e n. 7281), dopo oltre un ventennio di riflessioni dottrinali incentrate sulla necessità di estendere, a tutela della persona, la risarcibilità dei danni non patrimoniali, ha optato per un’interpretazione adeguatrice alla Costituzione dell’art. 2059 cod. civ. In particolare, la lesione dei diritti inviolabili della persona, di cui all’art. 2 Cost., è stata ascritta ai «casi previsti dalla legge», che ai sensi dell’art. 2059 cod. civ. consentono il risarcimento dei danni non patrimoniali. Più precisamente, sia la previsione, nell’art. 2 Cost., della “garanzia” dei diritti inviolabili della persona, sia il senso stesso dell’invulnerabilità, proiettata nei rapporti orizzontali, sono stati ritenuti idonei a recepire implicitamente il rinvio di cui all’art. 2059 cod. civ. Ai diritti inviolabili della persona non può negarsi la tutela civile offerta dal risarcimento dei danni non patrimoniali che, non differenziando i danneggiati in base alla loro capacità di produrre reddito, assicura una protezione basilare, riconoscibile a tutti e idonea a svolgere una funzione solidaristico-satisfattiva, talora integrata – in presenza di una particolare gravità soggettiva dell’illecito e relativamente alla componente del danno morale – anche da una funzione individual-deterrente.(…) Successivamente, l’intervento nel 2008 di ulteriori sentenze (...) ha consolidato il revirement (...) della necessaria dimostrazione della lesione di un diritto inviolabile della persona al fine di poter conseguire il danno non patrimoniale, sulla base del coordinamento tra art. 2059 cod. civ. e art. 2 Cost. Al contempo, allo stesso presupposto costituito dalla lesione di un diritto inviolabile della persona è stata associata la non risarcibilità di offese bagatellari, in quanto non idonee a coinvolgere in concreto la categoria di cui all’art. 2 Cost. (...).

7.– L’evoluzione ermeneutica dell’art. 2059 cod. civ., pur se ha visto richiamare l’art. 2, comma 1, della legge n. 117 del 1988, quale esempio di «ampliamento dei casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dell’ipotesi di reato, in relazione alla compromissione di valori personali (art. 2 della legge 13/4/1988 n. 117 [...])» (Corte di cassazione, sentenze n. 8828 e n. 8827 del 2003 e, in senso analogo, la sentenza di questa Corte n. 233 del 2003), di fatto ha finito per rendere ancora più evidente il contrasto fra la scelta selettiva operata dall’art. 2, comma 1, della legge n. 117 del 1988 e l’esigenza di una piena tutela risarcitoria di tutti i diritti inviolabili della persona (...).

8.– Esclusa, dunque, una possibile soluzione ermeneutica dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati in merito all’art. 2, comma 1, della legge n. 117 del 1988, l’irragionevolezza che, in contrasto con l’art. 3 Cost., il rimettente lamenta rispetto agli artt. 2 e 32 Cost., si ravvisa nella scelta del legislatore di negare la piena tutela risarcitoria, estesa ai danni non patrimoniali, ai diritti inviolabili della persona diversi dalla libertà personale, che la Costituzione «riconosce e garantisce» all’art. 2 Cost. e ai quali si ascrive certamente anche il diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. La selezione di un unico diritto inviolabile della persona (la libertà di cui all’art. 13 Cost.), cui garantire, a fronte di un illecito civile, piena ed effettiva tutela risarcitoria, appare oggi, con il maturare della consapevolezza circa la rilevanza e le funzioni del risarcimento dei danni non patrimoniali a tutela dei diritti inviolabili della persona, i tratti della irragionevolezza e, dunque, della contrarietà all’art. 3 Cost. (...)

8.1.1.– In primo luogo, la selezione di un solo diritto inviolabile della persona da proteggere con il risarcimento dei danni non patrimoniali, anche fuori dai casi di reato, non è giustificata dalla

specificità dell'illecito civile da esercizio della funzione giudiziaria. L'esigenza di preservare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura rileva nella definizione del confine fra lecito e illecito e nella dialettica tra azione civile diretta nei confronti dello Stato e azione di rivalsa nei riguardi del magistrato. Sono questi i profili della disciplina volti a realizzare il «delicato bilanciamento» tra i principi di cui agli artt. 101 e 103 Cost. e gli interessi di chi risulta «ingiustamente danneggiato» (sentenza n. 164 del 2017, che richiama affermazioni già svolte nella sentenza n. 2 del 1968). Viceversa, una volta delimitato il campo dell'illecito, a beneficio della serenità e dell'autonomia del giudice nello svolgimento delle sue funzioni (sentenze n. 49 del 2022, n. 164 del 2017, n. 18 del 1989, n. 26 del 1987 e n. 2 del 1968), non si ravvisano ragioni idonee a giustificare una compressione di quella tutela essenziale dei diritti inviolabili della persona, che è data dal risarcimento dei danni non patrimoniali. E l'irragionevolezza diviene ancora più evidente, ove si consideri che l'autonomia del magistrato è preservata anche dal carattere indiretto della responsabilità, nonché dai limiti posti all'azione di rivalsa.

8.1.2.– In secondo luogo, se è vero che la libertà personale, di cui all'art. 13 Cost., può ritenersi esposta a subire pregiudizi particolarmente gravi per effetto dell'illecito del magistrato, simile circostanza rileva su un piano meramente di fatto, del tutto inidoneo a giustificare l'esclusione dalla tutela degli altri diritti inviolabili della persona, parimenti suscettibili di subire danni in conseguenza di una acclarata responsabilità del magistrato. Al contempo, pur potendosi ben configurare, in concreto, diversi livelli di gravità dell'illecito, nondimeno è certamente da escludere una astratta differenziazione, rispetto a un rimedio civile che offre una tutela basilare, dei diritti inviolabili della persona, evocatrice, in tale ambito, di una insostenibile gerarchia interna a tale categoria di diritti. (...) **di conseguenza, affermare la possibile liquidazione dei danni non patrimoniali da lesione dei diritti inviolabili della persona non equivale a un ampliamento del raggio dell'illecito, ma implica soltanto un'estensione dei danni risarcibili. Ed è noto che, nell'illecito aquiliano, i danni risarcibili sono sottratti alla sfera di controllo del danneggiante e sono unicamente circoscritti dall'elemento oggettivo costituito dal nesso di causalità giuridica.** 9.– L'art. 2, comma 1, della legge n. 117 del 1988, nel testo antecedente alla modifica apportata dall'art. 2, comma 1, lettera a), della legge n. 18 del 2015, è, dunque, costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui limita il risarcimento dei danni non patrimoniali alla sola lesione della libertà personale, escludendo dalla medesima tutela gli altri diritti inviolabili della persona garantiti dall'art. 2 Cost. (compreso il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.) In definitiva, la norma è costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede il risarcimento dei danni non patrimoniali da lesione di diritti inviolabili della persona anche diversi dalla libertà personale. (...)"

SEZIONI UNITE

Decide il giudice ordinario sulla controversia relativa all'idoneità del dirigente medico a svolgere turni notturni e festivi

Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale

(Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 2021, n. 618)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) Il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, ha attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie aventi ad oggetto i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, dello stesso decreto, ivi comprese quelle relative al conferimento ed alla revoca degli incarichi dirigenziali, e ha contestualmente disposto che il giudice ordinario possa, qualora vengano in questione "atti amministrativi presupposti", procedere alla disapplicazione degli stessi, se illegittimi. Il medesimo art. 63 al comma 4 ha, invece, attribuito alla giurisdizione del giudice amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Nel contesto normativo sopra richiamato si è consolidato l'orientamento giurisprudenziale di queste Sezioni Unite secondo cui in tema di lavoro pubblico la giurisdizione del giudice ordinario costituisce ormai la regola e quella del giudice amministrativo l'eccezione (…).

Questa Corte (...) ha reiteratamente affermato che **il giudizio della Commissione medica deve ritenersi sindacabile da parte del giudice ordinario del lavoro adito per l'accertamento della illegittimità del licenziamento avendo egli, anche in riferimento ai principi costituzionali di tutela processuale il potere-dovere di controllare l'attendibilità degli accertamenti sanitari effettuati dalle citate Commissioni (...)**”.

Nota a cura di
Annunziata Staffieri

Con l'ordinanza in epigrafe le Sezioni Unite hanno arricchito il quadro giurisprudenziale in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in relazione alla tutela del diritto alla salute e, segnatamente, in merito alla domanda di esonero dai turni di guardia medica e dal servizio di reperibilità per motivi di salute.

La vicenda in esame prende le mosse dal ricorso ex art. 700 cpc con il quale un dirigente medico psichiatra, aveva convenuto in giudizio il datore di lavoro innanzi alla magistratura del lavoro di Parma affinché quest'ultimo, in via d'urgenza lo esonerasse, per tutta la durata del giudizio di merito, dall'espletamento dell'attività di guardia medica notturna e festiva nonché dal servizio di reperibilità.

La *Omissis*, nel costituirsi in giudizio, eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice adito in favore della giurisdizione del giudice amministrativo in considerazione del fatto che la domanda proposta dal ricorrente era incentrata sulla contestazione del giudizio formulato dalla Commissione medica, la quale aveva dichiarato il dirigente idoneo alla mansione, sebbene con la prescrizione di limitare

la frequenza dei turni notturni e festivi ad una sola volta al mese sino alla successiva visita del medico competente.

Il giudice del lavoro adito rigettava, in via principale, la domanda cautelare presentata dal ricorrente e dichiarava inoltre cessata la materia del contendere tra le parti relativamente alla richiesta subordinata di condanna della *Omissis* di attenersi alla prescrizione della Commissione Medica.

Nel merito, il giudicante ritenne sussistente, nel caso di specie, la giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di una domanda avente ad oggetto l'idoneità del dirigente allo svolgimento delle mansioni affidategli nell'ambito di un rapporto di natura privatistica e, superando tale questione pregiudiziale, dispose procedersi a CTU medico legale al fine di vagliare la compatibilità tra le condizioni di salute del lavoratore e il servizio di guardia medica notturna e festiva e con i turni di reperibilità. La *Omissis* di Parma proponeva, pertanto, ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione.

Con l'ordinanza in commento le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Com'è noto il rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, tradizionalmente qualificato rapporto di pubblico impiego, ha subito nel corso del tempo un lungo processo di privatizzazione, inaugurato inizialmente con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n.29, e successivamente con il d.lgs. n.80/98 e infine culminato con il d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, che ha sancito l'assimilazione della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni al lavoro privato.

A seguito della riforma il rapporto di lavoro in esame, inizialmente assoggettato a una disciplina pubblicistica e costituito mediante provvedimento amministrativo unilaterale di nomina, successivamente accettato dal dipendente, è stato ricondotto integralmente allo schema privatistico e sottoposto, pertanto, alla disciplina di diritto comune prevista dalle norme del Codice civile, dalla legislazione sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa e dalla negoziazione con le organizzazioni sindacali, che assume la forma di vera e propria contrattazione collettiva.

In tale ottica, l'art. 5, co.2 del d.lgs. n.165/2001 prevede che le determinazioni relative all'organizzazione e alla direzione del lavoro alle dipendenze della Pubblica amministrazione (i cc.dd. atti di "micro-organizzazione") sono assunte con la capacità e i poteri di auto-organizzazione propri di qualsiasi datore di lavoro privato.

Ad oggi l'organizzazione del rapporto di lavoro avviene mediante atti paritetici, regolati dalla disciplina privatistica, che hanno mandato in soffitta i tradizionali provvedimenti amministrativi, espressione del pubblico potere, con conseguente passaggio da una disciplina di carattere unilaterale ad una disciplina di carattere pattizio, espressione di autonomia negoziale.

In sostanza, si è assistito alla nascita del c.d. diritto privato del lavoro che prevede la nuova disciplina applicabile al neo rapporto di pubblico impiego, salvo particolari disposizioni previste per specifiche materie.

Sfuggono alla privatizzazione gli atti di cc.dd. "macro-organizzazione", diretti alla definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, all'individuazione degli uffici di maggiore importanza e dei modi di conferimento della titolarità degli incarichi, alle determinazioni delle dotazioni organiche complessive, adottati dalla PA nell'esercizio di poteri pubblicistici mediante i classici provvedimenti amministrativi, assoggettati a principi e regole pubblicistiche.

È evidente che tale privatizzazione ha determinato anche un mutamento nella qualificazione della posizione giuridica soggettiva del lavoratore che, di fronte ad atti adottati dalla pubblica amministrazione con i poteri del datore di lavoro privato, non vanta più interessi legittimi come in passato, quanto piuttosto diritti soggettivi o, meglio, interessi legittimi di diritto privato, così come definiti

da autorevole dottrina (BIGLIAZZI GERI) e dalla più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. Civile, n. 721/2020).

Sul versante processuale, la citata privatizzazione ha determinato il passaggio dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, salvi alcuni aspetti.

Sul punto, l'art. 63 del d.lgs. n.165/2001 devolve, infatti, *“alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co.2. ad eccezione dei settori non privatizzati, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali, la responsabilità dirigenziale, i comportamenti antisindacali, la contrattazione collettiva, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti”*.

La devoluzione delle controversie al giudice ordinario conosce solo due eccezioni, in cui permane la giurisdizione del giudice amministrativo.

Sono rimasti, infatti, attratti alla cognizione del giudice amministrativo:

- i rapporti cc.dd non privatizzati indicati dall'art. 3, dlgs n.165/2001 (c.d. personale non contrattualizzato: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili; gli avvocati e i procuratori dello Stato; il personale militare e le Forze di polizia di Stato; il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia; i dipendenti di alcune autorità amministrative indipendenti e degli enti pubblici che svolgono attività nell'ambito di determinate materie; il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario e il personale non volontario di leva; il personale della carriera dirigenziale penitenziaria; i professori e i ricercatori universitari)
- gli atti antecedenti alla costituzione del rapporto di lavoro, cioè relativi alle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle PP.AA.

Alla luce del dato normativo e della cospicua elaborazione giurisprudenziale in materia, si può pertanto dire che in tema di lavoro pubblico la giurisdizione del giudice ordinario costituisce attualmente la regola, mentre quella del giudice amministrativo rappresenta invece l'eccezione.

Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, non può revocarsi in dubbio che anche la controversia in esame - avente ad oggetto l'accertamento dell'idoneità del dirigente medico a svolgere turni festivi e notturni nonché il servizio di reperibilità- rientra nella giurisdizione del giudice ordinario in quanto essa attiene alla lesione di un interesse legittimo di diritto privato, cagionata da un atto o da un comportamento posto in essere dalla *Omissis* di Parma con i poteri propri del datore di lavoro privato.

In estrema sintesi, la giurisdizione del giudice ordinario, nel caso in esame, si giustifica con la natura privatistica dell'atto e con la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione giuridica vantata dal dirigente e come tale tutelabile davanti al Giudice ordinario.

Sulla base delle considerazioni su esposte le Sezioni Unite, con l'ordinanza in commento, avallando l'ormai prevalente orientamento della giurisprudenza in materia e in coerenza con il criterio del riparto di giurisdizione fondato sulla causa *petendii* o *petitum* sostanziale, ritengono che la richiesta di un dirigente medico di essere sollevato dal servizio di guardia medica notturna e festiva, nonché dal servizio di reperibilità per motivi di salute, attiene all'accertamento di un interesse legittimo di diritto privato e conseguentemente rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, dovendosi ritenere ininfluenza, ai fini del riparto di giurisdizione, la sussistenza nel caso in commento di un parere di idoneità, con prescrizioni, espresso dalla Commissione medica, il cui giudizio costituisce un mero atto di verifica sanitaria, sempre sindacabile dal giudice ordinario il quale ha il potere e il dovere di controllarne l'attendibilità.

Leasing finanziario: fallimento dell'utilizzatore e irretroattività della L.124/2017, commi 136-140

Argomento: Del contratto di leasing

(Cass. Civ., SS.UU., 28 gennaio 2021, n. 2061)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 4.5.1. - La disciplina recata dalla L. n. 124 del 2017 non ha, però, carattere retroattivo, essendo essa priva degli indici che consentono di riconoscerle efficacia regolativa per il passato, non avendo in tal senso disposto lo stesso legislatore, nè proponendosi la novella di operare una interpretazione autentica di un assetto legale precedente, in quanto essa interviene, in modo innovativo, a colmare una lacuna ordinamentale circa la disciplina del contratto di locazione finanziaria, cui soltanto il formante giurisprudenziale aveva posto rimedio attraverso l'integrazione analogica di cui si è già detto. L'efficacia della legge del 2017 è, dunque, pro-futuro, senza che il legislatore si sia, però, preoccupato di dettare una disciplina intertemporale, avuto riguardo ai rapporti contrattuali in corso di svolgimento al momento della sua entrata in vigore. (...) Deve ritenersi che l'applicazione della nuova legge è consentita, nei confronti di contratto di leasing finanziario concluso antecedentemente alla sua entrata in vigore (...) allorchè, ancora in corso di rapporto, non si siano ancora verificati i presupposti (legali o convenzionali) della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore: ossia non si sia verificato, prima dell'entrata in vigore di detta legge, il fatto generatore degli effetti giuridici derivanti dalla applicazione del diritto previgente. (..) Ed è proprio in ragione di tutte le evidenze appena elencate che il "diritto vivente" ha escluso - in assenza di una eadem ratio e di simili elementi, strutturali e/o funzionali, rilevanti - che la disciplina dettata dall'art. 72-quater L. Fall. potesse trovare applicazione analogica in caso di contratto di leasing finanziario risolto, per inadempimento dell'utilizzatore, prima del fallimento di quest'ultimo, avendo invece rinvenuto la disposizione idonea a colmare la lacuna ordinamentale, in coerenza con i criteri di cui all'art. 12 preleggi, in quella generale codicistica dell'art. 1526 c.c., in ipotesi di leasing traslativo (...).

4.7.2. - In tale prospettiva va allora considerato che, ove la vendita o altra allocazione sul mercato del bene concesso in leasing non avvenga, non vi può essere (come precisato da Cass. n. 15202 del 2018, citata) "in concreto una locupletazione che eluda il limite (...) ai vantaggi perseguiti e legittimamente conseguibili dal concedente in forza del contratto". Per cui resta fermo il diritto dell'utilizzatore "di ripetere l'eventuale maggior valore che dalla vendita del bene (a prezzo di mercato)" ricavi il concedente, "rispetto alle utilità che (quest'ultimo) avrebbe tratto dal contratto qualora finalizzato con il riscatto del bene" (quale tutela già settorialmente tipizzata legalmente, come detto, dallo stesso art. 72-quater L. Fall.). Con l'ulteriore puntualizzazione che, nel caso in cui la clausola penale non faccia riferimento ad una collocazione del bene a prezzi di mercato, essa "dovrà esser letta negli stessi termini alla luce del parametro della buona fede contrattuale, ex art. 1375 c.c." (così ancora Cass. n. 15202 del 2018). Se, invece, il contratto preveda una clausola penale manifestamente eccessiva (acquisizione dei canoni riscossi e mantenimento della proprietà del bene: c.d. clausola di confisca), essa, ai sensi dell'art. 1526 c.c., comma 2, andrà ridotta dal giudice, anche d'ufficio (ove, naturalmente, la penale stessa sia stata fatta oggetto di domanda ovvero dedotta in giudizio come eccezione - in senso stretto - nel rispetto delle preclusioni di rito: Cass., 12 settembre 2014, n. 19272), nell'esercizio del potere correttivo della volontà delle parti contrattuali affidatogli dalla legge, al fine di ristabilire in via equitativa un congruo contemperamento degli interessi contrapposti

(Cass., S.U., n. 18128 del 2005, citata) e, quindi, nella specie dovendo operare una valutazione comparativa tra il vantaggio che la penale inserita nel contratto di leasing traslativo assicura al contraente adempiente e il margine di guadagno che il medesimo si riprometteva legittimamente di trarre dalla regolare esecuzione del contratto (tra le altre, Cass. n. 4969 del 2007, citata, e Cass., 21 agosto 2018, n. 20840). A tal riguardo, tenuto conto delle circostanze concrete del caso oggetto di sua cognizione, occorrerà che il giudice privilegi la soluzione innanzi evidenziata, e, quindi, ferma restando l'irripetibilità dei canoni già riscossi, provveda ad una stima del bene ai valori di mercato al momento della restituzione dello stesso (se il bene non sia stato venduto o altrimenti allocato e, dunque, in tale evenienza costituendosi a parametro i valori rispettivamente conseguiti) e, quindi, detragga il valore stimato dalle somme dovute al concedente, con eventuale residuo da attribuire - in fattispecie (come quella in esame) di fallimento dell'utilizzatore successivo alla intervenuta risoluzione contrattuale - alla curatela. In siffatto contesto, il concedente che aspiri a diventare creditore concorrente ha l'onere di formulare una domanda di insinuazione al passivo, ex art. 93 L. Fall., in seno alla quale, invocando l'applicazione dell'eventuale clausola penale stipulata in suo favore, offra al giudice delegato la possibilità di apprezzare se detta penale sia equa ovvero manifestamente eccessiva; e per consentire siffatta valutazione da parte del giudice delegato, è chiaro onere dell'istante quello di indicare la somma esattamente ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto di leasing, ovvero, in mancanza, di allegare alla sua domanda una stima attendibile del valore di mercato del bene medesimo al momento del deposito della stessa. 4.8. - Il motivo di ricorso in esame è, dunque, infondato e, alla luce delle argomentazioni che precedono, vanno enunciati i seguenti principi di diritto: "A) La L. n. 124 del 2017 (art. 1, commi 136-140) non ha effetti retroattivi e trova, quindi, applicazione per i contratti di leasing finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore (previsti dal comma 137) non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore; sicché, per i contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, rimane valida la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, dovendo per quest'ultimo social-tipo negoziale applicarsi, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. e non quella dettata dall'art. 72-quater L. Fall., rispetto alla quale non possono ravvisarsi, nella specie, le condizioni per il ricorso all'analogia legis, né essendo altrimenti consentito giungere in via interpretativa ad una applicazione retroattiva della L. n. 124 del 2017. B) In base alla disciplina dettata dall'art. 1526 c.c., in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente che aspiri a diventare creditore concorrente ha l'onere di formulare una completa domanda di insinuazione al passivo, ex art. 93 L. Fall., in seno alla quale, invocando ai fini del risarcimento del danno l'applicazione dell'eventuale clausola penale stipulata in suo favore, dovrà offrire al giudice delegato la possibilità di apprezzare se detta penale sia equa ovvero manifestamente eccessiva, a tal riguardo avendo l'onere di indicare la somma esattamente ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto di leasing, ovvero, in mancanza, di allegare alla sua domanda una stima attendibile del valore di mercato del bene medesimo al momento del deposito della stessa. (...)"

Nota a cura di
Saverio Bellocchio

La Suprema Corte di Cassazione, con una importante pronuncia delle Sezioni Unite, ricostruisce il quadro normativo applicabile al contratto di leasing traslativo nel caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, poi fallito.

Un istituto di credito concedeva in locazione finanziaria un capannone industriale ad una società. Detto contratto veniva a scadere senza che la società utilizzatrice avesse esercitato il diritto di opzione per l'acquisto del capannone, risultando altresì inadempiente al pagamento delle ultime rate dovute. Il concedente aveva quindi azionato la clausola risolutiva espressa presente nel contratto, ottenendo un decreto ingiuntivo per l'importo dei canoni non corrisposti. A seguito dell'intervenuto fallimento, nel 2016 dell'utilizzatrice, l'istituto di credito concedente proponeva domanda di insinuazione al passivo del credito maturato per le rate scadute e non pagate.

Tanto il Giudice delegato, quanto il Tribunale adito in sede di opposizione, rigettavano le pretese avanzate dall'istituto di credito, rilevando che il contratto di leasing si era risolto di diritto prima dell'intervenuto fallimento dell'utilizzatrice, sicché doveva ritenersi applicabile l'art. 1526 c.c., secondo cui al concedente deve essere riconosciuto solamente un equo compenso per l'utilizzo della cosa concessa in locazione finanziaria.

Ricorreva quindi per cassazione l'istituto di credito, contestando la ricostruzione operata dai giudici di merito circa la disciplina giuridica applicabile al contratto di leasing traslativo. Questione che ha visto la Terza Sezione civile segnalare l'esigenza che ad esprimersi fossero proprio le Sezioni Unite, al fine di chiarire «la perdurante applicabilità dell'art. 1526 c.c. ai contratti di leasing risolti prima della legge n. 124 del 2017».

Per poter pienamente comprendere la portata sistematica dell'arresto in commento, occorre considerare che storicamente la giurisprudenza ha accolto una netta separazione tra il negozio del leasing di godimento e quello traslativo[1]. Nel primo, ciò che rileva è la funzione economico-sociale del finanziamento che viene concesso per lo scopo di godimento di un bene. Nel leasing traslativo, d'altro canto, il finanziamento è strutturalmente funzionale al trasferimento della proprietà del bene in capo all'utilizzatore, al quale viene quindi riconosciuto un diritto di opzione da esercitarsi alla scadenza del contratto per un prezzo inferiore rispetto al valore residuo del bene, proprio perché in tal caso l'ammontare del canone assorbe non solo il godimento della cosa ma anche una quota del prezzo finale. Da tale *summa divisio* è derivata l'esigenza, anch'essa di matrice giurisprudenziale[2], di tutelare la posizione del concedente in caso di risoluzione per inadempimento del contratto di leasing traslativo, atteso che la prassi negoziale ne escludeva il diritto alla restituzione dei canoni già versati, obbligandolo anzi a titolo di penale al pagamento di quelli ancora dovuti.

Diretta conseguenza di quanto sopra è stata la pacifica, trentennale, applicazione in via analogica dell'art. 1526, dettato dal c.c. in materia di vendita con riserva di proprietà, anche nei casi di risoluzione del contratto di leasing finanziario per inadempimento dell'utilizzatore, cosicché il concedente ha diritto a vedersi restituita la cosa concessa in locazione finanziaria, a un equo compenso per l'uso della stessa e al risarcimento del danno subito ma, dall'altro lato, è tenuto a restituire le rate rimosse in pendenza di contratto. Diversamente, invece, per il contratto di leasing di godimento è l'art. 1458 c.c. a regolare la risoluzione per inadempimento, con la conseguenza che l'utilizzatore è sì tenuto a restituire il bene, ma non ha diritto alla ripetizione delle rate già rimosse.

L'equilibrio del sistema, per come ricostruito dalle pronunce di legittimità e di merito succedutesi nei decenni, è stato scosso alle fondamenta da due interventi del Legislatore. Il primo, nel 2006, ha condotto all'introduzione dell'art. 72 quater nella Legge Fallimentare (di seguito *breviter* L. F.) che, nel disciplinare la sorte del contratto di leasing in caso di fallimento dell'utilizzatore, specifica che in caso di scioglimento del rapporto ad opera del curatore «il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale»[3]. Quindi, con la legge n. 124/2017, il Legislatore ha definitivamente tracciato un quadro normativo organico per i contratti di leasing[4] e in particolare, per quel che

più interessa ai presenti fini, il comma 137 dell'art. 1 stabilisce una disciplina analoga a quella dettata dall'art. 72 quater L.F., affermando che in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'utilizzatore «il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita».

E proprio sulla scorta di tale rinnovato contesto normativo, l'istituto di credito ricorrente ha dedotto l'avvenuto superamento della distinzione tra leasing di godimento e quello traslativo, con la conseguenza per cui in caso di risoluzione per inadempimento per quest'ultimo non troverà più applicazione l'art. 1526 c.c., bensì la disciplina ricavabile dalla legge n. 124/2017 e dall'art. 72 quater L. F.

Ed invero, tali argomentazioni sono state fatte proprie anche da plurime recenti sentenze di legittimità^[5], secondo le quali, a ben vedere, le novità normative introdotte si rifletterebbero anche sui rapporti contrattuali a cui non sarebbero applicabili *ratione temporis*, in virtù di una interpretazione storico-evolutiva che deve necessariamente tenere conto della chiara volontà dell'ordinamento vigente di regolare il contratto di leasing, e l'ipotesi di risoluzione per inadempimento dello stesso, in termini autonomi e diversi rispetto a quanto previsto per la vendita a rate. Motivo per cui anche ai contratti di leasing qualificabili come traslativi, che si siano risolti prima dell'entrata in vigore della legge n. 124/2017, si dovrebbe applicare in via analogica l'art. 72 quater Legge Fallimentare, in quanto espressione del medesimo disegno normativo.

Per risolvere la tensione venutasi a creare in seno alla Suprema Corte stessa, figlia della spinta evolutiva dettata dalle recenti pronunce che predicano l'avvenuto superamento, anche in via *retroattiva*, della distinzione tra leasing di godimento e traslativo, le Sezioni Unite sfoggiano una sentenza-trattato che chiarisce e risolve in maniera certissima la *vexata quaestio*, senza lasciare adito ad ulteriori interpretazioni.

Ritengono le Sezioni Unite che debba condividersi l'orientamento tradizionale «che ha costantemente tratto dall'art. 1526 c.c., in forza di interpretazione analogica, la disciplina atta a regolare gli effetti della risoluzione per inadempimento di contratto di leasing (traslativo) verificatasi prima dell'entrata in vigore della legge n. 124 del 2017 e del fallimento dell'utilizzatore resosi inadempiente». Viene rilevato infatti che se pur è vero che la legge n. 124/2017 ha fatto convergere «in un unico tipo» le due fattispecie di leasing, allo stesso tempo tale disciplina non ha carattere retroattivo. Potrà quindi applicarsi ai contratti di leasing conclusi antecedentemente all'entrata in vigore se e solo se *medio tempore* non si siano verificati i presupposti della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore. Né, a parere delle Sezioni Unite, si potrebbe giungere a ritenere applicabile analogicamente l'art. 72 quater L. F., il quale è norma di natura eccezionale ed esclusivamente endoconcorsuale, potendo trovare applicazione solo a quei contratti in essere al momento del fallimento dell'utilizzatore ma sciolti unilateralmente dal curatore^[6]. Il che quindi conduce infine la Suprema Corte a qualificare il tentativo di applicare analogicamente l'art. 72 quater ad un contratto di leasing finanziario già risolto per inadempimento, frutto non di una interpretazione sistematica ed evolutiva delle norme implicate, bensì di «una operazione disallineata rispetto ai criteri posti dall'art. 12 delle preleggi e avente carattere di dissimulata applicazione retroattiva della stessa legge n. 124 del 2017».

[1] Inaugurata già sul finire degli anni '80 da Cass. Civ., 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574. In dottrina *ex multis* Riva I., *Leasing di godimento v. leasing traslativo: debolezze di una dicotomia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 592.

[2] Sul punto si veda Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65.

[3] Tra la vastissima letteratura formatasi in materia v. Vattermoli, D., *Commento all'art. 72 quater*, in Nigro, A.-Sandulli, M, a cura di, *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, I, 453; Inzitari B., *Nuove riflessioni in tema di leasing nella disciplina dei rapporti pendenti della novella fallimentare (art. 72 quater l. fall.)*, in *Il Caso*, 2006.

[4] Lucchini Guastalla E., *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 179 ss.

[5] Ci si riferisce a Cass. Civ. 29 marzo 2019, n. 8980 e alle seguenti Cass. Civ. 10 maggio 2019, n. 12552; Cass. Civ. 10 luglio 2019, n. 18543; Cass. Civ. 20 agosto 2019, n. 18545; Cass. Civ. 30 settembre 2019, n. 24438; Cass. Civ. 28 ottobre 2019, n. 27545.

[6] In tal senso v. Capizzi A., *In tema di leasing traslativo risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento*, in *Giur. comm.*, 2014, 2, 493.

Presupposti per la decorrenza della prescrizione

Argomento: Della tutela dei diritti

(Cass. Civ., SS.UU., 29 gennaio 2021, n. 2146)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) 4.2 Nel caso in esame, l'erronea sussunzione in effetti sussiste nella forma di trarre dalla norma, correttamente eletta ai fini dell'applicazione, conseguenze giuridiche sulla fattispecie concreta qui sussistente tali da contraddire la pur corretta interpretazione da cui erano state prese le mosse. Invero, il Tribunale ha individuato come norma applicabile per individuare il dies a quo da cui decorre la prescrizione del diritto l'art. 2935 c.c.: in effetti, non l'ha espressamente invocata, ma l'ha lasciata inequivocamente intendere laddove richiama la consolidata giurisprudenza di questa Suprema Corte per cui la decorrenza del termine prescrizionale scatta da quando "il soggetto danneggiato abbia avuto o avrebbe potuto avere - usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche - una sufficiente conoscenza della rapportabilità causale del danno lamentato" (motivazione, pagina 9). Ed è questa, in effetti, la corretta interpretazione dell'espressione "dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere", che l'art. 2935 c.c., presenta in modo netto quanto, peraltro, conciso: la giurisprudenza di legittimità ha elaborato con adeguata attenzione, rapportandolo anche a specie peculiari di diritti soggettivi, il paradigma della possibilità di avvalersi della propria specifica posizione giuridica - rescercizio" che dall'astratta titolarità conduce al concreto vantaggio -, tenendo in conto, come principio insito in ogni specie di diritto soggettivo, che il termine prescrizionale non può essere inteso, quanto alla sua decorrenza, come strumento che non rispetti l'equilibrio sistemico tra i valori coinvolti: da un lato la certezza giuridica - che si riflette, in termini di privato interesse, anche sul soggetto danneggiante -, e dall'altro l'effettività del diritto riconosciuto al danneggiato, id est il conferimento di una possibilità reale, e non quindi meramente astratta, di esercitarlo, quale tutela che ne presiede la sussistenza per un congruo tempo di fruibilità da parte del suo titolare (fondamentale al riguardo è l'insegnamento di S.U. 11 gennaio 2008 n. 576, confermato poi da S.U. 18 novembre 2008 n. 27337 - arresto, quest'ultimo, citato anche nella impugnata sentenza -; la linea interpretativa che ne è discesa è stata descritta, da ultimo, in Cass. sez. 3, ord. 10 giugno 2020 n. 11097).

4.3 Riconosciuto, allora, che la decorrenza della prescrizione non può partire da quando il danno insorge, bensì da quando il danneggiato è posto, per così dire, in una possibilità consapevole di esercitare il diritto ("dal momento in cui il soggetto danneggiato abbia avuto o avrebbe potuto avere - usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche - una sufficiente conoscenza della rapportabilità causale": così, come già si è visto, si esprime la sentenza impugnata), il Tribunale non applica, in effetti, bensì contraddice questo principio di corretta interpretazione in rapporto alla fattispecie concreta accertata. Risulta dalla motivazione, infatti, che il Tribunale ritiene sufficiente per far decorrere il termine prescrizionale la percezione di quanto avvenuto alla luce soltanto di una "normale diligenza": il termine invero decorre "dalla data degli eventi dannosi (8-10 aprile 1992)", cioè dalla esondazione, "perchè la non straordinarietà dell'evento avrebbe potuto essere immediatamente percepita dal danneggiato con la normale diligenza, essendo evidenti sin dall'inizio le carenze di progettazione e di manutenzione delle opere idrauliche poi tardivamente denunciate e il nesso di causalità con i danni" (motivazione, pagine 9-10). E' evidente che, in tal modo, il Tribunale circoscrive ad una "normale diligenza" lo strumento di

percezione, elidendo quello della conoscenza/conoscibilità tecnico-scientifica, che invece avrebbe dovuto essere tenuto in conto proprio perchè nella fattispecie così come concretamente accertata il Tribunale connette il danno in termini di rapportabilità causale non all'episodio di natura meteorologica, bensì, appunto, a "carenze di progettazione e di manutenzione delle opere idrauliche": carenze che, come i ricorrenti rilevano, non potevano certo essere conosciute/conoscibili - ovvero, non potevano essere idonee a rendere concretamente esercitabile il diritto ai sensi dell'art. 2935 c.c., - in modo atecnico, id est non potevano essere percepite, attenendo a opere tecniche, nel momento in cui ancora si conosceva soltanto l'evento della esondazione del fiume.

5. Il Tribunale quindi, applicandola alla concreta fattispecie accertata, ha erroneamente ristretto il portato della pur correttamente interpretata norma pertinente - l'art. 2935 c.c., - restringendo il significato della possibilità di esercizio del diritto ad un presupposto di cognizione/conoscibilità generica e in quanto tale insufficiente qualora la fattispecie necessiti, per identificarne la rapportabilità causale, di una specifica indagine tecnico-scientifica (...)"

Rapporti tra nullità del matrimonio religioso e cessazione degli effetti civili del matrimonio, presupposti dell'assegno divorzile

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9004)

stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 1.3. Orbene, è proprio la riscontrata diversità di natura ed effetti tra la sentenza di nullità e quella di divorzio, più volte ribadita dalla giurisprudenza di legittimità e riconducibile alla diversità di petitum e causa petendi delle relative domande, a giustificare, oltre al riconoscimento della possibilità di una coesistenza tra le due pronunce, nel caso in cui la delibazione della sentenza ecclesiastica intervenga successivamente al passaggio in giudicato di quella di divorzio, l'affermazione dell'inevitabilità della prima ad impedire, nel caso in cui lo scioglimento del vincolo abbia luogo disgiuntamente dalla determinazione delle conseguenze economiche, la prosecuzione del giudizio civile ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.

Se è vero, infatti, che, in assenza di un'espressa domanda in tal senso, il giudicato di divorzio non implica alcun accertamento in ordine alla validità del matrimonio, la quale ne costituisce certamente il presupposto, ma resta estranea all'oggetto del giudizio, consistente esclusivamente nello scioglimento del vincolo coniugale, allora deve concordarsi con la tesi secondo cui non è il predetto accertamento a costituire il titolo giuridico dell'obbligo di corrispondere l'assegno all'ex coniuge, il cui fondamento dev'essere invece individuato nella constatazione dell'intervenuta dissoluzione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla, nonché della necessità di un riequilibrio tra le condizioni economico-patrimoniali dei coniugi, da realizzarsi attraverso il riconoscimento di un contributo in favore di uno di essi. Tale accertamento non inerisce all'atto costitutivo del vincolo coniugale, ma allo svolgimento di quest'ultimo nella sua effettività, contrassegnata dalle vicende concretamente affrontate dai coniugi come singoli e dal nucleo familiare nel suo complesso, anche nella loro dimensione economica, la cui valutazione trova fondamento, a livello normativo, nei criteri indicati dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, comma 6, ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno.

In proposito, è appena il caso di richiamare la più recente giurisprudenza di legittimità, la quale, nel confermare l'individuazione del fondamento di tale contributo in un dovere inderogabile di solidarietà previsto a favore dell'ex coniuge economicamente più debole, anziché nello status di coniuge, destinato a venir meno per effetto dello scioglimento del vincolo (cfr. Cass., Sez. I, 11/05/2018, n. 11533), riconosce allo stesso una funzione non solo assistenziale, ma anche perequativo-compensativa, valorizzandone il collegamento con la vita familiare, attraverso l'individuazione delle relative finalità nell'assicurazione non già dell'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì di un livello reddituale adeguato al contributo concretamente fornito dall'avente diritto alla conduzione della vita familiare ed alle aspettative professionali da lui eventualmente sacrificate (cfr. Cass., Sez. Un., 11/07/2018, n. 18287; Cass., Sez. I, 28/02/2020, n. 5603): aspetti, questi, inerenti al profilo fattuale del rapporto matrimoniale, desumibile dalle scelte di volta in volta compiute nel corso della vita coniugale e dalle concrete ripercussioni sulle condizioni economiche dei coniugi, il cui accertamento non è condizionato dalla validità dell'atto

costitutivo, la quale, come si è detto, rimane estranea all'oggetto del contendere, ma dall'intervenuta disgregazione del nucleo familiare, consacrata nella pronuncia di scioglimento del vincolo coniugale. E poichè tale pronuncia, una volta divenuta definitiva, non resta travolta dal successivo riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica che abbia dichiarato la nullità del matrimonio, la quale ha un oggetto diverso, anche il predetto accertamento risulta insensibile a tale riconoscimento, il quale non preclude quindi la prosecuzione del giudizio ai fini della pronuncia sull'obbligo di corrispondere l'assegno. (...)

1.4. In conclusione, la questione sollevata dalla Prima Sezione civile dev'essere risolta mediante l'enunciazione del seguente **principio di diritto: in tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.** In applicazione di tale principio, deve escludersi, nella specie, che la produzione della sentenza, divenuta definitiva, con cui è stata dichiarata efficace nel nostro ordinamento la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio contratto dalle parti risulti idonea a precludere la prosecuzione del presente giudizio: considerato infatti che la sentenza di primo grado ha costituito oggetto d'impugnazione nella sola parte in cui ha riconosciuto il diritto della controricorrente alla corresponsione dell'assegno divorzile e ne ha determinato la misura, il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio, verificatosi a seguito della proposizione dell'appello e quindi in data anteriore alla deliberazione della sentenza ecclesiastica, consente di escludere l'operatività di quest'ultima, non solo ai fini dello scioglimento del vincolo coniugale, ma anche in ordine alla determinazione delle relative conseguenze economiche, imponendo pertanto di procedere all'esame delle censure proposte con il ricorso per cassazione, (...). In tema di divorzio, questa Corte ha infatti affermato che i criteri previsti dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno dovuto all'ex coniuge devono trovare applicazione in riferimento all'intera durata del vincolo matrimoniale, anziché a quella effettiva della convivenza, dovendosi in particolare comprendere, nella nozione di contributo fornito da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi, non solo quello offerto nel periodo della convivenza, ma anche quello prestato in regime di separazione, soprattutto per quanto riguarda il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli (cfr. Cass., Sez. I, 7/11/1981, n. 5874; 29/05/1978, n. 2684).

Tale principio, espressamente enunciato da alcune risalenti pronunce ed applicato pacificamente anche in seguito, ha recentemente assunto particolare rilievo, per effetto della vicenda giurisprudenziale (successiva alla pronuncia della sentenza impugnata) che ha interessato l'interpretazione della norma citata, la quale ha condotto ad una rimeditazione del rapporto tra i criteri individuati dal legislatore, con il passaggio dalla posizione di primazia assegnata a quello fondato sulla comparazione tra le situazioni economiche e reddituali dei coniugi ad un regime di equiordinazione, nell'ambito del quale ciascuno dei predetti criteri concorre sia all'accertamento della spettanza del contributo che alla liquidazione del relativo importo.

La già citata pronuncia delle Sezioni Unite, componendo un contrasto di giurisprudenza, ha infatti affermato che i criteri di cui alla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, costituiscono nel loro complesso il parametro di riferimento tanto della valutazione relativa all'an debeatur quanto di quella relativa al quantum debeatur, precisando che l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi

economici a disposizione del richiedente, prescritto ai fini della prima operazione, deve aver luogo mediante una valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti che tenga conto anche del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dello avente diritto: tutto ciò in conformità della funzione non solo assistenziale, ma anche compensativa e perequativa dell'assegno divorzile, discendente direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, alla luce del quale deve ritenersi assegnata al contributo in questione la finalità di assicurare non già l'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì un livello reddituale adeguato al contributo da lui fornito nella vita familiare in concreto, tenendo conto in particolare delle aspettative professionali sacrificate (cfr. Cass., Sez. Un., 11/07/2018, n. 18287; Cass., Sez. I, 28/02/2020, n. 5603; 9/08/2019, n. 21234).

In tale contesto, la durata del vincolo coniugale non assume più rilievo esclusivamente ai fini della quantificazione dell'assegno, come ritenuto in precedenza, ma viene in considerazione, unitamente agli altri criteri, anche ai fini dell'accertamento del relativo diritto, e può quindi giustificare l'esclusione, ove, per la sua brevità, non abbia consentito la prestazione di un significativo contributo o il sacrificio di apprezzabili aspettative professionali da parte del richiedente: anche in passato, d'altronde, la precoce interruzione della convivenza veniva ritenuta idonea a giustificare l'azzeramento dell'importo dell'assegno, nei casi eccezionali in cui avesse impedito l'instaurazione di una comunione materiale e spirituale tra i coniugi, e quindi il consolidamento di un comune tenore di vita (cfr. Cass., Sez. VI, 26/03/2015, n. 6164; 22/03/2013, n. 7295; Cass., Sez. I, 16/06/2000, n. 8233). (...)"

Nota a cura di
Michele Emanuele Leo

La Suprema Corte di cassazione è stata chiamata a dirimere un interessante contrasto di giurisprudenza dal seguente tenore: *“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 deliberata dalla Corte d'appello (con sentenza passata in giudicato), solo in presenza di statuizioni economiche assistite dal giudicato o anche in assenza di dette statuizioni, 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 succ. mod., i rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi il cui vincolo sia consacrato in un atto matrimoniale nullo”*.

La vicenda trae origine da una decisione del Tribunale di Lucca con cui, pronunciata la cessazione degli effetti civili del matrimonio, veniva statuito l'obbligo di *omissis* a corrispondere un assegno mensile di 450,00 euro in favore di *omissis* sua ex moglie.

Il detto provvedimento giudiziale veniva impugnato dall'uomo esclusivamente in ordine al riconoscimento dell'assegno divorzile.

All'esito del gravame, la Corte d'appello rigettava la domanda valutando corretta la decisione del Giudice di prime cure sul presupposto che mentre l'uomo, nel tempo, era riuscito a realizzarsi professionalmente, la donna si era ritrovata senza lavoro e senza alcuna entrata economica.

Pertanto, il giudice aveva liquidato l'assegno divorzile secondo quanto già attribuito durante la modifica delle condizioni di separazione.

Avverso la sentenza l'uomo proponeva ricorso per Cassazione contestando la corresponsione dell'assegno all'ex moglie.

Nel corso del giudizio di legittimità questi depositava sentenza della Corte d'appello di Firenze che rendeva *“esecutiva nel nostro ordinamento una sentenza del Tribunale Ecclesiastico Regionale, ratificata dalla Segnatura Apostolica”* che dichiarava la nullità del matrimonio contratto.

Chiedeva, dunque, la cessazione della materia del contendere e di valutare quale prova della durata della breve convivenza intercorsa, le dichiarazioni rese dalla donna nel giudizio ecclesiastico.

A questo punto, ipotizzando un contrasto giurisprudenziale, la prima sezione civile della suprema Corte di cassazione rimetteva la questione alle Sezioni Unite per addivenire ad una soluzione.

Infatti, secondo un precedente e recente orientamento della stessa sezione, la nullità matrimoniale successiva al passaggio in giudicato della cessazione degli effetti civili non avrebbe impedito la prosecuzione del giudizio di divorzio in ordine alla decisione sulla determinazione dell'assegno divorzile *“trattandosi di procedimenti autonomi aventi finalità e presupposti diversi”*.

La base della disamina della detta statuizione si colloca in ordine alla natura dell'obbligo di *“mantenimento dell'ex coniuge”* fondato sull'accertamento *“dell'impossibilità della continuazione della comunione spirituale e morale fra i coniugi stessi...concludendo che la questione della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile non è preclusa quando l'accertamento inerente all'impossibilità della prosecuzione della comunione spirituale e morale fra i coniugi (...) sia passato in giudicato prima della deliberazione della sentenza ecclesiastica di nullità del medesimo matrimonio, come si verifica nell'ipotesi in cui nell'ambito di un unico giudizio la statuizione relativa allo stato sia stata emessa disgiuntamente da quelle inerenti ai risvolti economici”*.

Il detto assunto però secondo l'ordinanza di rimessione, contrasterebbe *“con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di divorzio, che, in riferimento all'ipotesi della sopravvenienza della dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, ne esclude l'incidenza sulle statuizioni di ordine economico conseguenti alla pronuncia di cessazione degli effetti civili, qualora le stesse siano già divenute definitive, riconoscendone invece l'idoneità ad impedire la prosecuzione del giudizio ed a travolgere la stessa sentenza di divorzio, se in ordine a quest'ultima non sia ancora intervenuta la formazione del giudicato”*.

La suprema Corte di cassazione ripercorre alcuni tratti salienti delle precedenti statuizioni sul punto evidenziando che i giudizi che hanno ad oggetto la declaratoria di nullità matrimoniale non rientrano più nella competenza esclusiva dei Tribunali ecclesiastici ben potendo la stessa essere trattata dal giudice civile, pertanto: *“poiché le parti possono ormai dedurre nel processo per la cessazione degli effetti civili del matrimonio la nullità del vincolo matrimoniale, in forza del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, la sentenza di divorzio, pur non impedendo la deliberazione della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dai Tribunali ecclesiastici, impedisce che la deliberazione travolga le disposizioni economiche adottate in sede di divorzio”*. Di conseguenza se la sentenza di divorzio non ha svolto alcun tipo di accertamento sulla validità ed esistenza del matrimonio, nessun impedimento è posto al Tribunale ecclesiastico di deliberare in ordine alla nullità del detto vincolo.

Diversa soluzione, invece, si avrà per le statuizioni di ordine economico che se passate in giudicato non possono più essere oggetto di accertamento.

A dire il vero, secondo l'analisi delle Sezioni unite le decisioni richiamate nell'ordinanza di rimessione non possono considerarsi attinenti alla questione offerta in quanto in un caso *“si riferiscono a casi in cui, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di deliberazione, non era ancora divenuta definitiva la pronuncia di scioglimento del vincolo coniugale (...), ovvero a casi in cui, alla medesima data, era già passata in giudicato la sentenza recante la determinazione delle conseguenze economiche (...), e si limitano ad affermare che nella prima ipotesi il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica impedisce la prosecuzione del giudizio di divorzio, determinando la cessazione della materia del contendere e travolgendo tutte le sentenze eventualmente*

pronunciate, mentre nella seconda ipotesi la pronuncia di divorzio e le statuizioni accessorie rimangono insensibili alla dichiarazione di nullità del matrimonio”.

Neppure di contrasto giurisprudenziale si potrebbe parlare “*argomentando a contrario*” se la sentenza di nullità intervenisse “*dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di scioglimento del vincolo ma prima della determinazione dell’assegno*” investendo il giudizio con conseguente arresto dello stesso.

Ciò che invece le Sezioni unite evidenziano attiene, piuttosto, alla diversità “*di natura ed effetti tra la sentenza di nullità e di divorzio*” le quali scaturiscono da giudizi autonomi “*non solo destinati a sfociare in decisioni di diversa natura (...) ma aventi anche finalità e presupposti differenti*”.

In questo senso le pregresse statuizioni delle Sezioni unite hanno già chiarito che i due giudizi costituiti da *petitum* e *causa petendi* propri comportano conseguenze diverse dal momento che “*la domanda di nullità investe il matrimonio-atto, mentre quella della cessazione degli effetti civili incide sul matrimonio-rapporto*” per cui la declaratoria di nullità matrimoniale non impedisce, se intervenuta dopo il passaggio in giudicato del divorzio, lo svolgimento del “*giudizio civile ai fini dell’accertamento della spettanza e della liquidazione dell’assegno divorzile*”.

Del resto il divorzio ha per oggetto lo scioglimento del vincolo matrimoniale, non certo la sua validità quindi l’obbligo di corresponsione dell’assegno divorzile scaturisce dall’impossibilità dei coniugi a vivere in comunione materiale e spirituale, nella consapevolezza di non riuscire più a ricostruire quanto ormai distrutto. In quest’ottica, la funzione dell’assegno divorzile è “*non solo assistenziale, ma anche perequativo-compensativa*”, elementi che in nessun modo vengono travolti dal successivo provvedimento ecclesiastico di nullità matrimoniale.

Da qui le conclusioni della Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite: “*In tema di divorzio, il riconoscimento dell’efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell’accertamento della spettanza e della liquidazione dell’assegno divorzile*”.

Come è possibile evincere dalla sentenza qui in commento, la suprema Corte ha rigettato *in toto* il ricorso spiegato dall’uomo ivi compreso, in virtù dell’art. 115, 1 co. c.p.c., l’ultimo motivo di impugnazione relativo alla valenza delle dichiarazioni rese dalla donna nell’ambito del giudizio ecclesiastico per non aver contestato le circostanze dedotte dalla stessa nei giudizi pregressi in ordine alla breve durata della convivenza.

Adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 31 marzo 2021, n. 9006)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) Non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante “(…) In conclusione, nel contesto normativo e giurisprudenziale nel quale è maturata la sentenza delle S.U. n. 12193 del 2019 il limite, dovuto alla contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale, al riconoscimento di status genitoriali contenuti in provvedimenti esteri, richiesti da componenti di coppie omoaffettive, è stato individuato esclusivamente nel ricorso alla gestazione per altri, limite peraltro comune anche alle coppie eterosessuali. In particolare, non sono stati ritenuti incidenti sulla valutazione di compatibilità della omogenitorialità con i nostri principi di ordine pubblico internazionale i limiti derivanti dalla legislazione interna in tema di accesso all'adozione legittimante (L. n. 184 del 1983, art. 6) previsto soltanto per le coppie eterosessuali coniugate e dalla legge sulle unioni civili che non ha espressamente esteso alle coppie omoaffettive l'accesso all'adozione legittimante, lasciando tuttavia aperta la strada all'adozione in casi particolari, in quanto già riconosciuta dalla giurisprudenza sulla base delle norme vigenti (L. n. 76 del 2016, art. 1, comma 20). (...) La valutazione di compatibilità, anche in coerenza con le considerazioni svolte nella sentenza della Corte Cost. n. 272 del 2017, è stata, fino ad oggi, compiuta assumendo come principi cardine il diritto del minore alla conservazione dell'identità e della stabilità familiare (Cass. 14007 del 2017) ed il favor verso la continuità degli status filiali da bilanciare, tuttavia, con il limite incompressibile della dignità dei soggetti coinvolti (S.U. 12193 del 2019), senza includere, però, nel perimetro dei principi di ordine pubblico internazionale nè le norme interne che escludono l'accesso alle p.m.a. alle coppie omoaffettive nè quelli che introducono il medesimo limite all'adozione legittimante, attualmente consentita soltanto a coppie unite in matrimonio. La condizione soggettiva costituita dall'eterosessualità della coppia che resiste all'interno del nostro ordinamento anche in relazione all'accesso all'unione matrimoniale, introduce un limite che definisce, allo stato attuale, la disciplina normativa applicabile ad alcuni istituti. Fino ad ora, tale limite non è stato elevato al rango di principio di ordine pubblico internazionale, alla luce della continua e crescente attenzione ad una prospettiva maggiormente inclusiva dei modelli relazionali e familiari che richiedono riconoscimento e tutela, realizzata mediante un'interpretazione aperta dell'art. 2 Cost. (Corte Cost. n. 138 del 2010 e 170 del 2014) e dell'art. 8 Cedu (...). (...) La Corte ritiene che quando si possa riscontrare il "rispetto d'irrinunciabili garanzie" e "in presenza di provvedimenti a contenuto effettivamente adottivo" nell'adozione del modello consensuale che in via esclusiva, o in alternativa all'adozione legittimante è senz'altro molto diffuso nei paesi extra Europei ed in molti paesi Europei (...) non si ravvisa un'aprioristica contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento, dovendosi concentrare il controllo giurisdizionale sul provvedimento con il quale la procedura adottiva si chiude. Sono escluse, ai fini adottivi, le convenzioni meramente private, anche se recepite in atto notarile, ma la previsione normativa (ed il controllo giurisdizionale successivo) dell'effetto della

recisione del rapporto con i genitori biologici per effetto della libera prestazione del consenso non è contrario ai principi di ordine pubblico. (...)”

Nota a cura di
Ilenia Seminerio

Il riconoscimento della genitorialità cd. “sociale” alle coppie *samesex* che adottano un minore è questione che, negli ultimi anni, ha investito sempre più frequentemente le aule dei tribunali civili italiani, richiedendo in più occasioni nientemeno che l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Da qualsiasi angolazione la si guardi, la giurisprudenza che, conseguentemente, si è sviluppata attorno al tema sconta la colpa di essere chiamata a colmare le lacune endemiche di un sistema legislativo interno evidentemente non più adeguato a tutelare la genitorialità, specialmente nelle forme non tradizionali che essa ha repentinamente assunto.

Ne è prova lo sforzo interpretativo con cui le S.U. n. 9006/2021 hanno rigettato il ricorso presentato dal sindaco di un comune italiano avverso l'ordinanza con cui la Corte d'Appello di Milano ordinava la trascrizione nei registri di stato civile del provvedimento giurisdizionale estero di adozione piena e legittimante del figlio minore dell'appellante, un cittadino italiano, naturalizzato statunitense e sposato con un cittadino americano.

Il procedimento, più in particolare, traeva origine dal rifiuto, da parte dell'ufficiale di stato civile italiano, a trascrivere l'*adoption order* emesso dalla *Surrogate Court* di *New York* e presentato dalla coppia omoaffettiva con cui, per l'appunto, il cittadino italiano chiedeva il riconoscimento anche all'interno dell'ordinamento italiano dello *status filiationis* del minore adottato.

L'ufficiale, invero, si opponeva ritenendo si trattasse di un caso di adozione internazionale e che, pertanto, fosse di competenza del Tribunale dei Minorenni; la Corte di Appello di Milano, tuttavia, escludeva tale circostanza e, invocata la propria competenza a decidere, riteneva compatibile con i principi di ordine pubblico internazionale il provvedimento giurisdizionale estero oggetto del *decisum*, disponendone, per l'appunto, la trascrizione.

La questione, inizialmente rimessa alla prima sezione della Corte di Cassazione, veniva, infine, devoluta alle Sezioni Unite con ordinanza interlocutoria n. 29071/2019.

L'iter logico-giuridico della sentenza si sviluppa a partire da un'attenta ricognizione delle norme di diritto internazionale privato ritenute astrattamente applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio.

Vengono, anzitutto, escluse le disposizioni speciali della L. n. 184/1983, concernenti la procedura di adozione internazionale, in quanto il Collegio ritiene ne difettino radicalmente le condizioni soggettive. Viene pure ritenuta inapplicabile la normativa contenuta nel D.P.R. n. 396/2000, posto che, ai sensi degli articoli 95 e 96, il Tribunale ordinario viene dichiarato competente a decidere sul rifiuto dell'ufficiale dello stato civile ad eseguire la trascrizione dei soli atti formati in Italia.

La sola disposizione che secondo il Collegio risulta applicabile al caso di specie è, in definitiva, l'art. 67 della L. n. 218/1995: la norma, invero, per un verso disciplina il procedimento di riconoscimento delle sentenze straniere, e per l'altro, rinviando all'art. 30, comma 1, del d.lgs. 150/11, attribuisce alla Corte d'Appello la competenza a decidere, in unico grado, sull'eventuale rifiuto a trascrivere da parte dell'ufficiale di stato civile.

Dopo aver chiarito questi aspetti, le S.U. ritengono di dover preliminarmente definire il perimetro del sindacato giurisdizionale in tema di riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali esteri.

Il controllo sull'atto, argomenta il Collegio, è limitato ai soli effetti che esso è destinato a produrre all'interno dell'ordinamento e non alla conformità della legge estera, posta a base del provvedimento, alla legge interna regolativa degli stessi istituti: un controllo di tipo contenutistico sul provvedimento non è, pertanto, consentito. Ne consegue che, nel caso di specie, l'oggetto del sindacato verte sulla *“compatibilità dello status genitoriale, di natura intrinsecamente adottiva, acquisito da coppia omogenitoriale maschile con i principi attualmente costituenti l'ordine pubblico internazionale”*.

La concezione che, sul punto, viene condivisa dai giudici è quella consolidatasi con le pronunce delle S.U. n. 16601/17 e 12193: tale giurisprudenza, in un'ottica progressista, riconosce ai principi di ordine pubblico *“non soltanto la funzione di limite all'applicazione della legge straniera ed al riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri”*, ma anche quella di *“promozione e garanzia di tutela dei diritti fondamentali della persona, attraverso i principi provenienti dal diritto dell'Unione Europea, delle Convenzioni sui diritti della persona cui l'Italia ha prestato adesione e con il contributo essenziale della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti umani”*; a tali principi, poi, si aggiungono anche i valori della Costituzione italiana e il complesso di leggi ordinarie, le quali *“come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale”* (S.U. 16601/2017).

Definita la scala valoriale sulla scorta della quale effettuare la verifica di compatibilità del provvedimento estero, il Collegio ne precisa i principi in tema di genitorialità adottiva: vengono alla luce, anzitutto, il principio fondante l'autodeterminazione e le scelte del minore e degli aspiranti genitori (art. 2 Cost e 8 CEDU) ed il principio di origine convenzionale del *the best interest of the child*, ma anche il principio di non discriminazione, volto sia ad evitare ingiustificate disparità di trattamento tra *status* filiale dei minori – i quali, adottivi o meno, godono del diritto all'identità e del diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca il loro sviluppo psico-fisico –, sia a non limitare l'accesso alla genitorialità esclusivamente in base all'orientamento sessuale della coppia richiedente, e il principio solidaristico che, unitamente al diritto vivente, ha ispirato l'opera riformatrice in materia di famiglia, riconoscendo nel nostro ordinamento molteplici modelli di genitorialità adottiva. Eucleato il quadro uniformante di principi di ordine pubblico internazionale che non possono essere travalicati, le S.U. passano, poi, a darne un'interpretazione ordinata, in ossequio alle pronunce che, negli anni, sono state emesse dalla stessa Corte in materia di riconoscimento della genitorialità adottiva.

Chiariscono, anzitutto, che l'orientamento sessuale non incide sull'idoneità del soggetto richiedente all'assunzione della responsabilità genitoriale (sentenza n. 14007/18): tale circostanza, precisano ancora, vale non solo in relazione alle controversie, nate a causa di conflitti familiari, riguardanti l'affidamento di minori (Cass. n. 601/13), ma anche nei casi in cui si discuta proprio dell'accesso all'adozione non legittimante delle coppie omoaffettive (Cass. n.12962/16). Mancano, invero, *“riscontri scientifici sulla inidoneità genitoriale di una coppia formata da persone dello stesso sesso”* e la conferma più rilevante – proseguono, ancora, i giudici – deriva dal *decisum* n. 12193/19, laddove le S.U., pur affermando la contrarietà ai principi d'ordine pubblico internazionale della gestazione per altri, limitano solo a quest'ultimo aspetto il contrasto rilevato, in quanto ritengono *“il divieto interno e la sanzione penale consequenziale espressione di valori fondamentali quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione ma escludono che sia da ricondurre a principio fondamentale dell'ordinamento l'eterosessualità della coppia nella definizione dei limiti al riconoscimento di atti stranieri relativi a status filiali”*. Tale argomento, spiega ancora il Collegio, viene fatto proprio anche dalla Corte costituzionale, la quale, in sue diverse pronunce (n. 221/19, n. 237/19, n. 230/20) ribadisce che la limitazione dell'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle sole coppie eterosessuali non costituisce un valore fondante il sistema, essendo frutto di scelte politiche e legislative mutevoli.

Da siffatta ricostruzione, che abbraccia la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non può che desumersi una sostanziale identità dei principi costituenti l'ordine pubblico internazionale, nel cui complesso, dunque, non rientra la condizione soggettiva di eterosessualità della coppia che accede alla genitorialità, la quale, in definitiva, non osta al riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero oggetto del *decisum*. D'altra parte, spiega infine la Corte, nell'ordinamento coesistono principi di derivazione costituzionale e convenzionale ritenuti preminenti rispetto ad essi, in quanto fondanti i diritti inviolabili della persona: tra questi vengono annoverati il preminente interesse del minore – il quale ha diritto a sviluppare la propria identità in un ambiente affettivo, relazionale e familiare stabile, secondo quanto disposto dall'art. 24 Carta di Nizza e dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo –, ma anche il principio della parità di trattamento tra tutti i figli, nati all'interno e fuori del matrimonio ed anche adottivi (artt. 3 e 31 della Costituzione italiana).

Sulla scorta di tali argomentazione, per come sintetizzate in questa nota, le S.U. concludono, dunque, affermando che *“non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di un minore da parte di coppia omosessuale che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena e legittimante non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione”*.

Limiti del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo

Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale

(Cass. Civ., SS.UU., 12 aprile 2021, n. 9543)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“(...) 3.1 La giurisprudenza delle Sezioni Unite ha reiteratamente evidenziato che il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo può essere esercitato soltanto nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo come mero antecedente logico del fondamento del diritto azionato (S.U. 2244 del 2015). (...) Peraltro, la disapplicazione dell'atto amministrativo è l'esercizio di un potere interno alla giurisdizione ordinaria. **La censura relativa all'illegittimo esercizio di tale potere non involge una questione di giurisdizione ma un error in procedendo (S.U. 23536 del 2019) della Corte d'appello (...).**

4. (...) La dedotta illegittimità del provvedimento (...) costituisce, ove accertata dal giudice competente, cattivo esercizio del potere amministrativo così collocandosi fuori della giurisdizione del giudice ordinario. (...)”

Nota a cura di
Alisia Mercurio

Con la sentenza in esame le Sezioni Unite della Corte della Cassazione si pronunciano sul potere di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario.

La controversia da cui trae origine la decisione riguarda la determinazione della indennità di espropriazione di alcuni fondi da parte della società *omissis*.

Nello specifico, la Corte di Appello di Potenza ha rigettato la domanda proposta dai soggetti espropriati, sul presupposto che il decreto di esproprio, emesso a seguito di diverse proroghe del termine stabilito per la sua emanazione, fosse da ritenersi inutiliter datum perché intervenuto dopo la cessazione della efficacia della dichiarazione di pubblica utilità determinata dalla illegittimità dell'ultima proroga.

A sostegno di tale tesi, la Corte di Appello di Potenza richiama l'art. 13 del D.P.R. n. 327/2001, il quale dispone che nel provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera possa essere stabilito il termine per l'emanazione del decreto di esproprio. Qualora tale termine non sia previsto, il decreto di esproprio deve essere adottato nel termine di 5 anni, decorrente dalla data in cui diventa efficace l'atto dichiarativo della pubblica utilità dell'opera. Tuttavia, l'autorità che ha dichiarato la pubblica utilità dell'opera può disporre la proroga del termine per casi di forza maggiore o per altre giustificate ragioni. La proroga può essere disposta, anche d'ufficio, prima della scadenza del termine e per un periodo di tempo complessivo non superiore a due anni (all'epoca dei fatti, in quanto oggi il periodo di tempo è stato aumentato a 4 anni dall'art. 13 bis, comma 1, lett. b) della L. n. 34/2022).

La Corte ritiene che *omissis* abbia superato tale limite temporale e che il decreto di esproprio sia stato emesso dopo l'ultima scadenza efficace della dichiarazione di pubblica utilità e, pertanto, rigetta la domanda relativa alla giusta indennità di espropriazione e di occupazione.

Il soggetto propone ricorso deducendo la violazione dei criteri di riparto di giurisdizione e l'illegittima disapplicazione del decreto di esproprio da parte della Corte territoriale, fondata sulla inefficacia dell'ultima proroga della dichiarazione di pubblica utilità.

Infatti, secondo la tesi di parte ricorrente, il decreto di esproprio non è stato emesso in carenza di potere, situazione dinanzi alla quale la posizione del privato è di diritto soggettivo, ma con cattivo esercizio del potere con la conseguenza che la posizione del privato è di interesse legittimo e che il giudice ordinario non ha il potere di annullare il provvedimento. Pertanto, la Corte di Appello, nell'accertare l'inefficacia del provvedimento presupposto all'esproprio, ha esorbitato dalla sua giurisdizione.

Quanto alla valutazione di inefficacia del provvedimento di proroga finale, la ricorrente sostiene che il termine di due anni, previsto dall'art. 13 succitato, sia applicabile solo in caso di inerzia della P.A. e non in caso di forza maggiore o altre ragioni sopravvenute di cui sia data congrua motivazione.

La Corte di cassazione accoglie il ricorso e afferma che la Corte di appello di Potenza "non poteva procedere alla disapplicazione del decreto di esproprio che costituiva il fondamento dell'esercizio dell'azione rivolta alla determinazione e liquidazione dell'indennità dovuta in conseguenza dell'esercizio del potere ablativo".

A sostegno di tale affermazione richiama la stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite secondo la quale il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo può essere esercitato soltanto nei giudizi tra privati e solamente nel caso in cui l'atto illegittimo venga in rilievo come mero antecedente logico del fondamento del diritto azionato.

A tal proposito anche il Consiglio di Stato, in una interessante pronuncia del 2020, la n. 6792, nello stabilire la portata del potere di disapplicazione, richiama gli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, i quali prevedono due diverse forme di disapplicazione e afferma che la prima forma di disapplicazione è quella principale che presuppone che l'atto amministrativo sia oggetto di diretta lesione della posizione giuridica fatta valere. In questi casi la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

La seconda forma di disapplicazione, quella incidentale, si ha quando l'atto amministrativo non costituisce l'oggetto diretto della lesione e viene in rilievo soltanto in via, appunto, incidentale. Il terreno di elezione di tale forma di disapplicazione è quello relativo alle controversie tra privati in cui, ai fini della loro risoluzione, può assumere valenza pregiudiziale il giudizio di validità di un atto amministrativo.

Dunque, si tratta del caso in cui viene in rilievo una controversia tra privati e pubblica amministrazione e risulta adottato un provvedimento amministrativo presupposto rispetto a un rapporto giuridico principale in relazione al quale la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Ritornando alla fattispecie in esame, la Corte di cassazione precisa che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, viene in rilievo una controversia in cui l'autorità pubblica che ha emesso il decreto disapplicato è parte e proprio su tale decreto si fonda il diritto azionato dai privati.

Inoltre, la disapplicazione dell'atto amministrativo è esercizio di un potere interno alla giurisdizione ordinaria e la censura relativa all'illegittimo esercizio di tale potere non involge una questione di giurisdizione ma un error in procedendo.

Le questioni di giurisdizione riguardano, infatti, il riparto oppure il difetto assoluto di giurisdizione, mentre ai limiti interni alla giurisdizione attengono gli errori in iudicando o in procedendo, ossia le violazioni delle norme sostanziali o processuali (Sez. Un. 31226/17).

La Corte conclude affermando che il decreto di esproprio è valido ed efficace, in quanto “formalmente successivo e temporalmente rientrante nel termine di scadenza di un provvedimento di proroga emesso dall'autorità amministrativa”.

Il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità è stato, infatti, tempestivamente prorogato dalla autorità espropriante prima della sua scadenza e il decreto di esproprio emanato prima dell'ultima scadenza.

La dedotta illegittimità del provvedimento di proroga costituisce cattivo esercizio del potere amministrativo e si colloca, pertanto, fuori della giurisdizione del giudice ordinario.

Il potere di disapplicazione, come sopra precisato, è invece interno alla giurisdizione del giudice ordinario ed è stato illegittimamente esercitato.

Ai fini di provare il perfezionamento della procedura notificatoria non è sufficiente la prova dell'avvenuta spedizione della raccomandata

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., SS.UU., 15 aprile 2021 n. 10012)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“(…) Ciò posto, come detto, la ricorrente afferma di non avere mai ricevuto la notifica degli atti impositivi prodromici alla cartella esattoriale impugnata ed in particolare, trattandosi pacificamente di notifica "postale diretta" non perfezionatasi con la consegna del plico raccomandato a causa della sua temporanea assenza, di non aver mai ricevuto la "raccomandata informativa" dell'avvenuto deposito degli atti notificandi presso l'ufficio postale (CAD) così come prescritto dalla L. n. 890 del 1982, art. 8, comma 2, seconda parte; afferma altresì che era onere processuale dell'agenzia fiscale provare il contrario (solo) mediante la produzione in giudizio dell'avviso di ricevimento della (seconda) raccomandata contenente detto avviso, non essendo, pacificamente, ciò avvenuto, poiché l'Ente impositore si è limitato a produrre giudizialmente soltanto l'avviso di ricevimento della "prima raccomandata" (quella contenente l'avviso di accertamento notificando), con l'attestazione dell'agente postale della temporanea assenza della destinataria e dell'avvenuta spedizione della "seconda raccomandata" prescritta dalla specifica disposizione legislativa appena citata.

4. La Sezione Quinta civile con la citata ordinanza interlocutoria sottopone dunque alla valutazione delle Sezioni Unite la questione che afferma oggetto di contrasto giurisprudenziale interno alla giurisprudenza di legittimità - se sia sufficiente per il giudizio di rituale perfezionamento della procedura notificatoria in esame la prova offerta dall'Agenzia Omissis (primo avviso di ricevimento con dette attestazioni) oppure necessario, anche ed essenzialmente, che il notificante depositi l'avviso di ricevimento della "raccomandata informativa" (CAD).

In effetti, come puntualmente evidenziato dalla Sezione rimettente, si registra un'evoluzione, piuttosto evidente, della giurisprudenza di questa Corte in ordine a tale questione giuridica. (...)

6. Tuttavia, a partire dalla ordinanza della medesima Sezione Quinta Cass. Civile n. 5077 del 21 febbraio 2019, secondo un diverso orientamento, al verificarsi della fattispecie concreta in esame (notifica a mezzo posta/assenza temporanea del destinatario ovvero di persone idonee alla ricezione dell'atto notificando), per considerare perfezionata la procedura notificatoria è invece necessario verificare in concreto l'avvenuta ricezione della CAD ed a tal fine il notificante è processualmente onerato della produzione del relativo avviso di ricevimento (nello stesso senso, cfr. Cass., 16601/2019, 6363-21714-23921-25140-26078/2020; successive difformi, Cass., 3307033257/2019, che si richiamano all'altro indirizzo ermeneutico).

7. Ritiene il Collegio che debba darsi seguito a questo secondo - più recentemente consolidatosi - orientamento giurisprudenziale.

Non è infatti dubbio che nel sistema della notificazione postale, in caso di mancata consegna del plico contenente l'atto notificando, la comunicazione di avvenuto deposito abbia un ruolo essenziale al fine di garantire la conoscibilità, intesa come possibilità di conoscenza effettiva, dell'atto notificando stesso. (...)

8. In conclusione sul punto, va formulato il seguente principio di diritto:

"In tema di notifica di un atto impositivo ovvero processuale tramite il servizio postale secondo le previsioni della L. n. 890 del 1982, qualora l'atto notificando non venga consegnato al destinatario per rifiuto a riceverlo ovvero per temporanea assenza del destinatario stesso ovvero per assenza/inidoneità di altre persone a riceverlo, la prova del perfezionamento della procedura notificatoria può essere data dal notificante esclusivamente mediante la produzione giudiziale dell'avviso di ricevimento della raccomandata che comunica l'avvenuto deposito dell'atto notificando presso l'ufficio postale (c.d. CAD), non essendo a tal fine sufficiente la prova dell'avvenuta spedizione della raccomandata medesima".

Essendo del tutto pacifico che nel caso in esame la notificante Agenzia Omissis non ha assolto all'onere probatorio in questione in tali termini configurato, devono pertanto affermarsi fondate sia l'eccezione di invalidità della notificazione degli avvisi di accertamento prodromici alla cartella esattoriale impugnata sia la correlata eccezione di invalidità consequenziale di tale atto della riscossione; quindi in ultima analisi deve sancirsi la fondatezza del profilo della censura in oggetto che le ripropone in forma di critica alla difforme pronuncia, ancorchè implicita, del giudice tributario di appello. (...)"

Nota a cura di
Eugenia Manescalchi

La questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte riguarda se, in caso di irreperibilità relativa del destinatario, ai fini del perfezionamento della notifica di un atto processuale tramite il servizio postale, possa considerarsi sufficiente la prova della spedizione della raccomandata informativa (CAD), ovvero se sia invece necessario il deposito dell'avviso di ricevimento di tale raccomandata. La complessità della questione sottoposta ai giudici di legittimità è riconducibile al rischio di considerare notificato un atto che, in realtà, non rientra concretamente nella sfera di cognizione del destinatario. In particolare, nel caso de quo trattavasi di avviso di accertamento tributario non consegnato al destinatario per temporanea assenza del destinatario stesso. All'esito dei primi due gradi di giudizio era stato ritenuto essersi svolta ritualmente la procedura di notificazione e, comunque, affermato l'onere, non soddisfatto dalla ricorrente, di impugnazione degli avvisi di accertamento altresì per vizi di merito.

In forza di un primo indirizzo ermeneutico, la prova del perfezionamento della notifica a mezzo posta poteva essere fornita, in caso di assenza temporanea del destinatario, solo con la produzione in giudizio dell'avviso di ricevimento della raccomandata contenente l'atto notificando con l'attestazione di spedizione della CAD; in base ad una seconda soluzione interpretativa, invece, la prova de qua può essere raggiunta solo se ed in quanto se il notificante produce l'avviso di ricevimento, in quanto esso rappresenta l'unico mezzo per verificare l'effettiva ricezione della CAD.

Le Sezioni Unite, nella sentenza oggetto del presente commento, risolvono il contrasto giurisprudenziale aderendo al secondo orientamento sopra richiamato, ritenendo che la comunicazione di avvenuto deposito abbia un ruolo infungibile al fine di garantire l'effettiva conoscibilità dell'atto oggetto di notifica ed affermano il principio di diritto secondo cui "...la prova del perfezionamento della procedura notificatoria può essere data dal notificante esclusivamente mediante la produzione giudiziale dell'avviso di ricevimento della raccomandata che comunica l'avvenuto deposito dell'atto notificando presso l'ufficio postale (c.d. CAD), non essendo a tal fine sufficiente la prova dell'avvenuta spedizione della raccomandata medesima" (preced. conf: Cass. SS.UU. n. 21928 del

07.09.2018). Nell'accogliere il terzo motivo di ricorso, la Suprema Corte ha ricordato che, alla luce dell'orientamento interpretativo più recente della giurisprudenza di legittimità, non sussiste a carico del contribuente alcun onere di impugnare l'atto, nel caso di specie una cartella esattoriale, per vizi di merito. La diretta conseguenza è che detto onere non può costituire una *ratione decidendi*. Detta interpretazione è da considerarsi costituzionalmente orientata, atteso che la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, L. 890/1982 per violazione dell'art. 24 Costituzione nella parte in cui non prevedeva che, nella fattispecie di assenza di persone idonee al ritiro non venisse appunto data la comunicazione stessa" (in tal senso: Corte Cost. sent. n. 346/1998), nonché dell'art. 140 c.p.c., nella parte in cui prevedeva il perfezionamento della notifica non effettuata a causa di irreperibilità del destinatario sul presupposto della sola spedizione della raccomandata informativa dell'avvenuto deposito dell'atto notificando, invece che con il ricevimento della stessa (in tal senso: Corte Cost., sent. n. 3/2010).

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo

Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale

(Cass. Civ. SS.UU., 16 aprile 2021, n. 10105)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“(…) il riparto di giurisdizione deve muovere dal criterio basilare del *petitum sostanziale*, a sua volta identificabile non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (tra le molte: Cass. SS.UU. n.20350/18; Cass. SS.UU. n.21928/18).

(…) in materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve tenere conto del fatto che si ravvisa interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo, posizione del privato anteriore all'emanazione del provvedimento attributivo del beneficio, ovvero nel caso in cui questo provvedimento venga annullato o revocato in via di autotutela per vizi di legittimità o per il suo contrasto con il pubblico interesse; mentre deve ravvisarsi diritto soggettivo perfetto, e quindi tutelato dal giudice ordinario, qualora la controversia attenga alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione ed all'inadempimento degli obblighi cui il provvedimento attributivo è subordinato (Cass. SS.UU. nn.16896/06; 20422/16, 11587/19 ed altre). (..)”

Nota a cura di
Eugenia Manescalchi

La questione sottoposta alla Suprema Corte attiene all'individuazione del giudice fornito di giurisdizione in tema di risarcimento danni da rilascio di attestazione comunale negativa in conseguenza di una erronea ricognizione dello stato dei luoghi. All'esito del giudizio di prime cure era stato ritenuto fornito di giurisdizione il giudice amministrativo, aderendo all'orientamento ermeneutico minoritario secondo cui la posizione giuridica soggettiva configurabile sarebbe di interesse legittimo pretensivo e che, pertanto, l'attestazione richiesta costituirebbe un atto a carattere valutativo e discrezionale; in particolare, la discrezionalità sarebbe riconducibile alla verifica sulla effettiva sussistenza dei presupposti e dei parametri di degrado. Altro argomento a sostegno di tale tesi sarebbe da rinvenirsi nel fatto che gli attori non erano ancora stati ammessi al contributo regionale dagli stessi richiesti. La Corte di Appello, invece, aveva deciso il procedimento di secondo grado ritenendo fornito di giurisdizione il giudice ordinario, in quanto gli attori avevano prospettato un danno risarcibile per non aver potuto ottenere un finanziamento regionale.

Ricorre per la cassazione di detta sentenza l'Amministrazione comunale, deducendo ex art. 360, comma 1, n. 1, cpc, violazione delle norme sulla giurisdizione. Con sentenza n. 10105 del 14 aprile 2022 la Suprema Corte, afferma che il criterio basilare di riparto è costituito dal *petitum sostanziale*, “(…) a sua volta identificabile non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca

natura della posizione dedotta in giudizio, ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione” (preced. conf: Cass. SS.UU. n. 21928 del 07.09.2018). Nel caso di specie, il petitum non era ricollegabile al diniego di finanziamento, bensì ad un errore commesso dall’Amministrazione comunale.

Le Sezioni Unite, pertanto, nella sentenza oggetto del presente commento, qualificano la posizione giuridica soggettiva dei ricorrenti quale diritto soggettivo. In adesione alle osservazioni del Procuratore generale, la Suprema Corte in definitiva ritiene che il provvedimento richiesto dagli originari attori all’Amministrazione comunale non implicasse la comparazione di interessi pubblici e privati, quanto, piuttosto, la mera ricognizione dello stato dei luoghi. Si specifica, anzi, che detta ricognizione nel caso di specie costituiva atto dovuto e non il risultato di discrezionalità amministrativa e/o di comparazione autoritativa di interessi contrapposti.

I giudici di legittimità, in definitiva, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale adottando una interpretazione di tipo sistematico, affermano il principio di diritto secondo cui “(...) deve ravvisarsi diritto soggettivo perfetto, quindi tutelato dal giudice ordinario, qualora la controversia attenga alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione ed all’inadempimento degli obblighi cui il provvedimento attributivo è subordinato”. Conformemente al precedente richiamato, si statuisce che la controversia rientra nella giurisdizione ordinaria atteso che ha contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo né un potere di intervento della Pubblica Amministrazione a tutela di interessi generali, né sia coinvolto l’esercizio, da parte della medesima, di poteri discrezionali e/o valutativi.

La natura definitiva o non definitiva di una sentenza si ricava dagli indici di carattere formale desumibili dal contenuto intrinseco della stessa sentenza

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., SS.UU., 19 aprile 2021, n. 10242)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“(…) Ai fini dell'individuazione della natura definitiva o non definitiva di una sentenza che abbia deciso su una delle domande cumulativamente proposte tra le stesse parti, deve aversi riguardo agli indici di carattere formale desumibili dal contenuto intrinseco della stessa sentenza, quali la separazione della causa e la liquidazione delle spese di lite in relazione alla causa decisa.

Tuttavia, qualora il giudice, con la pronuncia intervenuta su una delle domande cumulativamente proposte, abbia liquidato le spese e disposto per il prosieguo del giudizio in relazione alle altre domande, al contempo qualificando come non definitiva la sentenza emessa, in ragione dell'ambiguità derivante dall'irriducibile contrasto tra indici di carattere formale che siffatta qualificazione determina e al fine di non comprimere il pieno esercizio del diritto di impugnazione, deve ritenersi ammissibile l'appello in concreto proposto mediante riserva (…)”

Nota a cura di
Serena Cosentino

La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza in commento, *“riguarda la verifica dei criteri ai quali ricorrere per pervenire alla corretta individuazione della natura definitiva o meno della sentenza, ai fini del regime di impugnazione applicabile e della possibilità per la parte di proporre impugnazione differita”*. In particolare, nel caso di specie, il giudice aveva qualificato la sentenza come non definitiva pur liquidato le spese di lite, determinando con detta qualifica l'affidamento della parte che aveva regolato di conseguenza la propria attività processuale.

L'art. 277 c.p.c. fissa, infatti, il principio della sentenza unica su tutte le domande ed eccezioni, ammettendo, tuttavia, in deroga a tale regola, che il giudice *“può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria una ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza”*.

Applicazione di detta deroga sono gli artt. 278 c.p.c. (condanna generica) e 279 c. 2 n. 4 c.p.c. (il giudice non definisce il giudizio ma risolve questioni attinenti alla giurisdizione, questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito). Contro le sentenze previste dall'articolo 278 e dall'art. 279 c. 2 n. 4 l'impugnazione può essere differita mediante l'esercizio, ad opera della parte soccombente, della riserva d'appello da esercitare entro il termine per appellare e, in ogni caso, non oltre la prima udienza dinanzi al giudice istruttore successiva alla comunicazione della sentenza stessa (art. 340 c.p.c.).

La legge n. 581/1950, modificando l'impianto originario del Codice di procedura civile, ha reso facoltativa la riserva di gravame permettendo l'impugnazione immediata, prima esclusa, e ha determinato così la necessità di distinzione fra sentenze definitive non definitive.

Fino agli anni novanta la giurisprudenza di legittimità non aveva assunto un orientamento uniforme sull'identificazione della natura definitiva o meno delle sentenze che decidono solo alcune delle domande cumulate essendosi formati essenzialmente due filoni. Il primo, c.d. sostanzialista, riteneva necessario al fine della qualificazione della sentenza come definitiva o no, indagare sul contenuto della sentenza, verificando, in particolare, se con la stessa fosse stato esaurito l'intero rapporto processuale. Il secondo filone, c.d. formalista, riteneva invece che la valutazione della definitività o meno della sentenza si sarebbe dovuta ricavare dall'omessa o intervenuta adozione di un provvedimento formale di separazione delle cause connesse, ai sensi dell'art. 279 c.p.c., comma 2, n. 5.

Le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate più volte a favore della tesi formalista: con la sentenza del 1° marzo 1990, n. 1577; con due sentenze dell'8 ottobre 1999, nn. 711 e 712 e, più di recente, con la sentenza del 28 aprile 2011 n. 9441.

L'evoluzione giurisprudenziale è giunta ad enucleare i seguenti punti fermi: *“a) allorquando si sia generato, fra le stesse parti, un cumulo oggettivo di cause (ai sensi degli artt. 104, 36 in dipendenza della proposizione di domanda riconvenzionale, 34 in virtù della formulazione di domanda di accertamento incidentale o per legge, per effetto di riunione dei processi ex artt. 40 e/o 274 c.p.c.), si configurerà la possibilità di scegliere fra la pronuncia di una sentenza non definitiva su una singola domanda e la pronuncia di una sentenza definitiva parziale, ricadendosi nella seconda ipotesi solo allorché la separazione sia esplicitamente statuita dal giudice nella pronuncia della sentenza, oppure allorché la sua intenzione di separare la causa non decisa e di farne l'oggetto di un residuo ma distinto rapporto processuale, sia resa palese dall'avvenuta disciplina delle spese in ordine all'esito della controversia già decisa;*

1. b) allorquando si tratti, invece, di un cumulo litisconsortile di cause (insorto ai sensi degli artt. 103 o 105, comma 1, o art. 40 e/o 274 ovvero, per effetto di chiamata in causa di terzi, ex artt. 106 e, entro certi limiti, 107 c.p.c.), consegue che ogni sentenza, che definisca integralmente la pendenza delle controversie che concernano uno dei litisconsorti facoltativi attivi o passivi, od anche uno degli intervenienti o uno dei chiamati in causa, dovrà considerarsi sentenza definitiva e contenere, perciò, la pronuncia sulle spese e, per quanto possibile, un'espressa statuizione di separazione delle restanti cause relative solo agli altri litisconsorti facoltativi;

2. c) nel caso in cui si versi in una ipotesi di cumulo solo oggettivo di due cause fra le stesse parti e le cause stesse non presentino alcun nesso di condizionamento o di subordinazione o di pregiudizialità e possano, quindi, dar luogo alla pronuncia di una sentenza parziale definitiva con separazione dell'altra causa ancora non matura per la decisione, bisogna ritenere che operi pienamente la disciplina della scelta fra l'impugnazione immediata e la riserva di impugnazione differita.” (Corte di Cassazione, sentenza n. 6993 del 25.3.2011).

Le Sezioni Unite della Cassazione confermano detti principi evidenziando come il criterio formale di qualificazione della sentenza risponde ad un criterio di assoluta chiarezza ed è l'unico idoneo a tutelare l'affidamento della parte che, ricorrendone le condizioni, si vede attribuita la facoltà di proporre la riserva di gravame.

Gli indicatori formali che assumono rilevanza ai fini della qualifica della sentenza sono intrinseci nella sentenza ed immediatamente percepibili e sono individuati dalla giurisprudenza nel provvedimento di separazione delle cause e nella condanna alle spese. Assume, inoltre, rilievo l'espressa qualificazione della sentenza come definitiva o non definitiva che ne fa il giudice.

Nel caso oggetto della controversia, tuttavia, sussisteva una qualificazione della sentenza dissonante rispetto agli altri indici formali, in quanto la pronuncia era stata qualificata come non definitiva dall'estensore ma nella stessa erano state liquidate le spese di lite.

Ritengono le Sezioni Unite che tale anomalia sia occasione per verificare la tenuta del criterio formale anche alla luce dell'elaborazione *“dottrinale e giurisprudenziale che attribuisce rilevanza al diritto impugnazione quale fondamentale del diritto all'azione”*.

Il diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio è, infatti, principio cardine dell'ordinamento sancito dagli artt. 24 e 111 della Costituzione e dalle fonti internazionali: art. 47 della Carta di Nizza, art. 19 del Trattato sull'Unione Europea, art. 6 Carta Europea dei Diritti dell'Uomo. L'applicazione sostanziale di tale principio impone di tutelare l'affidamento della parte processuale e, a fronte di una espressa qualificazione della sentenza come non definitiva, garantire il diritto a proporre appello mediante riserva anche nel caso in cui siano state liquidate le spese di lite.

Al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, allora, *“non resta che privilegiare, in presenza di contrasto irriducibile fra indici formali di segno opposto intrinseci al provvedimento giurisdizionale che si traduca in una irrisolvibile ambiguità per la parte soccombente, la soluzione che consenta alla stessa l'esercizio nel caso concreto del potere di impugnazione, altrimenti irrimediabilmente compromesso, riconoscendo l'ammissibilità dell'appello proposto mediante riserva”*.

Le Sezioni Unite hanno, pertanto, fissato il seguente principio di diritto: *“Ai fini dell'individuazione della natura definitiva o non definitiva di una sentenza che abbia deciso su una delle domande cumulativamente proposte tra le stesse parti, deve aversi riguardo agli indici di carattere formale desumibili dal contenuto intrinseco della stessa sentenza, quali la separazione della causa e la liquidazione delle spese di lite in relazione alla causa decisa.*

Tuttavia, qualora il giudice, con la pronuncia intervenuta su una delle domande cumulativamente proposte, abbia liquidato le spese e disposto per il prosieguo del giudizio in relazione alle altre domande, al contempo qualificando come non definitiva la sentenza emessa, in ragione dell'ambiguità derivante dall'irriducibile contrasto tra indici di carattere formale che siffatta qualificazione determina e al fine di non comprimere il pieno esercizio del diritto di impugnazione, deve ritenersi ammissibile l'appello in concreto proposto mediante riserva”.

Alla BCE spetta il potere decisionale esclusivo in ordine alle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche

Argomento: Diritto bancario

(Cass. Civ., SS.UU., 20 aprile 2021, n. 10355)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“(…) vanno affermati i seguenti principi: -nell'unione bancaria creata tra gli Stati dell'eurozona, il Meccanismo di vigilanza unico (MVU) di cui al Regolamento (UE) n. 1024/2013 presuppone che il potere decisionale esclusivo in ordine alle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche appartenga alla BCE; -il coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione della decisione della BCE non mette in dubbio la qualificazione degli atti delle autorità nazionali centrali (ANC) come atti dell'Unione, perché come affermato dalla Corte di giustizia con la sentenza 19 dicembre 2018 (causa C-219/17) per tutti gli atti, nel quadro normativo e procedimentale previsto dal Meccanismo di vigilanza unico, sono tappa di un procedimento unitario nel quale la BCE esercita, essa sola, il potere decisionale; -trattandosi del potere di un'istituzione dell'Unione, sull'esercizio di esso grava la competenza esclusiva del giudice dell'Unione dal punto di vista del controllo di legittimità di tutti gli atti, pure intermedi o preparatori, e pure in applicazione della legislazione nazionale ove il diritto dell'Unione riconosca differenti opzioni normative agli Stati membri; cosa che esclude ogni competenza giurisdizionale nazionale in controversie relative alla sorte degli atti del medesimo procedimento, anche ove ne sia fatta valere la contrarietà a un giudicato nazionale nel contesto della giurisdizione di ottemperanza. (…)”

Nota a cura di
Vincenzo De Liso

Il presente contributo prende in esame una decisione delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione che si sono occupate di un argomento che riveste una fondamentale importanza nel contesto dell'integrazione europea: i c.d. procedimenti amministrativi composti dell'Unione.

Tali procedimenti – detti anche di co-amministrazione – vedono congiuntamente protagonisti amministrazioni nazionali e comunitarie ed esprimono una situazione di contitolarità della funzione amministrativa tra due livelli operativi.

La rilevanza della pronuncia si apprezza sia per la rilevanza degli aspetti processualistici del procedimento composto esaminato e sia per l'affermazione del principio secondo il quale nell'unione bancaria, il Meccanismo di vigilanza unico presuppone che il potere decisionale esclusivo in ordine alle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche appartenga alla BCE e che il coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione della decisione della BCE non mette in dubbio la qualificazione degli atti delle autorità nazionali centrali come atti dell'Unione.

Tali atti, infatti, nel quadro normativo e procedimentale previsto dal Meccanismo di vigilanza unico, sono tappa di un procedimento unitario nel quale la BCE esercita, essa sola, il potere decisionale.

La vicenda trae origine dal provvedimento della Banca d'Italia del 7 ottobre 2014 con cui l'ente, ai sensi dell'art. 19 del Tub modificato dalla direttiva 2013/36/UE (recepita in Italia col d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72), ha ordinato alla *omissis* che deteneva circa il 30% delle quote azionarie della *omissis* S.p.A., holding finanziaria controllante Banca *omissis*, a seguito della condanna definitiva inflitta al suo azionista di maggioranza per il delitto di frode fiscale, di procedere al trasferimento in *trust* della partecipazione eccedente così da consentire al trust di vendere a sua volta la partecipazione sul mercato nell'arco temporale di trentasei mesi dall'istituzione.

Il provvedimento è stato successivamente annullato dal Consiglio di Stato con sentenza 3 marzo 2016, n. 882, sul presupposto che il requisito dell'onorabilità previsto dal novellato art. 19 Tub andasse applicato solo alle future partecipazioni azionarie e non a quelle pregresse.

In pendenza di detto giudizio, tuttavia, la società finanziaria *omissis* S.p.A. veniva assorbita mediante fusione per incorporazione "inversa" dalla sua controllata. Sicchè la *omissis* diveniva titolare di una partecipazione qualificata non più in una SPFM, bensì direttamente in una banca.

Per tale motivo la Banca d'Italia, ritenendo necessaria un'apposita autorizzazione, ha avviato d'ufficio il procedimento disciplinato dall'art. 15 del regolamento dell'Unione n. 1024 del 15 ottobre 2013. Tale procedimento è terminato con il provvedimento del 25 ottobre 2016 dove la BCE, su proposta negativa della Banca d'Italia, si è opposta al mantenimento della partecipazione qualificata di *omissis* S.p.A. nella Banca *omissis*, riconoscendo che l'azionista di maggioranza e titolare effettivo di *omissis* S.p.A. non soddisfacesse il requisito di onorabilità prescritto dalla normativa comunitaria per i detentori di partecipazioni qualificate negli istituti creditizi.

Omissis S.p.A. ha reagito dapprima impugnando il provvedimento della Banca centrale europea dinanzi al Tribunale dell'Unione Europea (Causa T-913/16) e, contestualmente, adendo il Tar Lazio affinché annullasse gli atti della Banca d'Italia preparatori alla medesima decisione della BCE; infine, ha esperito dinanzi al Consiglio di Stato azione di ottemperanza al giudicato di cui alla sentenza 882 del 3 marzo 2016, deducendo la nullità degli atti coi quali la Banca d'Italia aveva avviato il nuovo procedimento autorizzativo della fusione perché emessi in violazione o elusione di giudicato. Nel corso di questo giudizio, il Consiglio di Stato ha sollevato una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione chiedendo di stabilire se esso avesse la competenza per sindacare gli atti di matrice nazionale interni al procedimento autorizzativo disciplinato dall'art. 15 del regolamento dell'Unione n. 1024 del 15 ottobre 2013 e se rientrasse o meno nella competenza del giudice dell'UE l'eventuale azione di nullità degli atti per asserita violazione o elusione di giudicato nazionale, esercitata nell'ambito del peculiare giudizio di ottemperanza previsto dall'ordinamento processuale amministrativo di diritto interno.

In risposta, la Corte di Giustizia, Grande sezione, con la sentenza C-219/17 del 19 dicembre 2018 ha chiarito che il «*coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione di tali atti non può mettere in dubbio la qualificazione dei medesimi come atti dell'Unione, volta che tutti gli atti, nell'ambito normativo e procedimentale appena esposto, sono tappa di un procedimento nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali*». Pertanto, «*spettando unicamente al giudice dell'Unione di valutare se la legittimità della decisione della BCE del 25 ottobre 2016 sia stata inficiata da eventuali vizi degli atti preparatori emanati dalla Banca d'Italia quale ANC, una tale competenza non può che escludere ogni competenza giurisdizionale nazionale avverso i suddetti atti*».

Sulla scorta di tali conclusioni, il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile l'azione di ottemperanza promossa da *omissis* S.p.A. ed è proprio contro questa decisione che è stato proposto il ricorso per cassazione per rifiuto di giurisdizione ai sensi dell'art. 111, co. 8 della Costituzione oggetto della presente disamina.

In linea con quanto deciso dal giudice comunitario e dal Consiglio di Stato, l'impugnativa dinanzi alla Suprema Corte è stata integralmente respinta perché nella «*materia delle acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche, l'attribuzione dei poteri decisionali spetta, secondo il Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, alla BCE nel contesto di un procedimento parimenti unitario di cui fanno parte gli atti delle autorità nazionali centrali. La circostanza che le decisioni terminali della BCE debbano essere sottoposte al controllo di legittimità della giurisdizione della UE, anche di riflesso ai vizi degli atti intermedi delle ANC, e anche in applicazione della normativa nazionale dei singoli Stati, ove rilevante in base alle opzioni esplicitamente riconosciute agli Stati membri, è una mera conseguenza della suddetta architettura procedimentale unitaria. Pertanto, il rimedio dell'ottemperanza semplicemente non può essere esercitato, in concreto, col fine di sindacare gli atti preparatori delle ANC, poiché anche codesti sono infine atti interni di un procedimento dell'Unione, non soggetti, come la decisione finale, ad altri che alla giurisdizione Europea*»

I procedimenti di amministrazione sono stati per lungo tempo oggetto di dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. La questione dibattuta riguarda il riparto di giurisdizione tra la magistratura interna e quella europea rispetto agli atti procedimentali. Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal momento che i procedimenti composti si snodano in varie fasi di competenza nazionale o europea, il giudice interno e quello europeo hanno giurisdizione nei confronti degli atti delle rispettive amministrazioni tutte le volte in cui essi abbiano carattere vincolante e definitivo.

Nella sentenza oggetto della nostra indagine, tuttavia, occorre segnalare un ulteriore elemento di novità che riguarda l'impugnazione degli atti interni al procedimento: questi, infatti, a prescindere dall'autorità che li adotta, devono seguire il regime d'impugnazione dell'atto definitivo, sia esso di provenienza nazionale o sovranazionale. Pertanto, secondo la Cassazione, nei procedimenti composti dell'Unione europea deve prevalere la regola generale per cui gli atti endoprocedimentali seguono la sorte dell'atto conclusivo. Tale conclusione non è di poco conto perché consente alla Corte di giustizia di estendere il proprio controllo agli atti delle autorità nazionali che siano prodromici a un provvedimento finale adottato da un'istituzione dell'Unione. Ciò accentua sempre di più l'interconnessione e la convergenza esistente tra i sistemi giuridici degli Stati dell'eurozona e quello comunitario.

Un'altra questione che viene affrontata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento è quella relativa al nesso tra giudicato nazionale e diritto dell'Unione. Il problema si è posto perché – come si è visto – *omisis* S.p.A. ha lamentato che la sentenza definitiva del Consiglio di Stato n. 882/2016 avesse già statuito sul suo legittimo possesso di azioni nella società finanziaria *omisis* S.p.A. e, pertanto, la nuova procedura autorizzativa avviata dalla Banca d'Italia si doveva considerare elusiva del giudicato interno e dunque sanzionabile col rimedio dell'ottemperanza. Nell'affrontare la questione, la Corte di Cassazione ha, innanzitutto, evidenziato la diversità dei provvedimenti adottati nel tempo dalla Banca d'Italia.

Trattandosi di due atti diversi, manca la consequenzialità tra il provvedimento annullato dalla sentenza del Consiglio di Stato e il successivo atto amministrativo che, a detta dei ricorrenti, ne avrebbe riprodotto elusivamente il contenuto dispositivo.

Allo stesso tempo, la Corte di Cassazione ha posto l'attenzione sulla specifica competenza della Banca d'Italia nel procedimento per controllare gli assetti proprietari delle banche evidenziando che i suoi atti debbano essere considerati “intermedi” rispetto alla decisione finale della BCE.

Sul versante del riparto di competenza tra gli Stati membri e le istituzioni europee, ciò implica che l'autorità del giudicato interno debba cedere il passo alla superiorità del diritto dell'Unione il quale «*non conosce ostacoli nel diritto nazionale quando vengano in considerazione le regole comunitarie inderogabili in tema di competenza decisionale. Il che d'altronde è coesenziale all'affermazione di esistenza di un ambito di sovranità Europea non tangibile, a fronte del quale il giudicato nazionale deve recedere per forza, salvo ammetterne una*

potenziale efficacia disgregante». Quest'ultimo, sebbene sia stato affrontato solo marginalmente, è senza dubbio il nodo più intricato dell'intera vicenda decisa dalla Cassazione.

La designazione del beneficiario dei vantaggi di un'assicurazione sulla vita è atto inter vivos, con effetti *post mortem*

Argomento: Dei contratti assicurativi

(Cass. Civ., SS.UU., 30 aprile 2021, n. 11421)

stralcio a cura di Eleonora Branno

“(…) Essendo la designazione del beneficiario dei vantaggi di un'assicurazione sulla vita, quale che sia la forma prescelta fra quelle previste dal secondo comma dell'art. 1920 c.c., atto inter vivos con effetti post mortem, da cui discende l'effetto dell'immediato acquisto di un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione, la generica individuazione quali beneficiari degli «eredi [legittimi e/o testamentari]» ne comporta l'identificazione soggettiva con coloro che, al momento della morte dello stipulante, rivestano tale qualità in forza del titolo della astratta delazione ereditaria prescelto dal medesimo contraente, indipendentemente dalla rinuncia o dall'accettazione della vocazione. (...)”

6.2. (...) la natura inter vivos del credito attribuito per contratto agli «eredi» designati quali beneficiari dei vantaggi dell'assicurazione esclude l'operatività riguardo ad esso delle regole sulla comunione ereditaria, valevoli per i crediti del de cuius, come anche l'automatica ripartizione dell'indennizzo tra i coeredi in ragione delle rispettive quote di spettanza dei beni caduti in successione. (...) la prestazione assicurativa vede quali destinatari una pluralità di soggetti in forza di una eadem causa obbligandi, costituita dal contratto. Rispetto alla prestazione divisibile costituita dall'indennizzo assicurativo, come in ogni figura di obbligazione soggettivamente complessa (...), ove non risulti diversamente dal contratto, a ciascuno dei beneficiari spetta una quota uguale. (...)”

Nota a cura di
Elisa Angela Cravero

Con la pronuncia resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite del 30.4.2021, la Cassazione ha definitivamente preso posizione (contraria) rispetto all'orientamento diffusosi nel 2015, dalle Sezioni Semplici del medesimo consesso, che, in tema di polizza assicurativa a favore degli eredi, pretendeva l'applicazione delle norme successorie sia per l'individuazione dei soggetti beneficiari, sia per la misura delle quote spettanti ai medesimo in virtù del liquidando indennizzo.

Invero, come è ben rappresentato dalle motivazioni ampiamente argomentate nel testo integrale della sentenza in commento, la giurisprudenza maggioritaria (dalla più risalente sentenza del 1994, ripresa nel 2000 alle ordinanze nn. 26606/2016 e 25635/2018) è sempre stata propensa a riconoscere natura contrattuale in capo alla polizza stipulata dal contraente a favore di soggetto terzo nel caso di morte del primo, nel senso che *“il diritto del beneficiario alla prestazione dell'assicuratore trova fondamento nel contratto ed è autonomo, cioè non derivato da quello del contraente”*. Pertanto, nel caso di espressa indicazione degli eredi quali beneficiari, l'orientamento prevalente applicava la materia successoria unicamente nell'accertamento della qualità di erede, indipendentemente dalla delazione, lasciando alle norme in tema di interpretazione della volontà dello stipulante la determinazione del

criterio di ripartizione dell'indennizzo, che, in caso contrario, residuava spazio all'eguaglianza delle quote.

Tale principio, tuttavia, aveva condotto gli Ermellini nel 2015 (con sentenza n. 19210) a interrogarsi non tanto sull'origine del diritto di liquidazione delle somme da parte dell'assicuratore, quanto sulla presunzione della volontà dello stipulante nel ritenere che i destinatari indicati quali "eredi testamentari o legittimi" dovessero necessariamente essere individuati secondo la successione vocata, con conseguente ripartizione della quota secondo le porzioni ereditarie, di fatto trattando il credito di cui alla polizza quale credito trasmissibile iure successionis e ricadente in comunione ordinaria, con conseguenze fortemente divergenti rispetto a quanto sopra esposto, in applicazione dell'art. 1920 c. 3 c.c.

Dunque, al fine di comporre il contrasto esistente in materia, le Sezioni Unite sono intervenute per chiarire definitivamente 3 punti emersi dalla scia delle sentenze di cui sopra e precisamente:

"a) se in materia di assicurazione sulla vita in favore di un terzo, in presenza della diffusa formula contrattuale, presente anche nel contratto in esame e genericamente riferita ai "legittimi eredi", detta espressione sia meramente descrittiva di coloro che, in astratto, rivestono la qualità di eredi legittimi o se debba intendersi, invece, che sia riferita ai soggetti effettivamente destinatari dell'eredità. b) se la designazione degli eredi in sede testamentaria possa interferire, in sede di liquidazione di indennizzo, con la individuazione astratta dei legittimi eredi. c) se, in tale seconda ipotesi, il beneficio indennitario debba ricalcare la misura delle quote ereditarie spettanti ex lege o se la natura di "diritto proprio" sancita dalla norma (cfr. articolo 1920 c.c., u.c.) imponga una divisione dell'indennizzo complessivo fra gli aventi diritto in parti uguali".

Con riferimento al primo quesito, la Corte ha richiamato l'espressa applicazione della disciplina del contratto a favore di terzo, specificando come, nel caso della polizza vita, il diritto del terzo sorga per il solo fatto della designazione, cosicché egli possa rivolgersi direttamente al promittente assicuratore per ottenere la prestazione. Ebbene, tale terzo, qualora individuato direttamente nelle condizioni di polizza quale "erede" senza alcuna specifica, implica l'assunzione della qualità di beneficiario direttamente in capo ai delati per testamento o per legge *"delineando così una pluralità di creditori per una identica prestazione divisibile e un'identità di causa credendi"*.

Se ne ricava, dunque, l'esclusione della natura mortis causa del negozio, il quale si definisce semmai come negozio inter vivos ma con effetti differiti, post mortem dello stipulante, con conseguente irrilevanza delle vicende relative alla successione (accettazione o rinuncia all'eredità), divenendo invece decisiva, ai fini della questione sub a), la qualifica di chiamato all'eredità rivestita al momento della morte del contraente, atteso che l'indennizzo non entra a far parte del patrimonio del defunto".

Invero, riprendendo l'orientamento già espresso nel 2016, trovando il diritto dei beneficiari fonte nel contratto di assicurazione, non vi è alcuna coincidenza con i soggetti che siano poi stati effettivamente chiamati all'eredità, dovendo intendersi la qualifica di "eredi legittimi" unicamente descrittiva e di individuazione dei terzi rispetto al contratto, segnatamente coloro che, in astratto, avendo riguardo alla qualità esistente al momento della morte dell'assicurato, siano i successibili per legge, indipendentemente della effettiva vocazione.

Si ricordi come rientrino nel patrimonio del defunto unicamente quei diritti di credito di cui alle polizze i cui beneficiari non siano in qualche modo determinati o determinabili. Identico discorso deve essere fatto circa l'erede del beneficiario premorto allo stipulante, posto che in tal caso, seppur il primo terzo sia stato identificato, il diritto di credito entrato nella sua sfera deve necessariamente essere ricondotto in quelli trasmissibili iure hereditatis e certamente non iure proprio, in applicazione delle norme successorie.

Proseguendo poi con il secondo quesito di cui sub b), sulla scorta di quanto sin qui esposto, è evidente come *“ove il contraente assicurato abbia designato specificatamente come beneficiari i propri eredi legittimi, la successiva istituzione di uno o più eredi testamentari non opera quale nuova designazione né quale revoca del beneficio attribuito con la polizza, quest’ultima configurandosi solo se fatta con le forme dell’art. 1921 c.c. e allorché comunque risulti una inequivoca volontà o tal senso”*.

Operano, infatti, su piani distinti, l’intenzione di disporre delle proprie sostanze e l’assegnazione a terzi del diritto contrattuale alla prestazione assicurativa.

Ne discende, dunque, l’applicazione degli artt. 1920 e ss c.c. anche per quanto sub c), atteso che, trattandosi di atto inter vivos, non possano certamente operare le regole sulla comunione ereditaria, valevoli per i crediti del de cuius, come anche l’automatica ripartizione dell’indennizzo tra i coeredi in ragione delle rispettive quote. Tuttavia, è bene precisare come, in caso di premorienza di uno degli eredi del contraente (erede già identificato quale beneficiario della polizza), il diritto di credito venga trasmesso per rappresentazione, anche in applicazione dell’art. 1412 c.2 c.c., non accrescendosi le quote degli altri eredi dello stipulante, proprio in applicazione della disciplina sopra esposta. In conclusione, detti principi esposti nella sentenza in commento si mostrano, dunque, chiari nel permettere allo stipulante anche di poter dare una sorta di funzione indennitaria alla polizza rispetto ai beneficiari, qualora sia poi intenzione del medesimo disporre diversamente per testamento, senza che, per esempio, i vincoli derivanti dal rispetto della quota di legittima, possano interferire con la propria volontà contrattualmente cristallizzata.

Apertura del fallimento e decorrenza del termine per la riassunzione del giudizio pendente

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., SS.UU., 7 maggio 2021, n. 12154)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“(…) in caso di apertura del fallimento, ferma l'automatica interruzione del processo (con oggetto i rapporti di diritto patrimoniale) che ne deriva ai sensi dell'art.43 co.3 l.f., il termine per la relativa riassunzione o prosecuzione, per evitare gli effetti di estinzione di cui all'art. 305 c.p.c. e al di fuori delle ipotesi di improcedibilità ai sensi degli artt. 52 e 93 l. f. per le domande di credito, decorre da quando la dichiarazione giudiziale dell'interruzione stessa sia portata a conoscenza di ciascuna parte; tale dichiarazione, ove già non conosciuta nei casi di pronuncia in udienza ai sensi dell'art. 176 co.2 c.p.c., va direttamente notificata alle parti o al curatore da ogni altro interessato ovvero comunicata - ai predetti fini - anche dall'ufficio giudiziario, potendo inoltre il giudice pronunciarla altresì d'ufficio, allorché gli risulti, in qualunque modo, l'avvenuta dichiarazione di fallimento medesima. (...)”

Nota a cura di
Fabrizio Cesareo

Le Sezioni Unite della Cassazione civile, nella sentenza del 7 maggio 2021, n. 12154, ripercorrono l'annosa questione dell'individuazione del *dies a quo* per la riassunzione del processo interrotto conseguente a fallimento della parte costituita. In tal guisa, oltre a ripercorrere i pronunciamenti giurisprudenziali sul tema ci si soffermerà sul potere-dovere del giudice in merito alla formulazione dell'ordinanza che dichiara fallimento.

La società *omissis*, titolare di un conto corrente bancario, conviene in giudizio la banca *omissis*, al fine di chiederne la condanna alla ripetizione di interessi usurari ed anatocistici. I Giudici senesi, con sentenza n. 627/2009, ritenevano fondata la domanda di ripetizione di indebito, con la conseguenza della condanna dell'istituto di credito alla restituzione di una determinata somma, oltre gli interessi legali; la sentenza *de quo* veniva poi sottoposta a mezzo di gravame da parte della banca e la società resisteva chiedendone il rigetto. Conseguentemente, il 16 aprile 2014, i Giudici ascolani dichiaravano il fallimento della società anzidetta; in ossequio al rispetto delle norme relative all'avvio della liquidazione giudiziale, il 3 maggio 2014 il curatore rendeva noto alla banca l'avviso di cui all'art. 92 r.d. n. 267/1952 e il 10 giugno 2014 veniva ritualmente trasmessa la domanda di insinuazione al passivo. Nell'udienza del 9 dicembre 2014 veniva dichiarato interrotto il processo per intervenuto fallimento della parte appellata. Orbene, la banca, attraverso ricorso depositato il 29 aprile 2015 e notificato al curatore il 25 giugno 2015, provvedeva alla riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c.; il curatore si costituiva in giudizio secondo quanto previsto dall'art. 347 c.p.c., constatando pregiudizialmente l'estinzione del processo a causa della tardività della riassunzione.

Il giudizio d'appello ha condiviso l'eccezione di intempestività della citazione in riassunzione, ritenendo principalmente che: a) l'apertura del fallimento, ai sensi della l.fall., art. 43, comma 3, determina l'interruzione del processo in modo automatico, cioè prescindendo dalla dichiarazione del procuratore della parte costituita; b) l'individuazione del *dies a quo*, da cui far decorrere il termine

per la riassunzione in capo alla parte non colpita dall'evento interruttivo, coincide con la effettiva conoscenza legale dello stesso e, nella specie, troverebbe applicazione il regime trimestrale dell'art. 305 c.p.c., come novellato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 46, comma 14, in ragione della introduzione dell'appello dopo l'entrata in vigore della riforma; c) non risulta essere stata specificamente contestata dalla banca la maturata conoscenza legale del fallimento della società alla data dell'avviso, avendo l'appellante circoscritto l'opposizione all'eccezione della curatela ad un rilievo di inammissibile estensione della domanda, senza prendere meglio posizione sul punto, così potendosi sostenere che, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., la predetta conoscenza risultava altresì nello stesso processo in cui la relativa eccezione è stata fatta valere; d) in ordine a quanto già richiamato dall'art. 305 c.p.c. il ricorso risulta tardivo, dunque inammissibile.

La banca, contro la sentenza risultante dal gravame della Corte di appello di Firenze, proponeva ricorso per Cassazione, di converso la società fallita resisteva con controricorso.

Quattro sono i motivi di cui all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.: a) errata o falsa applicazione della l.fall., art. 43, comma 3, in relazione agli artt. 3,24 e 111 Cost., contestando che la comunicazione dell'avviso effettuata dal curatore alla banca, nella qualità di creditrice, e non invece al suo difensore, integri gli estremi della conoscenza legale, da cui far decorrere i termini per la riassunzione (peraltro pari a 6 e non a 3 mesi); b) violazione o falsa applicazione dell'art. 305 c.p.c., come modificato dalla l. n. 69 del 2009, art. 46, comma 14, avendo errato la corte a non considerare che il termine di tre mesi presente nella nuova formulazione dell'art. 305 cit. opera solo per i giudizi instaurati in primo grado dopo il 4 luglio 2009 e che, ai fini della tempestività della riassunzione, il riferimento è al momento del deposito del ricorso proposto dalla parte interessata a riattivare il procedimento e non all'atto di notifica del ricorso alla curatela; c) errata o falsa applicazione dell'art. 11 preleggi e dell'art. 24 Cost., con riferimento al testo della l.fall., art. 43, comma 3, dolendosi la banca dell'affermazione del giudice distrettuale secondo cui la citata norma sarebbe di immediata applicazione, dunque idonea a regolamentare la discussa interruzione, nonostante il relativo giudizio civile sia stato introdotto nel 2002, dunque prima della già menzionata disposizione novellatrice del 2006; d) errata o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c., laddove la Corte ha equivocato la condotta della banca che, non contestando il ricevimento dell'avviso del curatore, quale circostanza di fatto, ha comunque ed in realtà avversato il significato giuridico che da essa se ne voleva trarre, senza dunque alcuna acquiescenza all'eccepita estinzione.

Ne consegue che rigettato il terzo motivo, il primo motivo è fondato, oltre al secondo con assorbimento del quarto, stante l'inidoneità della comunicazione, ex art. 92 l.fall., dell'avviso al creditore e non contenente uno specifico riferimento al processo in cui era parte il fallito, a costituire dies a quo per la riassunzione del medesimo, integrando il relativo termine, invece, la dichiarazione giudiziale d'interruzione pronunciata in udienza e, nella fattispecie, risultando tempestivo l'atto di riassunzione; la conclusione viene dunque assunta sulla base del principio reso a soluzione del contrasto dedotto con l'ordinanza, della Sezione I, del 12 ottobre 2020, n. 21961.

La motivazione in diritto del provvedimento in esame muove dalla novella apportata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 alla disciplina dei rapporti processuali del soggetto dichiarato fallito: complesso normativo che si pone l'obiettivo di creare una consequenzialità tra dichiarazione di fallimento e interruzione del processo, a differenza del previgente sistema carente di una disciplina a sé stante in materia di interruzione del processo per fallimento di uno dei litisconsorti e rimesso all'iniziativa di parte. Ordunque, l'apertura della liquidazione giudiziale determina l'interruzione di diritto del processo, evitando così che lo stesso possa essere interrotto a distanza di tempo qualora le parti informino formalmente il giudice, ex art. 300 c.p.c. Questo si esplica in un automatismo derivante dalla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, nel combinato disposto dagli artt. 43,

comma 3, e 16, comma 2, l.fall. e 133, comma 1, c.p.c.; meccanismo analogo a quanto previsto dagli artt. 299, comma 1, 300, comma 3, e 301, comma 1, c.p.c. Tre sarebbero, in tal senso, le conseguenze: a) l'inconsistenza delle dichiarazioni e notificazioni, *ex art. 300 c.p.c.*; b) la natura dichiarativa dell'ordinanza di interruzione del processo per liquidazione giudiziale del litisconsorte costituito; c) l'incapacità della predetta ordinanza a compromettere gli effetti generati dall'interruzione automatica di cui all'art. 43, comma 3, l.fall.

Di seguito all'*iter* sviluppato dalle Sezioni Unite di Piazza Cavour si pone l'attenzione infine sull'art. 143, comma 3, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 nella parte specifica in cui dispone che il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice. In questo quadro sicuramente è degno di nota il percorso di costituzionalizzazione dell'art. 305 c.p.c., nelle ipotesi in cui l'interruzione nella fase procedimentale operi *ope legis* dal verificarsi dell'evento interruttivo. Un primo riflesso è costituito dal binomio degli artt. 301 c.p.c. e 24 Cost. sulla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 305 c.p.c., nell'assunto secondo il quale il termine per la prosecuzione o la riassunzione del processo decorreva dalla data dell'evento anziché dalla dichiarazione o dalla notificazione del medesimo [1]. Attraverso una pronuncia additiva della Consulta, invece, veniva stabilito il requisito della cd. conoscenza legale dell'evento interruttivo, rendendola di fatto una forma di tipo qualificato, vale dire la conoscenza maturata dalle parti in ordine a dichiarazioni e/o notificazioni. Principio ribadito dalla Corte costituzionale in merito al combinato di cui agli artt. 299 e 300, comma 3, c.p.c., sempre in riferimento all'interruzione automatica e relativamente al periodo in cui era previsto che il termine utile per la prosecuzione o per la riassunzione del processo interrotto decorreva dall'interruzione anziché dalla data in cui le parti ne abbiano avuto conoscenza [2]. Infine, nella sentenza interpretativa di rigetto pronunciata dalla Consulta, oggetto di analisi è stato il combinato di cui agli artt. 43, comma 3, l.fall., 3, 24, e 111 Cost. [3]. Percorso di costituzionalizzazione che ha poi però condotto ad un'unica *ratio* nell'individuare la decorrenza del termine di riassunzione.

Premessa la natura casistica dell'approccio degli Ermellini, gli stessi sottolineano come l'esigenza che la verifica della conoscenza del decorso del termine per la riassunzione debba essere ancorata a criteri quanto più possibili sicuri ed oggettivi, sicché da neutralizzare, per quanto possibile, l'elemento di criticità operativa derivante dall'aver il giudice delle leggi disancorato il termine per la riassunzione dal verificarsi dell'interruzione, così rendendolo mobile e variabile. Due le questioni contrapposte sul punto analizzate dalla Cassazione: da un lato il destinatario della conoscenza legale, cioè se possa ritenersi legalmente efficace la conoscenza dell'evento interruttivo in capo ad un soggetto diverso dal difensore del litisconsorte costituito; dall'altro predisporre un favor nei confronti del curatore. Difatti, al fine del decorso del termine per la riassunzione non è sufficiente la sola conoscenza, da parte del curatore fallimentare, dell'evento interruttivo rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, ma è necessaria anche la conoscenza dello specifico giudizio sul quale detto effetto interruttivo è in concreto destinato ad operare. Quest'ultimo assunto può esplicitarsi nella funzione di terzietà del curatore, vale a dire quella di estraneità ai rapporti processuali del fallito. Di fatto, tale conoscenza deve investire, non già la parte personalmente, ma il suo difensore, quale soggetto tecnico in grado di valutare gli effetti giuridici dell'evento medesimo e di capire se e da quale momento decorre il termine per riassumere il giudizio. Parte sostanziale che, quindi, in base a quanto appena espresso, si ritiene esclusa dalla cerchia di soggetti destinatari della conoscenza. Nel caso in cui, invece, il litisconsorte non fallito venga a conoscenza dell'evento interruttivo attraverso la comunicazione dell'avviso di cui all'art. 92 l.fall, ovvero mediante altro atto endo-processuale, o lo stesso sia assistito da un procuratore differente da quello che assiste la parte nel processo interessato dall'interruzione, la conoscenza può ritenersi acquisita soltanto nel momento

in cui anche il secondo difensore acquisisce legale cognizione dell'evento medesimo, atteso che il singolo difensore non è tenuto a conoscere tutti i procedimenti che interessano la parte da lui rappresentata. Difformemente, nell'ipotesi in cui ci sia identità di difensori, la conoscenza legale del fatto interruttivo, intervenuta in altro processo, è idonea a far decorrere il termine per la riassunzione anche in relazione a distinti giudizi, pendenti tra le medesime parti, in cui la parte era patrocinata dallo stesso difensore colpito dal suddetto evento. In ordine ai diversi indirizzi interpretativi, alcuni dei quali più restrittivi [4], ciò che emerge è uno sguardo all'assetto normativo anteriore al d.lgs. n. 5/2006, che ben può riassumersi nel postulato secondo cui nel caso di dichiarazione di fallimento di una parte processuale, non è necessaria la declaratoria di interruzione ai fini della decorrenza del termine per riassumere, poiché la previsione di tale ulteriore adempimento vanificherebbe, nella sostanza, la previsione di automaticità prevista dall'art. 43 l.fall.

L'ultimo tassello fondamentale nella disamina di questa fattispecie è costituito dal cd. dovere di cooperazione del giudice alla celere definizione del processo interrotto, che fonda il suo costrutto nella seguente dicotomia: da un lato il potere di emanare d'ufficio l'ordinanza dichiarativa dell'interruzione, dall'altro la conoscenza officiosa di liquidazione giudiziale del litisconsorte costituito. La pronuncia giudiziale, difatti, se emancipata dalla mera sollecitazione o istanza di una parte costituita, mostra di dipendere dall'assetto organizzativo dell'ufficio giudiziario e dunque dal modo con cui possono essere raccolte o vi possono affluire le notizie del fallimento più che dalle sole iniziative dei suoi partecipi. Ciò che si auspica è l'attuazione di strumenti di raccolta delle relative informazioni che mettano strutturalmente i giudici nella condizione di rendere tempestivamente e anche d'ufficio la descritta dichiarazione. Aggiornamento e riorganizzazione degli uffici giudiziari che si stanno tentando di concretizzare mediante la cd. Riforma Cartabia, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e con l'attuazione delle misure del PNRR.

[1] Si l. Corte Cost., 15 dicembre 1967, n. 139.

[2] Si v. Corte Cost., 6 luglio 1971, n. 159.

[3] Si v. Corte Cost., 21 gennaio 2010, n. 17.

[4] Sul punto si v. Cass. civ., Sez. II, sent. 16 dicembre 2019, n. 33157; Cass. civ., Sez. II, ord. 16 aprile 2019, n. 10594; Cass. civ., Sez. Lav., sent. 13 marzo 2013, n. 6331; Cass. civ., Sez. VI, 29 maggio 2013, n. 13334; Cass. civ., Sez. V, sent. 14 giugno 2019, n. 15996; Cass. civ., Sez. VI, ord. 1° marzo 2017, n. 5288; Cass. civ., Sez. VI, ord. 27 febbraio 2018, n. 4519; Cass. civ., Sez. III, sent. 30 novembre 2018, n. 31010.

Il procedimento disciplinare si svolge ed è definito con procedura e con valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti

Argomento: Ordinamento della professione forense

(Cass. Civ., SS.UU., 14 maggio 2021, n. 12902)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“(…) la nuova disciplina, contenuta nella legge 31 dicembre 2012, n. 247, «amplia l'autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, prevedendo una sospensione di carattere facoltativo, mantenendo comunque fermo il disposto di cui all'art. 653 c.p.p.». Ed invero, a norma del primo comma dell'art. 54 della legge n. 247 del 2012, «1. Il procedimento disciplinare si svolge ed è definito con procedura e con valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti», mentre il secondo comma della stessa disposizione prevede - in deroga all'art. 295 cod. proc. civ. - una sospensione facoltativa «se, agli effetti della decisione, è indispensabile acquisire atti e notizie appartenenti al processo penale (...) l'assoluzione perché «il fatto non costituisce reato» o «illecito penale» consente la autonoma «valutazione dei fatti» da parte del giudice disciplinare - in forza della disciplina derogatoria introdotta dalla legge n. 247/2012 - proprio perché i fatti stessi non sono stati esclusi dal giudicato penale (...)”

Nota a cura di
Letizia Barbero

La sentenza in commento, oggetto di pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, affronta diverse questioni giuridiche afferenti al procedimento disciplinare a carico degli avvocati, novellato dalla legge 31 dicembre 2012 n. 247, quali il rapporto tra il procedimento disciplinare e il procedimento penale, la relazione tra le formule assolutorie in sede penale e la valutazione dei fatti in sede disciplinare, la prescrizione dell'azione di disciplina ed, infine, con particolare riferimento al caso di specie, la configurabilità della violazione deontologica degli obblighi di astensione in capo al professionista nonché l'istituto della legittimazione passiva nell'ipotesi di ricorso per cassazione avverso la pronuncia disciplinare del Consiglio Nazionale Forense.

La vicenda oggetto della pronuncia in esame vedeva coinvolto un avvocato assolto dalle imputazioni di falsificazione della firma nella comparsa di risposta e nella delega al sostituto processuale, per essere i fatti ascritti non più previsti dalla legge come reato poichè depenalizzati.

Il Consiglio dell'Ordine competente, avuto notizia del procedimento penale, sospendeva l'avvocato in via cautelare e, successivamente, comunicava l'avvio del procedimento disciplinare conclusosi, stante l'acquisizione della sentenza penale di assoluzione, con l'irrogazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione; avverso tale provvedimento, parte deferita proponeva ricorso al C.N.F. il quale, in parziale accoglimento, ritenendo comunque corretta la sottoposizione dell'avvocato all'azione disciplinare, riduceva la sanzione della sospensione dall'attività.

Avverso tale sentenza, l'avvocato ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi. In via pregiudiziale, le Sezioni Unite hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso nei confronti del C.N.F. e del Consiglio Distrettuale di Disciplina per carenza di legittimità passiva in quanto, in tema di procedimento disciplinare a carico degli avvocati, tali soggetti sono terzi rispetto alla controversia e altresì autori della stessa decisione impugnata; pertanto, nel giudizio de quo, le parti vanno individuate nel soggetto destinatario del provvedimento impugnato, ovvero nel Consiglio dell'Ordine locale che, in sede amministrativa, ha deciso in primo grado e nel pubblico ministero presso la Corte di cassazione.

Con il primo motivo, l'avvocato si duole del fatto che il C.N.F. ha ritenuto la sentenza penale di assoluzione, con formula piena, priva di efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare disattendendo, in tal modo, le previsioni di cui alla L. 247/2012 e di cui all'art. 653 c.p.p. In particolare, essendo stata assolta, parte ricorrente ritiene che la decisione penale rivesta efficacia preclusiva nel procedimento disciplinare in quanto la formula "perchè il fatto non è più previsto dalla legge come reato", escludendo l'illiceità penale del fatto, rientra in una delle previsioni di cui all'art. 653 c.p.p. Con il secondo motivo parte deferita ravvisa un'errata individuazione della normativa deontologica *ratione temporis* applicabile nonché lamenta, in ogni caso, l'assenza di rilevanza disciplinare nei comportamenti allo stesso contestati, quali violazione dell'obbligo di astensione, poichè il conflitto di interessi addebitatogli sarebbe stato meramente potenziale.

Con riferimento al primo motivo, le Sezioni Unite ribadiscono quanto correttamente disposto nell'impugnata sentenza richiamando la recente pronuncia delle SS.UU. n. 7366/2021 ed evidenziando che la nuova disciplina contenuta nella legge n. 247/2012 amplia l'autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, restando, infatti, esclusa la sospensione necessaria del primo giudizio in attesa della definizione del secondo. La Suprema Corte rammenta, altresì, che la previgente novella, introdotta con la L. 27 marzo 2001 n. 97, all'articolo 1, inseriva la previsione dell'effetto vincolante in sede disciplinare anche alla sentenza che accertava che il fatto "non costituisce illecito penale"; la riforma del 2012, con riferimento al procedimento disciplinare in carico agli avvocati, ha inteso, invero, introdurre una valutazione autonoma dei fatti da parte del giudice disciplinare ampliandone, pertanto, la discrezionalità e precludendo una valutazione disciplinare autonoma solo in presenza di una sentenza di assoluzione resa con la formula perchè "il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso". Tali formule, infatti, vincolano il giudice disciplinare all'accertamento già operato in sede penale, diversamente dalle ulteriori formule di cui all'art. 653 c.p.p., quali "il fatto non costituisce illecito penale" che, per quanto concerne il procedimento disciplinare a carico degli avvocati, non escludono "la materialità del fatto né la sua riferibilità al dipendente pubblico, ma solo la sua rilevanza penale".

Premesso quanto sopra, la Suprema Corte ha rilevato che la formula assolutoria di cui al caso di specie, ovvero "per essere i fatti non più previsti dalla legge come reato" in quanto depenalizzati - benché diversa da quelle di cui all'art. 653 c.p.p. -, deve essere anch'essa considerata priva di efficacia vincolante in sede disciplinare per i motivi suesposti e che, pertanto, il C.N.F., nel caso in esame, ha correttamente operato una valutazione autonoma dei fatti ascritti all'incolpato.

Alla luce delle considerazioni predette, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno enunciato il principio di diritto a mente del quale, avendo la novellata L. 247/2012 introdotto una disciplina derogatoria rispetto alle previsioni di cui all'articolo 653 c.p.p., solo l'accertamento operato con sentenza penale irrevocabile che "il fatto non sussiste" o che "l'imputato non lo ha commesso" riveste efficacia di giudicato nel procedimento disciplinare a carico degli avvocati, essendo tali le uniche formule preclusive di un'autonoma valutazione dei fatti oggetto del giudizio disciplinare.

Per quanto concerne il secondo motivo di ricorso, la Corte, in virtù delle considerazioni di cui infra, ha ritenuto gli assunti di parte ricorrente destituiti di fondamento. Il C.N.F. ha, infatti, correttamente accertato che la normativa di cui al nuovo Codice Deontologico trovasse applicazione nel caso di specie in quanto contenente previsioni tipizzate e più favorevoli all'incolpato rispetto alla precedente ed ha, altresì, correttamente ascritto a parte deferita la violazione dei principi in materia di conflitto di interesse, essendo stata accertata l'effettiva sussistenza del relativo addebito: l'avvocato, infatti, con le proprie condotte, ha integrato un cd. "illecito disciplinare di pericolo" che si configura anche in assenza di un concreto pregiudizio per gli interessi della parte assistita. Stante, dunque, la ravvisabilità nel caso di specie di una condotta disciplinarmente rilevante atta ad integrare un conflitto di interessi, anche potenziale, la Corte ha ritenuto le doglianze di parte ricorrente non fondate.

Per quanto attiene l'ultimo motivo di ricorso, parte ricorrente si duole del fatto che il termine prescrizione quinquennale dell'azione disciplinare, ai sensi dell'art. 51 del R.D. n. 1578 del 1933, non decorre dal passaggio in giudicato della sentenza penale, bensì dalla commissione del fatto che integrerebbe l'illecito, – ovvero nel caso di specie, dall'11 novembre 2010, data di deposito della comparsa di costituzione del contenuto nel giudizio civile; dunque, considerato che la contestazione disciplinare di apertura è stata notificata all'interessato in data 15 aprile 2016 e che la stessa rappresenta il primo atto interruttivo della prescrizione, il suindicato termine prescrizione, nella predetta data, sarebbe spirato. Orbene, secondo quanto portato dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento, in virtù della normativa *ratione temporis* applicabile al caso concreto, nell'ipotesi di responsabilità disciplinare degli avvocati per fatti costituenti anche reato, il termine prescrizione quinquennale decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza penale – ad eccezione delle ipotesi di proscioglimento perché "il fatto non sussiste" o "l'imputato non lo ha commesso" – in quanto è da tale momento che il diritto di punire può essere esercitato. Nel caso di specie, essendo il giudizio penale formatosi in epoca successiva all'inizio del giudizio disciplinare ed essendo il procedimento penale conclusosi con l'assoluzione perché "il fatto non è più previsto dalla legge come reato", le Sezioni Unite hanno ritenuto, pertanto, la doglianza di parte ricorrente priva di fondamento. In ogni caso, anche ritenendo corrette le deduzioni di parte deferita, il termine prescrizione quinquennale è stato certamente interrotto dalla notifica dell'avvio del procedimento disciplinare avvenuta, secondo quanto dichiarato dallo stesso avvocato, in data 27 maggio 2014, e in ogni caso, dalla comunicazione da parte del Consiglio Distrettuale di Disciplina dell'avvio della fase istruttoria preliminare effettuata in data 9 ottobre 2015.

In conclusione, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, per tutte le ragioni suesposte, rigetta il ricorso avanzato da parte ricorrente dichiarandone, altresì, l'inammissibilità nei confronti del Consiglio Nazionale Forense e del Consiglio Distrettuale di Disciplina.

Il reclamo avverso i risultati delle elezioni per il rinnovo del consiglio dell'ordine degli avvocati

Argomento: Ordinamento della professione forense

(Cass. Civ., SS.UU., 20 maggio 2021, n. 13872)
stralcio a cura di Eleonora Branno

“5.1 (...) al corretto funzionamento del sistema democratico- rappresentativo dei Consigli degli Ordini degli avvocati. Ne consegue, da un lato, l'ammissibilità di una proposizione della domanda in forma collettiva, da parte di più avvocati con un unico atto e, dall'altro, la non configurabilità di un conflitto di interessi tra i reclamanti medesimi, risultando irrilevanti le ragioni soggettive sottese all'azione».

Si è valorizzata, in quella pronuncia, l'interpretazione dell'art. 28, comma 12, della legge n.247/2012 il quale stabilisce che "contro i risultati delle elezioni per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine ciascun avvocato iscritto all'albo può proporre reclamo al CNF entro dieci giorni dalla proclamazione", evidenziando che la stessa portata letterale della disposizione normativa è inequivoca nell'escludere che l'esperimento dell'azione debba comportare il conseguimento di uno specifico vantaggio in favore di colui (o di coloro) che la propone (o la propongono) e, quindi, implica l'ammissibilità di un rimedio impugnatorio (...) Tale indirizzo è stato, pertanto, ritenuto adattabile anche al citato art.28, poiché, afferendo la norma alla regolarità dei risultati elettorali, non investe le posizioni dei singoli elettori, ma tutto il corpo elettorale. (...)”

Nota a cura di
Roberto Landi

La decisione in esame muove da un reclamo proposto da alcuni Avvocati, candidati non eletti alle elezioni per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine forense, nei confronti del Consiglio dell'Ordine nonché nei riguardi dei colleghi candidati eletti, al fine di ottenere l'annullamento dell'elezione di questi ultimi, siccome nella situazione di incompatibilità prevista dall'art.3, comma 3, della legge n.113/2017, e la proclamazione degli eletti, con sostituzione di quelli decaduti con quelli che seguivano nella graduatoria.

La decisione del C.N.F., poi, veniva impugnata dinanzi le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Nell'ambito della pronuncia, le Sezioni Unite, attestandosi su precedenti conformi, tratteggiano le specifiche del contenzioso elettorale forense ed in particolare, il primo aspetto meritevole di disamina concerne la facoltà, riconosciuta agli iscritti all'Ordine, di presentare un reclamo in forma collettiva.

Il C.N.F., sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso sul presupposto che i reclamanti (elettori, candidati eletti e candidati non eletti), fossero in conflitto di interessi tra di loro, giacchè *“trattandosi di ricorso collettivo, se poteva dirsi rispettato il requisito, positivo, di ammissibilità (ovvero l'identità di posizioni sostanziali e processuali in rapporto a domande giudiziali fondate sulle stesse ragioni difensive), difettava, invece, il requisito negativo (ovvero l'assenza di conflitto di interessi, anche potenziale), tra i reclamanti”*.

Il conflitto di interesse, secondo la ricostruzione operata dal C.N.F., si radicava *ipso facto* nella tripartizione dei reclamanti in: a) candidati eletti e consiglieri in carica; b) candidati non eletti; c) iscritti all'ordine degli Avvocati non candidati.

A contrario, i reclamanti non ravvisavano alcuna parvenza conflittuale, giacché con il ricorso avevano fatto valere la *quaestio* del divieto di terzo mandato consecutivo, attinente all'elettorato passivo; pertanto, rispetto alla predetta questione, gli stessi avrebbero vantato un interesse collettivo omogeneo. Secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, *il reclamo proponibile, ai sensi della L. n. 242 del 2012, art. 28, comma 12, avverso i risultati delle elezioni per il rinnovo del consiglio dell'ordine degli avvocati si caratterizza, quale azione popolare, per la legittimazione diffusa, sia pure riferita agli iscritti all'albo, ed a carattere neutro - siccome riconosciuta indipendentemente dalla configurazione di una ulteriore, specifica situazione sostanziale qualificata in favore dell'istante - prevista dal legislatore allo scopo di tutelare l'interesse (pubblico) al corretto funzionamento del sistema democratico-rappresentativo dei Consigli degli Ordini degli Avvocati*".

Ne consegue, da un lato, l'ammissibilità di una proposizione della domanda in forma collettiva, da parte di più avvocati con un unico atto e, dall'altro, la non configurabilità di un conflitto di interessi tra i reclamanti medesimi, risultando irrilevanti le ragioni soggettive sottese all'azione"[1].

Ciò premesso, la Suprema Corte avalla l'interpretazione dell'art. 28, comma 12, L. n. 247/2012[2] – che riconosce a ciascun iscritto all'Ordine, quale titolare di interesse diffuso, la legittimazione al reclamo al C.N.F. avverso i risultati delle elezioni per il rinnovo del C.O.A. – secondo cui la disposizione “è inequivoca nell'escludere che l'esperimento dell'azione debba comportare il conseguimento di uno specifico vantaggio in favore di colui (o di coloro) che la propone (o la propongono) e, quindi, implica l'ammissibilità di un rimedio impugnatorio (con lo strumento del reclamo) sotto forma di azione collettiva, che si inquadra nel più ampio genus dell'azione popolare”.

Rebus sic stantibus, le Sezioni Unite hanno cassato la pronuncia del C.N.F. con rinvio per consentire l'esame del merito, assorbito dalla previa pronuncia in rito, ostando ad una pronuncia sostitutiva qualsivoglia accertamento sulle singole posizioni coinvolte[3].

Di poi, la seconda questione di rilievo affrontata dagli Ermellini concerne le modalità di instaurazione del contraddittorio.

Mutuando un indirizzo risalente[4], accolto anche dal C.N.F., la Suprema Corte asserisce che *il reclamo proposto avverso il risultato delle elezioni dei Consigli degli ordini professionali, D. Lgs. Lgt. 23 novembre 1944, n. 382, “ex” art. 6 (applicabile anche alla disciplina della professione forense, in virtù della disposizione contenuta nell'art. 18 dello stesso decreto), è ammissibile, una volta che sia tempestivamente depositato o presentato presso il Consiglio nazionale entro il termine di dieci giorni dalla proclamazione, pur in difetto di preventiva notifica anche ad uno solo degli eletti, competendo all'organo di giurisdizione domestica, deputato all'esame del reclamo, disporre che il contraddittorio sia costituito nei confronti dei consiglieri risultati eletti, che, in quanto titolari di un diritto soggettivo alla conservazione elettorale, devono essere chiamati a partecipare al giudizio*".

Il differente quadro normativo di riferimento alla base dei precedenti conformi alla tesi sostenuta dal C.N.F. nella decisione impugnata, non assume rilevanza, stante il tenore letterale della norma di cui all'art. 59 che (...) si limita a prevedere che il reclamo debba essere depositato e che la diversa soluzione, che invece pretende la preventiva notifica del reclamo, non trova però conforto nella lettera della legge, che appunto prevede il solo deposito ed appare piuttosto correlata alla diversa esigenza di impedire che la parte impugnante possa incorrere in una decadenza nel caso in cui, pur essendosi attivata, con un comportamento che denota in maniera inequivoca la volontà di proporre reclamo, quale è appunto l'avvenuta notifica dell'atto di impugnazione, ritardi solo nel deposito.

La lettera della legge, invece, prescrive “che la proposizione del reclamo avvenga con il deposito presso la sede del COA, ed è la legge stessa che poi individua le modalità di attivazione del contraddittorio, affidate all'iniziativa officiosa dello stesso C.O.A.”.

Il reclamo, dunque, risulta efficacemente proposto con il semplice deposito, rimettendosi all'iniziativa del C.O.A., e non della parte reclamante, la susseguente instaurazione di un contraddittorio effettivo ed integrale.

[1] Cass., Sez. Unite, 18 dicembre 2020, n. 29106.

[2] Contro i risultati delle elezioni per il rinnovo del consiglio dell'ordine ciascun avvocato iscritto nell'albo può proporre reclamo al CNF entro dieci giorni dalla proclamazione. La presentazione del reclamo non sospende l'insediamento del nuovo consiglio.

[3] Cfr., *ex multis*, Cass., 12/03/2015, n. 4975; Cass., 27/02/2004, n. 4063; Cass., 02/06/2000, n. 7367; Cass., 25/03/1996, n. 2629.

[4] Cass., Sez. Un., 20 febbraio 2003, n. 2602. Conf., da ultimo, Cass., Sez. Un., 26 marzo 2021, n. 8566.

I diritti edificatori hanno natura obbligatoria e non reale

Argomento: Dei contratti in generale

(Cass. Civ., SS.UU., 9 giugno 2021, n. 16080)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) **La cessione di cubatura**, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è **atto immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art.1350 cod.civ.**; - trascrivibile ex art. 2643, n. 2 bis cod.civ.; - assoggettabile ad imposta proporzionale di registro come atto 'diverso' avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale ex art.9 Tariffa Parte Prima allegata al d.P.R.131/86 nonché, in caso di trascrizione e voltura, ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa ex artt.4 Tariffa allegata al d.lvo 347/90 e 10, co. 2”, del medesimo d.lvo. (…)”

Nota a cura di
Pierandrea Fulgenzi

La sentenza delle Sezioni Unite in rassegna prende le mosse da un contenzioso tributario in materia di applicazione dell'aliquota di imposta di registro su transazioni immobiliari per giungere ad una delimitazione della natura giuridica del fenomeno della c.d. cessione di cubatura, all'interno della macro-area dei diritti edificatori.

Con ordinanza n. 19152 del 15.09.2020, la VI[^] Sez. Tributaria della Suprema Corte rimetteva gli atti al Primo Presidente, ex art. 374 c.p.c., co. 2, per l'assegnazione alle Sezioni Unite sulla questione di massima di particolare importanza concernente: “[...] *la 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 (…)*”.

L'ordinanza ricorda come le definizioni date del fenomeno cessione di cubatura, ruotano attorno ad un accordo tra proprietari di aree dotate del requisito di reciproca prossimità ed aventi la medesima destinazione urbanistica; ovvero su un accordo in base al quale il proprietario di un'area edificabile (cedente) rinuncia su corrispettivo a sfruttare per sé la cubatura realizzabile sul proprio terreno così da consentire ad altro proprietario (cessionario) di disporre di una maggiore volumetria sul suo terreno: “[...] *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 [...]*”. In tal maniera, la cubatura viene a costituire una *species* del *genus* costituito dai “*diritti edificatori*” indistintamente intesi ed oggi contemplati – per quanto non definiti - ai fini della trascrivibilità dei

relativi contratti traslativi o costitutivi, dall'art. 2643 c.c., n. 2 *bis*, come introdotto dal D.L. n. 70 del 2011, conv. in L. n. 106 del 2011.

Trattasi di norma che tutt'oggi genera discussioni in seno alla dottrina, poiché il Legislatore ha rinunciato a porre in essere una definizione di diritto edificatorio; sicché la norma si limita ad indicare la sussistenza di un fenomeno che spetta all'interprete qualificare.

Orbene, discostandosi da quella impostazione semantica che vede nella cubatura “(...) *il prodotto ultimo di un processo di oggettivazione ex art. 810 c.c., che renderebbe il bene-cubatura più simile ad una cosa oggetto di diritti (salvo poi disputarne l'essenza immobiliare, mobiliare, virtuale, immateriale o di frutto del fondo) che ad un diritto in sé (...)*”, la soluzione della questione passa da una operazione di ricostruzione dell'istituto oggetto di attenzione, potendosi sul punto delineare una moltitudine di tesi.

Secondo un primo indirizzo, il contratto di cessione di cubatura è un contratto ad effetti reali, dove la cubatura è una “(...) *facoltà inerente al diritto di proprietà (...)*”, sicché essa ha caratteristiche di realtà. La cubatura è un diritto reale immobiliare, poiché si trasferisce un diritto reale immobiliare che si distacca, in tutto o in parte, dalla prerogativa domenicale del cedente e la si trasferisce al cessionario. Vista la tipicità dei diritti reali, ci si chiede se la cubatura sia assimilabile al diritto di superficie, ovvero rappresenti una servitù prediale, o ancora una servitù negativa di *altius non tollendi*, in quanto il cedente, con la cessione di cubatura, si impegna a non edificare fino a che venga rilasciato il titolo edilizio al cessionario, circostanza che preclude definitivamente al primo di poter edificare. Peraltro, il cedente, nell'ottica della buona fede e della correttezza, deve porre in essere quanto necessario affinché la PA possa determinarsi favorevolmente nei confronti del cessionario.

“(...) E tuttavia, quando si tratti di raccordare la servitù con la peculiarità del diritto edificatorio in quanto tale, e con le connessioni pubblicistiche che per ciò soltanto ne derivano, anche questa - pur accreditata - tesi qualificatoria mostra vari ed insuperabili profili di inadeguatezza (...).

Un aspetto critico che involge il fenomeno della cessione di cubatura è il fatto che detta cessione comporta *l'assunzione da parte del cedente di un obbligo specifico, rappresentato dalla prestazione di consenso al rilascio, da parte dell'amministrazione comunale, del permesso di costruire per cubatura maggiorata. Senonché, questo contenuto di fare si pone di per sé in conflitto con la natura della servitù la quale, nel caso di specie, verrebbe in pratica a connotarsi per il cumulo sia di una componente negativa o passiva in essa strutturale (di non facere relativamente alla inedificabilità del fondo servente, e di patii relativamente all'accettazione della edificazione in esubero sul fondo dominante), sia di una componente positiva del tutto incompatibile (di attivazione personale in sede amministrativa)*.

Altro elemento di criticità riguarda il requisito della vicinanza tra i fondi. Nel caso della cessione di cubatura non è detto che i fondi debbano essere confinanti essendo, invece, essenziale che essi siano ricompresi all'interno della medesima zona urbanistica, così da partecipare della medesima destinazione e degli stessi standard edificatori (prossimità di zona). Pertanto, è “(...) *vero che il requisito della vicinanza tra i fondi va inteso in senso non strettamente fisico o topografico, ma dinamico e funzionale all'utilità; purtuttavia (...) perché possa configurarsi un diritto di servitù non è richiesto il requisito della contiguità tra i fondi, o della loro vicinitas, ma è sufficiente che, di fatto, il fondo dominante e quello servente si trovino in posizione tale tra loro per cui sia attuabile ed esercitabile, per l'utilità del primo, l'imposizione di un peso sul secondo (...)*”. Peraltro, “(...) *il riferimento alla nozione di zona - salvo che non si voglia imboccare la strada, impervia perché priva di base legale, del diritto reale nuovo o atipico trascende questo concetto di vicinanza quand'anche recepito nella sua più estesa accezione di vicinanza o utilità urbanistica, ben potendo concepirsi che la cessione di cubatura coinvolga terreni non contigui, anche se appartenenti ad un'area morfologicamente comune e, in ipotesi, dipendenti dagli stessi strumenti regolatori e dalle stesse strutture di urbanizzazione (...)*”.

Sebbene tale ricostruzione venga definita “(...) *certamente più vicino alla realtà della fattispecie (...)*” rispetto al richiamo al diritto di superficie, dal momento che nella cessione di cubatura non entrano

in gioco gli effetti propri di quest'ultima, la quale presuppone, *ex art. 952 c.c.*, “(...) *l'alterità tra proprietà del suolo e proprietà della costruzione; mentre è invece connaturato all'istituto che il cessionario della cubatura eserciti il diritto di costruire (seppure incrementato di una quota parte di volumetria originatasi altrove) sul fondo proprio (...)*”.

Un altro indirizzo, invece, ritiene che la cessione di cubatura sia un contratto ad effetti obbligatori. Il proprietario del fondo c.d. di decollo - ovvero del fondo da cui si stacca la cubatura - pone in essere una cessione nei confronti del cessionario titolare del terreno di atterraggio del diritto edificatorio. Ora, il contratto di cessione ha effetti obbligatori perché essa si realizza solo con l'intervento del provvedimento amministrativo: il titolo edilizio. Sicché il negozio giuridico, oggetto di attenzione, si può definire come negozio preparatorio rispetto al rilascio del permesso di costruire - provvedimento discrezionale - da parte della PA.

Ma, affermano le SSUU, “(...) *neppure l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità qui in esame può dirsi del tutto indenne da critiche e perplessità... Soprattutto, l'affermazione secondo cui il trasferimento di cubatura non dipenderebbe dall'accordo tra le parti, ma solo ed esclusivamente dal rilascio del permesso di costruire da parte della PA, pare non tenere in debito conto il fatto che, nell'attuale ordinamento, il diritto di edificare è insito nella proprietà del suolo (...)*”.

In definitiva, dopo un lungo *excursus* argomentativo sulle teorie succedutesi e maturate in Dottrina e Giurisprudenza, le Sezioni Unite enunciano il seguente principio di diritto: “(...) *la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sé stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: - immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.; - trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis; assoggettabile ad imposta proporzionale di registro come atto diverso avente ad oggetto prestazione a contenuto patrimoniale ex art. 9 Tariffa Parte Prima allegata al D.P.R. n. 131 del 1986 nonché, in caso di trascrizione e voltura, ad imposta ipotecaria e catastale in misura fissa ex artt. 4 Tariffa allegata al D. Lgs. n. 347 del 1990 e art. 10, comma 2, del medesimo D. Lgs. (...)*”.

Sezioni Unite: gli artt. 633 e 636 del codice di procedura civile, relativi alla procedura ingiuntiva, sono attualmente vigenti e operativi

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., SS.UU., 8 luglio 2021, n. 19427)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…)11.1. La legge professionale di cui al R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 14, lett. d), tuttora vigente, nella parte in cui attribuisce ai consigli dell'ordine il compito di dare il parere sulla liquidazione degli onorari di avvocato "nel caso preveduto dall'art. 59, e negli altri casi in cui è richiesto a termini delle disposizioni vigenti", non rinvia alle tariffe. 11.2. Altrettanto è a dirsi con riguardo alle norme del codice di rito (art. 633 c.p.c., comma 1, n. 2, e art. 636 c.p.c.), le quali non discorrono di tariffe, ma si limitano a richiamare la parcella dell'avvocato sottoscritta dal ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale. 11.3. Quanto al parere di congruità, esso è tuttora richiamato nella L. n. 247 del 2012, art. 29, comma 1, lett. l), il quale prevede che, tra i compiti del consiglio dell'ordine, vi è la formulazione di pareri sulla liquidazione dei compensi spettanti agli iscritti; e la norma si raccorda con la L. n. 247 del 2012, art. 13, comma 9, nella parte in cui dispone che il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato. Nè si ravvisano disposizioni che limitano l'efficacia del suddetto parere al solo procedimento di liquidazione dei compensi L. 13 giugno 1942, n. 794, ex art. 28. 11.4. Pertanto, non solo manca nell'art. 633 c.p.c., comma 1, n. 2, e art. 636 c.p.c., ogni riferimento alle tariffe - sicchè anche dal punto di vista letterale non può configurarsi alcuna abrogazione espressa L. n. 1 del 2012, ex art. 9, comma 5, -, ma neppure può ravvisarsi un'abrogazione tacita per incompatibilità, la quale ricorre solo quando tra le norme precedenti e quelle successive vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicchè dalla applicazione ed osservanza della nuova legge non possono non derivare la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra (Cass. Sez. Un. 16 maggio 2013, n. 11833). Ipotesi, queste, non ricorrenti nel caso di specie, una volta che l'intero complesso normativo, come su illustrato, dà conto della possibilità di una liquidazione giudiziale del compenso professionale ancorata a parametri predeterminati.

11.5. In definitiva, la tesi secondo cui lo smantellamento del sistema tariffario ha comportato l'abrogazione tout court delle norme che lo richiamano, e in particolare delle norme del codice di rito, non è sorretta da alcun indice normativo e neppure da validi criteri ermeneutici: valga a riguardo la semplice considerazione, già evidenziata dalla Procura richiedente, che, a voler seguire la tesi avversata, si dovrebbero ritenere abrogate una serie di disposizioni (della cui attuale vigenza non è dubitabile: v., ad es. art. 75 disp. att. c.p.c., in tema di deposito della nota spese, D.P.R. n. 115 del 2002, art. 82, in tema di liquidazione dell'onorario in favore del difensore della parte ammessa al gratuito patrocinio; art. 1709 c.c., relativa compenso del mandatario e, soprattutto, gli artt. 2225 e 2233 c.c.), con il conseguente effetto paradossale di privare il giudice del ruolo che l'ordinamento espressamente gli attribuisce nella determinazione del compenso, in funzione di garanzia per entrambe le parti del contratto di prestazione d'opera intellettuale.

11.6. In altri termini, l'effetto abrogativo deve ritenersi limitato solo alla parte in cui la norma rinvia alla fonte di rango inferiore ormai soppressa, lasciando per il resto in tutto e per tutto inalterata la

relativa struttura: la previsione del diverso criterio di liquidazione dei compensi, costituito dai parametri, comporta l'effetto sostitutivo dell'elemento abrogato con il nuovo sistema, ritenuto dal legislatore più congruo e agevole rispetto al precedente.

11.7. La previsione, inoltre, del potere-dovere del consiglio dell'ordine degli avvocati di rilasciare il parere di congruità sulla pretesa dell'avvocato, in relazione all'opera prestata, come contenuta nello stesso art. 13, comma 9, ricompona la norma di cui all'art. 633 c.c., comma 1, n. 2, e art. 636 c.c., nei suoi elementi essenziali e ricostruisce il procedimento monitorio puro nei termini di equipollenza prova scritta-parcella, ferma restando la necessità del parere, surrogabile solo da tariffe obbligatorie (nei limiti su indicati:v.p.3.3.).

12. In definitiva, va accolta la richiesta del Procuratore generale presso la Corte di cassazione e così affermati i seguenti principi di diritto: "In tema di liquidazione del compenso all'avvocato, l'abrogazione del sistema delle tariffe professionali per gli avvocati, disposta dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla L. 27 marzo 2012, n. 27, non ha determinato, in base all'art. 9 D.L. n. cit., l'abrogazione dell'art. 636 c.p.c. Anche a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 1 del 2012, convertito dalla L. n. 27 del 2012, l'avvocato che intende agire per la richiesta dei compensi per prestazioni professionali può avvalersi del procedimento per ingiunzione regolato dagli artt. 633 e 636 c.p.c., ponendo a base del ricorso la parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale, il quale sarà rilasciato sulla base dei parametri per compensi professionali di cui alla L. 31 dicembre 2012, n. 247, e di cui ai relativi decreti ministeriali attuativi. (...)"

Trasferimento di diritti reali su beni immobili nell'ambito della separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 29 luglio 2021, n. 21761)

stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) le clausole dell’accordo di divorzio a domanda congiunta, o di separazione consensuale, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, o di altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi, o dei figli, al fine di assicurarne il mantenimento, sono valide in quanto il predetto accordo, inserito nel verbale di udienza redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è stato attestato, assume forma di atto pubblico ex art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo la sentenza di divorzio (che, rispetto alle pattuizioni relative alla prole e ai rapporti economici, ha valore di pronuncia dichiarativa) ovvero dopo l’omologazione, valido titolo per la trascrizione ex art. 2657 c.c., presupponendo la validità dei trasferimenti l’attestazione del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui all’art. 29, comma 1-bis, della l. n. 52 del 1985, mentre non produce la nullità del trasferimento il mancato compimento, da parte dell’ausiliario, dell’ulteriore verifica soggettiva circa l’intestario catastale dei beni e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari. (...)”

Nota a cura di
Fabrizio Cesareo

Le Sezioni Unite della Cassazione civile, nella sentenza del 29 luglio 2021, n. 21761, si interrogano sulla validità dell’accordo di divorzio, quindi natura ed effetti, sorto nella domanda congiunta di divorzio o di separazione consensuale, relativamente alla possibilità che in essi siano contenuti atti traslativi di diritti reali immobiliari a favore del coniuge oppure dei figli, confermandone il carattere negoziale da un lato e prevedendone l’efficacia immediatamente traslativa delle attribuzioni dall’altro.

Una coppia di coniugi, con ricorso congiunto, hanno chiesto ai Giudici pesaresi la pronuncia della cessazione degli effetti civili del relativo matrimonio concordatario dal quale erano nati due figli; durante il matrimonio i consorti avevano comperato un immobile destinato a casa coniugale e cointestato al 50%. Oltre l’assegno divorzile a favore dell’ex moglie e oltre quello di mantenimento spettate ai figli maggiorenni non economicamente autosufficienti, i consorti contemplavano il trasferimento, da parte del padre, del 50% della nuda proprietà ai figli, nonché, a favore della moglie, del diritto di usufrutto gravante sulla stessa quota trasferita ai figli. Oltre la dichiarazione di conformità dei dati catastali e delle planimetrie dell’appartamento alle risultanze dei registri immobiliari, i consorti presentavano una perizia tecnica giurata con allegata tutta la documentazione inerente le prescrizioni di legge in materia di trasferimenti immobiliari. L’ufficio giudiziario in questione dichiarava con sentenza la cessazione degli effetti civili del matrimonio, stabilendo che le pattuizioni

relative al trasferimento dell'appartamento erano da considerarsi dei cd. impegni preliminari di vendita e di acquisto. Dello stesso avviso era la Corte di Appello di Ancona, che riteneva imprescindibile la formalizzazione del trasferimento dell'appartamento mediante atto notarile. Pertanto, i consorti hanno poi presentato ricorso per Cassazione affidato a tre motivi, denunciando la violazione e falsa applicazione degli art. 1322, 1362 e 1376 c.c., nonché dell'art. 19 d.l. n. 78/2010, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Il problema che ci si è posto in questo caso concerne la possibilità di far discendere dal verbale dell'udienza presidenziale *ex art. 708 c.p.c.*, poi omologato a livello giudiziario, ovvero dal verbale di comparizione innanzi al collegio nel procedimento sul divorzio su domanda congiunta di cui all'art. 4, comma 16, l. 1° dicembre 1970, n. 898, che racchiude la *voluntas* dei consorti, i trasferimenti della proprietà di beni immobili oppure di trasferimento o costituzione di altri diritti reali. È ormai prassi quella che vede l'autonomia privata governare i rapporti fra coniugi successivi alla crisi, innescandone una vera e propria privatizzazione. In considerazione dei diritti coinvolti, infatti, si ragiona sulla stipula di un accordo contrattuale, che potrebbe vedersi accostato a clausole atipiche, comunque tutelabili secondo l'art. 1322, comma 2, c.c. e che mira a infondere compiutezza al regolamento dei rapporti fornendo una maggiore serenità familiare. Autonomia che trova la sua esplicazione nel fatto che con il decreto di omologazione della separazione consensuale, ovvero con la sentenza che indaga la fondatezza delle premesse per la pronuncia di divorzio, non si possono integrare o modificare le dichiarazioni delle parti, stante la sola possibilità di ricevere o meno l'accordo integralmente.

Chiarita la funzione negoziale dell'accordo, i giudici di Piazza Cavour si son chiesti se e come il verbale di separazione omologato dal tribunale o la sentenza che pronuncia il divorzio su domanda congiunta possano essere soggetti a trascrizione nei registri immobiliari, stanti gli effetti *ex artt. 2643 e 2645 c.c.* e nello specifico dibattuto è il tema di cui all'art. 2657 c.c., relativamente al titolo per trascrivere. Proprio in tale ambito si collocano la serie di prescrizioni relative alle informazioni concernenti la conformità catastale, *ex art. 29, comma 1-bis, l. 27 febbraio 1985, n. 52*, introdotta dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, che devono essere contenute negli atti comportanti la circolazione di alcuni beni immobili. La rilevanza della predetta norma costituisce il centro della discussione interpretativa in materia, sicché da identificare l'organo competente all'accertamento della sussistenza dei requisiti di conformità catastale; in considerazione del fatto che il precetto anzidetto si riferisce al notaio per la verifica dell'allineamento soggettivo. Ovverosia, ci si è chiesti se possa essere il magistrato, oppure il suo ausiliario, il deputato al controllo delle menzioni, delle dichiarazioni di conformità catastale e dell'allineamento soggettivo.

Il nodo cruciale è però relativo alle clausole di trasferimento di immobili aventi efficacia reale, e non soltanto obbligatoria. Gli Ermellini, nello sviscerare le posizioni giurisprudenziali e dottrinali sul punto, non reputano ammissibile ricevere, da parte dei tribunali, accordi di separazione o divorzio contenenti trasferimenti immobiliari con effetti reali. Posizione che ricade sull'adeguatezza del verbale presidenziale, sebbene omologato, a costituire valido titolo per la trascrizione, posto che l'autorità giudiziaria sarebbe sfornita del potere di ricevere dichiarazioni negoziali per poi riportarle successivamente in atto pubblico. In tal guisa, però, pare opportuno ricordare che il giudice riceve l'accordo integralmente, pertanto, vi è la possibilità che in esso siano contenuti anche atti immediatamente traslativi. Con riguardo agli orientamenti assunti, le corti di merito sposano la cd. natura bifasica del procedimento che vede la possibilità per i consorti di inserire un cd. impegno di disposizione del bene con efficacia meramente obbligatoria; vedendo in un secondo momento l'intervento del notaio innanzi al quale redigere l'atto pubblico e nel caso il consenso sia carente in uno dei due coniugi, procedere secondo quanto previsto *ex art. 2932 c.c.*[1]. L'effetto reale, quindi, si

verifica in modo succedaneo alla pattuizione dell'atto notarile. Le Sezioni Unite, invece, abbracciano la cd. natura liberale: la valenza assunta dalle manifestazioni di volontà atte a determinare i rapporti patrimoniali dei consorti successivi alla crisi[2]. Autonomia che ancora una volta conferma di essere l'epicentro della questione, piuttosto che puntare sul cd. effetto devolutivo all'ufficio giudiziario e perciò sposando l'obiettivo di deflazionare il contenzioso.

Accertata la natura negoziale dell'accordo riportato a verbale dell'udienza presidenziale, il dubbio continua a permeare l'idoneità dello stesso a ricoprire titolo idoneo per la trascrizione nei registri immobiliari. Difatti, il notaio sembra l'unico soggetto al quale ascrivere la capacità di riportare manifestazioni di volontà, in atto pubblico, volte a realizzare trasferimenti di beni immobili; ovviamente il presupposto è da rinvenirsi nell'interpretazione stringente dell'art. 2699 c.c., quindi sulla non equiparazione dell'attività notarile a quella giurisdizionale, relativamente all'atto pubblico redatto con le opportune formalità da un notaio autorizzato a conferirgli pubblica fede. Affinché, pertanto, si configuri la fattispecie dell'atto pubblico è d'uopo che la norma attribuisca allo specifico pubblico ufficiale una connessa funzione certificatrice; ribadendo, dunque, che il giudice che sottoscrive il verbale di udienza sarebbe pubblico ufficiale fornito di poteri simili, a differenza del notaio che garantisce anche con la sua responsabilità professionale. Pare opportuno ricordare che al notaio spetta un mero accertamento della documentazione prodotta, mai un controllo diretto della corrispondenza del dichiarato al vero e sulle parti grava la responsabilità di quanto riportato[3]. Atteso che viene ad esistenza una nullità formale e non sostanziale, sembra potersi desumere che l'accertamento relativo all'esistenza dei riferimenti e delle dichiarazioni catastali sia di natura estrinseca per tutti i pubblici ufficiali, quindi, indistintamente potrà effettuarsi sia dal notaio rogante che da altri soggetti come il giudice o il suo ausiliario, come affermato dalle Sezioni Unite relativamente alle menzioni urbanistiche. Orbene, non si può esitare circa la natura di atto pubblico del verbale di udienza racchiudente la *voluntas* dei consorti sottoposto al magistrato e redatto dal suo ausiliario, in quanto il carattere pubblico concerne la sfera documentale e non il suo contenuto; sicché anche a tale documento vanno riconosciute le caratteristiche *ex* art. 2699 c.c., proprio perché anche il giudice e il suo ausiliario sono pubblici ufficiali. Condizioni della separazione che inglobano sia interessi personali che patrimoniali, oltre a quelli legati alla filiazione, questo a dimostrazione del fatto che il magistrato, all'atto di omologa, non può riferirsi solo parzialmente ad esso, con il rischio di realizzare un inadempimento, comunque tutelato dall'art. 2932 c.c., in quanto si andrebbe incontro ad una modifica successiva innanzi al notaio.

Con riguardo all'aspetto della pubblicità immobiliare e in riferimento alla separazione legale ovvero al divorzio, una differenza significativa rispetto alla possibilità di trascrivere il verbale omologato sembra riscontrabile nel caso di vicende traslative o costitutive di diritti reali su beni immobili nell'ambito della negoziazione assistita. Difatti, in virtù dell'art. 6 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, l'accordo realizzato in sede di negoziazione, di fronte ad un avvocato per parte, può includere trasferimenti immobiliari soggetti a trascrizione. Il rilievo qui è come applicare l'art. 2657 c.c., in virtù del fatto che il verbale comprendente l'accordo di negoziazione assistita non è atto pubblico né scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata né sentenza; *ad adiuvandum* sembra giungere l'art. 5, comma 3, d.l. n. 162/2014, secondo cui, per formalizzare la trascrizione, è fondamentale che la sottoscrizione del processo verbale dell'accordo sia autenticata da un pubblico ufficiale a questo deputato. Alcune pronunce di merito sono, per l'appunto, intervenute ritenendo bastevole il nulla osta rilasciato dal Procuratore della Repubblica per trascrivere le convenzioni di negoziazione che consente alla pattuizione di esplicitarne gli effetti[4]. Dal *dossier* di accompagnamento della legge-delega 26 novembre 2021, n. 206, relativa alla riforma della giustizia civile, nell'ottica di incentivare il ricorso ad *adr* nell'ambito della crisi familiare, si desume che la regolarità dei

trasferimenti immobiliari potrà essere assicurata sia dalla presenza di un avvocato per ciascuna parte, sia dalla rigorosa disciplina dettata per la validità degli atti di trasferimento immobiliare; inoltre, l'art. 1, comma 4, lett. u), l. n. 206/2021, prevede la specificazione che gli accordi conseguiti in sede di negoziazione assistita possono determinare trasferimenti immobiliari con effetti obbligatori. Un ultimo aspetto analizzato concerne la predisposizione di protocolli in cui si evincono forme e modalità tramite le quali concretizzare trasferimenti immobiliari racchiusi negli accordi di separazione consensuale o divorzio congiunto. Infine, alla luce di quanto prospettato, ci si chiede se sia possibile un controllo professionale del notaio, quale pubblico ufficiale o quanto meno ipotizzare un intervento legislativo risolutivo che individui il soggetto deputato ai controlli *de quo*[5].

[1] Trib. Milano, 21 maggio 2014.

[2] Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5473; Cass. civ., 23 dicembre 1988, n. 7044;

[3] Sul punto si v. art. 29, comma 1-ter, l. n. 52/1985, introdotto dall'art. 8, comma 1-bis, d.l. 24 aprile 2017, n. 50.

[4] Trib. Pordenone, 16 marzo 2017; trib. Roma, 17 marzo 2017; *contra* App. Trieste, 6 giugno 2017, n. 207.

[5] Per maggiori approfondimenti si l. Bernes A., *Trasferimenti immobiliari nella composizione consensuale della crisi coniugale*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1596 ss.; Infantino D., *Trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, p. 70 ss.; Donzelli R., *Note a margine delle Sezioni Unite sui trasferimenti immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Giur. it.*, 2022, p. 873 ss.; Campione F., *Divorzio su domanda congiunta e trasferimenti immobiliari: questioni processuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 1618 ss.; Arceri A., *Le Sezioni Unite sui trasferimenti immobiliari in fase di separazione consensuale e divorzio a conclusioni congiunte*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 1093 ss.

Con la fusione per incorporazione si estingue la società incorporata e con essa la legittimazione processuale di instaurare un giudizio tramite il suo rappresentante legale

Argomento: Delle Società

(Cass. Civ., SS.UU., 30 luglio 2021, n. 21970)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) 1. - In conseguenza di quanto esposto, non sussiste la facoltà di intraprendere un giudizio in capo al soggetto estinto per fusione. Una società ormai estinta non è soggetto di diritti e neppure ha la capacità e la legittimazione processuale per farli valere, essendo stati trasferiti alla società incorporante o risultante dalla fusione. Ne deriva che, ove essa intraprenda un giudizio, ciò avviene sulla base di una valutazione operata dai precedenti organi, i quali però non sono ormai più tali, spettando una simile valutazione all'esclusiva titolare, la società incorporante, per mezzo del suo legale rappresentante. Se la perduranza di quei rapporti giuridici nel soggetto incorporante o unificato giustifica, da un lato, il medesimo ad agire per tutelarli, al fine di vedere realizzate le sue pretese, dall'altro lato non autorizza però la società incorporata o fusa a farle valere essa stessa. Non si dà dunque applicazione dell'istituto della ratifica degli atti compiuti dal falsus procurator, perchè qui non è tale il rappresentante, ma diverso è l'effettivo titolare del diritto.

2. - Quest'ultimo, però, ha la facoltà di intervenire in giudizio, una volta che il medesimo sia stato ormai instaurato dal non legittimato. Si è già affermato dalla Corte che la facoltà concessa ad ogni interessato di intervenire nel processo, pendente tra altri soggetti, per far valere un diritto proprio nei confronti di tutte le parti o di alcune di esse, sussiste indipendentemente dalla effettiva esistenza, nel soggetto che ha inizialmente proposto la domanda giudiziale, delle condizioni necessarie all'esperimento di essa, sicchè il soggetto legittimato ad intervenire può sostituirsi al non legittimato, anche nel corso del processo, nell'esercizio dell'azione giudiziale. Ciò in quanto il rapporto processuale, che si costituisce mediante l'intervento della parte legittimata a far valere la pretesa avanzata in giudizio da un soggetto carente della legittimazione attiva, non dipende dalla sorte dell'originario rapporto costituito dall'attore, poichè il vero legittimato rispetto all'oggetto della lite, della quale è parte il non legittimato, ha una posizione sostanziale autonoma, con la conseguenza che la sorte del rapporto processuale posto in essere mediante l'intervento non è subordinata a quella dell'originario rapporto su cui si è innestato (cfr. Cass. 26 marzo 2010, n. 7300; Cass. 24 dicembre 1993, n. 12777; Cass. 13 dicembre 1990, n. 11828). In tal modo, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., si realizza l'intervento volontario del legittimato e la conseguente sua sostituzione nel processo da questi promosso e che esiste come struttura formale, secondo le regole proprie dell'intervento in giudizio. L'azione a tutela di un diritto già facente capo alla società fusa, e poi trasferito alla società incorporata, può dunque essere da questa proposta nelle forme dell'intervento in giudizio. Ove il nuovo ente intenda esperire tale intervento, dovrà rilasciare mandato al difensore ai fini del conferimento dello ius postulandi, secondo le regole generali di cui agli artt. 82 c.p.c. e ss., trattandosi di un soggetto giuridico diverso.

3. - Va, in conclusione, enunciato il seguente principio di diritto: "La fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex

amministratore, avendo facoltà della società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., nel rispetto delle regole che lo disciplinano". IV. - Decisione sui motivi di ricorso. 1. - Alla luce del principio predetto, il primo motivo è infondato, anche se la motivazione della sentenza impugnata deve essere corretta, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 4. Nella specie, la Omissis s.r.l., essendosi fusa per incorporazione nella Omissis s.r.l. il 23 luglio 2004, con contestuale cancellazione dal registro delle imprese, era priva di capacità e legittimazione processuale nel marzo del 2008, quando ha intrapreso il presente giudizio, essendosi già estinta ed avendo, da lungo tempo, cessato i suoi organi amministrativi dalle funzioni di legale rappresentanza. Sorti dubbi di legittimazione al riguardo, nel corso del primo grado la società incorporante si è costituita, facendo proprio il giudizio. Nel prosieguo, quindi, è stata accolta la domanda di simulazione proposta, come azionata anche dall'interventore in giudizio: il giudice di primo grado ha dichiarato la simulazione del contratto ed il giudice d'appello ha espressamente escluso ogni nullità del processo, sia per la natura meramente modificativo-evolutiva della fusione, sia per l'avvenuta costituzione in causa della società incorporante. Ne deriva che, mutata la motivazione alla stregua del principio enunciato, il primo motivo va respinto.

2. - Il secondo ed il terzo motivo sono inammissibili. La Corte del merito ha condiviso l'accertamento, in punto di fatto operato dal Tribunale, relativo alla volontà delle parti di non trasferire affatto la proprietà del bene oggetto delle due compravendite consecutive, dunque repute simulate in via assoluta. La ratio decidendi, espressa nella decisione impugnata, si fonda su di una triplice valutazione: la proposizione dell'azione di simulazione con riguardo alla compravendita nella sua interezza e non pro quota, la mancata censura circa la consapevole partecipazione della proprietaria M. alla simulazione e l'irrilevanza, in tale situazione, dell'insussistenza di una posizione debitrice in proprio della medesima. Valutazioni che, però, il secondo motivo non censura. Il terzo motivo, dal suo canto, non individua l'errore di giudizio o la regola di diritto che sarebbe stata male applicata. Onde entrambi si scontrano con le valutazioni fattuali, compiute dai giudici di merito, in una inammissibile contestazione sull'esito della valutazione nel merito delle prove in atti, mentre il vizio di omesso esame di fatto decisivo è dedotto in termini inosservanti del relativo paradigma. In conclusione, il ricorso va respinto. (...)”

Nota a cura di
Federico Domenico Enrico De Silvo

Con la sentenza n. 21970, del 13-30 luglio 2021, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione si sono pronunciate sulla natura giuridica della fusione societaria, asseverando che *«la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, ferma restando la facoltà per la società incorporante di spiegare intervento volontario in corso di causa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 105 c.p.c., nel rispetto delle regole che lo disciplinano»* (pag. 39).

Invero, i fatti di causa traggono origine da una fusione omogenea: una società a responsabilità limitata che si è fusa per incorporazione in altra società a responsabilità limitata, venendo contestualmente cancellata dal Registro delle Imprese; la stessa società fusa ha chiesto accertamento della simulazione ovvero, in via subordinata, revoca, ai sensi dell'art. 2901 c.c., di due successivi contratti di compravendita, aventi ad oggetto un medesimo immobile: in primo grado, è stata accolta la domanda di simulazione, mentre, in secondo grado, è stata respinta l'impugnazione presentata dai soccombenti. In particolare, la Corte territoriale ha ritenuto *«che non fosse inesistente, né nullo l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, proposto»* (pag. 3) dalla società incorporata *«sebbene*

tale società fosse stata cancellata dal registro delle imprese» (ibidem), considerandosi, da un lato, che la fusione comporterebbe, ai sensi dell'art. 2504 bis c.c., «una mera vicenda evolutivo-modificativa del medesimo soggetto, che permane e conserva la propria identità, pur in un diverso assetto organizzativo» (ibidem); e, dall'altro, la circostanza secondo la quale la società «incorporante si è costituita (...) ratificando l'operato dell'amministratrice della incorporata, donde l'efficacia sanante degli atti compiuti dal falsus procurator» (ibidem). I soccombenti hanno presentato, altresì, ricorso per Cassazione, motivando, anzitutto, che «l'atto di citazione e l'intero procedimento sono inesistenti o, in subordine, viziati da nullità assoluta, in quanto la *vocatio in ius* proviene da soggetto inesistente» (pag. 4), a ciò conseguendo che il relativo ex amministratore unico non potesse agire in giudizio per conto della stessa.

Essendosi ravvisato un contrasto interpretativo in seno alla giurisprudenza relativa, appunto, alla legittimazione processuale, tanto attiva, quanto passiva, della società incorporata cancellata dal registro delle imprese, la causa è stata rimessa alle SS.UU., che hanno preso le mosse dalla ricostruzione «dei profili societari delle operazioni cc.dd. straordinarie, in particolare della fusione» (pag. 5). Sotto quest'ultimo profilo, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha seguito, nel corso degli anni, due tesi distinte, invero «ispirate dal testo letterale – ante e post riforma del diritto societario, introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 – dell'art. 2504 bis c.c.» (pag. 16): «la tesi della natura evolutivo-modificativa con sopravvivenza della società incorporata o fusa» (pagg. 10 e ss.), secondo cui «la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo» (pag. 10), sicché la fusione non avrebbe verun riflesso esterno e verun effetto per i giudizi eventualmente in corso; e la tesi «dell'estinzione con effetto devolutivo-successorio» (pagg. 14 e ss.), secondo cui la legittimazione, attiva e passiva, anche in sede di impugnazione, spetta alla «sola società incorporante» (pag. 14) e «non la società incorporata, soggetto non più esistente a seguito della fusione» (pag. 15), attesa l'estinzione per incorporazione, sicché una precipua valenza viene assegnata, ai fini processuali, all'avvenuta cancellazione della società incorporata dal Registro delle Imprese.

Vale, infatti, la pena di rammentare che l'art. 2502, IV comma, c.c., nella sua originaria formulazione del 1942, stabiliva che «la società incorporante o quella che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte» e che l'art. 2504 bis, I comma, c.c., introdotto successivamente dall'art. 13 d.lgs. n° 22 del 1991, stabiliva che «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte», di tal guisa facendosi esplicito riferimento, in entrambi i casi, alle società estinte e considerandosi la fusione per incorporazione quale fenomeno di successione a titolo universale, da cui si determina l'estinzione della società incorporata. Epperò la disciplina *de qua* è stata ulteriormente modificata in occasione della riforma del diritto societario di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, di talché, ai sensi dell'art. 2504 bis, I comma, c.c. vigente, «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione», in tal guisa non operandosi più il riferimento alle società estinte (pagg. 16-30, ove si passa in rassegna l'evoluzione normativa non soltanto civilistica, ma, altresì, fallimentare e tributaria della fusione): il legislatore della riforma societaria ha, infatti, inteso sostituire la vecchia espressione «società estinte», su cui si fondava la teoria della successione universale, con quella «società partecipanti alla fusione».

Ebbene, al termine della cennata ricostruzione, la Suprema Corte giunge ad asseverare, l'estinzione della società incorporata a seguito della fusione, che, «dando vita ad una vicenda modificativa dell'atto costitutivo per tutte le società che vi partecipano» (pag. 30), comporta un vero e proprio «fenomeno di concentrazione sia giuridica sia economica» (ibidem), sicché «tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa, siano [*rectius*: sono] imputati ad un diverso soggetto giuridico, [corrispondente all]a società incorporante o [vvero all]a società risultante dalla fusione» (pag. 31). In sostanza, accogliendo il motivo del ricorso, la Suprema Corte ha ritenuto che la società fusa per incorporazione, con contestuale cancellazione dal Registro delle Imprese, nel momento in cui aveva proposto il giudizio, sarebbe stata priva di capacità e di legittimazione processuale, essendosi già estinta ed avendo, i propri organi amministrativi cessato le funzioni di legale rappresentanza; anzi, a ben vedere, cessano, «*per la società incorporata, la sede sociale, la denominazione, gli organi amministrativi e di controllo, il capitale nominale, le azioni o quote che lo rappresentano, e così via; in una parola, la primigenia organizzazione si dissolve e nessuna situazione soggettiva residua*» (pag. 32).

Senonché, può osservarsi come, dal momento dell'iscrizione della fusione nel Registro Imprese, la società incorporata subisca un fenomeno di estinzione, che costituisce evento uguale e contrario all'iscrizione avvenuta all'atto di costituzione della società stessa, di cui all'art. 2330 c.c. Da questo punto di vista, risulta, in tal guisa, evidente che la fusione realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione mortis causa, producendo gli effetti, interdipendenti tra essi, della «estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati» (pag. 35).

Dal precipuo punto di vista della legittimazione processuale, la prosecuzione dei rapporti giuridici nel soggetto unificato fonda la legittimazione dell'incorporante attiva ad agire e proseguire nella tutela dei diritti e, al contempo, passiva a subire e difendersi avverso le altrui pretese: legittimazione che risulta riferita ed estesa, in particolare, anche ai rapporti originariamente facenti capo alla società incorporata: quest'ultima, infatti, «non mantenendo la propria soggettività dopo l'avvenuta fusione e la cancellazione dal registro delle imprese, neppure vanta una propria autonoma legittimazione processuale attiva o passiva» (p. 36). Resta, tuttavia, ferma, la facoltà, della società incorporante di spiegare «intervento [volontario] in corso di causa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 105 c.p.c., nel rispetto delle regole che lo disciplinano» (p. 39).

Da ultimo, le SS.UU. procedono ad una precisazione circa la «fusione in corso di causa» (pagg. 36 e 37), affermando che l'interruzione del processo non è necessaria, proseguendo esso naturalmente in capo alla società incorporante, siccome si evince dalla ratio dell'art. 2504 *bis* c.c. e degli artt. 299 e ss. c.p.c.

Può, pertanto, osservarsi come la sentenza in commento offra una disamina degli aspetti sostanziali dell'operazione straordinaria della fusione societaria – ossia concentrazione, estinzione e successione – non disgiunta da quelli meramente processuali, secondo un iter argomentativo evidentemente ispirato a finalità di chiarezza e semplificazione: se veruna posizione giuridica soggettiva residua in capo alla società incorporata, allora non ha senso affermare la permanenza di un soggetto, privo di rapporti o situazioni soggettive di sorta nella propria sfera giuridica; la società incorporata è *tout court* da considerarsi estinta, a dispetto degli orientamenti che consideravano la fusione alla stregua di un fenomeno di vita delle società.

Garanzia assicurativa e circolazione su aree equiparate a strade di uso pubblico

Argomento: Dei contratti assicurativi

(Cass. Civ., SS.UU., 30 luglio 2021 n. 21983)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) Nel sottolineare l'impossibilità di prescindere dall'interrelazione delle - pur distinte - discipline ex art. 2054 c.c. e dell'assicurazione per la r.c.a., la **Sezione rimettente ha posto la questione se l'art. 122 Cod. ass. possa e debba interpretarsi conformemente alla giurisprudenza eurounitaria, nel senso che la circolazione su aree equiparate alle strade di uso pubblico debba intendersi come quella effettuata su ogni spazio ove il veicolo possa essere utilizzato in modo conforme alla sua funzione abituale.** Al quesito deve darsi risposta positiva. Atteso che, come osservato dalla Sezione rimettente la disciplina posta all'art. 2054 c.c. e quella in tema di assicurazione obbligatoria per la r.c.a. risultano imprescindibilmente connesse, in quanto “quest'ultima, quale necessariamente desumibile dalla normativa comunitaria, si riverbera sull'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore” va sottolineato come queste Sezioni Unite, chiamate a definirne il concetto ai fini dell'assicurazione obbligatoria di cui all'art. 1 L. n. 990 del 1969, abbiano già avuto modo di affermare che la circolazione ex art. 2054 c.c. include (anche) la posizione di arresto del veicolo, in relazione sia all'ingombro da esso determinato sugli spazi addetti alla circolazione sia alle operazioni propedeutiche alla partenza o connesse alla fermata, nonché rispetto a tutte le operazioni che il veicolo è destinato a compiere e per il quale può circolare sulle strade. (...)”

Nota a cura di
Jessica Bianchin

La questione trae origine dalla sentenza della Cassazione Civile, a Sezioni Unite, del 30 luglio 2021 numero 21983, in materia di estensione dell'obbligo di copertura assicurativa RCA anche nell'ipotesi di circolazione stradale in aree private. I fatti oggetto della pronuncia in esame riguardavano un sinistro con investimento, purtroppo mortale, avvenuto all'interno di un'area privata. In quel caso la compagnia assicurativa del danneggiante si era rifiutata di risarcire il danno, ritenendo che “la copertura non fosse estesa al transito al di fuori delle aree adibite alla circolazione pubblica”. In prima battuta, i giudici di merito, avevano sostenuto la tesi dell'assicurazione, confermando che *“la vittima di un sinistro stradale ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile solo allorquando il sinistro sia avvenuto su strade pubbliche oppure a queste equiparate”*.

A seguito di ciò, la pronuncia è stata oggetto di ricorso all'esito del quale la Cassazione si è trovata a dover ridefinire il concetto di “circolazione” di cui all'art. 2054 c.c. e artt. 112 e 114 cod. ass. private, e pertanto, chiedersi se anche il mezzo che transita in un'area privata possa usufruire della polizza RCA. Le precedenti pronunce si erano tutte espresse in merito alla definizione di circolazione di cui all'art. 2054 c.c., andando ad estenderne la portata ed interpretandolo come una *species* dell'attività pericolosa di cui all'art 2050 c.c. Dunque, nel concetto di “circolazione” di cui all'art. 2054 c.c., rientrerebbe *“il veicolo in posizione di arresto, l'ingombro operato dalla vettura sugli spazi adibiti alla*

circolazione, le operazioni propedeutiche alla partenza o collegate alla fermata e tutte le attività che il veicolo è destinato a compiere e per le quali non può circolare"; chiarendo, quindi, che anche la sosta può essere intesa come "circolazione" (Cass. Civ. n. 8620/ 2015).

Diversa è, invece, la definizione di "circolazione" che si trova negli artt. 112 e 114 del codice delle assicurazioni private, secondo i quali solo i veicoli che si muovono su strade ad uso pubblico oppure "a queste equiparate" stanno circolando. Dunque, solo mezzi che transitano su "*aree libere alla circolazione di un numero indeterminato di persone*", sarebbero soggette ad obbligo assicurativo e, in caso di incidente, potrebbero usufruirne. Pertanto, questo vincolo assicurativo, in coordinato con la nuova interpretazione estensiva ex art. 2054 c.c., si estende anche ai veicoli fermi, indipendentemente che essi si trovino in un'area pubblica, oppure privata (Cass. Civ. n. 3254/ 2016).

Tuttavia, resta da chiare la particolare fattispecie del mezzo che transita in un'area privata. Sul punto si sono espresse le Sezioni Unite, le quali, alla luce della nuova interpretazione dell'art. 2054 c.c., hanno sancito che la copertura assicurativa obbligatoria, di cui agli artt. 112 e 114 cod. ass. private, si applica anche per i mezzi che circolano sia in aree pubbliche, che in quelle private, di qualsiasi genere. Infatti, secondo la Corte, non è "*il luogo della circolazione*" del veicolo, né "*il numero di persone abilitate a frequentarle*", né "*il tipo di accessibilità del luogo*" sul quale il mezzo transita a rendere tale area "*coperta dall'assicurazione*" ma solo che il veicolo "*sia utilizzato in modo conforme alla sua funzione abituale*". È l'uso del mezzo a determinarne la pericolosità ed il rischio abituale, i quali devono necessariamente essere coperti dalla polizza RCA obbligatoria, e nulla rileva il fatto che il veicolo circoli oppure stazioni in un cortile privato più tosto che sulla pubblica via. L'unico caso in cui la polizza RCA non trova applicazione è l'ipotesi in cui l'utilizzazione del mezzo avvenga in contesti particolari ed avulsi dal concetto di circolazione sotteso dalla disciplina di cui all'art. 2054 c.c. ed a quella di cui agli artt. 112 e 114 cod. ass. private.

Rapporti tra ordine di esposizione del crocifisso e libertà di insegnamento e di coscienza in materia religiosa

Argomento: Diritto del lavoro

(Cass. Civ., SS.UU., 9 settembre 2021, n. 24414)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 1. - Le Sezioni Unite sono investite di una questione di massima di particolare importanza. La questione riguarda la compatibilità tra l'ordine di esposizione del crocifisso, impartito dal dirigente scolastico di un istituto professionale statale sulla base di una delibera assunta a maggioranza dall'assemblea di classe degli studenti, e la libertà di insegnamento e di coscienza in materia religiosa, intesa quest'ultima anche come libertà negativa, da assicurare ad ogni docente. Si tratta di stabilire se la determinazione del dirigente scolastico, rivolta a tutti gli insegnanti della classe, si ponga in contrasto con il principio della libertà di insegnamento del docente dissenziente che desidera fare lezione senza essere costretto nella matrice religiosa impressa dal simbolo affisso alla parete, e collida con il divieto di discriminazione su base religiosa. 2. - La questione sorge in un caso nel quale è stata applicata una sanzione disciplinare al docente di lettere per avere sistematicamente rimosso il crocifisso dalla parete dell'aula prima di iniziare le sue lezioni, per poi ricollocarlo al suo posto al termine delle stesse. 3. - Nel rimettere alle Sezioni Unite la soluzione della questione di massima, la Sezione lavoro di questa Corte osserva che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non è imposta da disposizioni di legge ma solo da regolamenti, risalenti nel tempo, applicabili tuttavia alle sole scuole medie inferiori e alle scuole elementari, passando poi a ricostruire il quadro giurisprudenziale di riferimento e confrontando gli approdi del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione (…)

30. - Risolvendo la questione di massima di particolare importanza rimessa dalla Sezione lavoro, le Sezioni Unite enunciano i seguenti principi di diritto: - In base alla Costituzione repubblicana, ispirata al principio di laicità dello Stato e alla salvaguardia della libertà religiosa positiva e negativa, non è consentita, nelle aule delle scuole pubbliche, l'affissione obbligatoria, per determinazione dei pubblici poteri, del simbolo religioso del crocifisso. - Il R.D. n. 965 del 1924, art. 118, che comprende il crocifisso tra gli arredi scolastici, deve essere interpretato in conformità alla Costituzione e alla legislazione che dei principi costituzionali costituisce svolgimento e attuazione, nel senso che la comunità scolastica può decidere di esporre il crocifisso in aula con valutazione che sia frutto del rispetto delle convinzioni di tutti i componenti della medesima comunità, ricercando un "ragionevole accomodamento" tra eventuali posizioni difformi. **E' illegittima la circolare del dirigente scolastico che, nel richiamare tutti i docenti della classe al dovere di rispettare e tutelare la volontà degli studenti, espressa a maggioranza in una assemblea, di vedere esposto il crocifisso nella loro aula, non ricerchi un ragionevole accomodamento con la posizione manifestata dal docente dissenziente. - L'illegittimità della circolare determina l'invalidità della sanzione disciplinare inflitta al docente dissenziente per avere egli, contravvenendo all'ordine di servizio contenuto nella circolare, rimosso il crocifisso dalla parete dell'aula all'inizio delle sue lezioni, per poi ricollocarlo al suo posto alla fine delle medesime. - Tale circolare, peraltro, non integra una forma di discriminazione a causa della religione nei confronti**

del docente, e non determina pertanto le conseguenze di natura risarcitoria previste dalla legislazione antidiscriminatoria, perchè, recependo la volontà degli studenti in ordine alla presenza del crocifisso, il dirigente scolastico non ha connotato in senso religioso l'esercizio della funzione pubblica di insegnamento, nè ha condizionato la libertà di espressione culturale del docente dissidente. (...)”

Nota a cura di
Michele Emanuele Leo

La sentenza in commento si presenta articolata, investe più branche del diritto e coinvolge aspetti normativi di particolare rilevanza.

La questione trae origine da un procedimento disciplinare a cui è stato sottoposto un docente di lettere per non aver rispettato una circolare del dirigente scolastico che, su richiesta degli alunni di una classe dell'istituto, aveva fatto apporre un crocifisso nell'aula.

Il docente aveva più volte manifestato la sua disapprovazione per l'affissione del crocifisso che provvedeva a rimuovere prima dell'inizio di una lezione salvo riposizionarlo al termine della stessa. Alcuni alunni sottoponevano la questione all'assemblea di classe che a maggioranza deliberava di mantenere il crocifisso esposto in aula.

Il dirigente, recepitava la volontà dell'intera classe, emetteva una circolare ed un ordine di servizio *“diffidando formalmente il docente dal continuare in questa rimozione che sta creando negli studenti frustrazione, incertezza e preoccupazione”*.

Veniva anche redatto un verbale del consiglio di classe nel quale si evidenziava la laicità pluralista della scuola e, al contempo, la volontà della maggioranza della classe, ivi compresi alunni appartenenti ad altre religioni, di consentire l'affissione del crocifisso.

Malgrado ciò, il docente continuava a rimuovere il crocifisso durante le sue lezioni.

Per tale ragione il dirigente avviava un procedimento disciplinare da cui scaturiva la sanzione della *“sospensione dell'insegnamento di trenta giorni”*.

Il professore impugnava sì l'ordine di servizio in quanto *“discriminatorio nei confronti dei docenti che non si riconoscevano nel crocifisso”* che il provvedimento di sospensione per trenta giorni dall'insegnamento *“poiché volto a sanzionare una condotta che costituiva invece legittimo esercizio del potere di autotutela in relazione ai diritti fondamentali di libertà di insegnamento e di libertà di coscienza in materia religiosa”*.

Il Giudice del lavoro in primo grado respingeva i ricorsi poi riuniti richiamando una sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 marzo 2011 nel caso Lautsi e altri c. Italia, sostenendo che la libertà educativa di religione e coscienza non fosse scalfita dalla presenza del simbolo religioso. Secondo il giudice, il dirigente scolastico aveva solo dato adempimento al deliberato dalla maggioranza di una sola classe non imponendone l'allocazione a tutto l'Istituto.

Presentava appello il docente senza ottenere esito differente, anzi, la Corte perugina evidenziava *“che l'esposizione del crocifisso non ha limitato la libertà di insegnamento e che il ricorrente non ha titolo per dolersi dell'asserita violazione del principio di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione nonché di quello di laicità dello Stato, perché gli stessi danno origine, non a diritti soggettivi dei singoli, bensì ad interessi diffusi, la cui tutela è affidata agli enti esponenziali della collettività nel suo complesso e solo nei casi di espressa previsione di legge ad associazioni o enti collettivi che di quegli interessi sono portavoce”*.

Di contro, a parere del collegio, era stato il professore stesso con il proprio comportamento *“disobbediente”* a violare il principio di laicità dello Stato.

Interessante è il significato che la Corte d'appello ha attribuito al crocifisso, prendendo spunto dalla citata decisione della CEDU, il quale sarebbe un simbolo “passivo” dal momento che la sua affissione non comporta l'obbligo di adeguarsi o meglio conformarsi alla fede cristiana per cui *“l'esposizione nel luogo di lavoro”* non costituisce alcun condizionamento o compromissione della libertà del soggetto dissenziente.

Il professore a questo presentava ricorso dinanzi alla Corte di cassazione sostenendo: il carattere discriminatorio dell'ordine di servizio nei confronti degli insegnanti non cattolici; la lesione della libertà negativa di religione; la violazione del principio di laicità dello Stato; l'errata interpretazione della norma CEDU richiamata in primo grado in ordine all'esposizione del simbolo religioso in aula scolastica; l'errata interpretazione del principio di legalità; la mancata considerazione da parte della Corte della sussistenza di un diritto soggettivo del lavoratore in ordine alla rimozione del crocifisso; la mancata valutazione dei danni patiti per la discriminazione subita.

Instaurato il giudizio dinanzi alla sezione lavoro della suprema Corte di cassazione, la questione veniva rimessa alla Sezioni unite: *“sul rilievo che il ricorso prospetta una questione di particolare rilevanza, che involge il bilanciamento, in ambito scolastico, fra le libertà ed i diritti tutelati rispettivamente dal D.lgs. n. 297 del 1994, artt. 1 e 2, che garantiscono, da un lato, la libertà di insegnamento, intesa come autonomia didattica e libera espressione culturale del docente, e, dall'altro, il rispetto della coscienza civile e morale degli alunni. L'interrogativo riguarda i modi di risoluzione di un eventuale conflitto e la possibilità di far prevalere l'una o l'altra libertà nei casi in cui le stesse si pongano in contrasto fra loro”*.

Nell'ordinanza di rimessione si chiedeva di esaminare la sussistenza di una forma di discriminazione indiretta a carico di chi non aderisce ad una determinata convinzione religiosa, ma la subisce.

La decisione delle sezioni unite scaturisce da una complessa analisi di statuizioni del passato (alcune del Consiglio di stato, altre della Corte costituzionale, altre ancora della Corte di Strasburgo) avente ad oggetto l'esposizione del crocifisso in luoghi pubblici, il tutto non solo alla luce dei principi costituzionalmente garantiti nel nostro paese, ma anche vigenti in ambito europeo nel rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo.

Nel caso di specie, garante del lavoratore dissenziente, anche se in minoranza, è il datore di lavoro, il quale dovrebbe contemperare le diverse esigenze qualora: *“a fronte della volontà manifestata dalla maggioranza degli studenti e dell'opposta esigenza esplicitata dal docente, l'esposizione del simbolo fosse comunque necessaria o se non si potesse realizzare una mediazione fra le libertà in conflitto, consentendo, in nome del pluralismo, proprio quella condotta di rimozione momentanea del simbolo della cui legittimità qui si discute, posta in essere dal ricorrente sull'assunto che la stessa costituisse un legittimo esercizio del potere di autotutela”*.

Le Sezioni unite chiariscono che per un verso è innegabile che il crocifisso non rappresenti un mero suppellettile né un oggetto di culto, bensì simbolo di valori supremi quali: tolleranza; rispetto della persona; rifiuto di qualsiasi atto di brutale violenza, principi peraltro alla base della laicità dello Stato. Il crocifisso è alla base della tradizione e della cultura italiana anche se non si può parlare di *“religione di Stato”* perché così non è *“dopo la dichiarazione congiunta, in sede di Protocollo addizionale all'Accordo di modifica del 1984 tra la Repubblica italiana e la Santa Sede, di considerare non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano”*. Per questi motivi, la percezione soggettiva del dissenziente non è da sola sufficiente a caratterizzare una violazione del diritto soggettivo.

Di contro, ben avrebbe potuto il dirigente scolastico attuare *“un metodo mite”* onde farsi *“carico di tutte le esigenze in tensione”*, ovvero sia sebbene non vi sia né discriminazione né forma alcuna di indottrinamento, lo stesso quale datore di lavoro, avrebbe dovuto imboccare, anche nell'ottica del principio di bilanciamento dei valori coinvolti, la strada *“dell'accomodamento ragionevole...intesa come*

ricerca, insieme, di una soluzione mite, intermedia, capace di soddisfare le diverse posizioni nella misura concretamente possibile, in cui tutti concedono qualcosa facendo, ciascuno, un passo in direzione dell'altro".

D'altronde, sebbene il dirigente abbia attuato quanto richiesto dalla maggioranza della classe, ben avrebbe potuto temperare la richiesta con quanto preteso dall'unico docente dissenziente.

Come insegna la nostra Costituzione a norma degli artt. 19 e 21: *"La regola di maggioranza senza correttivi non può utilizzarsi nel campo dei diritti fondamentali, che è dominio delle garanzie per le minoranze e per i singoli. I diritti fondamentali svolgono un ruolo contro-maggioritario, sicché, abbandonato il criterio quantitativo, il "peso" assunto dai soggetti coinvolti non può fare ingresso quale decisivo criterio di bilanciamento delle libertà. Anche nelle formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo, la libertà religiosa che accompagna questo sviluppo della persona umana non può essere governata dal criterio della maggioranza che prevale e della minoranza che capitola".* In questa ottica quindi il dirigente scolastico avrebbe dovuto vestire i panni del mediatore terzo ed imparziale al fine di trovare un punto di incontro tra le posizioni contrastanti di alunni e docente.

Il detto assunto ha portato le Sezioni unite della suprema Corte di cassazione a considerare illegittimo l'ordine di servizio per non aver contemplato un temperamento fra le due istanze antitetiche, ma non discriminatorio in quanto l'esposizione del crocifisso non ha mai costituito un vincolo allo svolgimento delle lezioni né tanto meno un impedimento per criticare *"didatticamente ed educativamente"* il punto di vista dei ragazzi.

La suprema Corte di cassazione rimetteva, infine, il giudizio alla Corte di appello in diversa composizione al fine di valutare esclusivamente il comportamento tenuto dal professore in merito alle *"esternazioni verbali"* rivolte al proprio superiore.

La determinazione della giurisdizione sulla base della domanda nel caso di provvedimenti sanzionatori

Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale

(Cass. Civ., SS.UU., 21 settembre 2021, n. 25476)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) 5.5. Poichè, come più volte affermato da queste Sezioni Unite, la giurisdizione va determinata sulla base della domanda, dovendo farsi riferimento al petitum sostanziale, che va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia richiesta, quanto piuttosto in funzione della causa petendi ne consegue che, come già affermato dalla citata pronuncia Cass. SU n. 24609/19 in tema di atti amministrativi, anche di natura regolamentare, presupposti all'irrogazione di sanzioni amministrative da parte della Banca d'Italia per le violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria, va affermata, anche con riferimento alle sanzioni amministrative di competenza della Consob ex D.Lgs. n. 58 del 1998, l'attribuzione al giudice ordinario della cognizione anche sugli atti amministrativi e regolamentari presupposti.

5.5.1. Viene, infatti, in rilievo, **l'unità strutturale e funzionale al tempo stesso dell'agere amministrativo, unità in forza della quale è impedito al giudice di separare il provvedimento sanzionatorio, così come il potere di cui costituisce espressione, dal procedimento sanzionatorio e dagli atti che lo compongono e/o che ne costituiscono presupposti**; in tale ottica, il principio della concentrazione delle tutele al cui rispetto doveva ritenersi vincolato il legislatore delegato nell'interpretazione conseguita a Corte Cost. n. 162/2012 ed ai successivi interventi normativi di cui al D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160 e D.Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, - non poteva che trovare attuazione presso il giudice ordinario.

5.5.2. Stante la natura assolutamente vincolata dell'attività amministrativa in relazione all'an della sussistenza dell'illecito amministrativo al quale si riconnette l'esercizio del potere sanzionatorio, restando la discrezionalità, nei limiti comunque determinati dalla legge, riferita al quantum, il giudice ordinario deve poter conoscere anche della legittimità degli atti presupposti, ivi compresi quelli di natura regolamentare, che devono assicurare la tenuta del procedimento sanzionatorio in relazione a quelli che sono gli ineludibili principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione e della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie. (...)”

Nota a cura di
Cesare Valentino

Con la sentenza in commento la Suprema Corte affronta la vexata quaestio afferente al riparto di giurisdizione in materia di atti regolamentari presupposto di successivi provvedimenti sanzionatori emessi dalla Consob [1]. Una più proficua comprensione delle conclusioni interpretative cui avviene il giudice della nomofilachia passa attraverso una preliminare ricognizione del sostrato fattuale che ha dato adito alla vicenda poi sfociata nella sentenza in commento. Nella specie, tre soggetti, nella qualità di membri del collegio sindacale di una società quotata risultavano destinatari di

sanzioni amministrative comminate dalla Consob per violazione del dovere di vigilanza di cui all'art. 149, c. 1, lett. a) T.U.F. Avverso i provvedimenti sanzionatori in parola i suddetti proponevano, senza successo, opposizione dinanzi alla Corte d'Appello di Milano. Il provvedimento di rigetto del giudice di secondo grado veniva impugnato tramite ricorso per Cassazione. Nelle more del suindicato giudizio di opposizione, i soggetti sanzionati ricorrevano congiuntamente dinanzi al Tar Lazio al fine di ottenere l'annullamento di una serie di atti della Consob, di natura regolamentare, afferenti i procedimenti sanzionatori di competenza di tale autorità. Il Tar Lazio adito dichiarava l'inammissibilità del ricorso ritenendo sussistente nel caso di specie la giurisdizione del g.o. A diversa conclusione interpretativa perveniva il Consiglio di Stato, dinanzi al quale veniva impugnata la sentenza del giudice amministrativo di primo grado. Ed infatti il Supremo organo di giustizia amministrativa perveniva all'accoglimento delle doglianze dei ricorrenti, affermando la giurisdizione del g.a. in relazione alla domanda di annullamento degli atti di natura regolamentare recanti la disciplina dei provvedimenti sanzionatori di competenza della Consob. Quest'ultima, tuttavia, avverso il suddetto pronunciamento del Consiglio di Stato, proponeva ricorso per Cassazione ex art. 362 c.p.c. e 110 d.lgs. 104/2010, articolato su tre motivi, con i quali chiedeva in sostanza la declaratoria della sussistenza in materia della giurisdizione del giudice ordinario. Ricorso che la Suprema Corte, attraverso la sentenza in analisi, accoglieva, cassando la sentenza impugnata e dichiarando la giurisdizione del g.o. Ricostruito il quadro fattuale sotteso alla pronuncia della Suprema Corte, conviene spostare il baricentro dell'analisi sulle conclusioni interpretative raggiunte dal giudice della nomofilachia in ordine alla vexata quaestio afferente il riparto di giurisdizione in ordine agli atti regolamentari presupposto di successivi provvedimenti sanzionatori di competenza della Consob. La questione è stata risolta dal Consiglio di Stato sbrigativamente, sostenendo la sussistenza in materia del giudice amministrativo. A diverse conclusioni interpretative pervengono invece, con la sentenza in commento, le Sezioni Unite della Suprema Corte, sulla base di un ragionamento che muove anzitutto dal quadro normativo, ed in particolare dall'art. 133 c. 1, lett. l) d.lgs. 104/2010, così come reinterpretato all'esito di una pronuncia della Corte Costituzionale [2], che dichiarava l'incostituzionalità della norma de qua nella parte in cui attribuiva al g.a. tali controversie [3]. Non è il solo quadro normativo a costituire un valido supporto argomentativo alle conclusioni interpretative cui perviene il giudice della nomofilachia, ad avviso del quale le medesime troverebbero un avallo finanche nel principio generale di unità dell'agere amministrativo, che applicato al caso di specie precluderebbe al giudice la separazione tra provvedimenti sanzionatori "presupponenti" e atti amministrativi o normativi "presupposti" incidenti sul procedimento sanzionatorio. Dal che, discenderebbe, quale logico corollario, la devoluzione delle controversie sugli atti da ultimo citati alla competenza (funzionale) del giudice ordinario. A favore della soluzione interpretativa cui si approda, la Suprema Corte adduce finanche un rilievo di tipo "funzionale". Posta, infatti, in generale la giurisdizione del giudice ordinario in materia di provvedimenti sanzionatori emessi dalla Consob, la tenuta e il rispetto del principio del contraddittorio [4], unitamente al principio di concentrazione delle tutele, porta a ritenere che tale giudice debba conoscere anche degli atti presupposto incidenti sul procedimento sanzionatorio. L'ultima considerazione svolta dalla Suprema Corte nella sentenza in analisi, una volta affermata la giurisdizione del giudice ordinario in ordine a tali atti, involge il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale ordinaria [5]. Il giudice della nomofilachia, infatti, si chiede se la giurisdizione del giudice ordinario [6], nonostante al medesimo sia precluso il potere di annullamento dell'atto amministrativo, assicuri comunque una tutela adeguata conforme al principio del giusto processo [7]. Al quesito il Supremo Collegio fornisce soluzione affermativa, muovendo dalla considerazione che il rispetto del principio di effettività delle tutele possa essere adeguatamente assicurato dal potere di disapplicazione del provvedimento regolamentare presupposto

"illegittimo". In realtà tale conclusione interpretativa, volta a fornire, anche sul versante processuale, un ulteriore supporto argomentativo al ragionamento condotto dalla Suprema Corte, non si sottrae a rilievi critici. Risulta innegabile, infatti, che dal punto di vista effettuale la disapplicazione ad opera del g.o. costituisca un minus rispetto alla tutela demolitoria di competenza del g.a., atteso che a differenza di quest'ultima opera incidenter tantum e non già erga omnes. Con la conseguenza che il medesimo atto potrà esser applicato da parte di un altro giudice se lo stesso, diversamente dal primo giudice, ritiene il provvedimento legittimo [8].

[1] Per un inquadramento generale della Consob si segnala L. GIANI, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in *Diritto Amministrativo*, (a cura di) F.G. Scoca, Torino, 2019, p. 533 e ss.

[2] Corte Cost. sent. n. 162/2012.

[3] Declaratoria di incostituzionalità motivata dalla violazione, da parte del legislatore delegato, dei limiti desumibili dalla legge delega n. 69/2009 (art. 44 c. 1 e 2), che imponeva allo stesso di tener conto della giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori nell'assicurare la concentrazione delle tutele.

[4] Sul principio del contraddittorio "procedimentale" si vd. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 44 e ss.

[5] Al riguardo si segnala C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, 2018, Torino, p. 21 e ss.

[6] Sui poteri del g.o. avverso la p.a. si vd. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, (a cura di) F. Fracchia, Milano, 2018, p. 781 e ss.

[7] Per una puntuale ricognizione dei principi che governano il processo amministrativo si vd. E. CASETTA, *op. cit.*, p. 852 e ss.

[8] Sul punto C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 26.

Assegno divorzile e instaurazione di una nuova convivenza di fatto: limiti applicativi

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) L’instaurazione da parte dell’ex coniuge di una stabile convivenza di fatto, giudizialmente accertata, incide sul diritto al riconoscimento di un assegno di divorzio o alla sua revisione nonché sulla quantificazione del suo ammontare, in virtù del progetto di vita intrapreso con il terzo e dei reciproci doveri di assistenza morale e materiale che ne derivano, ma non determina, necessariamente, la perdita automatica ed integrale del diritto all’assegno. - Qualora sia giudizialmente accertata l’instaurazione di una stabile convivenza di fatto tra un terzo e l’ex coniuge economicamente più debole questi, se privo anche all’attualità di mezzi adeguati o impossibilitato a procurarseli per motivi oggettivi, mantiene il diritto al riconoscimento di un assegno di divorzio a carico dell’ex coniuge, in funzione esclusivamente compensativa.

(…) A tal fine il richiedente dovrà fornire la prova del contributo offerto alla comunione familiare; della eventuale rinuncia concordata ad occasioni lavorative e di crescita professionale in costanza di matrimonio; dell’apporto alla realizzazione del patrimonio familiare e personale dell’ex coniuge. Tale assegno, anche temporaneo su accordo delle parti, non è ancorato al tenore di vita endomatrmoniale né alla nuova condizione di vita dell’ex coniuge, ma deve essere quantificato alla luce dei principi suesposti, tenuto conto altresì della durata del matrimonio. (...)”

Nota a cura di
Giuseppe Piccardo

Con la sentenza numero 32198 del 5 novembre 2021 in commento, la Corte di Cassazione, a Sezioni unite, con una decisione che si discosta dall’alternativa estinzione-non estinzione dell’assegno, ha composto il contrasto sollevato con ordinanza 17 dicembre 2020, numero 28995, relativa alla controversa questione del mantenimento dell’assegno divorzile nel caso in cui il coniuge percettore instauri una convivenza more uxorio, successivamente al divorzio.

La via scelta dal Giudice di legittimità, può essere riassunta nei principi di diritto che, testualmente, si riportano: “L’instaurazione da parte dell’ex coniuge di una convivenza di fatto, giudizialmente accertata, incide sul diritto al riconoscimento di un assegno di divorzio o alla sua revisione nonché sulla quantificazione del suo ammontare, in virtù del progetto di vita intrapreso con il terzo e dei reciproci doveri di assistenza morale e materiale che ne derivano, ma non determina, necessariamente, la perdita automatica e integrale del diritto all’assegno. Qualora sia giudizialmente accertata l’instaurazione di una stabile convivenza di fatto tra un terzo e l’ex coniuge economicamente più debole questi, se privo anche dell’attualità dei mezzi adeguati o impossibilitato a procurarseli per motivi oggettivi, mantiene il diritto al riconoscimento di un assegno di divorzio a carico dell’ex coniuge in funzione esclusivamente compensativa. A tal fine, il richiedente dovrà fornire la prova del contributo offerto alla comunione familiare; della eventuale rinuncia concordata ad occasioni lavorative e di crescita professionale in costanza di matrimonio; dell’apporto alla realizzazione del

patrimonio familiare e personale dell'ex coniuge. Tale assegno, anche temporaneo su accordo delle parti, non è ancorato al tenore di vita endomatrimoniale né alla nuova condizione di vita dell'ex coniuge ma deve essere quantificato alla luce dei principi suesposti, tenuto conto, altresì della durata del matrimonio”.

La decisione delle Sezioni Unite di non riconoscere, nel caso di convivenza di fatto successiva al divorzio, la prosecuzione della corresponsione dell'assegno di divorzio, da parte del coniuge obbligato, si fonda, in particolare, su due argomentazioni, e precisamente:

a) l'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 5, comma 10 della legge sul divorzio, che prevede l'estinzione dell'obbligo di corrispondere l'assegno divorzile, in caso di nuove nozze del coniuge che ha diritto di percepire l'assegno;

b) la natura compensativa dell'assegno di divorzio, che verrebbe meno nel caso in cui si ritenesse che la convivenza determinasse automaticamente l'estinzione dell'assegno suddetto.

La sentenza si segnala non solo per l'importanza pratica della problematica che affronta, alla luce dei cambiamenti sociali che interessano la famiglia, ma anche perché l'adesione delle Sezioni Unite alla prospettazione secondo la quale l'assegno di divorzio avrebbe natura meramente compensativa si pone in contrasto con l'orientamento più recente della stessa Corte di Cassazione. Infatti, la suprema Corte, sempre a Sezioni unite, con la nota sentenza 11 luglio 2018 numero 18287, ha affermato la natura composita dell'assegno divorzile, vale a dire assistenziale, compensativa e retributiva. Così opinando, la sentenza in commento, di fatto, valuta in modo differente la situazione matrimoniale da quella della convivenza di fatto e contribuisce ad una diversità di trattamento tra i casi in cui l'instaurazione di una nuova convivenza non determina l'estinzione automatica dell'assegno divorzile ed il caso del matrimonio, in relazione al quale opera l'estinzione automatica dell'assegno.

La sentenza in esame, dunque, pone fine ad un contrasto interpretativo, sia in dottrina, che in giurisprudenza, che vedeva contrapposti, tre orientamenti, che possono essere così sintetizzati: 1) tesi della permanenza o, eventualmente, di una mera rimodulazione dell'assegno, indipendentemente dall'instaurazione di una convivenza di fatto del coniuge avente diritto, in quanto rapporto non necessariamente stabile e duraturo (tra le altre, Cass. 4 novembre 2014 n. 24832); 2) estensione dell'assegno divorzile per tutta la durata della convivenza (*ex multis*, tra le altre, Cass. 11 agosto 2011 n. 17195); 3) cessazione automatica dell'assegno di divorzio, a seguito dell'instaurazione di una convivenza di fatto del coniuge percettore dell'assegno, in forza del principio di autoresponsabilità del coniuge che, liberamente, instaura una convivenza di fatto, successivamente al divorzio (di recente, Cass. 19 dicembre 2018 n. 32871; Cass. 28 febbraio 2019 n. 5874; Cass. 29 dicembre 2020 n. 29781). Per completezza, si dà atto che il suddetto, più recente, orientamento, è stato criticato, in dottrina, da chi ritiene non condivisibile che il coniuge più debole venga privato dell'assegno divorzile, in ottica della funzione compensativa e perequativa dell'assegno, al fine di riconoscere i sacrifici di un coniuge a beneficio della famiglia, così come argomentato dalla citata sentenza a Sezioni Unite 11 luglio 2018, numero 18287, sopra citata.

Sul piano probatorio, nella prospettazione recepita dalla Suprema Corte con la sentenza in commento, come meglio precisato contraria all'orientamento giurisprudenziale più recente, se il coniuge richiedente l'assegno per il riconoscimento della componente compensativa, abbia instaurato una stabile convivenza, dovrà dimostrare in giudizio la mancanza di mezzi adeguati e, se tale mancanza dipenda da decisioni comuni prese durante il matrimonio; la suddetta prova potrà essere data anche per presunzioni gravi, precise e concordanti.

Infine, ad avviso dello scrivente, di particolare interesse e rilievo, nella sentenza in commento, è la considerazione della Suprema Corte, secondo la quale *“il filo della solidarietà post-coniugale, assottigliato*

dalle scelte della vita ma non per questo del tutto reciso, può servire, in virtù di quel contributo dato in passato alle fortune familiari e mai retribuito, a fondare il diritto ad un assegno”.

Le Sezioni Unite, con questa affermazione, aprono alla possibilità che gli ex coniugi possano prevedere un contributo a favore di quello più debole, sussistendone le condizioni, eventualmente a tempo, come avviene in alcuni ordinamenti giuridici europei, non legato al tenore di vita endomatrmoniale, né alla nuova situazione di vita familiare dell'ex coniuge, in quanto quantificato alla luce dei principi suesposti, tenuto conto, tra l'altro, della durata del matrimonio.

Inoltre, i Giudici, seppur nell'impossibilità di assumere diverse iniziative, in assenza di una diversa normativa, pongono un'importante sottolineatura sulla necessità di una riforma dell'assegno di divorzio, del quale il legislatore ha già preso atto, così come risulta da diversi progetti di legge presentati in Parlamento, di diversi disegni di legge, in relazione alla questione oggetto di disamina da parte della Corte di Cassazione, anche sulla scorta di importanti contributi della dottrina in materia. Un rapido intervento normativo, ad avviso dello scrivente, è quantomai necessario, al fine di adeguare la disciplina della solidarietà post coniugale all'attuale società ed ai nuovi modelli di famiglia, nonché ad avvicinare la legislazione nazionale a quella europea; vedremo se il legislatore coglierà lo stimolo offerto, in tal senso, dalla sentenza in commento.

Il motivo sulla nullità della citazione di primo grado per vizi della vocatio in ius onera la Corte alla rinnovazione degli atti compiuti in primo grado

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., SS.UU., 26 gennaio 2022, n.2258)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) 6. Queste Sezioni Unite ritengono (…) di lasciare regolata dall'art. 294 c.p.c. la questione degli effetti della rilevazione della nullità della citazione come motivo d'appello, distinguendo fra rinnovazione degli atti nulli compiuti in primo grado, a norma dell'art. 354 c.p.c., comma 4, e art. 356 c.p.c., e rimessione in termini per le attività segnate da preclusioni condizionata alla dimostrazione della mancata conoscenza del processo.

6.1 La nullità della citazione introduttiva del giudizio di primo grado per vizi della vocatio in ius, riguardando l'atto preordinato all'instaurazione del contraddittorio, ove il convenuto non si costituisca e non sia rilevata d'ufficio dal giudice (art. 164 c.p.c.), comporta l'estensione a tutti gli atti del processo che ne sono dipendenti (art. 159 c.p.c., comma 1), ovvero agli atti che devono compiersi nel contraddittorio delle parti. Allorché tale nullità non sia stata sanata dalla costituzione del convenuto né rilevata d'ufficio, non operando per essa il regime di cui all'art. 157 c.p.c., comma 2, la stessa nullità si converte in motivo di impugnazione e deve perciò essere fatta valere dal contumace mediante appello, contemporaneamente spiegato, a pena di inammissibilità, anche in rapporto alle statuizioni di merito (da ultimo, Cass. Sez. Unite, 25 novembre 2021, n. 36596). La proposizione dell'appello, d'altro canto, non sana ex se la nullità degli atti successivi dipendenti dalla citazione viziata. Il giudice d'appello, preso atto della nullità del giudizio di primo grado e della stessa sentenza, non potendo disporre la rimessione al primo giudice, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., è dunque tenuto a trattare la causa nel merito, rinnovando gli atti dichiarati nulli.

6.2. La rinnovazione degli atti nulli che sia ordinata dal giudice d'appello coinvolge, peraltro, le attività difensive correlate e strettamente conseguenziali all'atto rinnovato, ma non equivale alla rimessione in termini integrale ed automatica del contumace nello svolgimento di tutte le attività difensive impedita dalla mancata instaurazione del contraddittorio. La rimessione in termini è, infatti, ristretta dall'art. 294 c.p.c. alle sole attività ormai precluse il cui tempestivo svolgimento sia stato impedito dall'ignoranza del processo. (…)

6.3. Dunque, il giudice d'appello dispone la rinnovazione degli atti nulli espletati in primo grado, dipendenti dalla nullità della citazione, mediante ripetizione degli stessi nel contraddittorio delle parti, così riattribuendo al convenuto, che era rimasto contumace, quei poteri difensivi inesercitati ma non soggetti a preclusione. Secondo principio generale, invero, la rinnovazione, ad esempio, di una prova già invalidamente assunta si esaurisce nella nuova assunzione della stessa conformemente all'originaria allegazione del deducente, ostando la declaratoria di nullità al verificarsi di preclusioni o decadenze in dipendenza della iniziale assunzione, ma senza che in occasione della rinnovazione possa essere introdotta dalla controparte una prova contraria. La rimessione in termini, viceversa, è rimedio che riammette la parte all'esercizio di attività soggette a preclusione (quali,

indicativamente, quelle di cui agli artt. 38,167 e 183 c.p.c.), e però impone che la nullità della citazione abbia impedito al convenuto di avere conoscenza del processo.

6.4. Quando la nullità della citazione dedotta dall'appellante, rimasto contumace in primo grado, dipende dall'inosservanza dei termini a comparire o dalla mancanza dell'avvertimento previsto dall'art. 163 c.p.c., n. 7 la rimessione in termini per le attività che gli sarebbero precluse, ai sensi dell'art. 294 c.p.c., resta, di regola, impedita dall'avvenuta conoscenza materiale dell'esistenza del processo, a differenza di quanto accade in ipotesi di omissione o assoluta incertezza del giudice adito. Residuano, ovviamente, le ipotesi limite in cui tale conoscenza materiale del processo in capo al convenuto sia avvenuta in tempo, comunque, non utile a consentirgli una fruttuosa costituzione. In virtù di un'interpretazione orientata all'effettività del diritto di difesa e alla ragionevole durata del processo, è da escludere che dalla nullità della citazione, pur non seguendo la rimessione al primo giudice, discenda la necessaria rimessione in termini del contumace appellante, perché ciò, come si avverte anche in dottrina, comporterebbe un "premio" per lo stesso, sebbene egli abbia avuto cognizione del processo ed avrebbe perciò potuto comunque costituirsi sin dalla prima udienza, mentre ha preferito attendere l'intero decorso del giudizio di primo grado per poi spiegare gravame. (...)

7. Deve pertanto enunciarsi il seguente principio di diritto: "Allorché venga dedotta come motivo di appello la nullità della citazione di primo grado per vizi della vocatio in ius (nella specie, per l'inosservanza dei termini a comparire), non essendosi il convenuto costituito e neppur essendo stata la nullità rilevata d'ufficio ai sensi dell'art. 164 c.p.c., il giudice d'appello, non ricorrendo una ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, deve ordinare, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti compiuti in primo grado, potendo tuttavia il contumace chiedere di essere rimesso in termini per compiere attività ormai precluse a norma dell'art. 294 c.p.c., e dunque se dimostra che la nullità della citazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo. (...)"

Giudicato implicito per il difetto di giurisdizione non contestato con l'impugnazione della sentenza di primo grado

Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale

(Cass. Civ., SS.UU., 3 febbraio 2022, n. 3475)
stralcio a cura di Edvige Pellegrino

“(…) nella controversia promossa da C.D., dirigente generale della Polizia di Stato, per l'impugnazione del provvedimento del Capo della Polizia-Direttore generale della pubblica sicurezza con cui il ricorrente era stato promosso, il giorno antecedente alla propria andata in quiescenza, alla qualifica di dirigente generale di P.S., con la sola attribuzione degli effetti giuridici, ma non di quelli economici, il Consiglio di Stato, con la sentenza indicata in epigrafe, in accoglimento dell'appello proposto dal Ministero dell'interno e da quello dell'economia e delle finanze, ha riformato la sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio aveva accolto il ricorso, accertando l'obbligo dell'Amministrazione di attribuire al ricorrente gli effetti economici derivanti dalla sua promozione; - con l'unico motivo il ricorrente deduce la nullità della sentenza del Consiglio di Stato ex art. 111 Cost., comma 8, per violazione dell'art. 362 c.p.c., comma 1, in relazione alla mancata osservanza dei limiti esterni della sua giurisdizione; (...) - in relazione a fattispecie identiche queste sezioni unite (con ordd. nn. 21972 e 21987/21) hanno dichiarato l'inammissibilità dei relativi ricorsi, in base a considerazioni che integralmente si condividono; (...) - il ricorrente, pur avendo enunciato, ma solo in rubrica, la mancata osservanza da parte del Consiglio di Stato dei limiti esterni della sua giurisdizione, tale violazione non esplicita se non per denunciare che il Consiglio di Stato avrebbe deciso in una materia, quella pensionistica, devoluta alla giurisdizione della Corte dei Conti; (...) - è, allora, evidente l'inammissibilità del ricorso, alla luce dei principi affermati da queste sezioni unite, secondo cui **allorché il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, affermando, anche implicitamente, la propria giurisdizione e le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, in quanto tale questione è ormai coperta dal giudicato implicito** (tra varie, Cass., sez. un., n. 10359/2021; nn. 25208 e 5587 del 2020); - rimane altresì precluso all'attore, rimasto soccombente nel merito, contestare la giurisdizione di quel giudice che egli stesso ha adito (Cass., sez. un., n. 25367/20; n. 21260/16); - questi principi valgono anche quando è il ricorrente ad avere adito lui stesso il giudice amministrativo in primo grado, risultando vittorioso; (...) - il ricorso è, quindi, inammissibile e le spese seguono la soccombenza; (...)”

Revoca del pagamento in favore del creditore pignoratizio ex art. 67 l. fallimentare e diritto del creditore ad insinuarsi nel passivo del fallimento

Argomento: Diritto fallimentare

(Cass. Civ., SS.UU., 16 febbraio 2022, n. 5049)

stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) L'eventus damni, secondo le S.U., in questa ipotesi, è in re ipsa consistendo nella lesione della "par condicio creditorum", ricollegabile, per presunzione legale assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. (...) la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato non esclude la indicata lesione della "par condicio", né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, dal momento che solo in seguito alla ripartizione dell'attivo potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati i quali, successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria, potrebbero in tesi insinuarsi. (...) la natura distributiva, e non indennitaria, dell'azione prevista dal comma secondo dell'art. 67 è rimasta ferma anche dopo la riforma della disciplina della revocatoria fallimentare operata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, il cui art. 2 si è limitato a dimezzare il "periodo sospetto", "con l'introduzione di talune eccezioni alla regola, implicitamente confermate quindi della stessa". "E' stato inoltre evidenziato che il legislatore con il regime giuridico della revocatoria fallimentare ha inteso colpire (...) il recupero di ciò che è uscito dal patrimonio del debitore in una situazione d'insolvenza in modo da sottrarre il beneficiario del pagamento dalla posizione di creditore concorrente. La revocabilità dei pagamenti eseguiti nel periodo sospetto da parte di creditori muniti di garanzia reale non è stata più posta in discussione nella giurisprudenza successiva di legittimità (Cass. 4785 del 2010 e più di recente 16565 e 24627 del 2018) (...).

11.2 Solo in seguito alla ripartizione dell'attivo potrà verificarsi se il pagamento non pregiudichi le ragioni degli altri creditori privilegiati che anche successivamente all'esercizio della revocatoria intendano insinuarsi così da tenere conto della possibile presenza di crediti prededucibili nel passivo fallimentare o di altri crediti di grado peggiore destinati ad essere soddisfatti con preferenza rispetto a quello che ha subito la revocatoria, oltre che l'evenienza di insinuazioni tardive. Il quadro dei crediti prededucibili non può dirsi mai del tutto immutabile perché si tratta di crediti che sorgono in occasione ed in funzione del fallimento (art. 111, secondo comma, I. fall) e che sono preordinati allo scopo di fornire alla procedura la liquidità indispensabile per il suo svolgimento e la sua gestione. (...) Deve inoltre rilevarsi che, pur essendo fissato un termine per le insinuazioni tardive (...) non si deve trascurare che i creditori muniti di prelazione o privilegio che dimostrino la non imputabilità del ritardo possono prelevare nei riparti successivi le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni (art. 112 legge fall.).

11.3 In conclusione, il fondamento teorico di quest'opzione è costituito da due **pilastri: la natura distributiva dell'azione revocatoria e la necessità di ristabilire la par condicio creditorum in relazione a tutti i pagamenti eseguiti nel periodo sospetto senza alcuna esclusione dettata dalla natura giuridica dei crediti posti a base degli importi versati. A questa duplice premessa segue, secondo la giurisprudenza di legittimità successiva alle S.U., la**

collocazione in chirografo del credito conseguente alla restituzione derivante dall'eventuale esito vittorioso dell'azione revocatoria. (...) la collocazione in chirografo del credito conseguente alla ripetizione, per effetto della revocatoria, del pagamento ricevuto in periodo sospetto dal creditore pignoratizio previa vendita o realizzazione dell'oggetto del pegno, non soddisfa il principio della gradualità proprio della concorsualità fallimentare. (...). Il principio della par condicio si fonda sulla graduazione dei crediti secondo criteri di priorità predeterminati dalla legge. Le S.U. nella sentenza n. 7028 del 2006 hanno affermato che la lesione della par condicio si determina con l'uscita del bene o, come nella specie, del pagamento successivo alla compravendita del bene (titoli azionari) oggetto dell'atto di disposizione. Con la inclusione nella massa, per effetto della revocatoria, si ristabilisce la par condicio alterata ma i principi che regolano la collocazione e la graduazione dei crediti ammessi al passivo deve essere conservata, alla luce della natura giuridica del credito, dalla soddisfazione del quale, è derivato l'atto sospetto. (...) La funzione distributiva della revocatoria del pagamento del creditore privilegiato non si realizza privando quest'ultimo del suo diritto ad una collocazione prioritaria rispetto ai chirografari ma consentendo, previa verifica in sede di re-insinuazione ai sensi dell'art. 70 I. fall., che il suo diritto sia soddisfatto in sede di riparto mediante una corretta graduazione dopo che siano stati soddisfatti i crediti prededucibili e i creditori di grado prioritario anche se insinuati tardivamente. (...) La funzione della revocatoria deve essere individuata nella necessità di costringere il creditore (munito di garanzia consolidata) a sottoporsi alle regole del concorso non potendosi escludere, come indicato dalle S.U. nella pronuncia n. 7028 del 2006 l'esistenza di ulteriori crediti prededucibili o comunque prioritari insinuati successivamente all'inizio dell'azione. Infine, anche se l'art. 70 c.2 legge fall. non precisa quale grado debba essere dato al credito del terzo (creditore) revocato in sede di successiva insinuazione al passivo, si ritiene, alla luce di un'interpretazione sistematica, che a quest'ultimo possa essere riconosciuta la stessa causa di prelazione di cui godeva in precedenza e che la norma debba essere interpretata conformemente alla ratio dell'azione cui accede ovvero quale strumento di ripristino della par condicio alterata consentendo al creditore munito di causa di prelazione di realizzare quest'ultima ma solo all'interno del concorso.

14.1 (...) deve essere affermato il seguente principio di diritto: **“il pagamento eseguito dal debitore, successivamente fallito, nel periodo sospetto, così come determinato nell'art. 67, secondo comma, legge fall., ove si accerti la scientia decoctionis del creditore, è sempre revocabile anche se effettuato in adempimento di un credito assistito da garanzia reale ed anche se l'importo versato deriva dalla vendita del bene oggetto di pegno”**.

15. (...) "La revoca, ex art. 67 l.fall. del pagamento eseguito in favore del creditore pignoratizio, con il ricavato della vendita del bene oggetto del pegno, determina il diritto del creditore che ha subito la revocatoria ad insinuarsi al passivo del fallimento con il medesimo privilegio nel rispetto delle regole distributive di cui agli articoli 111, 111. bis, 111- ter e 111-quater legge fall." (...)"

Non sussiste la nullità ex art. 1418 c.c. per la fideiussione prestata da un c.d. «confidi minore»

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., SS.UU., 16 marzo 2022, n. 8472)

stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) 3.- Le questioni rimesse alle Sezioni Unite concernono, in sintesi, la validità o (natura ed effetti dell’eventuale) nullità della fideiussione prestata ad un proprio associato (GAI) dal Consorzio Confidi (cd. confidi minore), cui sarebbe «vietato» di prestare garanzie diverse da quella collettiva dei fidi e, in particolare, garanzie fideiussorie nei confronti di terzi privati, non essendo iscritto nell’albo speciale di cui al previgente art. 107 T.u.b. (…).

3.2.- L’ordinanza interlocutoria, dopo avere rilevato che «il difetto d’iscrizione all’albo speciale determinerebbe un primo profilo di formale violazione del citato divieto», si interroga sull’esistenza di un simile divieto per i confidi minori di svolgere attività diverse da quella di «garanzia collettiva dei fidi», mancando la previsione di una nullità testuale in tal senso e, al fine di ravvisare una eventuale ipotesi di nullità cd. virtuale, rappresenta l’esigenza di scrutinare la natura, imperativa o no, della norma (asseritamente) limitativa dell’oggetto delle attività consentite ai confidi minori. L’ordinanza prosegue osservando che il rilascio di una fideiussione «è attività di per sé lecita e non riservata alle banche e agli intermediari finanziari autorizzati» (e nella specie prevista anche nell’oggetto sociale del Consorzio ricorrente, risultando dalla visura camerale che «nell’esercizio dell’attività di garanzia collettiva dei fidi possono essere prestate garanzie personali e reali» e che «la coop. può operare, ricorrendone i presupposti di legge, anche con terzi non soci») e che «è pertanto quantomeno dubbio che ci si trovi nel campo delle cd. nullità virtuali del contratto (per mancanza di autorizzazioni o mancanza di requisiti soggettivi - qual è l’iscrizione all’albo - richiesti dalla legge), come sarebbe nel caso in cui il Consorzio fallito avesse esercitato attività vietatagli dall’art. 106 T.u.b.».

3.3.- E tuttavia, il Collegio rimettente invita a riflettere sul fatto che «la nullità non apparirebbe più eludibile, anche nel contesto delle nullità virtuali di cui all’art.1418 co.1 c.c.» qualora si qualificasse in termini imperativi la norma che pone requisiti di operatività a monte dell’esercizio di un’attività finanziaria, regolata e vigilata nell’interesse pubblico. In questa prospettiva la fattispecie è assimilata, nell’ordinanza interlocutoria, a quella esaminata dal precedente di questa Corte n. 4760 del 2018, per il fatto che anche «per i confidi [la legge prescrive] in materia di intermediazione finanziaria una speciale capacità di una delle parti, assecondata entro un sistema autorizzatorio pubblicistico che ne condiziona gli stessi requisiti soggettivi dell’agire, finendo con il mettere in relazione il divieto normativo di procedere all’attività contrattuale con la sanzione (...) della nullità del negozio concluso, ex art.1418 co.1 c.c.» (…)

4.- **La questione rimessa alle Sezioni Unite concerne, dunque, la nullità o validità della fideiussione rilasciata in favore di un proprio associato (GAI) da un «confidi minore» (il Consorzio di Garanzia) iscritto nell’elenco previsto già dal previgente art. 155, comma 4, T.u.b.** Il dubbio sorge essendo previsto che tali operatori esercitino «esclusivamente» l’attività di garanzia collettiva dei fidi e servizi strumentali e connessi nei confronti delle imprese consorziate o socie, avente ad oggetto la «prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario». Il

quadro normativo richiamato (sub 3.1) non contempla una nullità espressa o testuale con riferimento alle «altre» attività negoziali eventualmente poste in essere da tali soggetti; questione rilevante nella specie, avendo il Consorzio prestato una fideiussione nell'interesse di un proprio associato (GAI) a garanzia di un credito derivante da un contratto (estimatorio) non bancario.

5.- E' noto che la mancanza di una espressa sanzione di nullità non è decisiva al fine di escludere la nullità dell'atto negoziale in conflitto con norme imperative, potendo intendersi che ad essa sopravvenisse il primo comma dell'art. 1418 c.c., in quanto letto come espressivo di un principio di indole generale, rivolto a prevedere e disciplinare proprio il caso in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagni una previsione espressa di nullità del negozio (cfr. Cass. n. 1591 del 1960). (...) La marginalità della categoria della nullità ha conferme testuali, laddove l'art. 2231, comma 1, c.c. non prevede la nullità del contratto ma si limita ad escludere l'azione per il pagamento della retribuzione a chi effettua una prestazione professionale senza essere iscritto in albi o elenchi (si veda anche l'art. 2126 c.c. in senso limitativo degli effetti della nullità del contratto di lavoro). La giurisprudenza progressivamente ha esteso la nullità anche alla violazione di norme che riguardano elementi estranei al contenuto o alla struttura del negozio, ricomprendendosi nell'area delle norme di cui all'art. 1418, comma 1, c.c. anche quelle che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive e soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipula stessa del contratto ponendo la sua esistenza in contrasto con la norma imperativa (cfr., in generale, Cass. n. 8066 del 2016, SU n. 26724 del 2007): in caso di mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o di clausole concepite in modo da consentire l'aggiramento di divieti a contrarre (cfr., tra le altre, Cass. n. 4853 del 2012, n. 20261 del 2006, n. 9767 del 2005), o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti (cfr., tra le altre, Cass. n. 16281 del 2005, n. 11247 del 2003, n. 5052 del 2001), oppure in caso di contratti le cui clausole siano tali da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo su di essa gravanti (cfr. Cass. n. 4605 del 1983). In definitiva, pur nel polimorfismo che caratterizza la nozione di nullità negoziale, un elemento accomunante nella evoluzione giurisprudenziale si coglie nella tendenza attuale a utilizzare tale nozione – e quella di norma imperativa – come strumento di reazione dell'ordinamento rispetto alle forme di programmazione negoziale lesive di valori giuridici fondamentali. Una volta superato l'approccio del codice del 1865, che configurava la nullità del contratto come uno strumento che consentiva di disconoscere gli effetti del negozio quando la manifestazione di volontà e lo stesso volere negoziale fossero compromessi (o la fattispecie fosse dissonante rispetto allo schema legale tipico), il focus dell'indagine sulla imperatività della norma violata si appunta ora sulla natura dell'interesse leso che si individua nei preminenti interessi generali della collettività (cfr., da ultimo, Cass. n. 2316 del 2022 e n. 27120 del 2017, con riferimento al diritto alla salute e ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa) (...).

6.3.- (...) Quando il legislatore ha inteso prevedere la nullità lo ha fatto espressamente: si pensi all'art. 167 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, in tema di contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata. Nella stessa direzione si è ritenuto che, in assenza di un divieto generale di porre in essere attività negoziali, la stipulazione di un contratto di affitto di azienda da parte del beneficiario di un finanziamento pubblico in violazione della normativa di settore (nella specie, del d.m. n. 527 del 1995 di agevolazione delle attività produttive nelle aree depresse) non è causa di nullità del contratto.

6.4.- **La nullità negoziale, ex art. 1418, comma 1, c.c., deve dunque discendere dalla violazione di norme (tendenzialmente, seppur non necessariamente, proibitive) aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità**

del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (come, nella specie, la stabilità e integrità dei mercati), cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentale della UE, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (art. 41, commi 1 e 2).

6.5.- In conclusione, la fideiussione prestata da un cd. «confidi minore», come il Consorzio ricorrente, soc. coop. r.l., iscritto nell'elenco di cui all'art. 155, comma 4, T.u.b. (ratione temporis applicabile), nell'interesse di un proprio associato a garanzia di un credito derivante da un contratto non bancario, non è nulla per violazione di norma imperativa, non essendo la nullità prevista in modo testuale, né ricavabile indirettamente dalla previsione secondo la quale detti soggetti svolgono «esclusivamente» la «attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi o strumentali» per favorire il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario. Il rilascio di fideiussioni è attività non riservata a soggetti autorizzati, né preclusa alle società cooperative che operino in coerenza con l'oggetto sociale.

6.6.- Se non vi è nullità del contratto, non serve interrogarsi su quali siano i meccanismi idonei a realizzare gli effetti voluti dal precetto che impropriamente si assume violato e su quali siano i rimedi. (...)"

La vincolatività della statuizione interna sulla giurisdizione viene meno soltanto all'esito della decisione della Corte di Giustizia adita ex art. 267 TFUE

Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale

(Cass. Civ., SS.UU., 4 aprile 2022, n. 10860)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…)- il 24 maggio 2016 (causa C-353/15) veniva depositata l'ordinanza della CGUE, con il seguente dispositivo: "L'art. 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, dev'essere interpretato nel senso che, qualora la sede statutaria di una società sia stata trasferita da uno Stato membro a un altro Stato membro, il giudice investito, successivamente a detto trasferimento, di una domanda di apertura di una procedura di insolvenza nello Stato membro di origine può escludere la presunzione secondo la quale il centro degli interessi principali di tale società è situato nel luogo della nuova sede statutaria e ritenere che il centro di tali interessi rimanga, alla data in cui esso è stato adito, in tale Stato membro di origine, benchè tale società non abbia più in quest'ultimo Stato alcuna dipendenza, solo se da altri elementi obiettivi e riconoscibili dai terzi si evince che, tuttavia, il centro effettivo di direzione e di controllo di detta società, nonchè la gestione dei suoi interessi, continua a trovarsi in tale Stato a tale data";(…) - il 27 febbraio 2017, riassunto il giudizio, veniva pubblicata la sentenza n. 154 (oggetto del presente ricorso per cassazione) con la quale la Corte di Appello di Bari definiva il reclamo dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice italiano e quindi revocando il fallimento della (OMISSIS) srl; si osserva, in particolare, nella sentenza in questione, che: - il giudice del reclamo può riesaminare il merito della giurisdizione previa rimessione alla CGUE di questione pregiudiziale concernente l'esatta interpretazione del diritto comunitario, allorquando abbia ragione di dubitare della conformità a quest'ultimo della statuizione sulla giurisdizione già resa dalla Corte di Cassazione ex art. 382 c.p.c.; - quanto stabilito dalla CGUE richiede di verificare se, al momento dell'instaurazione del procedimento fallimentare, il centro effettivo di direzione e di controllo della (OMISSIS) srl, nonchè il luogo di gestione dei suoi interessi, continuasse a trovarsi in Italia, così da superare la presunzione di cui all'art. 3 p. 1 Reg.CE n. 1346/2000 ; - questa verifica deponesse nel senso che la (OMISSIS) srl avesse appunto in (OMISSIS), e non in Italia, il centro effettivo di direzione e controllo, nonchè il luogo di gestione dei suoi interessi, come desumibile da vari e convergenti elementi istruttori. (...)

2.1 Il curatore del Fallimento (OMISSIS) srl ha proposto quattro motivi di ricorso per la cassazione della sentenza in questione (...)

3. Assegnata la causa a decisione, interveniva l'ordinanza interlocutoria n. 32113/21 con la quale la Prima Sezione civile della Corte, ha ritenuto di rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della "la possibilità per il giudice di merito di riesaminare una questione di giurisdizione già definita dalla Corte di Cassazione in sede di regolamento preventivo, a seguito di una pronuncia della CGUE, adottata in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE che, nel fornire l'interpretazione della norma comunitaria che disciplina il riparto di

giurisdizione tra i giudici degli Stati membri, abbia ribadito i principi precedentemente enunciati e già applicati dal giudice di legittimità". (...)

5.1 I primi due motivi del ricorso principale del Fallimento ed il primo motivo del ricorso incidentale di (OMISSIS) srl sono fondati nei termini che seguono. Vanno qui richiamate tanto la natura di giudicato che assume la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul ricorso proposto ex art. 41 c.p.c. (Cass. SSUU nn. 2739/97, 20504/06 , 7930/13), quanto la potestà del giudice nazionale non di ultima istanza di sollevare, pur a seguito di statuizione vincolante sulla giurisdizione, questione pregiudiziale davanti alla CGUE, così da evitare che il vincolo conformativo interno in tal modo generatosi induca all'adozione di una decisione in contrasto con il diritto UE. Come in varie occasioni osservato dalle parti nel corso del processo, e come puntualizzato dalla stessa ordinanza di rimessione, costituisce fermo indirizzo della Corte di Giustizia UE (v. sent. 5/10/2010 in causa C173/09, Elchinov; sent. 20/10/11 in causa C-396/09, Fall. Interedil ed altre), ribadito anche nella ordinanza CG nel caso in esame (p. 23), quello per cui: "il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli debba attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte" (p. 39 sent. Fall. Interedil cit.). (...)E tuttavia, il vero problema di causa - così come esattamente colto tanto nelle censure in esame quanto nell'ordinanza di rimessione - non verte sulla ammissibilità in sé della devoluzione pregiudiziale alla CGUE da parte del giudice nazionale non di ultima istanza che dubiti della conformità al diritto UE del giudicato interno sulla giurisdizione, ma sul diverso e successivo aspetto della potestà di questo giudice di discostarsi da tale giudicato una volta che, all'esito della decisione della CGUE, questo risulti, non contrastante, ma conforme al diritto UE. Ebbene, in una simile evenienza questa facoltà è certamente da escludersi, sulla considerazione logico-sistematica che il vincolo rinveniente dal giudicato sulla giurisdizione non viene meno per il solo fatto che il giudice nazionale non di ultima istanza abbia sollevato questione pregiudiziale avanti alla CGUE, ma solo se - e nei limiti in cui la CGUE così adita si sia espressa nel senso della effettiva difformità di quel giudicato dal diritto UE. Gli indirizzi interpretativi appena ricordati convergono sulla finalità sostanziale di uniforme adeguamento della decisione nazionale sulla giurisdizione al diritto UE ogniqualvolta quella decisione incida - come nel caso del trattamento concorsuale dell'insolvenza - su una materia rilevante per il diritto unionale; ma al di là di questo obiettivo (cioè quando non si ponga alcun problema di adeguamento né di uniformità, risultando il giudicato sub iudice già in linea con il diritto UE) non vi sono ragioni per non riaffermare la piena operatività della disciplina processuale nazionale che a tale giudicato sulla giurisdizione attribuisca natura vincolante e preclusiva. In definitiva, l'affermazione della giurisdizione del giudice italiano è dipesa dall'applicazione di principi giuridici in linea con gli indirizzi CGUE quanto a nozione di centro degli interessi principali, a carattere relativo (dunque superabile) della presunzione regolamentare, a superamento di tale presunzione (pur in assenza di dipendenza) in ragione della "valutazione globale di tutti gli elementi propri della situazione esaminata", ed attraverso l'enucleazione (dalle Sezioni Unite operata in qualità di giudice, in sede di regolamento di giurisdizione, anche del fatto) di "elementi obiettivi e riconoscibili dai terzi". (...) Si tratta di principi di cui la Corte di Appello ha sollecitato la riedizione ma che, in realtà, erano già stati ampiamente recepiti dalle stesse decisioni citate dalla CGUE nell'ordinanza resa in questo processo e, tra queste, da CGUE 20 ottobre 2011, C-396/09 Fall. Interedil, più volte anche testualmente richiamata nell'ordinanza regolatoria delle SU. Il giudice territoriale, su queste premesse, ha quindi dato corso ad una nuova ed autonoma valutazione fattuale e probatoria del quadro istruttorio (giungendo a collocare in (OMISSIS) il centro effettivo di direzione e controllo della società),

come se una valutazione originaria non fosse già stata compiuta in sede di regolamento, e come se la sollecitata pronuncia della CGUE fosse di per sè (cioè indipendentemente dal suo tenore) idonea ad aprire una fase rescissoria di giudizio. (...) Come detto, la Corte di Appello ha rinnovato il giudizio fattuale concludendo nel senso che la (OMISSIS) srl avesse in (OMISSIS), e non in Italia, il centro effettivo di direzione e controllo, nonchè il luogo di gestione dei suoi interessi, come desumibile da vari e convergenti elementi istruttori, così individuati: - cambio di sede e di amministratore in (OMISSIS); - conclusione in questa città di un contratto di locazione di un immobile con relativi macchinari ed attrezzature di falegnameria; - attivazione di un conto corrente e di un'utenza telefonica in (OMISSIS); - assenza di dipendenze in Italia, stante la chiusura dell'opificio e la vendita degli immobili e delle attrezzature già qui collocate; - irrilevanza indiziaria del rilascio della procura generale ad una cittadina italiana (M.M.L.) "sia perchè il rilascio della procura potrebbe essere giustificato dalle numerose pendenze tuttora esistenti in Italia, sia soprattutto perchè il rilascio della procura non comporta il trasferimento al procuratore dei poteri propri dell'amministratore che, pertanto, restano di pertinenza della nuova amministratrice, cittadina (OMISSIS)". (...) p. 6. Ne segue pertanto, in accoglimento dei primi due motivi del ricorso principale del Fallimento e del primo motivo del ricorso incidentale di (OMISSIS) srl, la cassazione della sentenza impugnata in forza del seguente principio di diritto: - a seguito di statuizione sulla giurisdizione da parte della S.C. adita in sede di regolamento, il giudice nazionale non di ultima istanza avanti al quale il processo prosegue è ammesso a sollevare questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE avanti alla Corte di Giustizia qualora dubiti della conformità di questa statuizione al diritto UE; - in tal caso, la vincolatività della statuizione interna sulla giurisdizione viene meno soltanto all'esito della decisione della Corte di Giustizia dalla quale si evinca l'effettiva contrarietà di questa statuizione al diritto UE, e nei limiti della contrarietà così emergente. (...)"

I presupposti di applicazione della solidarietà all'obbligazione risarcitoria: concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana da omessa vigilanza

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., SS.UU., 27 aprile 2022, n. 13143)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“5. (...) La considerazione pratica della difficoltà della parte danneggiata di determinare la porzione di responsabilità ascrivibile a ciascun soggetto responsabile del danno ha certamente concorso a determinare il legislatore nel senso della unificazione delle posizioni debitorie per via normativa. (...) 16. (...) Per questa ragione, diversamente da quanto insiste nel dire il Mises nel caso di specie, non rileva l'unicità della fonte - contrattuale o meno - della responsabilità, ma solo l'unitarietà del fatto dannoso come base dell'obbligazione risarcitoria. L'aggregazione delle posizioni soggettive avviene per la semplice constatazione che unico è il danno patito dal creditore, e l'unicità del danno induce il legislatore a utilizzare in suo favore il mezzo della solidarietà, in modo funzionale a perseguire l'interesse sotteso, che è quello del danneggiato a essere comunque risarcito. Va quindi in generale condiviso, e confermato, **il principio secondo cui, per il sorgere della responsabilità solidale dei danneggianti, l'art. 2055 primo comma cod. civ. richiede che sia accertato il nesso di causalità tra le condotte secondo il criterio di cui all'art. 41 cod. pen., e quindi solo che il fatto dannoso sia in questo senso imputabile a più soggetti, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuno, e anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso - considerata normativamente - deve essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle norme giuridiche violate.** (...)”

18. Trattandosi, nel senso dinanzi sottolineato, dell'unico fatto dannoso imputabile sia alla società inadempiente al mandato fiduciario, sia al Mises quale organo di vigilanza, in dipendenza dell'asserito omesso esercizio dei poteri di controllo, l'effetto interruttivo permanente derivato dall'ammissione dei creditori al passivo si estende secondo il disposto dell'art. 1310, primo comma, cod. civ. È da questo punto di vista infondata pure la seconda obiezione svolta dall'avvocatura erariale a conclusione del primo motivo di ricorso. Si assume che l'art. 1310, secondo comma, cod. civ. osterebbe quanto meno a estendere l'effetto sospensivo della prescrizione, essendo il Mises semplicemente terzo condebitore solidale, non a conoscenza dell'atto interruttivo e non in grado di influire sulla durata degli eventi sospensivi connaturati alla procedura concorsuale. In contrario è sufficiente osservare che il richiamato art. 1310, secondo comma, è riferito all'istituto della sospensione della prescrizione, che, ove rilevante nei rapporti di uno dei debitori o di uno dei creditori in solido, non ha effetto riguardo agli altri. Viceversa, nel caso concreto non si discute di sospensione ma solo di interruzione della prescrizione, seppure con effetto permanente e non soltanto istantaneo. Viene cioè in considerazione unicamente l'art. 1310, primo comma, cod. civ. In ordine alla rilevanza dell'effetto permanente, quanto alla sfera del condebitore non evocato, è utile riprendere le considerazioni già accennate, e ricordare che il principio di propagazione all'intera obbligazione

sogettivamente complessa degli effetti di ogni atto interruttivo della prescrizione è stata affermata come conforme a costituzione. (...) In sostanza per le obbligazioni solidali, di qualsivoglia tipo esse siano, il legislatore ha specificato che se il creditore compie un atto di esercizio del diritto nei confronti di un condebitore solidale si producono gli effetti tipici essenziali (interruttivi) di quel medesimo atto. Tali effetti hanno portata conservativa e incidono direttamente sulla posizione del creditore nell'ambito dell'obbligazione solidale, e cioè sul diritto del creditore a una data prestazione nei confronti di tutti i condebitori solidali. Sicché si riflettono automaticamente e inevitabilmente ("per necessità logica e in mancanza di una regola in senso contrario", affermò C. cost. n. 8 del 1975 cit.) sulla posizione di tutti i condebitori solidali e di ciascuno di essi. In altre e più semplici parole, l'effetto, data la sua natura, coinvolge l'intero rapporto obbligatorio. (...) Il condebitore solidale, che non sia a conoscenza dell'atto interruttivo, in dipendenza dell'estensione nei suoi confronti del relativo effetto (conservativo) non viene a perdere (immediatamente) alcun diritto e non viene inciso in una qualsiasi situazione giuridica soggettiva di cui sia titolare; donde, come ampiamente osservato dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 8 del 1975, nessuna disparità ingiustificata di trattamento può esser ravvisata tra il condebitore solidale a cui non sia rivolto l'atto interruttivo e l'eventuale altro condebitore solidale che invece riceva quell'atto: il principio di eguaglianza non risulta violato ove si mettano a raffronto i detti condebitori solidali, perché l'essere o meno a conoscenza dell'atto interruttivo, ai fini della produzione del ripetuto effetto conservativo, è, per le ragioni sopra dette, influente; l'art. 24 cost. non risulta violato, perché l'effetto conservativo di cui si tratta è operativo sul terreno del diritto sostanziale e quindi si muove su una base non coperta dalla detta garanzia costituzionale. A conclusione del discorso è quindi possibile enunciare i seguenti principi di diritto, tutti quanti astretti dal fine di risolvere il contrasto di giurisprudenza nei suoi vari aspetti. XIX. (...) (i) **Ai fini della responsabilità solidale di cui all'art. 2055, primo comma, cod. civ., che è norma sulla causalità materiale integrata nel senso dell'art. 41 cod. pen., è richiesto solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), in quanto la norma considera essenzialmente l'unicità del fatto dannoso, e tale unicità riferisce unicamente al danneggiato, senza intenderla come identità di norme giuridiche violate;** la fattispecie di responsabilità implica che sia accertato il nesso di causalità tra le condotte caso per caso, per modo da potersi escludere se a uno degli antecedenti causali possa essere riconosciuta efficienza determinante e assorbente tale da escludere il nesso tra l'evento dannoso e gli altri fatti ridotti al semplice rango di occasioni. (ii) In caso di capitali conferiti a società fiduciarie di cui alla I. n. 1966 del 1939, lo strumento giuridico utilizzato per l'adempimento è quello del mandato fiduciario senza rappresentanza finalizzato alla mera amministrazione dei capitali medesimi, salva rimanendo la proprietà effettiva di questi in capo ai mandanti; conseguentemente la società fiduciaria che abbia mal gestito il capitale conferito, e che non sia quindi in grado di riversarlo ai mandanti perché divenuta insolvente, risponde sempre ed essenzialmente del danno correlato all'inadempimento del mandato e alla violazione del patto fiduciario, e la relativa obbligazione, quand'anche azionata mediante l'insinuazione concorsuale, e quand'anche parametrata all'ammontare del capitale conferito e perduto, è sempre un'obbligazione risarcitoria da inadempimento del mandato, la quale concorre, ai sensi dell'art. 2055 cod. civ., con quella eventuale dell'organo (il Mise) chiamato a esercitare l'attività di vigilanza. (iii) **Nel caso di società fiduciaria, l'ammissione allo stato passivo determina, sia per i creditori ammessi direttamente a seguito della comunicazione inviata dal commissario liquidatore ai sensi dell'art. 207, primo comma, legge fall., sia per i creditori ammessi a domanda ai sensi dell'art. 208 stessa legge, l'interruzione della prescrizione con effetto permanente per tutta la durata**

della procedura, a far data dal deposito dell'elenco dei creditori ammessi, ove si tratti di ammissione d'ufficio, o a far data dalla domanda rivolta al commissario liquidatore per l'inclusione del credito al passivo, nel caso previsto dall'art. 208 legge fall.; tale effetto, ai sensi dell'art. 1310, primo comma, cod. civ., si estende anche al Mise, ove coobbligato solidale per il risarcimento del danno da perdita dei capitali fiduciariamente conferiti nella società soggetta a vigilanza divenuta insolvente (...)"

Agevolazioni IVA sulla prima casa: il diritto sopravvenuto non realizza l'abolitio criminis della dichiarazione mendace

Argomento: Diritto tributario

(Cass. Civ., SS.UU., 27 aprile 2022, n. 13145)

stralcio a cura di Lorenzo Litterio

“(…) Queste Sezioni Unite sono interpellate per la soluzione della questione evocata dal quarto motivo di ricorso, col quale la contribuente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, perché il giudice d'appello non ha applicato il principio del favor rei, escludendo le sanzioni irrogate (...). 3.- (...) la contribuente espone che le caratteristiche assunte dal d.m. del 1969 per la qualificazione di immobile di lusso non rilevano più, per effetto della novella introdotta dall'art. 33 del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, in vigore dal 13 dicembre 2014. Con questa norma il legislatore (...) ha (...) rideterminato i criteri per la fruizione del beneficio per l'acquisto della prima casa: sicché il riconoscimento di esso è impedito non già dal fatto che l'immobile sia da qualificare di lusso in base ai parametri stabiliti dal suddetto d.m. (...) bensì dalla circostanza che esso rientri nell'ambito delle categorie catastali A/1, A/8 e A/9, corrispondenti alle abitazioni signorili, a quelle in ville e ai castelli e ai palazzi di eminenti pregi architettonici e storici. 3.1.- Sul piano sistematico, il diritto sopravvenuto rileva anche sul fronte dell'imposta di registro, applicabile in base al principio di alternatività stabilito dall'art. 40 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (c.d. TUR): in relazione a quest'imposta l'art. 10, comma 1, lett. a), del d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, nel modificare l'art. 1 della Tariffa, parte prima, allegata al TUR, ha stabilito che debba essere assoggettato all'imposta di registro nella misura del 2% il trasferimento che ha per oggetto case di abitazione, ad eccezione, appunto, di quelle di categoria catastale A/1, A/8 e A/9, ove ricorrano le condizioni di cui alla nota II-bis ai richiamato art. 1 della parte prima della Tariffa.

4.- Per godere del beneficio l'acquirente deve dichiarare la sussistenza delle condizioni fissate dal comma 1 della nota II-bis nell'atto pubblico di acquisto (...) di case di abitazione dotate delle caratteristiche oggettive indicate (...).

4.1.- Comune è la norma sanzionatoria, che si rinviene nel comma 4 della nota II-bis, secondo la quale «In caso di dichiarazione mendace (...), sono dovute le imposte di registro, ipotecaria e catastale nella misura ordinaria, nonché una sovrattassa pari al 30 per cento delle stesse imposte. Se si tratta di cessioni soggette all'imposta sul valore aggiunto, l'ufficio dell'Agenzia delle entrate presso cui sono stati registrati i relativi atti deve recuperare nei confronti degli acquirenti la differenza fra l'imposta calcolata in base all'aliquota applicabile in assenza di agevolazioni e quella risultante dall'applicazione dell'aliquota agevolata, nonché irrogare la sanzione amministrativa, pari al 30 per cento della differenza medesima...». Ad avviso della contribuente, dunque, il diritto sopravvenuto avrebbe eliso la rilevanza della condotta in precedenza sanzionata (...).

5.- Sull'incidenza del diritto sopravvenuto sul regime sanzionatorio la sezione tributaria di questa Corte ha censito con l'ordinanza interlocutoria un contrasto d'interpretazioni. Da un lato, si afferma che non sussistono più i presupposti per l'irrogazione delle sanzioni. Le modifiche legislative (...) hanno comunque cancellato dall'ordinamento l'oggetto della dichiarazione, che costituisce elemento normativo della fattispecie, di modo che si potrebbe verificare che l'agevolazione spetti in

base ai nuovi parametri, benché non spettasse secondo quelli vecchi. Il diritto sopravvenuto avrebbe dunque spezzato il collegamento fra la norma sanzionatoria e quella impositiva, caducando il titolo per l'applicazione della sanzione (...).

5.1.- (...) quest'indirizzo oscilla tra la dichiarata applicazione del principio del favor rei al quale fa pressoché esclusivamente riferimento l'ordinanza che ha inaugurato l'orientamento, (...) stabilito dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, secondo cui «se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo», e l'affermazione dell'inesigibilità delle sanzioni per intervenuta abolitio criminis (...), in base all'art. 3, comma 2, del medesimo decreto, a norma del quale «Salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile».

6.- Apparentemente minoritario è, poi, (...), l'orientamento (...) che afferma la persistenza della sanzione, derivante dalla permanenza della norma precetto, posto che l'abitazione acquistata dal contribuente che sia da qualificare di lusso ai sensi dell'art. 6 del d.nn. 2 agosto 1969 non può comunque godere dei benefici «prima casa», poiché la normativa sopravvenuta ancora lo vieta per le abitazioni acquistate in epoca precedente all'entrata in vigore di essa. Questa seconda opzione (...) s'inserisce nella più vasta elaborazione della sezione tributaria relativa alla portata dell'abolitio criminis. Costante è, difatti, l'affermazione che, qualora da una certa data un'imposta non sia più dovuta, ma lo resti per il periodo precedente, non si verifica alcuna abolitio criminis, la quale richiede la radicale eliminazione del presupposto impositivo. Se, dunque, l'imposta continua a essere dovuta per il periodo antecedente all'intervento normativo che l'ha poi esclusa, per quel periodo sono dovute anche le sanzioni (...).

7.- La soluzione della questione va ricercata applicando i principi che governano il (...) diritto sanzionatorio. (...).

8.- Nel caso in esame il precetto consiste nell'obbligo di rendere la dichiarazione in ordine ai presupposti dell'agevolazione, che dev'essere vera, in ragione della fruizione automatica del beneficio, e l'infrazione consiste nella dichiarazione mendace. A fronte dell'infrazione, la sanzione, come regolata dalla richiamata nota II-bis, è rimasta immutata (...).

8.1.- (...) Ciò che occorre determinare è, allora, se sia configurabile un'abolitio criminis, ossia se (...) l'intervento legislativo posteriore abbia alterato (...) il precetto e, quindi, abbia escluso la figura di infrazione scaturente dalla violazione di esso.

9.- In realtà, nessuna abolitio criminis si è verificata. Indubbio è, anzitutto, che, nel caso in esame, la dichiarazione fosse e sia rimasta mendace. (...)

10.- È, allora, decettivo l'argomento (...) il quale sottolinea la circostanza che l'agevolazione possa risultare spettante in base ai nuovi parametri, benché non spettasse secondo quelli vecchi (...).

10.1.- Che, nel caso in esame, resti dovuta la maggiore imposta pretesa perché l'immobile acquistato col beneficio della prima casa non rispondeva alle caratteristiche dell'immobile di lusso, è stabilito dal legislatore (...) al comma 5 dell'art. 10 del d.lgs. n. 23/11, a norma del quale «Le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dal 1° gennaio 2014». (...)

11.- Il mendacio, dunque, oltre che sussistente, resta rilevante. (...) perché quel che conta è la fattispecie astratta della dichiarazione mendace, e non l'oggetto di essa, (...) elemento esterno alla struttura della violazione (...).

11.1.- (...) con riguardo alla successione di norme extrapenali (...) l'atto giuridico richiamato in una fattispecie penale conta per gli effetti giuridici che esso produce e non per i fatti con esso definiti;

(...) se muta, per ius superveniens, la definizione legale dei presupposti di un certo atto, non può dirsi che le norme sopravvenute (...) incidano sulla struttura del reato.

12.- La modifica dell'elemento avrebbe acquistato rilevanza, ai fini dell'abolitio criminis, soltanto se avesse comportato l'eliminazione del mendacio. (...)

13.- La sanzione in questione resta dunque dovuta 14.- Il motivo in questione va quindi respinto, con applicazione del seguente principio di diritto: "In tema di agevolazioni per l'acquisto della prima casa, la modifica dei parametri ai quali ancorare i presupposti per il riconoscimento del beneficio, disposta, quanto all'iva, dall'art. 33 del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, non ha inciso retroattivamente e l'infrazione, costituita dalla dichiarazione mendace, della quale è soltanto cambiato l'oggetto, è rimasta immutata; ne consegue che non si è verificata alcuna abolitio criminis (...)"

Nota a cura di
Antonio Borghetti

L'attesa pronuncia delle Sezioni Unite arriva dopo un travagliato ed oscillante orientamento della sezione tributaria, da sempre divisa in ordine al regime sanzionatorio da applicare ai contribuenti che avevano dichiarato, con dichiarazione mendace, in sede di acquisto, il possesso dei cd. requisiti prima casa in senso oggettivo per come disciplinati, al momento della dichiarazione medesima, dall'art. 6 del d.m. 2 agosto 1969 (successivamente sostituito dalle previsioni contenute nell'art. 33 del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175).

La novella ha, infatti, inciso sull'art. 21 della Tabella A, parte II, allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 rideterminando e ridefinendo, in modo *tranchant*, i criteri per la fruizione dei vantaggi fiscali, ora riposanti sulla categoria catastale attribuita all'immobile, senza dunque più operare alcun riferimento a dati quali-quantitativi la cui pregnanza persiste, ma passa dall'essere diretta all'essere indiretta, in quanto gli elementi quali-quantitativi continuano a concorrere alla definizione del classamento dell'immobile in sede di iscrizione al catasto dei fabbricati.

Nel caso in esame, l'immobile acquisito dal contribuente non soddisfaceva i requisiti previsti dalla normativa in vigore *ratione temporis* al momento della dichiarazione; di contro, a mente della normativa sopravvenuta, questi (diversi) requisiti sarebbero stati soddisfatti: da ciò la richiesta di valutare la permanenza della sanzione richiesta alla stregua dei principi sottesi alla formulazione *ex art. 3* commi 2 e 3 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 che, come noto, hanno introdotto nell'ordinamento tributario il principio di stampo penalistico del *favor rei* superando quindi il previgente e contrario principio di *ultrattività ex art. 20* della L. 7 gennaio 1929, n. 4 (poi definitivamente abrogato dall'art. 24 comma 1 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507). È la stessa ordinanza interlocutoria di rimessione a rappresentare che questo, non può considerarsi mero caso di scuola: *ben potrebbe accadere che quello stesso immobile che non poteva fruire dei benefici, in quanto "di lusso" in base al D.M. 1969, possa invece oggi accedere alla tassazione di favore per effetto del regime sopravvenuto*. È tuttavia centrale rilevare – e tale profilo costituisce la *ratio decidendi* della sentenza – che, requisito imprescindibile previsto dalla nota II-bis è la “dichiarazione” dell'acquirente, da effettuarsi nell'atto traslativo e/o nel contratto preliminare, circa la sussistenza – al momento di efficacia dell'effetto traslativo - dei requisiti oggettivi dell'acquisendo immobile. La sezione tributaria, nell'ordinanza interlocutoria di rimessione (Cass. Civ., Sez. V, 16 settembre 2021, pubb. 29 ottobre 2021, n. 30.708) rileva come si sia *ravvisato, quanto ai profili sanzionatori, un contrasto in relazione al diritto intertemporale*. *Sull'incidenza del diritto sopravvenuto sul regime sanzionatorio la sezione tributaria della Suprema Corte ha censito un contrasto d'interpretazioni* che meritano di essere riassunte: *da un lato, si afferma che non sussistono più i presupposti per l'irrogazione delle sanzioni dato che le modifiche legislative, benché non abbiano abolito né l'imposizione, né le previsioni sanzionatorie*

derivanti dalla dichiarazione mendace hanno comunque cancellato dall'ordinamento l'oggetto della dichiarazione, che costituisce elemento normativo della fattispecie, mentre dall'altro l'apparentemente minoritario orientamento afferma la persistenza della sanzione, derivante dalla permanenza della norma precetto. Tale ultimo filone s'inserisce nella più vasta elaborazione della sezione tributaria relativa alla portata dell'abolitio criminis e caratterizzerà il ragionamento delle sezioni unite in ordine alla decisione da intraprendere. Come noto, il principio del favor rei - introdotto nell'ordinamento tributario dall'art. 3 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 - opera in una duplice prospettazione: da un lato disciplina, al comma 2, il caso dell'abolitio criminis (nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile) e dall'altro, al comma 3, quello della lex mitior (se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole). Le Sezioni Unite, disconoscendo la duplice declinazione del principio del favor rei per come sopra proposto, individua, tuttavia, quella che si ritiene la corretta fattispecie oggetto del suo vaglio ermeneutico: l'abolitio criminis. Il fatto controverso non è l'applicazione di un trattamento sanzionatorio mitigato e quindi più favorevole (comma 3), ma il (discutibile) fatto che il trattamento sanzionatorio debba essere escluso in radice (comma 3) ed in ragione della sopravvenuta eliminazione [rectius, modificazione, NdA] dell'oggetto della dichiarazione, dovuta all'espunzione dei criteri stabiliti dal decreto ministeriale del 1969. Osserva la Corte che nel caso in esame il precetto consiste nell'obbligo di rendere la dichiarazione in ordine ai presupposti dell'agevolazione, che dev'essere vera, e l'infrazione consiste nella dichiarazione mendace. A fronte dell'infrazione, la sanzione è rimasta immutata. Ad essere cambiato è solo il criterio d'individuazione degli immobili oggetto di agevolazione e pertanto, in realtà, nessuna abolitio criminis si è verificata e come evidenziato da autorevole dottrina occorre grande attenzione nel rapportare i precetti penali ex art. 2 c.p. all'art. 3 comma 2 della norma sulle sanzioni amministrative tributarie posto che in materia tributaria non sussiste quella necessaria immediatezza tra fatto e sanzione, di contro presente nel diritto penale. Il fatto riprovevole, quello meritevole di essere sanzionato, era ed è il mendacio dichiarativo del contribuente, avvenuto in spregio al quadro normativo al tempo vigente in tema di sussistenza dei requisiti per l'agevolazione: l'assenza di modifiche normative sul punto deve ritenersi dirimente. Non si condividono pertanto i paventati pericoli derivanti dalla pronuncia in commento in ordine ad un possibile "svuotamento di contenuto dell'istituto del favor"^[1]. Le Sezioni Unite, pertanto, in esito alla decisione assunta ed in esecuzione della funzione nomofilattica che la recente riforma del processo tributario mira - indirettamente e per il tramite del graduale potenziamento qualitativo delle Corti di merito (che dovrebbe portare ad una riduzione delle liti avanti al giudice di legittimità) - a rinvigorire, hanno statuito il seguente principio di diritto: "In tema di agevolazioni per l'acquisto della prima casa, la modifica dei parametri ai quali ancorare i presupposti per il riconoscimento del beneficio, disposta, quanto all'iva, dall'art. 33 del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, non ha inciso retroattivamente e l'infrazione, costituita dalla dichiarazione mendace, della quale è soltanto cambiato l'oggetto, è rimasta immutata; ne consegue che non si è verificata alcuna abolitio criminis."

[1] L'espressione e la posizione citata è di DEOTTO D. – LOVECCHIO L., *Esimente sanzionatoria: valorizzare il principio della decorrenza delle norme di legge mette a rischio il favor rei?*, Il fisco, n. 28/2022 p. 2758.

In caso di revoca di una prestazione assistenziale non è necessario presentare una nuova domanda amministrativa

Argomento: Diritto del lavoro e della previdenza sociale

(Cass. Civ., SS.UU., 9 Maggio 2022, n. 14561)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 5. Con ordinanza interlocutoria la sesta sezione della Corte di Cassazione ha sollecitato un intervento nomofilattico della sezione ordinaria sulla questione della necessità per l'assistito di instaurare, in caso di revoca del beneficio, un nuovo procedimento amministrativo ai fini della verifica dei requisiti sanitari e, ove previsti, reddituali necessari ai fini del riconoscimento della prestazione assistenziale anche con riferimento alla perdita del diritto pregresso in caso di esito positivo del (nuovo) accertamento in sede amministrativa. 6. La sezione lavoro, con ordinanza n. 12945 del 13 maggio 2021, all'esito di un'accurata ricostruzione del quadro giurisprudenziale e normativo vigente, ha ravvisato nella questione sottoposta alla sua attenzione - caratterizzata da una giurisprudenza consolidata nel senso della necessità di una nuova domanda amministrativa anche per il caso di revoca della prestazione assistenziale - elementi di valutazione che sono idonei a sollecitarne un ulteriore approfondimento ed ha rimesso gli atti al Primo Presidente evidenziando che la questione, in ragione della natura dei diritti che vengono in rilievo, sia riconducibile tra quelle "di massima di particolare importanza" che ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, possono essere assegnate alle sezioni unite di questa Corte (...).

11. Tanto premesso ritiene il Collegio che le perplessità avanzate dalla sezione lavoro con l'ordinanza interlocutoria siano condivisibili.

11.1. Ai fini di un ordinato svolgimento del ragionamento occorre in primo luogo rammentare che per il conseguimento delle prestazioni che la legge prevede in favore degli invalidi civili (l'assegno mensile di invalidità per invalidità dal 74% al 99%; la pensione di inabilità civile per invalidità pari al 100%; l'indennità di accompagnamento che può essere abbinata, ricorrendone le condizioni, alla prestazione di inabilità civile; l'indennità di frequenza per i minori invalidi ed ulteriori specifiche prestazioni in favore dei ciechi civili assoluti o parziali e dei sordomuti) è sempre necessaria la presentazione di una domanda. Si tratta di atto con efficacia sostanziale, poichè è dalla data della sua presentazione che decorre la prestazione; che dà impulso al procedimento amministrativo e racchiude la volontà del soggetto di ottenerne il riconoscimento. 11.2. Il procedimento si articola in due fasi. Una prima fase nella quale si procede all'accertamento dell'esistenza dei requisiti sanitari necessari al conseguimento della prestazione chiesta. Una seconda fase nel corso della quale vengono accertati i requisiti socioeconomici se richiesti (per l'indennità di accompagnamento, ad esempio è necessario solo il requisito sanitario).

11.3. Oggi entrambe le fasi sono di competenza di un unico ente, l'INPS (...).

13. A tal proposito è utile ricordare che le prestazioni di invalidità civile si configurano come obbligazioni c.d. di durata, la cui esecuzione si protrae nel tempo ed è suscettibile di subire modificazioni per effetto di fatti sopravvenuti che modifichino i requisiti costitutivi del diritto.

13.1. Corollario di tale natura è la possibilità per l'Amministrazione di verificare in via ordinaria la persistenza delle condizioni di esistenza del diritto. Già ai sensi del D.L. n. 5 del 1971, art. 21, convertito in L. n. 118 del 1971, erano previsti "accertamenti sulla permanenza dei requisiti". (...)

13.2. Con il D.P.R. 21 settembre 1994, n. 698 (Regolamento recante norme sul riordinamento dei procedimenti in materia di riconoscimento delle minorazioni civili e sulla concessione dei benefici economici) all'art. 5, comma 4, è stato poi previsto che ".....gli organi preposti alla concessione dei benefici economici a favore dei ciechi civili, invalidi civili e sordomuti hanno facoltà, in ogni tempo, di accertare la sussistenza delle condizioni per il godimento dei benefici previsti" e lo status relativo alla minorazione civile e all'handicap viene meno alla data di scadenza indicata nel verbale di accertamento anche se l'interessato è in attesa di visita di revisione con la conseguenza che sono sospese le provvidenze economiche (pensioni, assegni, indennità) e, fino ad un nuovo verbale di accertamento, viene meno il diritto a tutte le agevolazioni.

13.3. Con la L. n. 114 del 2014, di conversione del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, invece, è stato previsto che la Commissione medica all'atto dell'accertamento dei requisiti sanitari, se ritiene che le minorazioni riconosciute siano suscettibili di modificazioni nel corso del tempo, indica nello stesso verbale la data entro cui l'invalido è tenuto ad effettuare una visita di revisione. A norma dell'art. 25, della legge citata, poi, gli invalidi civili e le persone con handicap conservano tutti i diritti acquisiti in materia di prestazioni e agevolazioni di qualsiasi natura fino alla visita di revisione ed al completamento del relativo iter di verifica e spetta all'Inps ricordare all'interessato la convocazione. In caso di ritardi nella visita la prestazione viene erogata salva la ripetizione delle somme in caso di revoca.

13.4. Infine, con il D.M. 2 agosto 2007, del Ministro dell'Economia e delle Finanze adottato di concerto con il Ministro della salute sono state individuate patologie non rivedibili (cfr. art. 25, comma 8). (...)

18. Ritiene il Collegio che il complesso sistema di verifica della persistenza dei requisiti per beneficiare della prestazione assistenziale già in godimento, da un canto, e la previsione di rigorosi termini di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziaria, dall'altro, mal si coordini con la necessità di anteporre alla proposizione del ricorso al giudice una nuova domanda amministrativa.

18.1. Imponendo all'invalido, che si sia visto revocare la prestazione in godimento, l'obbligo di presentare una nuova domanda amministrativa si finisce per precludere, in contrasto con i principi dettati dagli artt. 24 e 113 Cost., la possibilità di ottenere una piena tutela giurisdizionale del diritto inciso dal provvedimento adottato dall'amministrazione.

18.2. La domanda amministrativa trova la sua ragione d'essere nell'esigenza di provocare una verifica anticipata, in sede amministrativa, dell'esistenza dei requisiti per ottenere la prestazione. Questo è particolarmente vero nel caso in cui la domanda viene presentata per ottenere il riconoscimento di una prestazione di cui non si sia in precedenza beneficiato ovvero nel caso in cui, a prescindere dalla legittimità della revoca intervenuta, si ritenga che siano insorti nuovamente e da data successiva, i presupposti per il riconoscimento di una prestazione di invalidità. Ove, invece, si contesti il venir meno dei requisiti sanitari e socioeconomici della prestazione già in godimento e se ne affermi la persistenza senza soluzione di continuità, allora, un nuovo accertamento in sede amministrativa risulta essere un duplicato di un'azione amministrativa appena conclusasi. Diversamente opinando si finisce per ancorare la proponibilità della domanda giudiziaria all'esito di una domanda amministrativa finalizzata all'accertamento dell'esistenza dei requisiti costitutivi del diritto alla prestazione assistenziale sebbene tale verifica sia stata già effettuata nella fase amministrativa conclusasi con la revoca.

18.3. Peraltro, la previsione di una domanda amministrativa quale condizione di proponibilità della domanda giudiziaria refluiscie sulla decorrenza della prestazione che non potrà essere "ripristinata" ma decorrerà, a norma della L. n. 118 del 1971, art. 12, e della L. n. 18 del 1980, art. 3, comma 4, dal primo giorno del mese successivo alla data della sua presentazione (...).

18.5. In sintesi, la presentazione di una domanda amministrativa quale antecedente necessario per la proposizione della domanda giudiziaria - con la quale si chiede il ripristino della prestazione di invalidità che si assuma essere stata erroneamente revocata all'esito del procedimento di verifica della persistenza dei suoi requisiti costitutivi - si risolve in un adempimento che comporta da un canto rilevanti conseguenze in danno dell'invalido al quale, come si è ricordato, non potrà essere riconosciuto in sede giudiziaria un integrale ripristino del diritto pur illegittimamente revocato. Dall'altro non assolve ad un concreto interesse per l'amministrazione la quale in sede di revisione della prestazione ha già svolto gli accertamenti amministrativi necessari alla verifica dell'esistenza o meno in capo all'invalido dei requisiti costitutivi del diritto già in godimento. Si tratta di adempimento che nel descritto contesto non è funzionale ad agevolare la risoluzione amministrativa della potenziale controversia agendo deflattivamente sul contenzioso giudiziario. Potenzialmente, anzi, si potrebbe produrre un effetto paradossale di moltiplicare le impugnazioni: sia della sospensione in via amministrativa della prestazione sia, poi, della revoca, per la quale sarebbe necessaria, comunque, la presentazione di una nuova domanda amministrativa. Una ricostruzione che complessivamente considerata non risponde ad un criterio di ragionevolezza che ne giustifichi la condivisione (...).

20. In conclusione, per le ragioni esposte, va enunciato il seguente principio di diritto: "Ai fini della proponibilità dell'azione giudiziaria con la quale, in caso di revoca di una prestazione assistenziale, si intenda accertare la persistenza dei requisiti costitutivi del diritto alla prestazione di invalidità non è necessario presentare una nuova domanda amministrativa (...). (...)"

La natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione de residuo

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 17 maggio 2022, n. 15889)
stralcio a cura di Ida Faiella

“(…) la Sig.ra P.B. conveniva in giudizio (….) il Sig. C.P., con cui aveva contratto matrimonio concordatario (….) e con il quale aveva costituito (….) una società (….) essendo successivamente intervenuta pronuncia di separazione giudiziale (passata in giudicato) (….) P.B. citava in giudizio il C.P. chiedendo la divisione di tutti i beni aziendali intestati al convenuto, nonché l'accertamento degli utili percepiti e percipiendi dallo stesso C., oltre che dell'equivalente pecuniario riconducibile agli eventuali beni aziendali che fossero stati alienati dal medesimo convenuto successivamente all'intervenuto scioglimento della comunione legale. (….) 4. Con ordinanza interlocutoria n. 28872/2021, la Seconda Sezione civile ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di massima di particolare importanza relativa alla natura giuridica della c.d. comunione de residuo(…) L'ordinanza interlocutoria ha, in primo luogo, compiuto una ricognizione della giurisprudenza (….) A favore della tesi della natura creditizia del diritto del coniuge non imprenditore (sostenuta in motivazione da Cass. n. 7060/1986 e Cass. n. 4533/1997), occorrerebbe valorizzare le esigenze sottese all'istituto della comunione de residuo, ovvero quelle del coniuge non imprenditore di vantare una legittima aspettativa sugli incrementi di valore di quei beni, e quelle del coniuge imprenditore di operare liberamente le sue scelte imprenditoriali. La stessa Corte d'Appello ha però richiamato in motivazione Cass. n. 19567/2008 della Sezione tributaria di questa Corte, la quale, invece, lascerebbe presupporre (….) la preferenza per la natura reale del diritto in questione, essendosi statuito che, in tema di imposta sulle successioni, il saldo attivo di un conto corrente bancario, intestato - in regime di comunione legale dei beni - soltanto ad uno dei coniugi, e nel quale siano affluiti proventi dell'attività separata svolta dallo stesso, se ancora sussistente, entra a far parte della comunione legale dei beni, ai sensi dell'art. 177 c.c., comma 1, lett. c), al momento dello scioglimento della stessa, determinato dalla morte, con la conseguente insorgenza, solo da tale epoca, di una titolarità comune dei coniugi sul predetto saldo (….) La soluzione che la Corte intende qui affermare, e cioè la natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione de residuo (….) appare altresì rispettosa del principio più volte riaffermato (cfr. Cass. S.U. n. 8230/2019) secondo cui il fondamentale canone di cui all'art. 12 preleggi, comma 1, impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, costituendo la lettera della norma, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della voluntas legis. In tal senso si veda anche Cass. S.U. n. 24413/2021, secondo cui "l'attività interpretativa, quindi, non può superare i limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza" (conf. Cass. S.U. n. 2061/2021) (….)

8. Ad avviso della Corte la questione oggetto dell'ordinanza di remissione deve quindi essere decisa optando per la tesi della natura creditizia (….) Va quindi affermato il seguente principio di diritto: **"Nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio,**

e ricadente nella cd. comunione de residuo, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data". In applicazione del principio ora enunciato deve quindi pervenirsi al rigetto del primo motivo di ricorso, avendo la sentenza impugnata deciso in maniera conforme, optando appunto per la tesi della natura creditizia del diritto della ricorrente. (...)"

L'assegnazione della casa familiare come tutela dell'interesse dei figli alla continuità della vita familiare

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 9 giugno 2022, n. 18641)

stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(...) 2. L'enucleazione del quesito relativo alla questione giuridica oggetto di contrasto rimessa alle Sezioni unite. Se - in sede di divisione di un immobile in comproprietà di due coniugi legalmente separati già destinato a residenza familiare e, per tale ragione, assegnato, in sede di separazione, al coniuge affidatario della prole - occorra tenere conto della diminuzione del valore commerciale del cespite conseguente alla presenza sul medesimo del diritto di godimento del coniuge a cui è stata affidata la prole, pure nel caso in cui la divisione si realizzi mediante attribuzione a quest'ultimo della proprietà dell'intero immobile con conguaglio in favore del comproprietario e, quindi, determinandolo non in rapporto al valore venale dello stesso immobile, bensì in misura ridotta che tenga conto dell'incidenza della permanenza di tale vincolo, opponibile anche ai terzi”. (...)

4. Il contesto normativo di riferimento. (...) **L'assegnazione della casa familiare è, di regola, funzionale a tutelare l'interesse prioritario dei figli alla continuità della vita familiare (per garantire il mantenimento delle loro consuetudini di vita e delle relazioni sociali che in tale contesto si sono radicate), onde preservarne l'habitat dai possibili esiti negativi conseguenti alla crisi coniugale, giacché la casa rappresenta il luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita familiare e continua a svolgersi la prosecuzione delle relazioni domestiche.** In sostanza, la casa familiare si identifica nel luogo in cui i figli minori o non ancora autosufficienti costruiscono le loro vite affettive attraverso il rapporto con i genitori nello scorrere relazionale della vita quotidiana, o, meglio, nel luogo protetto dove, in particolare, la prole minorenni potrà elaborare l'esperienza traumatica che può scaturire dalla crisi di coppia.

(...) ne deriva che il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare, prioritariamente destinato al coniuge affidatario dei figli o con essi residente, è destinato a creare un vincolo di destinazione *sui generis*, collegato all'interesse superiore dei figli, si atteggia - secondo l'opinione maggiormente seguita - a diritto personale di godimento del cespite e viene a caducarsi nel caso di allontanamento del coniuge assegnatario, ossia allo scemare delle ragioni di protezione della prole per raggiunta indipendenza dei figli, ovvero, infine, nel caso in cui l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio. (...)

9. La risoluzione del contrasto e gli argomenti posti a suo fondamento. **Ad avviso di queste Sezioni unite deve essere condiviso l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, nel caso in cui lo scioglimento della comunione immobiliare si attui mediante attribuzione dell'intero al coniuge affidatario della prole, il valore dell'immobile oggetto di divisione non può risentire del diritto di godimento già assegnato allo stesso a titolo di casa coniugale, poiché esso viene ad essere assorbito o a confondersi con la proprietà attribuitagli per intero, con la conseguenza che, ai fini della determinazione del conguaglio in favore dell'altro coniuge, bisognerà porre riferimento, in proporzione alla quota di cui era comproprietario, al valore venale dell'immobile attribuito in proprietà esclusiva all'altro coniuge, risultando, a**

tal fine, irrilevante la circostanza che nell'immobile stesso continuino a vivere i figli minori o non ancora autosufficienti rimasti affidati allo stesso coniuge divenutone proprietario esclusivo, in quanto il relativo aspetto continua a rientrare nell'ambito dei complessivi e reciproci obblighi di mantenimento della prole da regolamentare nella sede propria, con la eventuale modificazione in proposito dell'assegno di mantenimento. In definitiva, l'immobile attribuito in proprietà esclusiva al coniuge già assegnatario quale casa coniugale non può considerarsi decurtato di alcuna utilità, posto che la qualità di titolare del diritto dominicale e quella di titolare del diritto di godimento vengono a coincidere. Non si configura, in altri termini, alcun diritto altrui che limiti le facoltà di godimento del coniuge attributario dell'intero - e già assegnatario in quanto affidatario della prole - e sia, perciò, idoneo a comportare la diminuzione del valore di mercato del bene. Pertanto, riconoscere al coniuge attributario dell'immobile per intero una decurtazione del conguaglio dovuto all'altro coniuge già comproprietario, in virtù del diritto di godimento già riconosciuto con l'assegnazione, costituirebbe un suo ingiustificato arricchimento, in quanto egli si troverebbe - come più volte posto in risalto - ad essere titolare di un bene non gravato da alcun diritto altrui, in virtù della produzione del suddetto effetto estintivo. (...)"

Nota a cura di
Cecilia De Luca

La Suprema Corte di Cassazione, in seguito ad un'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione Civile, è stata chiamata a pronunciarsi sulla seguente questione: *“se – in sede di divisione di un immobile in proprietà di due coniugi legalmente separati già destinato a residenza familiare e, per tale ragione, assegnato in sede di separazione, al coniuge affidatario della prole – occorra tenere conto della diminuzione di valore commerciale del cespite conseguente alla presenza sul medesimo del diritto di godimento del coniuge a cui è stata affidata la prole, pure nel caso in cui la divisione si realizzi mediante attribuzione a quest'ultimo della proprietà dell'intero immobile con conguaglio a favore del comproprietario e, quindi, determinandolo non in rapporto al valore venale dello stesso immobile, bensì in misura ridotta che tenga conto dell'incidenza della permanenza di tale vincolo, opponibile anche ai terzi?”*.

Tale questione ha tratto origine dalla pretesa avanzata da un coniuge, attore, legalmente separato dalla moglie, per sentire disporre lo scioglimento della comunione legale esistente su un loro immobile.

La convenuta si costituiva in giudizio opponendosi allo scioglimento della comunione immobiliare ai sensi dell'art. 717 c.c. nonché degli artt. 1111 e 1116 c.c., e chiedeva che si procedesse alla divisione del compendio immobiliare previo accertamento del suo valore, che tenesse conto dell'assegnazione in suo favore dello stesso a titolo di casa coniugale, come disposta nel giudizio di separazione giudiziale, nonché considerando la coabitazione con lei delle figlie di minore età che le erano state affidate.

In primo grado, il Tribunale, in relazione alla sola domanda di scioglimento della comunione, la accoglieva, attribuendo alla convenuta la proprietà esclusiva dell'anzidetto compendio immobiliare, determinando il conguaglio dovuto dalla stessa a favore dell'attore.

Avverso la suddetta decisione definitiva di primo grado, fu proposto appello ai fini della richiesta della riforma della determinazione del conguaglio da versare, all'appellato, rinnovando se del caso la c.t.u. per stabilire il valore dell'immobile gravato dal provvedimento di assegnazione quale casa coniugale.

Tuttavia, il giudice di secondo grado concludeva, conformemente a quello di prime cure, per la convinta adesione al principio secondo cui l'assegnazione del godimento della casa familiare, ai sensi degli artt. 155 e 155-*quater* c.c. previgenti, ovvero in forza della legge sul divorzio n. 898 del 1970, con specifico riferimento al suo art. 6, comma sesto, non può essere considerata in occasione della divisione dell'immobile in comproprietà tra i coniugi al fine di determinare il valore di mercato del bene qualora lo stesso venga attribuito al coniuge titolare del diritto al godimento quale casa coniugale, atteso che il provvedimento di assegnazione per quest'ultimo titolo viene adottato nell'esclusivo interesse dei figli e non del coniuge affidatario; diversamente, si realizzerebbe un'indebita locupletazione a suo favore, potendo egli, dopo la divisione, alienare il bene a terzi senza alcun vincolo e per il prezzo integrale, in relazione, cioè, al suo valore venale determinato dall'andamento del mercato immobiliare.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello è stato, poi, proposto ricorso per cassazione, avente ad oggetto la questione centrale: se in sede di divisione fra ex coniugi della casa familiare, oggetto di assegnazione in favore di uno di essi in sede di separazione, occorra tenere o meno conto dell'incidenza negativa del diritto sul valore del bene anche quando la divisione si concluda con l'attribuzione dell'intero immobile al coniuge beneficiario della sua destinazione a casa familiare.

Ravvisandosi, con l'ordinanza interlocutoria succitata, n. 28871 del 2021, un contrasto giurisprudenziale sulla questione sopra indicata, nel quale sono emersi due orientamenti formati all'interno della stessa Corte, vi è stata la rimessione alle Sezioni Unite del medesimo al fine di rinvenire una soluzione ragionevole e condivisibile: secondo un primo orientamento, il provvedimento di assegnazione della casa familiare non verrebbe ad incidere sul valore di mercato del cespite allorché l'immobile, in sede di divisione, venga attribuito in proprietà al coniuge affidatario della prole, atteso che la finalità perseguita con l'attribuzione di questo diritto atipico di godimento è esclusivamente la tutela dei figli minori o, comunque, non autosufficienti, rispetto alla conservazione del loro *habitat* familiare; secondo l'opposto orientamento, l'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi, cui l'immobile non appartenga in via esclusiva, instaura un vincolo oggettivo determinante una decurtazione del valore della proprietà, sia totalitaria che parziaria, di cui è titolare l'altro coniuge, il quale da quel vincolo rimane condizionato come i suoi aventi causa, fino a quando il provvedimento di assegnazione non sia eventualmente modificato.

In proposito, è da ricordarsi che la vigente disciplina, in punto di assegnazione della casa familiare in sede di separazione tra i coniugi, è mutata con la riforma di cui al d. lgs. n. 154 del 2013, il quale ha riproposto, mediante il suo art. 55, comma primo, con alcune modifiche, il contenuto dell'art. 155-*quater* c.c., introducendo l'art. 337-*sexies* c.c., che detta, al comma primo, per la fase di separazione, i principi cardine dell'assegnazione della casa familiare.

Per quanto concerne la fase divorzile, invece, la disciplina è dettata dal comma sesto dell'art. 6 della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 11 della legge n. 74 del 1987.

Come è agevole desumere, l'assegnazione della casa familiare è, di regola, funzionale a tutelare l'interesse prioritario dei figli alla continuità della vita familiare, per garantire il mantenimento delle loro consuetudini di vita e delle relazioni sociali che in tale contesto si sono radicate, onde preservarne l'*habitat* dai possibili esiti negativi conseguenti alla crisi coniugale, giacché la casa rappresenta il luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini in cui si esprime la vita familiare e continua a svolgersi la prosecuzione delle relazioni domestiche.

Per quanto concerne la natura giuridica del diritto di assegnazione della casa coniugale, la tesi che risulta essere più accreditata, e che le Sezioni Unite condividono, lo ricostruisce come diritto di godimento *sui generis*, ossia originato dal provvedimento di assegnazione e non definibile come diritto reale o semplice vincolo di destinazione, che lo considera estraneo alla categoria degli obblighi

di mantenimento e collegato all'interesse superiore dei figli a conservare il proprio *habitat* domestico.

Quanto appena illustrato trova conferma nella dottrina, che si è mostrata, anch'essa, divisa nell'affrontare il tema dei rapporti tra provvedimento di assegnazione e valutazione del cespite costituente la casa familiare di cui l'assegnatario chieda, ed ottenga, l'attribuzione per intero in sede di divisione. Si è, da parte dei prevalenti orientamenti teorici, sostenuto che l'eventuale assegnazione al coniuge del cespite in comproprietà incide sul valore venale dell'immobile solo allorché il bene sia venduto ad un terzo o attribuito al coniuge non assegnatario. Nel caso opposto, di coincidenza tra attribuzione in sede di divisione e assegnazione, il diritto dominicale riassume in sé quello atipico di godimento.

Secondo un diverso indirizzo dogmatico, il godimento abitativo accordato dall'assegnazione non sfumerebbe a seguito del conseguimento nel corso del giudizio di divisione dell'intera titolarità del bene assegnato, conservando, per contro, i suoi effetti fino a quando l'unità immobiliare resta asservita alla tutela dei figli e dell'*habitat* domestico.

Altro indirizzo scientifico, argomentando dal nuovo testo dell'art. 568, comma secondo, c.p.c., che fissa i criteri di determinazione del valore del bene immobile in sede di esecuzione forzata, ove vanno considerati lo stato di possesso nonché i vincoli ed oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo, sostiene che l'assegnazione incide, comunque, sul valore economico del cespite.

La soluzione offerta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione condivide l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, nel caso in cui lo scioglimento della comunione immobiliare si attui mediante attribuzione dell'intero al coniuge affidatario della prole, il valore dell'immobile oggetto di divisione non può risentire del diritto di godimento già assegnato allo stesso a titolo di casa coniugale, poiché esso viene ad essere assorbito o a confondersi con la proprietà attribuitagli per intero, con la conseguenza che, ai fini della determinazione del conguaglio in favore dell'altro coniuge, bisognerà porre riferimento, in proporzione alla quota di cui era comproprietario, al valore venale dell'immobile attribuito in proprietà esclusiva all'altro coniuge, risultando, a tal fine, irrilevante la circostanza che nell'immobile stesso continuino a vivere i figli minori e non ancora autosufficienti rimasti affidati allo stesso coniuge divenutone proprietario esclusivo, in quanto il relativo aspetto continua a rientrare nell'ambito dei complessivi e reciproci obblighi di mantenimento della prole da regolamentare nella sede propria, con la eventuale modificazione in proposito dell'assegno di mantenimento.

In conclusione, ne deriva una soluzione differenziata del valore dell'immobile, a seconda che il medesimo sia assegnato in proprietà esclusiva al coniuge che, per essere residente con i figli o affidatario degli stessi, aveva su di esso il diritto di cui al citato art. 337-*sexies*, primo comma, c.c., già art. 155-*quater* c.c., ovvero, in alternativa, sia trasferito in proprietà per l'intero all'altro coniuge, o venduto ad un terzo, posto che, in questi due ultimi casi, il diritto di godimento in capo all'altro coniuge continua a sussistere.

L'esistenza di un danno all'immagine della P.A. non dipende dalla qualità soggettiva del responsabile

Argomento: Dei fatti illeciti

(Cass. Civ., SS.UU., 12 ottobre 2022, n. 29862)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 3.5. Sulla terza censura (insussistenza d'un danno all'immagine dell'Amministrazione). Con una terza censura la ricorrente ha dedotto che la Corte d'appello avrebbe illegittimamente accolto (anche) la domanda di risarcimento del danno all'immagine della pubblica amministrazione, danno non concepibile con riferimento alle condotte di soggetti estranei alla pubblica amministrazione. Il motivo è, in primo luogo, inammissibile per estraneità alla ratio decidendi. La sentenza impugnata, infatti, non ha preso affatto posizione sull'esistenza d'un "danno all'immagine", sicchè il motivo censura una statuizione che nella sentenza impugnata manca. 3.5.1. Benchè tale rilievo sia assorbente, osserva il Collegio *ad abundantiam* che la censura sarebbe comunque infondata. Il principio di diritto invocato dalla ricorrente, secondo cui soltanto soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione potrebbero essere condannati a risarcire il danno all'immagine sofferto da quest'ultima, non è infatti corretto. Il danno civile è atipico: chiunque può arrecarlo a chiunque, e con qualunque condotta. Così, ad esempio, il funzionario di fatto, il calunniatore, il millantatore, l'appaltatore infedele, il concessionario di pubblici servizi disonesto, pur non appartenendo alla pubblica amministrazione, con le loro condotte ben potrebbero arrecare un danno all'immagine di quest'ultima. L'esistenza di un danno all'immagine della p.a. è un giudizio analitico a posteriori che dipende dalla natura della condotta illecita e dalle sue conseguenze, e non un giudizio sintetico a priori che dipenda dalla qualità soggettiva del responsabile. Che un reato doganale possa nuocere all'immagine della p.a. è stato del resto già ammesso dalla giurisprudenza penale di questa Corte (Sez. 5 pen., Sentenza n. 12777 del 22.3.2019, in motivazione, p. 8.3; Sez. 3 pen., Sentenza n. 35457 del 1/10/2010, Rv. 248632 - 01), così come in ripetute occasioni si è ammesso che il reato commesso dall'extraneus alla p.a. possa recare nocimento all'immagine di questa, suscitando nei cittadini la sensazione dell'inefficienza o della collusione di essa col reo (così Sez. 3, Sentenza n. 11752 del 17/03/2008, Rv. 239464; Sez. 3, n. 35868 del 1.10.2002, Rv. 222512; nonché Sez. 2 pen., Sentenza n. 150 del 4/01/2013, Rv. 254675, e Sez. 1 pen., Sentenza n. 10371 del 18/10/1995, Rv. 202736, ambedue con riferimento al danno all'immagine causato da una associazione criminale all'amministrazione comunale nel cui territorio si era insediata ed aveva operato).

3.5.2. Nè rileva, ai fini qui in esame, il disposto del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, art. 17, comma 30 ter, (c.d. "lodo Bernardo"), ovvero la contestata norma la quale, nel novellare le regole sulla responsabilità erariale dei pubblici dipendenti, stabilì che "procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dalla L. 27 marzo 2001, n. 97, art. 7", e quindi soltanto nel caso di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Quale che sia, infatti, l'interpretazione che si volesse adottare di tale norma (se, cioè, essa escluda o meno la responsabilità dei pubblici dipendenti nei confronti della p.a. per i danni all'immagine causati in conseguenza di reati comuni), quel che è certo è che: a) quella norma disciplina unicamente i limiti della responsabilità per danno erariale, la quale ha ambito e presupposti diversi

dalla responsabilità civile; b) essa disciplina unicamente la responsabilità dei pubblici funzionari, non dei privati; c) il secolare canone ermeneutico *inclusio unius, exclusio alterius*, impone di ritenere che l'espressa limitazione della responsabilità dei pubblici funzionari verso la p.a. non possa estendersi anche ai soggetti ad essa estranei. In tal senso si è già espressa la Corte costituzionale con la sentenza 15.12.2010 n. 355, stabilendo che l'art. 17, comma 30 bis, D.L. cit. è norma la quale ha inteso limitare unicamente la responsabilità dei pubblici funzionari, e limitarla solo nell'ambito della giurisdizione contabile (...)"

Occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo: le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento del danno presunto

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., SS.UU., 15 novembre 2022, n. 33645)

stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 4.1. Ai fini dell'esatta delimitazione della questione su cui sono chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite, deve essere richiamata l'ordinanza interlocutoria n. 1162 del 2022 della Terza Sezione Civile.

Premette tale ordinanza che l'indirizzo assunto dalla decisione, impugnata con il ricorso proposto in quel processo, non è pacifico, atteso che secondo altro indirizzo, una volta soppresse le facoltà di godimento e disponibilità del bene per effetto dell'occupazione abusiva, ricorre una praesumptio hominis di danno risarcibile (cioè in re ipsa), corrispondente al danno figurativo rappresentato dal valore locativo del cespite abusivamente occupato, superabile solo con la prova che il proprietario, anche se non spogliato, non avrebbe in alcun modo utilizzato l'immobile. Osserva quindi che la corte territoriale ha seguito l'orientamento secondo cui il danno in re ipsa, giungendo ad identificare il danno con l'evento dannoso, configura un danno punitivo senza alcun riconoscimento legislativo (in contrasto con Cass. Sez. U. n. 16601 del 2017), perchè il soggetto leso potrebbe ottenere un risarcimento anche quando in concreto non abbia subito alcun pregiudizio, laddove invece ciò che rileva a fini risarcitori è il danno-conseguenza, per cui il danno da occupazione sine titolo può essere dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma tale alleggerimento dell'onere probatorio non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto (...).

La tesi del danno in re ipsa è debitrice della concezione normativa, elaborata dalla dottrina tedesca, secondo cui l'oggetto del danno coincide con il contenuto del diritto violato, da cui l'esistenza del pregiudizio per il sol fatto della violazione del diritto medesimo. Il danno è in re ipsa perchè appunto immanente alla violazione del diritto. I diritti reali, in quanto diritti su cose, hanno la caratteristica della dissociazione fra contenuto del diritto ed oggetto del diritto (la stessa rubrica dell'art. 832 è nel senso del "contenuto del diritto"). La situazione antigiuridica emerge perciò non solo con riferimento al danno alla cosa, ma anche quando è leso il contenuto del diritto, circostanza quest'ultima che comporterebbe di per sè un danno risarcibile. (...)

4.5. La questione posta dal contrasto è, al fondo, se la violazione del contenuto del diritto, in quanto integrante essa stessa un danno risarcibile, sia suscettibile di tutela non solo reale ma anche risarcitoria. **Ritengono le Sezioni Unite che al quesito debba darsi risposta positiva, nei termini emersi nella richiamata linea evolutiva della giurisprudenza della Seconda Sezione Civile, secondo cui la locuzione "danno in re ipsa" va sostituita con quella di "danno presunto" o "danno normale", privilegiando la prospettiva della presunzione basata su specifiche circostanze da cui inferire il pregiudizio allegato** (Cass. 7 gennaio 2021, n. 39; 20 gennaio 2022, n. 4936; 22 aprile 2022, n. 12865). Tale esito interpretativo, per quanto riguarda la lesione della facoltà di godimento, resta coerente al significato di danno risarcibile quale perdita patrimoniale subita in conseguenza di un fatto illecito. La linea da perseguire è infatti, secondo le Sezioni Unite,

quella del punto di mediazione fra la teoria normativa del danno, emersa nella giurisprudenza della Seconda Sezione Civile, e quella della teoria causale, sostenuta dalla Terza Sezione Civile. Al fine di salvaguardare tale punto di mediazione, l'estensione della tutela dal piano reale a quello risarcitorio, per l'ipotesi della violazione del contenuto del diritto, deve lasciare intatta la distinzione fra le due forme di tutela. La distinzione fra azione reale e azione risarcitoria è il riflesso processuale di quella sostanziale fra regole di proprietà (property rules) e regole di responsabilità (liability rules). (...) la distinzione fra le due forme di tutela comporta che il fatto costitutivo dell'azione risarcitoria non possa coincidere senza residui con quello dell'azione di rivendicazione ma debba contenere l'ulteriore elemento costitutivo del danno risarcibile. Ciò significa tenere ferma la distinzione, espressione della teoria causale del danno, fra causalità materiale e causalità giuridica (...).

(...) la giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che "se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno-conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria" (Cass. Sez. U. n. 576 del 2008), così temperando l'originario rigorismo della tesi della causalità giuridica presente nella dottrina che la introdusse.

Il danno conseguenza assume rilevanza giuridica non per la mera differenza patrimoniale fra il prima e il dopo dell'evento dannoso, ma solo in quanto cagionato da un evento lesivo di un interesse meritevole di tutela ad un determinato bene della vita, secondo la fondamentale definizione contenuta in Cass. Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500; reciprocamente, l'evento di danno è giuridicamente rilevante solo se produttivo del danno conseguenza quale concreto pregiudizio al bene della vita. La nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., rappresenta la sintesi di questi due reciproci vettori. (...) La domanda risarcitoria presuppone che, per la presenza di un danno risarcibile, l'azione lesiva del contenuto del diritto di proprietà sia valutabile non solo come violazione dell'ordine formale, ma anche come evento di danno. In quest'ultimo caso il nesso di causalità materiale si stabilisce fra l'occupazione senza titolo dell'immobile e direttamente la lesione del diritto di proprietà, senza passare per l'intermediazione del pregiudizio cagionato alla cosa oggetto del diritto di proprietà. L'evento di danno riguarda non la cosa, ma proprio il diritto di godere in modo pieno ed esclusivo della cosa stessa. Il danno risarcibile è rappresentato dalla specifica possibilità di esercizio del diritto di godere che è andata persa quale conseguenza immediata e diretta della violazione, cagionata dall'occupazione abusiva, del "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo". Il nesso di causalità giuridica si stabilisce così fra la violazione del diritto di godere della cosa, integrante l'evento di danno condizionante il requisito dell'ingiustizia, e la concreta possibilità di godimento che è stata persa a causa della violazione del diritto medesimo, quale danno conseguenza da risarcire.

4.8. Non è invece richiesta l'allegazione della concreta possibilità di godimento persa nell'ipotesi dell'occupazione sine titulo da parte della pubblica amministrazione, trattandosi di fattispecie retta da criteri del tutto differenti rispetto alla comune occupazione abusiva.

(...) Anche nel caso di mancanza di formale acquisizione ai sensi dell'art. 42 bis, o di procedimento non conclusosi con un valido ed efficace decreto di esproprio o con un accordo di cessione, è configurabile per la giurisprudenza un danno per il mancato godimento del fondo illegittimamente occupato, abitualmente determinato in via equitativa in favore del privato, ove non sia fornita la prova di un danno maggiore, in base al criterio degli interessi legali per ogni anno di occupazione sulla somma corrispondente all'indennità di espropriazione o sul prezzo di cessione volontaria del bene (fra le tante Cass. 20 novembre 2018, n. 29990; 6 agosto 2018, n. 20545; 4 marzo 2005, n. 4797; 27 agosto 2004, n. 17142). La determinazione legislativa in via forfettaria dell'indennizzo, senza esigere dal proprietario l'allegazione della mancata possibilità di godimento nel periodo di occupazione senza titolo, salva la possibilità per entrambe le parti del giudizio di dimostrare la

diversa entità del danno in concreto (in melius o in peius rispetto a quel limite - per il proprietario ad esempio la perdita di occasioni particolari di profitto), costituisce una valutazione legale tipica di pregiudizio e di relativa compensazione. Si tratta di una valutazione, come anche quella del diritto vivente appena richiamato, tipizzata di pregiudizio al bene della vita, il cui presupposto di fatto è l'esplicazione del rapporto fra privato e pubblica amministrazione, istituzionalmente asimmetrico dal punto di vista del potere, secondo modalità ablatorie non rispettose della legge. Come spiega Cass. Sez. U. 20 luglio 2021, n. 20691, "nella materia espropriativa l'agire amministrativo è cadenzato da atti formali che sono, di per sè, evocativi di conseguenze pregiudizievoli per il privato, apprezzabili secondo l'id quod plerumque accidit, nel caso in cui la pubblica amministrazione non eserciti il potere autoritativo nei tempi e modi previsti dalla legge".

4.9. Nella comune fattispecie di occupazione abusiva d'immobile è al contrario richiesta, come si è visto, l'allegazione della concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento che è andata persa. Ciò significa che il non uso, il quale è pure una caratteristica del contenuto del diritto, non è suscettibile di risarcimento. E' pur vero che a fondamento dell'imprescrittibilità del diritto di proprietà vi è la circostanza che fra le facoltà riconosciute al proprietario vi è anche quella del non uso, ma l'inerzia resta una manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto, mentre il danno conseguenza riguarda il pregiudizio al bene della vita che, mediante la violazione del diritto, si sia verificato. Alla reintegrazione formale del diritto violato, anche nella sua esplicazione di non uso, provvede la tutela reale e non quella risarcitoria.

Come si è chiarito al punto 4.2., la perdita subita attiene al godimento, diretto o indiretto mediante il corrispettivo del godimento concesso ad altri, che è poi l'oggetto vero del contrasto giurisprudenziale da risolvere, e non alla vendita, per la quale, corrispondendo il relativo danno alla differenza fra il prezzo di mercato e quello maggiore che si sarebbe potuto ricavare dall'atto dispositivo mancato, non può che parlarsi di mancato guadagno. L'allegazione che l'attore faccia della concreta possibilità di godimento perduta può essere specificatamente contestata dal convenuto costituito. Al cospetto di tale allegazione il convenuto ha l'onere di opporre che giammai il proprietario avrebbe esercitato il diritto di godimento. La contestazione al riguardo non può essere generica, ma deve essere specifica, nel rigoroso rispetto del requisito di specificità previsto dall'art. 115 c.p.c., comma 1 (...).

Se la domanda risarcitoria ha ad oggetto il mancato guadagno causato dall'occupazione abusiva, l'onere di allegazione riguarda gli specifici pregiudizi, fra i quali si possono identificare non solo le occasioni perse di vendita a un prezzo più conveniente rispetto a quello di mercato, ma anche le mancate locazioni a un canone superiore a quello di mercato (una volta che si quantifichi equitativamente il godimento perduto con il canone locativo di mercato, il corrispettivo di una locazione ai correnti valori di mercato rientra, come si è visto, nelle perdite subite). Ove insorga controversia in relazione al fatto costitutivo del lucro cessante allegato, l'onus probandi anche in questo caso può naturalmente essere assolto mediante le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza o le presunzioni semplici. In generale, in relazione al mancato guadagno può rinviarsi alla costante giurisprudenza in materia di maggior danno ai sensi dell'art. 1591 c.c. (fra le tante Cass. 3 febbraio 2011, n. 2552; 26 novembre 2007, n. 24614; 27 marzo 2007, n. 7499; 13 luglio 2005, n. 14753; 23 maggio 2002, n. 7546).

Sia per la perdita subita che per il mancato guadagno va rammentato che l'onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte convenuta, non anche per quelli ad essa ignoti (Cass. 31 agosto 2020, n. 18074; 4 gennaio 2019, n. 87; 18 luglio 2016, n. 14652; 13 febbraio 2013, n. 3576). (...)4.10. Vanno in conclusione enunciati i seguenti principi di diritto: **"nel caso di occupazione senza titolo di bene**

immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta"; "nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chieda il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato"; "nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell'occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato".

(...) P.Q.M. accoglie per quanto di ragione il secondo ed il terzo motivo, rigettando per il resto il ricorso; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti (...)"

Terzo trasportato danneggiato dal sinistro stradale ed azione diretta ex art. 141 d.lgs 209/2005

Argomento: Del contratto assicurativo

(Cass. Civ., SS.UU., 30 novembre 2022, n. 35318)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) 18. L’esame della previsione dell’art. 141 cod. ass. non può prescindere da una presa di posizione sulla questione della portata dell’incipit del primo comma, che fa espressamente «salva l’ipotesi di sinistro cagionato da caso fortuito», escludendo in radice l’operatività dell’azione diretta del trasportato laddove ricorrano, per l’appunto, gli estremi del caso fortuito. Si tratta, in effetti, di un tema centrale, che non rimane “esterno” rispetto alla restante disciplina dell’azione diretta, ma è suscettibile di incidere sulla stessa ricostruzione del sistema in funzione della necessità di coordinare la lettura dell’incipit con quella del successivo inciso «a prescindere dall’accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro». (...)»

18.1.1. Invero, Cass. n. 4147/2019 (seguita da Cass. n. 14388/2019, non massimata) ha ritenuto che la nozione di caso fortuito adottata dall’art. 141 cod. ass. non sia diversa da quella consolidata in altri settori del diritto e ha affermato che il **caso fortuito, inteso nel suo significato giuridico, aggiunge alle cause naturali «le condotte umane - compresa quella del danneggiato - cui l’autonomia e l’imprevedibilità conferiscano appunto il ruolo di causa “assorbente”, ovvero che elide il nesso causale con gli elementi antecedenti»;** tanto premesso, ha escluso che il concetto di caso fortuito «sia “tradotto” e ridotto più avanti nel comma, con l’inciso “a prescindere dall’accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro», nel senso di escludere rilevanza alla condotta del conducente del veicolo antagonista a quello del vettore; ha assunto, infatti, che tale inciso «non si riferisce, a ben guardare, al contenuto di un concetto di diritto sostanziale come è il caso fortuito», bensì «a un profilo processuale, l’accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro» e ha aggiunto che l’accertamento relativo al profilo sostanziale precede giuridicamente e logicamente quello del profilo processuale; tanto premesso, ha affermato che nel giudizio ex art. 141 cod. ass., l’assicuratore del vettore è onerato della prova del fortuito, ossia che il sinistro abbia avuto causa esclusiva in un evento naturale o nella condotta dell’altro conducente o nella condotta del trasportato, e che soltanto ove tale prova fallisca ed emerga una situazione di corresponsabilità, si dovrà procedere alla liquidazione del danno al trasportato a prescindere dall’accertamento della responsabilità (o del grado di responsabilità) dei conducenti; in altri termini, ha sostenuto che «l’art. 141 cod. ass. (...) richiede che il vettore sia almeno corresponsabile del sinistro quale presupposto della condanna risarcitoria del suo assicuratore; una volta accertato l’an della responsabilità del vettore, non occorre accertare quale sia la misura della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti, dovendo comunque l’assicuratore del vettore risarcire in toto il trasportato, salva eventuale rivalsa verso l’assicuratore di altro corresponsabile o di altri corresponsabili della causazione del sinistro». 18.1.2. Per contro, in dichiarato dissenso rispetto a tale ricostruzione, Cass. n. 17963/2021 ha sostenuto che il «caso fortuito (...), in un giudizio in cui si prescinde dall’accertamento delle responsabilità nel sinistro, deve logicamente essere nozione distinta dalla condotta colposa del conducente dell’altro veicolo coinvolto e deve pertanto coincidere con i fattori naturali ed i fattori umani estranei alla circolazione di altro veicolo»; e ciò in quanto «l’azione prevista dall’art. 141 non introduce un giudizio sulla

responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro» (tale esito essendo configurabile «solo nel caso in cui l'impresa di assicurazione del responsabile civile, intervenendo nel giudizio estrometta l'impresa di assicurazione del veicolo, riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato»); ha rimarcato che «l'art. 141 delimita il giudizio di responsabilità alla mancanza di fortuito» e aggiunge che «estenderlo invece alla mancanza (o concorrenza) di responsabilità del veicolo antagonista significherebbe limitare l'azione del trasportato ai soli casi di responsabilità esclusiva o concorrente del vettore con la conseguenza che l'art. 141 nulla aggiungerebbe alla comune azione ai sensi degli artt. 2054, comma 2, 2055 cod. civ. e 144 cod. Assicurazioni». (...)"

Invero, a prescindere da ogni considerazione sulla esatta nozione giuridica di caso fortuito e sulla sua omogeneità nell'ambito dell'ordinamento, deve considerarsi che è la stessa disposizione del 1° comma dell'art. 141 cod. ass. - letta nel suo complesso e alla luce della ratio che la sostiene - che porta ad escludere che la nozione di caso fortuito ivi evocata possa essere estesa fino a comportare un preliminare accertamento sulla assenza di corresponsabilità del vettore.

L'incipit «salva l'ipotesi di sinistro cagionato da caso fortuito» non può che essere letto in correlazione con l'inciso «a prescindere dall'accertamento della responsabilità dei veicoli coinvolti nel sinistro» e una siffatta lettura (che dev'essere necessariamente coordinata, a meno di non voler postulare una insanabile contraddizione interna fra l'incipit e l'inciso e di non voler arbitrariamente dare preminenza alla prima delle due espressioni) evidenzia come il legislatore abbia inteso escludere, in prima battuta, ogni accertamento concernente la colpa dei conducenti, che è riservato alla fase di rivalsa e che non può pertanto essere recuperato nell'ambito della salvezza del caso fortuito; il che risulta coerente con la finalità della norma di impedire che il risarcimento del danno subito dal passeggero venga ritardato dalla necessità di compiere accertamenti sulla responsabilità del sinistro (rimessi all'eventuale fase successiva).

Deve pertanto ritenersi che - come sostenuto da Cass. 17963/2021 - nella cornice del giudizio configurato dall'art. 141, 1° co. cod. ass., in cui si prescinde dall'accertamento delle responsabilità del sinistro, il caso fortuito che vale ad esimere l'assicuratore del vettore dal risarcimento in favore del trasportato è nozione distinta dalla condotta colposa del conducente dell'altro veicolo coinvolto e deve intendersi circoscritto alle cause naturali e ai danni causati da condotte umane indipendenti dalla circolazione di altri veicoli.

19. Tanto premesso e considerato, possono essere formulati i seguenti principi di diritto: **“l'azione diretta prevista dall'art. 141 cod. ass. in favore del terzo trasportato è aggiuntiva rispetto alle altre azioni previste dall'ordinamento e mira ad assicurare al danneggiato una tutela rafforzata, consentendogli di agire nei confronti dell'assicuratore del vettore e di ottenere il risarcimento del danno a prescindere dall'accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti, fatta salva la sola ipotesi di sinistro causato da caso fortuito”**; “la tutela rafforzata riconosciuta dall'art. 141 cod. ass. al trasportato danneggiato presuppone che nel sinistro siano rimasti coinvolti almeno due veicoli, pur non essendo necessario che si sia verificato uno scontro materiale fra gli stessi, e si realizza mediante l'anticipazione del risarcimento da parte dell'assicuratore del vettore e la possibilità di successiva rivalsa di quest'ultimo nei confronti dell'impresa assicuratrice del responsabile civile”; “nel caso in cui nel sinistro sia stato coinvolto un unico veicolo, l'azione diretta che compete al trasportato danneggiato è esclusivamente quella prevista dall'art. 144 cod. ass., da esercitarsi nei confronti dell'impresa di assicurazione del responsabile civile”. (...)"

Maternità surrogata: il provvedimento giudiziario straniero non è automaticamente trascrivibile

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(..).1. - L'ordinamento italiano non consente il ricorso ad operazioni di maternità surrogata. **L'accordo con il quale una donna si impegna ad attuare e a portare a termine una gravidanza per conto di terzi, rinunciando preventivamente a "reclamare diritti" sul bambino che nascerà, non ha cittadinanza nel nostro ordinamento. Tale pratica è vietata in assoluto**, sotto minaccia di sanzione penale, dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6. Il divieto è presidiato dalla reclusione e dalla multa per "chiunque, in qualsiasi forma", la "realizza, organizza o pubblicizza". Le istanze di genitorialità, nondimeno, si rivelano difficilmente comprimibili. Il divieto di gestazione per altri non argina il progetto di diventare genitori. L'esistenza del divieto in Italia induce molti cittadini, quando supportati da una adeguata disponibilità economica, a ricorrere alla surrogazione di maternità all'estero, nei Paesi che hanno regolamentato e consentito questa tecnica di procreazione. Il contesto internazionale è alquanto frastagliato sulla legittimità del ricorso alla gestazione per altri. Il panorama comparato offre indicazioni non omogenee sia sui limiti di liceità di questa pratica sia, dove essa è vietata, sulle scelte sanzionatorie, che possono andare dall'ampia criminalizzazione, alla limitazione della rilevanza penale alle forme di surrogazione di tipo commerciale, alla previsione di sole sanzioni amministrative. La regolamentazione permissiva presente in alcuni Paesi stranieri favorisce, appunto, il turismo procreativo di cittadini italiani che si recano all'estero al fine di ottenere, nel rispetto della lex loci, ciò che in Italia è vietato. Coppie con problemi di sterilità femminile o coppie omosessuali che intendono accedere alla filiazione vanno all'estero per realizzare là dove è consentito il progetto procreativo proibito nel nostro Paese. Ogni qualvolta la surrogazione di maternità è praticata all'estero, la questione dello status del nato da maternità surrogata fuoriesce dal perimetro dell'ordinamento interno e si traduce nel problema del riconoscimento in Italia della genitorialità acquisita al di fuori dei confini nazionali. Si pone il problema del riconoscimento dello status genitoriale ottenuto all'estero in virtù di norme più liberali di quelle italiane in materia di procreazione medicalmente assistita. Entra in campo il limite dell'ordine pubblico internazionale. (...)

3.- La questione di massima di particolare importanza rimessa all'esame delle Sezioni Unite si colloca in quest'ambito: riguarda lo stato civile di un bambino nato in Canada attraverso la pratica della maternità surrogata, alla quale ha fatto ricorso una coppia di uomini, cittadini italiani, uniti in matrimonio in Canada, con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. Il bambino, frutto di un disegno genitoriale comune, ha già conseguito nel Paese di nascita lo stato giuridico di figlio di entrambi i suoi genitori.

Si controverte se sia possibile dare effetto nell'ordinamento italiano al provvedimento giurisdizionale straniero - della Supreme Court della British Columbia - che ha riconosciuto come genitore del bambino non solo il padre biologico, che ha fornito i propri gameti, ma anche l'altra persona, il genitore d'intenzione, che ha condiviso con il partner il percorso che ha portato al concepimento e alla nascita pur senza fornire il proprio apporto genetico. (...) L'interrogativo riguarda, pertanto, la possibilità di riconoscere o meno il provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo status di genitore anche al componente della coppia che ha concorso nella scelta di ricorrere alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti, in un caso nel quale la gestante ha confermato, dopo il parto, la volontà di non voler divenire madre e di riconoscere altri come

genitori del nato. (...) Si tratta di stabilire se il divieto di ricorrere alla gestazione per altri, previsto dalla legislazione italiana in materia di procreazione medicalmente assistita, precluda o meno la possibilità di estendere il riconoscimento della genitorialità anche al partner che, pur privo di un legame genetico con il minore, ha condiviso il percorso che ha condotto al concepimento e alla nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge, e che ha quindi portato il bambino in Italia, per poi qui prendersene quotidianamente cura. La questione rimessa alle Sezioni Unite consiste nel precisare se sia o meno contrario all'ordine pubblico internazionale il provvedimento giurisdizionale straniero; se sia trasferibile nell'ordinamento interno la formalizzazione del legame con il genitore intenzionale sancita nel provvedimento straniero; ancora, se l'adozione in casi particolari costituisca o meno l'unico strumento compatibile con l'ordine pubblico e idoneo ad instaurare un legame giuridico tra il nato all'estero da gestazione per altri e il genitore intenzionale. (...)

25- La soluzione dell'adozione in casi particolari appare in linea con la giurisprudenza della Corte EDU. Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, in un ordinamento che disapprova la gestazione per altri, non è affatto necessario che il rapporto del nato da madre surrogata con il committente privo di legame genetico con esso sia formalizzato ab initio mediante trascrizione del provvedimento estero che ne accerti il carattere genitoriale. Il rispetto della vita privata e familiare del nato richiede, tuttavia, che la procedura alternativa a tal fine prevista dal singolo ordinamento - una procedura che, si ammette, può anche essere di tipo adottivo - consenta di conseguire quel risultato in una maniera agevole sempreché risulti la corrispondenza del rapporto di cura in atto con l'interesse del minore. Dal complesso delle pronunce rese sul tema dalla Corte di Strasburgo, si evince che - anche a fronte della grande varietà di approccio degli Stati parte rispetto alla pratica della maternità surrogata - ciascun ordinamento gode, in linea di principio, di un certo margine di apprezzamento in materia; ferma restando, però, la necessità di riconoscimento del legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura. La Corte EDU (sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia) afferma, in particolare, che gli Stati parte possono non consentire la trascrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al genitore d'intenzione; e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi. Tuttavia, la stessa Corte EDU ritiene comunque necessario che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il genitore d'intenzione, al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati; lasciando poi alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore. Rispetto, peraltro, a quest'ultima soluzione, la Corte EDU sottolinea come essa possa ritenersi sufficiente a garantire la tutela dei diritti dei minori nella misura in cui sia in grado di costituire un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato, e a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino.

26- L'adozione in casi particolari rappresenta l'istituto che consente al bambino, nato a seguito di maternità surrogata nell'ambito di un progetto procreativo di una coppia omoaffettiva, di mantenere, con il riconoscimento dello status di figlio, la relazione affettiva e di cura già di fatto instaurata e consolidata con il partner del genitore biologico. L'adozione in casi particolari rappresenta anche il modello rivolto a consolidare, con una veste giuridica, il rapporto con quello, dei due componenti della coppia, che non è genitore biologico e quindi non risulta genitore secondo l'ordinamento italiano. Un modello di accoglienza non originato dalla genetica, ma dalla responsabilità che consegue all'aver condiviso e attuato un progetto genitoriale comune. L'ordinamento italiano mantiene fermo il divieto di maternità surrogata e, non intendendo assecondare tale metodica di

procreazione, rifugge da uno strumento automatico come la trascrizione, ma non volta le spalle al nato. Il titolo che giustifica la costituzione dello stato è fondato, non sull'intenzione di essere genitore, ma sulla condivisione del progetto genitoriale seguita dalla cura e dal rapporto affettivo costanti; il provvedimento del giudice presuppone, inoltre, un giudizio sul miglior interesse del bambino e una verifica in concreto dell'idoneità del genitore istante. 27- La questione sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite, afferente al quarto motivo del ricorso principale del Sindaco e dell'Amministrazione dell'interno, può dunque essere risolta mediante l'enunciazione del seguente principio di diritto: **"Poiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e a fortiori l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della lex loci. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d). Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con il conseguimento dello status di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita". (...)"**

SEZIONI SEMPLICI

Contratti dei consumatori: in caso di fornitura non richiesta il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva

Argomento: Dei contratti dei consumatori

(Cass. Civ., Sez. III, 12 gennaio 2021, n. 261)
stralcio a cura di Giorgio Potenza

“(…) Nel caso all’esame, infatti, deve ritenersi che la fattispecie concreta, come accertata dal Giudice del merito, deve essere ricondotta alla fattispecie giuridica disciplinata dall’art. 57 del Codice di consumo, rubricato “Fornitura non richiesta”, nella versione applicabile *ratione temporis* (il contratto con firma contraffatta e di cui si discute in causa pacificamente è datato 25 gennaio 2010, v. ricorso p. 2 e controricorso p. 2), secondo cui: “1. Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso l’assenza di risposta non implica consenso del consumatore. 2. Salve le sanzioni previste dall’art. 62, ogni fornitura non richiesta di cui al presente articolo costituisce pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 21, 22, 23, 24, 25 e 26”. Nella specie risulta evidente che si è in presenza di “fornitura non richiesta”, nei termini indicati dalla norma richiamata, trattandosi di fornitura erogata da soggetto diverso in base ad un contratto pacificamente non sottoscritto dal consumatore e recante firma falsa, né rileva la circostanza che l’esecuzione materiale della fornitura, per esigenze tecniche, non possa che essere la stessa e che trattasi di servizi essenziali, rimarcandosi che il consumatore, che è venuto a conoscenza di siffatto contratto dalle fatture, non poteva restituire o impedire la fornitura non richiesta (se non, a tale ultimo riguardo, come in effetti fatto, denunciando, una volta resosene conto, la contraffazione della sottoscrizione e chiedendo di ricevere la medesima fornitura dal precedente gestore). Se dunque, la norma applicabile nella specie è quella di cui all’art. 57 citato, occorre stabilire se tale normativa, oltre ad escludere qualsiasi prestazione corrispettiva a carico del consumatore, escluda ogni sorta di “ripetibilità”, da parte del fornitore, della “prestazione” resa sine causa, perfino nel caso in cui quest’ultimo faccia valere l’arricchimento senza causa, ai sensi dell’art. 2041, sia in via d’azione che - come nel caso all’esame - di eccezione riconvenzionale, proposta al solo scopo di paralizzare la domanda dell’attore. Ritiene il Collegio che la questione vada risolta tenendo conto della ratio della norma di cui all’art. 57, già più volte citato, che è chiaramente norma volta a tutelare il consumatore e ad esonerarlo da oneri conseguenti a pratiche commerciali scorrette, anche alla luce delle direttive CE sulle pratiche sleali e ingannevoli (v. direttive 1997/7/CE, 2002/65/CE e 2005/29/CE) e della disciplina, non applicabile direttamente al caso di specie *ratione temporis* (essendo applicabile ai contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014, come disposto dal D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, art. 2, comma 1) ma a cui può farsi riferimento ai fini meramente interpretativi, dell’art. 66-quinquies Codice di consumo, norma inserita con il D.Lgs., appena indicato e volto a dare attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori. In tale prospettiva, l’espressione “Il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta” contenuto nell’art. 57 citato, ad avviso del Collegio, deve essere intesa come comprendente anche le obbligazioni restitutorie e indennitarie da indebiti solutio e/o da ingiustificato arricchimento rivendicate dal professionista. Se è pur vero che il consumatore abbia comunque tratto vantaggio dalla fornitura non richiesta o - come nel caso all’esame - addirittura imposta, tenuto conto delle peculiari modalità di erogazione della fornitura in questione, in base ad un contratto con sottoscrizione falsificata, tuttavia deve ritenersi che il legislatore abbia inteso far prevalere gli interessi della parte debole del contratto a discapito di professionista che abbia scelto

unilateralmente e illecitamente di procedere alla fornitura, di talché sul professionista debbono ricadere, in ogni caso, le conseguenze derivanti da tale comportamento. Ben potendosi riconoscere, per quanto sopra esplicitato, all'art. 57 citato anche una valenza latamente sanzionatoria, nell'ambito delle "prestazioni corrispettive", da intendersi richiamate dal legislatore in senso atecnico, ritiene il Collegio debba rientrare anche l'indennizzo di cui all'art. 2041 c.c. Pertanto, risultando il contratto illecito in questione ascrivibile, comunque, ad OMISSIS ed alla luce della interpretazione data dall'art. 57 citato, ritiene il Collegio che all'appena indicata società non spetti alcunchè per la fornitura in parola, neppure a titolo di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c., non avendo il consumatore prestato alcun consenso al riguardo, il che è pacifico. Ogni ulteriore questione pure prospettata con il mezzo all'esame resta assorbito da quanto precede (...)"

Nota a cura di
Giorgio Potenza

La decisione in commento involge la questione di quali siano i confini della tutela consumeristica predisposta dal nostro ordinamento nelle ipotesi di fornitura di beni o servizi non richiesta, fattispecie originariamente disciplinata dal Codice del Consumo ai sensi dell'art. 57, e che oggi trova applicazione in virtù del comma 1 dell'art. 66 *quinquies*.

Nel caso sottoposto all'attenzione dei Giudici di legittimità, un consumatore aveva stipulato un contratto di fornitura di energia elettrica e gas con E. S.p.A., beneficiando delle condizioni economiche e contrattuali del c.d. mercato tutelato. Senonché, dopo alcuni anni di esecuzione del servizio di fornitura, lo stesso si avvedeva della sopravvenuta sostituzione di E. S.p.A. da parte di E. E. S.p.A., società che, pur facendo parte del medesimo gruppo, è del tutto distinta dalla prima ed opera nel mercato c.d. libero. A seguito di formale richiesta di chiarimenti, la nuova società fornitrice asseriva di essere "subentrata" nel rapporto di fornitura in forza di un nuovo contratto (con condizioni economiche difformi e peggiorative rispetto al precedente) stipulato con lo stesso utente; ribadiva pertanto la propria legittimazione a ricevere il pagamento del corrispettivo fino a quel momento maturato per l'espletamento del servizio. L'utente-consumatore, sostenendo invece di non aver mai concluso un nuovo contratto sostitutivo del precedente rapporto con E. S.p.A., si rifiutava di saldare le successive fatture emesse da E. E. S.p.A., formulava istanza di "rientro" con il precedente fornitore e, al contempo, adiva le vie legali, denunciando - in sede penale - l'ipotesi di reato di truffa contrattuale, e convenendo E. E. S.p.A. - nell'instaurando giudizio civile - per l'accertamento della nullità/inesistenza del contratto dalla stessa dedotto, in ragione del formale riconoscimento della sottoscrizione apocrifia ivi apposta, e per la sua condanna alla restituzione delle somme indebitamente percepite, nonché al risarcimento del danno.

Incardinatosi ritualmente il procedimento dinanzi al Giudice di pace (competente per territorio e per valore della causa), la società convenuta si costituiva in giudizio chiedendo, in via principale, il rigetto delle avverse domande, previo riconoscimento del proprio diritto al pagamento del corrispettivo per le prestazioni eseguite e, in via subordinata, con la formulazione di un'eccezione riconvenzionale, la condanna dell'attore al pagamento di una somma pari al corrispettivo che lo stesso sarebbe stato comunque tenuto a versare sulla base delle condizioni economiche del contratto precedentemente concluso con il primo fornitore, a titolo di indennità ai sensi dell'art. 2041 c.c. per l'ingiustificato arricchimento conseguito attraverso la prosecuzione *de facto* del rapporto di fornitura di energia elettrica e gas.

La dedotta nullità del contratto, da un lato, e la formulazione dell'eccezione riconvenzionale di ingiustificato arricchimento dell'attore da parte della società convenuta, dall'altro, hanno posto due questioni giuridiche relative all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 57 cod. cons., applicabile *ratione temporis* al caso di specie nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 21 del

2014, ma il cui contenuto, come si è detto, è oggi sostanzialmente confluito nelle disposizioni del comma 1 dell'art. 66 *quinquies*.

In particolare, si è posto il duplice problema se la norma in questione esclude che il consumatore sia tenuto al pagamento del corrispettivo non solo nelle ipotesi in cui riceva una prestazione non preventivamente richiesta (ed erogata al solo scopo di indurlo a concludere un contratto) ma anche quando la prestazione non è richiesta perché derivante da un contratto nullo/inesistente; e se la norma, oltre ad escludere che il consumatore sia tenuto al pagamento di una *prestazione corrispettiva*, dovuta *ex contractu*, lo esonera altresì dall'obbligo (derivante *ex lege*) di indennizzare il fornitore ai sensi dell'art. 2041 c.c. per arricchimento senza causa.

Il giudice di prime cure, dichiarando la nullità del contratto dedotto dalla società convenuta per difetto di sottoscrizione dell'attore, aveva accertato che nulla era dovuto per la fornitura di energia elettrica e gas, interpretando l'art. 57 del cod. cons. nel senso che, in caso di nullità del contratto, all'ente fornitore non compete alcunché, nemmeno a titolo di indennità ai sensi dell'art. 2041 c.c. Proposta impugnazione dinanzi al Tribunale, il giudice dell'appello aveva riformato integralmente la sentenza di primo grado, ritenendo invece non applicabile al caso di specie la tutela offerta al consumatore ai sensi dell'art. 57 del cod. cons. vigente *ratione temporis*, posto che ad essere "non richiesta" dall'attore non era la fornitura in sé ma soltanto il nuovo fornitore e le condizioni economiche del contratto contestato e sconosciuto nella sottoscrizione (come attestato dalla circostanza della formulazione dell'istanza di rientro con il precedente fornitore), e pertanto aveva accolto l'eccezione riconvenzionale di indebito arricchimento avanzata da E. E. S.p.A.

Ad avviso del giudice di appello, infatti, pur ricorrendo la nullità/inesistenza del titolo contrattuale, non può comunque trovare giustificazione nell'ordinamento la "*sbilanciata locupletazione da parte dell'utente del totale risparmio dei costi che egli avrebbe dovuto comunque sostenere, in base alle condizioni contrattuali di maggior favore instaurate con il precedente gestore, per i quantitativi di corrente elettrica e di gas che in concreto e di fatto gli sono stati forniti dal nuovo gestore*".

Avverso la sentenza del Tribunale, l'utente-consumatore aveva proposto quindi ricorso dinanzi alla Corte di cassazione per violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto.

Ebbene, i Giudici di legittimità, con la decisione in commento, hanno dapprima affermato che si è in presenza di una "fornitura non richiesta", nei termini indicati dall'art. 57 del Codice di consumo (nella sua versione applicabile *ratione temporis*), anche nei casi di prestazioni eseguite da un soggetto diverso da quello scelto dal consumatore e sulla base di un successivo contratto mai realmente sottoscritto, riconducendo dunque la fattispecie concreta, come accertata dal Giudice del merito, nell'alveo della fattispecie giuridica astratta della norma richiamata. Si sono poi soffermati sulla seconda *quaestio iuris*, relativa alla "estensione" della tutela del consumatore, ritenendo che tale questione debba essere risolta tenendo conto della *ratio* della norma medesima, anche alla luce delle direttive CE sulle pratiche sleali e ingannevoli (si veda, in particolare, l'art. 9 della Direttiva 1997/7/CE, l'art. 9 della Direttiva 2002/65/CE, l'art. 15 della Direttiva 2005/29/CE, nonché il punto 29 del suo Allegato I, il quale annovera l'ipotesi della fornitura non richiesta fra le pratiche commerciali "in ogni caso sleali") e della disciplina, non applicabile direttamente al caso di specie *ratione temporis*, ma comunque rilevante ai fini interpretativi, del citato art. 66-*quinquies* del Codice di consumo, le cui disposizioni sono state introdotte con il D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, volto a dare attuazione nel nostro ordinamento alla Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori che, ai sensi dell'art. 27, esonera il consumatore dall'obbligo di eseguire "*qualsiasi prestazione corrispettiva*" in caso di fornitura non richiesta.

La norma *de qua*, infatti, è volta a tutelare il consumatore da tutti gli oneri che possono conseguire dalla realizzazione di pratiche commerciali scorrette da parte del professionista, e dunque svolge anche una funzione *lato sensu* sanzionatoria che impedisce a quest'ultimo di avanzare qualsivoglia pretesa di ripetizione della prestazione resa *sine causa* (c.d. *indebiti solutio*), o comunque di indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c.

In buona sostanza, come affermato dai Giudici di legittimità, nelle ipotesi di “fornitura non richiesta” ai sensi dell’art. 57 cod. cons. (e oggi dell’art. 66 *quinquies*, comma 1), “*deve ritenersi che il legislatore abbia inteso far prevalere gli interessi della parte debole del contratto a discapito di professionista che abbia scelto unilateralmente e illecitamente di procedere alla fornitura, di tal chè sul professionista debbono ricadere, in ogni caso, le conseguenze derivanti da tale comportamento*”.

Dalla decisione in commento è possibile quindi ricavare il seguente principio di diritto: il consumatore non è tenuto, ai sensi dell’art. 57 del Codice del Consumo (applicabile *ratione temporis* al caso di specie, nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 21 del 2014), ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta, né può sorgere a suo carico alcuna obbligazione a titolo di ripetizione dell’indebito o di arricchimento senza causa, dovendosi riconoscere alla disposizione citata pure una valenza latamente sanzionatoria nei confronti del professionista che, scegliendo unilateralmente e illecitamente di procedere alla fornitura, realizza una pratica commerciale scorretta i cui oneri non possono incombere in capo alla parte debole del rapporto che il legislatore ha inteso tutelare.

Si tratta di una “*prima presa di posizione*”^[1] della Suprema Corte in merito al campo di applicazione delle disposizioni del Codice del consumo sopra richiamate, la quale si pone in conformità con l’interpretazione estensiva delle disposizioni di cui all’art. 27 della Direttiva 2011/83/UE, in virtù della quale la normativa eurounitaria impone agli Stati membri di adottare le disposizioni necessarie per prevedere, nei casi di fornitura non richiesta, l’esonero del consumatore da *qualsiasi obbligazione* (anche di tipo restitutorio o indennitario) che può astrattamente sorgere in favore del fornitore.

[1] L’espressione è di G. De Cristofaro, Il regime privatistico “speciale” delle c.d. forniture non richieste: la prima presa di posizione della Suprema Corte, in NGCC, n. 3, 2021, pp. 575-585.

Mancata informazione di possibili malformazioni del feto e responsabilità del medico

Argomento: Dei fatti illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 15 gennaio 2021, n. 653)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) in conclusione, va disattesa, in quanto non conforme alla lettera e alla ratio della norma, una lettura della L. n. 194 del 1978, art. 6 lett. b), che, inibendo l'interruzione della gravidanza fino al momento in cui non si manifesti la malformazione fetale, finisce per porre in non cale il pericolo di grave pregiudizio psichico che potrebbe determinarsi nella donna a fronte della conoscenza di processi patologici suscettibili di porsi in relazione causale ("relativi") con rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro; per tale via, pervenendo a privare la donna, che versi in concreto in grave pericolo di pregiudizio alla salute psichica, della possibilità di determinarsi all'interruzione della gravidanza (privazione che può risultare definitiva laddove, come nel caso in esame, la menomazione si manifesti o venga accertata quando il feto abbia ormai acquisito possibilità di vita autonoma, giacché, in tale ipotesi, l'art. 7, comma 3 della legge consente l'interruzione della gravidanza solo in caso di pericolo per la vita della donna).

(…)

"l'accertamento di processi patologici che possono provocare, con apprezzabile grado di probabilità, rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro consente il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, ai sensi della L. 194 del 1978, art. 6 lett. b), laddove determini nella gestante - che sia stata compiutamente informata dei rischi - un grave pericolo per la sua salute fisica o psichica, da accertarsi in concreto e caso per caso, e ciò a prescindere dalla circostanza che l'anomalia o la malformazione si sia già prodotta e risulti strumentalmente o clinicamente accertata";

il medico che non informi correttamente e compiutamente la gestante dei rischi di malformazioni fetali correlate a una patologia dalla medesima contratta può essere chiamato a risarcire i danni conseguiti alla mancata interruzione della gravidanza alla quale la donna dimostri che sarebbe ricorsa a fronte di un grave pregiudizio per la sua salute fisica o psichica (…)

Nota a cura di
Martina Durante

Con la sentenza in epigrafe la terza sezione della Corte di cassazione è stata chiamata a giudicare la portata applicativa dell'art. 6, lettera b) della legge 194/1978 sul diritto all'aborto.

L'art. 6 prevede la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza nel periodo posteriore al primo trimestre di gestazione e, nello specifico, tale diritto può essere esercitato nel caso in cui la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (lettera a) ovvero quando siano accertati processi patologici, anche relativi ad anomalie e malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la salute psico-fisica della stessa (lettera b).

La controversia origina da un procedimento giudiziario relativo a risarcimento danni, promosso da una coppia nei confronti di un medico e di un'azienda sanitaria. La donna non sarebbe stata correttamente informata circa i rischi di malformazione per il feto dovuti alla contrazione del citomegalovirus al fine di consentirle di esercitare il suo diritto legale all'aborto. Il bambino, pertanto, nasceva con gravi malformazioni comportanti un alto livello di invalidità.

Gli attori, nello specifico, hanno denunciato la violazione o falsa applicazione degli artt. 1176, 1218 e 2043 c.c., in relazione agli artt. 6 e 7 della legge 194/1978, in quanto il medico, in presenza di tale processo patologico, avrebbe dovuto a priori rappresentare ai genitori tutti i rischi possibili correlati, cosicché potessero compiere una scelta informata e consapevole. Inoltre, nonostante il decorso del termine legale per esercitare il diritto all'aborto, termine in cui il feto ha acquisito vita autonoma, la pratica poteva comunque essere attuata dato il rischio per la salute psichica della madre.

Viene poi denunciata la violazione o falsa applicazione degli artt. 6 e 7 della legge 194/1978 in relazione agli artt. 1218 e 2967 c.c., nonché agli artt. 115 e 116 c.p.c. sulla base dell'affermazione della sentenza di secondo grado, secondo la quale al momento dell'accertamento delle malformazioni il feto godesse di vita autonoma e che, quindi, la gestante non potesse praticare l'interruzione di gravidanza.

Secondo la Suprema Corte, la pretesa risarcitoria dei ricorrenti può essere fondata sulla possibilità concreta per la madre di interrompere la gravidanza oltre al terzo mese, possibilità riconosciuta dall'art. 6 della legge 194 a determinate condizioni. In particolare, il ricorso sottopone ai Giudici l'interpretazione dell'articolo 6 lettera b) della suddetta legge, con riferimento alla rilevanza dell'aborto in presenza di quei processi patologici che si sono già esternati con malformazioni o anomalie del feto oppure alla rilevanza di quei processi patologici che possano determinare malformazioni o anomalie, anche non accertate, ove però queste possano provocare anche un pericolo per la salute della gestante.

Aderire all'una o all'altra impostazione porta a esiti opposti, e la Suprema Corte predilige la seconda impostazione prospettata.

La decisione della Corte prende le mosse, anzitutto, dalla ratio della stessa norma, ove alla lettera b) prevede che l'interruzione di gravidanza può praticarsi *“quando siano accertati processi patologici, anche relativi ad anomalie e malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”*. Secondo i giudici, la norma vuole intendere che tra i processi patologici rientrano anche quelli inerenti alla salute del feto. Inoltre, la lettera della norma presuppone un rapporto di inerenza tra la patologia e la malformazione, ma non l'attualità della malformazione stessa, con la conseguenza che è sufficiente la probabilità che essa si verifichi. Inoltre, assume un significativo rilievo il fatto che il processo patologico può sviluppare una relazione con la malformazione, e di per sé questo implica una situazione biologica in divenire che rileva solo per il fatto di esistere e a prescindere dall'avverarsi o meno delle potenziali malformazioni.

Inoltre, va data importanza alle situazioni in cui la patologia risulti tale da poter determinare un pregiudizio psichico nella madre a prescindere dall'esistenza già di malformazioni o della scoperta del processo patologico. Da ciò consegue che il medico ha obbligo di informativa, al fine di prospettare un quadro completo della situazione e dei possibili sviluppi, e l'omissione della stessa impedisce l'acquisizione di quegli elementi che giustificerebbero l'aborto.

In considerazione di ciò, la Corte ha affermato un importante principio secondo cui l'accertamento di processi patologici che possono provocare rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro consente il ricorso alla pratica abortiva ai sensi dell'art. 6, lettera b) della legge 194/1978 laddove determini nella gestante informata dei rischi un grave pericolo per la sua salute psico-fisica. Tale pericolo deve, inoltre, essere accertato caso per caso e a prescindere dalla circostanza per cui la malformazione o anomalia si sia già prodotta e sia stata accertata.

La Corte soggiunge affermando che il medico che privi la madre dell'informativa può essere chiamato a risarcire il danno se la madre dimostra che sarebbe ricorsa alla pratica abortiva in caso di grave pregiudizio per la sua salute psico-fisica.

In conclusione, il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza dopo il terzo mese dal concepimento è integrato in presenza di una diagnosi di un processo patologico in atto, di una prognosi di pericolo grave alla salute psico-fisica e all'impossibilità di vita autonoma del feto. La Suprema Corte, con tale sentenza, ha esteso l'ambito applicativo dell'art. 6 della legge 194/1978 anche a quei

casi in cui vi è la mera probabilità che il processo patologico determini una malformazione o anomalia del feto.

Rapporto di conto corrente e mera annotazione contabile: il mutuo s'intende perfezionato?

Argomento: Del Contratto Di Conto Corrente

(Cass. Civ., Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 724)
a cura di Carla Bochicchio

“(…) La Corte di appello ha in realtà disatteso la indicata prospettazione dei ricorrenti, sulla base di una motivazione del tutto adeguata, oltre che conforme a diritto.

Ha infatti, in primo luogo, affermato che l'accredito della somma mutuata mediante una annotazione contabile nell'ambito di un rapporto in conto corrente, comporta di fatto che l'importo mutuato sia concretamente messo a disposizione del mutuatario e, quindi, equivale al materiale trasferimento del danaro, anche nel caso in cui il rapporto su cui viene effettuato l'accredito sia passivo (…)”

Essa è comunque, e soprattutto, pienamente condivisibile in diritto.

Deve, infatti, ribadirsi tanto che **l'accredito contabile di una somma equivale alla sua materiale erogazione, quanto che il mutuo fondiario non costituisce mutuo di scopo e che la costituzione di una garanzia reale ipotecaria per un preesistente credito chirografario rappresenta causa negoziale pienamente lecita**. L'eventuale pregiudizio che, in relazione alla predetta operazione, possa determinarsi per i creditori non implica la nullità del negozio, ma al più, sussistendone tutti presupposti previsti dalla legge, la possibile revocabilità della garanzia o, in determinate circostanze, dell'eventuale pagamento così operato (…)”

Nota a cura di
Anna Pani

Con la sentenza in oggetto la Suprema Corte torna ad occuparsi del tema, invero molto frequente nella prassi, dei mutui fondiari erogati per ripianare una pregressa esposizione debitoria su conto corrente, con contestuale costituzione di garanzia ipotecaria a fronte di un credito fino a quel momento chirografario.

La vicenda processuale trae origine dall'opposizione di due fideiussori ex art. 615 c.p.c., nel corso di un procedimento di espropriazione immobiliare, promosso da un istituto di credito nei confronti della società di cui si erano garanti.

Gli opposenti sostenevano che il mutuo fondiario all'epoca stipulato difettasse di causa tipica, poiché la società non avrebbe ottenuto la materiale disponibilità delle somme mutate, atteso che l'erogazione aveva la sola funzione di ripianare un pregresso scoperto di conto corrente con lo scopo di fornire al creditore una garanzia ipotecaria, configurandosi così, a parer loro, la nullità del contratto per simulazione negoziale relativa ed illiceità della causa, con il conseguente venir meno del titolo esecutivo idoneo ad agire in sede espropriativa.

Così come formulata, l'opposizione viene rigettata dal giudice di *prime cure* e la decisione successivamente confermata in sede d'appello.

I due soccombenti propongono dunque ricorso per Cassazione lamentando la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n.4 in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n.4 per omessa motivazione in ordine agli anzidetti motivi di opposizione.

La Suprema Corte ha ritenuto tuttavia adeguatamente motivata, oltre che “*conforme al diritto*”, la statuizione della Corte d'Appello Territoriale nella parte in cui, riprendendo i principi già espressi

da Cass. 27.08.2015 n. 17194, ha ribadito che la consegna idonea a perfezionare il contratto reale di mutuo non va intesa nei soli termini di materiale e fisica “*traditio*” del danaro – o di altre cose fungibili- rivelandosi sufficiente, invero, il conseguimento della sua disponibilità giuridica da parte del mutuatario, ricavabile anche dall’integrazione di quel contratto con il separato atto di quietanza a saldo, attesa la progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e la loro sostituzione con annotazioni contabili, di tal che il mutuo in esame doveva ritenersi perfezionato attraverso l’accredito della somma mutuata mediante annotazione contabile sul conto corrente anche se, come nel caso di specie, caratterizzato da una passività.

Tale conclusione si pone in continuità con i principi più volte affermati dalla S.C., la quale, chiarito che “*la consegna di una determinata quantità di denaro ovvero di altre cose fungibili è dunque essenziale per il perfezionamento del contratto di mutuo*” (ex multis Cass. 26 marzo 2002 n. 4327) e come tale “*costituisce elemento ad essentiam sottratto alla disponibilità delle parti*” (Cass. 12 gennaio 1968 n. 74) ha affermato come pienamente equipollente della *traditio* il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata “*solo nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in guisa tale da determinare l’uscita della somma dal proprio patrimonio*” (Cass. 12 ottobre 1992 n. 11116). Orbene, preso atto dei nuovi obblighi in materia di antiriciclaggio atti a scoraggiare in particolare modo l’utilizzo di contante nelle transazioni commerciali, si è quindi giunti a valorizzare diverse modalità di trasferimento del denaro, tant’è che più di recente Cass. 3 gennaio 2011 n. 14 ha statuito che “*la traditio rei*” può essere realizzata attraverso la consegna dell’assegno (nella specie, circolare interno, intestato alla parte e con clausola di intrasferibilità) alla parte mutuataria, che abbia dichiarato di accettarlo “*come danaro contante*” rilasciandone quietanza a saldo.

Tornando alla fattispecie oggetto di commento, gli Ermellini, ritenendo “*pienamente divisibile in diritto*” la motivazione della decisione impugnata, hanno escluso nuovamente che il mutuo *de quo* potesse qualificarsi come “*di scopo*”, trattandosi piuttosto di mutuo fondiario per quale, come noto, non costituisce elemento essenziale la destinazione della somma mutuata a determinate finalità, il che esclude qualsivoglia valutazione in merito alla liceità del negozio posto in essere.

Non può dunque escludersi la natura fondiaria dando rilievo alla previsione contrattuale che nega la destinazione della somma mutuata all’acquisto, costruzione o ristrutturazione di immobili, sulla base del fatto che tale destinazione costituisca elemento essenziale del mutuo fondiario: simile argomentazione invero si porrebbe in netto contrasto con la disciplina di cui agli artt. 38 e ss. d.lgs. 385 del 1993 i quali danno rilievo alla semplice possibilità della prestazione da parte del proprietario di immobili a garanzia ipotecaria (ex multis Cass. sez. I, Sentenza n. 4792 del 26 marzo 2012).

Così argomentando, la Suprema Corte ha altresì negato che potesse configurarsi l’illiceità della causa del negozio, per aver la banca costituito una garanzia ipotecaria a fronte di un credito chirografario preesistente: ed invero tale operazione deve ritenersi pienamente lecita e meritevole di tutela atteso che “*il risultato di garantire crediti pregressi con la costituzione di un’ipoteca [...] non è vietato dalla legge, è semmai sanzionabile con la revocatoria, ove ne ricorrano gli estremi*”, (cfr. Cass. sez. I, Sentenza n. 4792 del 26 marzo 2012).

Qualora, infatti, dovesse ravvisarsi un pregiudizio alle ragioni dei creditori, affermano gli Ermellini, tutt’al più potrebbe ritenersi revocata la garanzia ipotecaria concessa, ma non già dichiararsi la nullità del negozio posto in essere.

Orbene, una volta accertata la “*meritevolezza dell’interesse sotteso alla conclusione del contratto*”, ed escluso dunque, per quanto detto, che possa ravvisarsi una simulazione relativa, non può che concludersi per la piena validità del contratto in esame quale titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474 c.p.c.

A tale conclusione si perviene in base all’ormai noto principio di diritto secondo cui “*Al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell’articolo 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso l’interpretazione di esso integrata con quanto previsto nell’atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità*

giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo e di erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge”(Cass., sezione III, sentenza 27 agosto 2015, n. 17194).

La pronuncia in commento non fa altro che confermare un orientamento, invero risalente e maggioritario, per il quale è pienamente lecita e non contraria a legge la rinegoziazione di un precedente credito – chirografario- mediante la concessione di un mutuo ipotecario, interpretando quale equivalente della “*traditio rei*” anche la mera annotazione contabile sul conto corrente con poste passive, potendo conseguire il mutuatario la disponibilità giuridica della somma erogata

Costituisce elemento dell'attivo patrimoniale il credito della società verso i soci che abbiano indebitamente percepito somme di denaro a titolo di utili non effettivamente conseguiti

Argomento: Diritto societario

(Cass. Civ., Sez. I, 20 gennaio 2021, n. 979)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

"(...) 11.- Per prima va esaminata l'ipotesi dei crediti della società sorti nei confronti dei soci "in virtù dell'erosione del capitale sociale", secondo la formula che è stata congegnata dal ricorrente. La locuzione rimanda in via diretta all'idea che - nelle società di persone - debitore finale delle obbligazioni assunte dalla società sia non già quest'ultima, bensì le persone dei soci illimitatamente responsabili. Questa tesi, tuttavia, non corrisponde all'orientamento che la giurisprudenza di questa Corte è venuta a sviluppare nella relativa materia. L'orientamento di questa Corte si sostanzia, infatti, nel rilevare che la società costituisce un "distinto centro di interessi e imputazione di situazioni", "dotato di una propria autonomia e capacità rispetto ai soci"; che la responsabilità verso terzi dei soci, che è sancita dagli artt. 2304 e 2291 c.c., si atteggia come una forma di "garanzia fissata ex lege"; che il socio, che ha provveduto a pagare il debito sociale, ha azione di regresso nei confronti della società (cfr. Cass., 16 marzo 2018, n. 6650; Cass., 22 marzo 2018, n. 7139; Cass., 26 febbraio 2014, n. 4528; Cass., 12 dicembre 2007, n. 26012). La tesi così sviluppata trova, d'altro canto, conforto espresso nel tenore della norma generale dell'art. 2266 c.c., che è precisa nell'indicare che "la società (...) assume obbligazioni a mezzo dei soci" (per completezza, è pure da precisare che la responsabilità dei soci, che si trova regolata nella norma dell'art. 2280 c.c., comma 2 viene ad atteggiarsi come sopportazione e distribuzione del rischio dell'insolvenza della società debitrice nel cui esclusivo interesse risulta posta l'obbligazione, sulla falsariga della disposizione generale dell'art. 1299 c.c., comma 3).

12.- Al complesso di queste osservazioni segue, naturalmente, che rispetto al profilo qui in discorso - la posta di bilancio "deficit patrimoniale" assume riferimento e valore meramente contabili, dato che la società in nome collettivo non vanta crediti nei confronti dei soci in punto di obbligazioni sociali (...).

16.- Nel sistema in oggi vigente, gli utili di periodo si formano in relazione all'esito dei singoli esercizi sociali, secondo quanto dispone la norma generale dell'art. 2217 c.c. Le società di persone non conoscono, d'altra parte, la possibilità di distribuire degli acconti sui dividendi, secondo quanto si ricava (se non altro) dalla norma dell'art. 2433 bis c.c. Dal testo delle norme dell'art. 2433 c.c., comma 4 e art. 2433 bis c.c., comma 7, si ricava agevolmente, poi, che la distribuzione di utili non effettivamente conseguiti configura un'ipotesi di indebito oggettivo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 c.c.

17.- Da tutto ciò deriva che il prelievo di somme dalle casse sociali da parte dei soci - che non trovino la loro esatta giustificazione in utili effettivamente conseguiti dalla società - comporta senz'altro il sorgere del diritto della società di ripetere le somme, che sono state concretamente distribuite, nei confronti di ciascun socio che le abbia fatte proprie. Nel rispetto di queste condizioni - si deve dunque concludere - la voce di bilancio "deficit patrimoniale" viene a rappresentare una posta non fittizia, bensì effettiva; come tale a formare l'attivo patrimoniale della società in relazione alla norma della L. Fall., art. 1, comma 2. 18.- In base alle considerazioni esposte è dunque

possibile enunciare il seguente principio di diritto. "Posto che le obbligazioni sociali costituiscono debiti che stanno in capo alla società pur nel caso delle società di persone, non concorre a formare l'"attivo patrimoniale", che viene preso in considerazione dalla norma della L. Fall., art. 1, comma 2, lett. a, il fatto che i soci illimitatamente responsabili siano tenuti, quali garanti ex lege, a rispondere degli stessi. Concorrono invece a formare l'attivo patrimoniale i prelievi di somme dalle casse sociali da parte dei soci, che non trovino la loro esatta giustificazione in utili effettivamente conseguiti, dato che le somme così percepite sono soggette ad azione di ripetizione di indebito da parte della società. (...)"

Nota a cura di
Nicola D'Onofrio

La pronuncia in esame muove da una domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo proposta dalla Società ricorrente, ai sensi della L. Fall., art. 161, comma 6, e dichiarata inammissibile dal Tribunale di Pescara per la mancanza dei requisiti di cui all'art. 1 del R.D. n. 267/1942 e, nella specie, poiché la voce "deficit patrimoniale" non potrebbe qualificarsi come "*effettiva attività considerabile quale elemento dell'attivo patrimoniale ai fini del superamento della soglia di cui alla L. Fall., art. 1, comma 2.*"

La Società, quindi, insorge dinanzi la Corte di Cassazione ma il ricorso viene preliminarmente dichiarato inammissibile in virtù di un principio già espresso dalla Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 28/12/2016, n. 27073, secondo cui: "*Il decreto con cui il Tribunale dichiara l'inammissibilità della proposta di concordato preventivo, senza emettere consequenziale sentenza dichiarativa di fallimento del debitore, non è soggetto a ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost., comma 7, non avendo carattere decisorio. Invero, tale decreto, non decidendo nel contraddittorio tra le parti su diritti soggettivi, non è idoneo al giudicato.*"

La Suprema Corte, però, ritenendo la questione di particolare importanza, nonostante la pronuncia di inammissibilità del ricorso, ritiene di dover soffermarsi sul caso concreto ed enunciare principi di diritto nell'interesse della legge in virtù dei poteri attribuiti dall'art. 363 c.p.c., comma 3.

In particolare, il Collegio chiarisce il concetto di "*deficit patrimoniale*" e se questo sia rubricabile quale posta meramente contabile ovvero effettiva. Una problematica non di lana caprina, atteso che non risultano reperibili e massimizzati, in proposito, precedenti interventi da parte del Collegio.

Ciò detto, la definizione di "*deficit patrimoniale*", nella pratica, ha una evidente importanza, in quanto voce di bilancio idonea ad integrare l'attivo patrimoniale: quest'ultimo, ex art. 1, c.2 Legge Fallimentare, rappresenta un requisito oggettivo nella valutazione di sussistenza dei presupposti di fallibilità / sottoposizione a concordato preventivo di un imprenditore.

Il Consesso Nomofilattico si concentra sui "prelievi" che i soci effettuano dalle casse sociali.

Non è infrequente, infatti, nella prassi, rubricare tali condotte come "percezioni di utili", purché avvengano previo consenso di tutti i soci. In tal senso la Corte, con la pronuncia n. 10786 del 9 luglio 2003, aveva rilevato che "*quanto alla possibilità, in una società in nome collettivo, di imputare dei pagamenti a utili sociali di competenza del periodo in corso, ancor prima del rendiconto, essa è consentita dall'art. 2262 c.c. Questa norma, infatti, nel subordinare la distribuzione degli utili all'approvazione del rendiconto, ammette espressamente il patto contrario.*"

La successiva evoluzione della giurisprudenza della Corte ha superato tale orientamento, rilevando che "*nelle società di persone il diritto del singolo socio a percepire gli utili è subordinato, ai sensi dell'art. 2262 c.c., all'approvazione del rendiconto, situazione contabile che equivale, quanto ai criteri di valutazione, a quella di un bilancio (...).*" Ancora, "*non può farsi luogo a ripartizione di somme fra soci se non per utili realmente conseguiti.*" Ai sensi del medesimo articolo il "salvo patto contrario" limita, e non espande, il diritto del socio all'utile, il quale potrebbe essere condizionato e soggetto al consenso della maggioranza degli stessi.

Fermo quanto sopra, nel sistema attuale, gli utili di periodo si formano in relazione ai singoli esercizi sociali.

Dal momento che le società di persone (caratterizzate da un principio di responsabilità patrimoniale illimitata e solidale del socio ex art. 2267 e 2291 c.c.) non conoscono la possibilità di distribuire acconti sui dividendi, a differenza delle società per azioni, la distribuzione di utili non effettivamente conseguiti configura una ipotesi di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. Questo in virtù del combinato disposto dell'art. 2433 c.c., comma 4 e art. 2433 bis c.c., comma 7.

Pertanto, sorge il diritto della società di ripetere le somme nei confronti del socio che le ha, illegittimamente, fatte proprie.

Ne consegue da tanto che la voce di bilancio "deficit patrimoniale" rappresenta per la Cassazione una posta effettiva e come tale, idonea a formare l'attivo patrimoniale in relazione al disposto della L. Fall., art.1 comma 2.

Il Supremo Collegio è giunto così ad enunciare il seguente principio, per cui *"Posto che le obbligazioni sociali costituiscono debiti che stanno in capo alla società, pur nel caso delle società di persone, non concorre a formare l' "attivo patrimoniale", che viene preso in considerazione dalla norma della L. Fall., art. 1, comma 2, lett. a, il fatto che i soci illimitatamente responsabili siano tenuti, quali garanti ex lege, a rispondere degli stessi. Concorrono invece a formare l'attivo patrimoniale i prelievi di somme dalle casse sociali da parte dei soci, che non trovino la loro esatta giustificazione in utili effettivamente conseguiti, dato che le somme così percepite sono soggette ad azione di ripetizione di indebito da parte della società"*.

Il ripianamento di debito a mezzo di nuovo credito non integra gli estremi del contratto di mutuo

Argomento: Diritto Bancario

(Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1517)

Stralcio a cura di Fabrizia Rumma

"(...) 20.- Lungi dal realizzare spostamenti di danaro, trasferimenti patrimoniali e consegne, il "ripianamento" di un debito a mezzo di nuovo "credito" - che la banca già creditrice realizzi mediante accredito della somma su un conto corrente gravato di debito a carico del cliente - viene propriamente a sostanziare un'operazione di natura contabile. Con una coppia di poste nel conto corrente - una in "dare", l'altra in "avere" - per l'appunto intesa a dare corpo ed espressione a una simile dimensione. In una tale evenienza, in effetti, l'accordo tra banca e cliente esclude la stessa eventualità di consegna e trasferimento di proprietà delle somme: la posta compiuta "in dare" sul conto comporta - ai sensi e per gli effetti dell'art. 1852 c.c. - un'automatica e immediata modifica del saldo ex art. 1852 c.c.: così precludendo ogni possibile ed eventuale sua utilizzabilità da parte del cliente, ma non eliminando la sostanza del debito. 21.- Ciò posto, è appena il caso di precisare che il carattere contabile dell'operazione in discorso si misura precisamente sull'entità del debito del cliente, che è raffigurata sul conto nel momento in cui sopravviene la posta attiva. Se quest'ultima risulta di montante superiore al debito del cliente in essere sul conto, per la parte del supero l'operazione ben può allora venire a iscriversi nel contesto tipologico del contratto di mutuo. (...) A conclusione dell'analisi relativa agli indicati motivi vanno dunque enunciati i seguenti **principi di diritto**. **“La mera enunciazione, nel testo contrattuale, che il mutuatario utilizzerà la somma erogata per lo svolgimento di una data attività o per il perseguimento di un dato risultato non è per sé idonea a integrare gli estremi del mutuo di scopo convenzionale, per il cui invero occorre, di contro, che lo svolgimento dell'attività dedotta o il risultato perseguito siano nel concreto rispondenti a uno specifico e diretto interesse anche proprio della persona del mutuante, che vincoli l'utilizzo delle somme erogate alla relativa destinazione”**. Nel caso di mutuo di scopo convenzionale, il punto del necessario rispetto della destinazione delle somme erogate all'effettivo conseguimento dello scopo prefissato è assicurato sul piano dello svolgimento del sinallagma funzionale del rapporto, con la conseguenza che all'inadempimento del mutuatario seguirà la risoluzione del relativo contratto”.

L'operazione di "ripianamento" di debito a mezzo di nuovo "credito", che la banca già creditrice realizzi mediante accredito della somma su un conto corrente gravato di debito a carico del cliente, non integra gli estremi del contratto di mutuo, bensì quelli di una semplice modifica accessoria dell'obbligazione, come conseguente alla conclusione di un pactum de non petendo (...)”

Nota a cura di
Anna Pani

La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sul tema, invero molto dibattuto, dei mutui concessi dalle banche per rifinanziare uno scoperto di conto corrente, con conseguente trasformazione di un credito sino ad allora chirografario in ipotecario.

La vicenda trae origine dal fallimento di una società e dalla richiesta di insinuazione al passivo della banca in prelazione ipotecaria in ragione di un credito derivante dalla concessione di un mutuo, richiesta alla quale si era opposto il curatore fallimentare osservando come, nel caso di specie, nonostante in contratto fosse indicata la destinazione della somma a investimenti immobiliari *“l'importo mutuato è servito semplicemente a coprire un precedente scoperto di conto corrente chirografario senza creare una provvista autonomamente utilizzabile e così trasformando un debito chirografario in debito privilegiato in epoca in cui erano già presenti in contabilità debiti concorsuali”*, con conseguente nullità del negozio per mancanza di causa e delle ipoteche iscritte contestualmente ad esso, il tutto in frode alle ragioni dei creditori. In accoglimento di dette argomentazioni, il giudice delegato escludeva dunque il credito dal passivo ed avverso tale pronuncia insorgeva la Banca: il Tribunale, in parziale accoglimento dell'opposizione spiegata dichiarava la nullità l'ipoteca ex art. 1418 c.c. rilevando che, nonostante il mutuo fosse finalizzato ad un investimento immobiliare, nella realtà lo stesso aveva come unico scopo quello di estinguere una pregressa esposizione debitoria, e quanto al *“nuovo finanziamento a lungo termine”* statuiva che le parti *“non hanno simulato un mutuo non voluto, ma soltanto hanno simulato l'ipoteca”* di tal che l'operazione posta in essere poteva configurarsi quale *“trasformazione di uno scoperto di conto corrente in un debito a lungo termine”* senza frode ai creditori, atta a provocarne la revoca.

Avverso tale pronuncia proponeva ricorso per Cassazione la Banca, mentre il Fallimento resisteva e presentava ricorso incidentale condizionato e non condizionato.

La ricorrente lamentava, in particolar modo, l'erronea qualificazione del mutuo in questione quale *“mutuo di scopo”* destinato -sulla carta- a finanziare un investimento immobiliare, dalla quale il Tribunale ne ha fatto discendere la sola nullità dell'ipoteca concessa, che invero è *ius in re alia* accessorio rispetto al credito garantito, e non anche la nullità dell'intera operazione posta in essere, come pure rileva il Fallimento nel primo motivo di ricorso incidentale condizionato.

Poste le premesse, gli Ermellini ritengono di doversi esprimere *in primis* sulla qualificazione giuridica del negozio contrattuale, giungendo a censurare l'operato del giudice di *prime cure*, il quale nel ricomprendere la fattispecie nell'alveo del mutuo di scopo, ha disatteso i principi più volte espressi dalla stessa Corte, la quale ha ribadito che il mutuo di scopo, nella sua variante convenzionale, richiede *“un interesse (non solo del mutuatario, ma anche) proprio della persona del mutuante”* (ex multis Cass. 18 giugno 2018, n. 15929), per cui *“la mera enunciazione, nel testo contrattuale, di una data destinazione delle erogate somme non indica che la stessa ha carattere vincolante e anzi esclusiva: come per contro pretende, in sé stessa, la figura del mutuo di scopo”*.

Nel mutuo di scopo convenzionale, dunque, *“il mancato perseguimento dello scopo da parte del mutuatario non è destinato ad incidere sulla validità della fattispecie negoziale, ma sull'esplicazione del sinallagma funzionale”* con la conseguenza che il contratto sarà certamente risolvibile per inadempimento del mutuatario, a iniziativa del mutuante.

Si tratta ora di valutare se l'operazione posta in essere possa essere ricondotta all'interno della figura del contratto di mutuo, la cui struttura implica, come noto, la consegna delle somme di denaro che ne costituiscono l'oggetto.

La conclusione cui giungono gli Ermellini, discostandosi dall'orientamento nomofilattico più risalente ed invero maggioritario (un precedente si rinviene in Cass. 12 gennaio 1968 n. 76 a mente della quale *“non può ravvisarsi tradizione simbolica di una somma di denaro nella semplice sua annotazione in un conto corrente bancario, in quanto con tale annotazione la proprietà del denaro permane pur sempre presso la banca e passa all'accreditato unicamente il potere di disporre del loro valore, con la conseguenza che l'accreditato, mentre ha il vantaggio di disporre del denaro come se fosse in sue mani, per la sicurezza che gli proviene dalla qualità di accreditante, non deve sopportare nessuno dei rischi che il passaggio della proprietà necessariamente comporta”*) nega che la fattispecie in oggetto possa configurare un'operazione di mutuo, argomentando che *“per quanto possa essere realizzata anche a mezzo di forme assai rarefatte, comunque la traditio deve, per essere tale, realizzare il passaggio delle somme dal mutuante al mutuatario: farle muovere dal patrimonio dell'uno al patrimonio dell'altro, più precisamente. Appare chiaro, in effetti, che, senza il compimento di un simile passaggio -*

senza, dunque, il conseguente trasferimento della proprietà delle somme (art. 1814 cod. civ.), con la connessa, acquisita loro disponibilità ex art. 832 cod. civ., non potrebbe neppure ipotizzarsi, in ogni caso, la sussistenza dell'obbligo di restituzione che la parte finale della norma dell'art. 1813 cod. civ. pone in capo al mutuatario" (cfr. Cass. 5 agosto 2019 n. 20896).

Orbene, il finanziamento concesso ed utilizzato per ripianare uno scoperto di conto corrente, mediante accredito delle somme, sostanziandosi in una operazione meramente contabile, ha come prima conseguenza un'automatica modifica del saldo ex art. 1852 c.c., che preclude in quanto tale qualsiasi possibilità di utilizzazione delle somme da parte del mutuatario, ed infine comporta una dilazione nel tempo dell'esigibilità del pregresso debito.

Le uniche somme, a parere della Corte, per le quali possa configurarsi una operazione di mutuo sono dunque quelle in esubero rispetto all'entità del debito nel momento in cui viene contabilizzata la posta attiva. In conclusione, coerentemente con i principi già espressi da Cass. 5 agosto 2019 n. 20896, la Corte ha enunciato il principio di diritto per cui *"l'operazione di ripianamento di un debito a mezzo di un nuovo "credito", che la banca già creditrice realizza mediante accredito della somma su un conto corrente gravato di debito a carico del cliente, non integra gli estremi del contratto di mutuo, bensì quelli di una semplice modifica accessoria dell'obbligazione, come conseguente alla conclusione di un pactum de non petendo ad tempus"* un accordo che, per essere idoneo a supportare una domanda di ammissione al passivo fallimentare, necessita di un riferimento al titolo da cui origina l'erogazione delle somme, nel caso di specie l'esposizione debitoria del conto corrente.

La sentenza, innovando l'impostazione tradizionale che ritiene l'accredito mediante annotazione contabile quale equipollente della *traditio rei*, essendo sufficiente, ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, il conseguimento della disponibilità giuridica delle somme da parte del mutuatario, rivela un contrasto giurisprudenziale destinato certamente ad essere rimesso alle Sezioni Unite.

In caso di trasformazione, la norma dell'art. 10 trova comunque applicazione nei confronti dell'ente originario

Argomento: Diritto Societario

(Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1519)
Stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 21.- Secondo la tesi svolta la ricorrente, la mancata di opposizione da parte dei creditori anteriori all'operazione verrebbe a consolidare la trasformazione, così rendendola "irreversibile" e "intangibile" (cfr. sopra, nel n. 9). Neppure quest'opinione, però, risulta in qualche modo condivisibile. Che essa assume a suo presupposto necessario il fatto che l'ente uscito dalla trasformazione "succeda" nei rapporti prima esistenti con l'ente originario. Ma questo aspetto - si è ampiamente visto sopra - rimane del tutto estraneo alla tematica della fallibilità dell'ente originario. Nè, d'altro canto, predicare la fallibilità dell'ente originario viene di per sè a implicare una qualche "caducazione" dell'avvenuta trasformazione.

22.- A conclusione dell'analisi del primo motivo di ricorso, vanno dunque espressi i seguenti principi di diritto. L'istituto della trasformazione, di cui agli artt. 2498 c.c. e ss., ricomprendendo in sè una congerie di figure diverse e anche molto dissimili tra loro, non si presta a una ricostruzione unitaria delle tematiche che le singole figure vengono a proporre. I creditori di titolo anteriore alla cancellazione dell'"ente originario" si avvantaggiano del regime di responsabilità proprio della relativa struttura. A tale regime rimane ancorata, di conseguenza, la fallibilità dell'"ente originario", che l'intervenuta trasformazione non è idonea a impedire. In caso di trasformazione, la norma dell'art. 10 trova comunque applicazione nei confronti dell'"ente originario". La soggettività fallimentare di questo ente non è diversa da quella che viene riconosciuta a una qualunque società cancellata dal registro e dichiarata fallita nel corso dell'anno successivo. Lo strumento di tutela dei creditori dato dall'opposizione, che è previsto dalla legge in relazione alle operazioni di trasformazione, non può in alcun modo considerarsi sostitutivo di quello rappresentato dal fallimento, posto che, per la categoria dei creditori anteriori alla trasformazione, appronta una tutela di intensità sensibilmente inferiore.

23.- Col secondo motivo, il ricorrente afferma che, in ogni caso, non può ritenersi valida la notifica effettuata alla vecchia sede legale della società: questa andava eseguita presso la sede legale dell'ente uscito dalla trasformazione.

24.- Il motivo non merita di essere accolto. Secondo quanto rilevato ampiamente nell'ambito dell'esame del primo motivo di ricorso, a fallire - sulla base della normativa dettata nella L. Fall., art. 10 - è l'ente originario, non quello uscito dalla trasformazione. Ne consegue, all'evidenza, che il "ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere validamente notificato presso la sede della società cancellata" (cfr. Cass., n. 5253/2017).

25.- Il terzo motivo di ricorso -che assume violazione delle norme sulla competenza territoriale rispetto al luogo della sede dell'ente uscito dalla trasformazione - risulta assorbito dal mancato accoglimento del secondo motivo di ricorso. 26.- In conclusione, il ricorso è da rigettare (…)"

Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte, sulla scorta di quanto affermato in tema di fallibilità di società di capitali trasformate in comunione d'azienda[1] ovvero in società semplici[2], ha sancito l'applicabilità dell'art. 10 l. fall. nei confronti di una società di capitali già trasformata in associazione non riconosciuta.

Il percorso, che ha portato al provvedimento *de quo*, origina dall'avvenuta trasformazione eterogenea di una S.r.l. in liquidazione in associazione sportiva dilettantistica, in assenza di opposizione da parte di uno dei suoi creditori privilegiati, che, invero, vedeva accolta la propria istanza di fallimento nei confronti della società, ad opera del Tribunale di Napoli, ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 e 10 l. fall. Avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, l'associazione proponeva dapprima reclamo *ex art.* 18 l. fall. alla Corte di appello di Napoli e successivamente, atteso il rigetto del predetto, da parte della Corte partenopea, ricorso per cassazione; in particolare, adducendo che l'ipotesi di cancellazione della società dal registro delle imprese, dovuta alla cessazione dell'attività imprenditoriale, avrebbe dovuto considerarsi una vicenda assai diversa dalla cancellazione della medesima a seguito di trasformazione, in relazione a cui, l'art. 10 l. fall., non avrebbe potuto trovare applicazione. In quest'ultimo caso, infatti, la sentenza dichiarativa di fallimento, a parere della ricorrente, avrebbe dovuto interessare soltanto l'ente risultante dalla trasformazione (ove fallibile), in qualità di soggetto subentrante all'ente originario in tutti i suoi rapporti sostanziali e processuali (v. art. 2498 c.c.).

La Cassazione, anche alla luce di un'interpretazione sistematica dell'art. 10 l. fall. (v. artt. 2500 *quinquies* c.c. e 147 l. fall.), ha precisato che la trasformazione eterogenea non ha la forza di mutare retroattivamente il regime di responsabilità relativo alla struttura precedente al compimento dell'operazione - con la conseguenza che *"i creditori di titolo anteriore al verificarsi della trasformazione si avvantaggiano del regime di responsabilità che è proprio di tale struttura"* - nonché di *"purgare una situazione di dichiarabile fallimento dell'ente originario"*. Tale fenomeno, dunque, non può inquadrarsi quale causa di sottrazione dell'ente originario, cancellato dal registro delle imprese, dalla soggezione alle procedure concorsuali, che, tuttavia, dovrebbe essere espressamente prevista dalla normativa vigente in materia. La Suprema Corte ha altresì affermato che il diverso "titolo" per cui avviene la cancellazione non comporta l'applicabilità di una differente disciplina, con la conseguenza che l'ente originario fallibile *ex art.* 10 l. fall. debba *"ritenersi "esistente" sotto questo peculiare profilo – allo stesso modo, e negli stessi termini, di una qualunque società cancellata dal registro e dichiarata fallita nel corso dell'anno susseguente per il riscontro della relativa fictio iuris"*.

Ne deriva che i creditori anteriori alla trasformazione eterogenea, anche se non hanno presentato opposizione *ex art.* 2500 *novies* c.c. - strumento di tutela a beneficio della singola posizione creditoria, basato sull'esigenza di assicurare la conservazione della garanzia di cui all'art. 2740 c.c.– [3] debbono ritenersi comunque legittimati a proporre, al ricorrerne dei presupposti, istanza di fallimento dell'ente originario, entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla stessa ovvero entro l'anno successivo (art. 10 l. fall.).

L'opposizione *ex art.* 2500 *novies* c.c. non rappresenta un meccanismo di tutela sostitutivo rispetto a quello offerto dal combinato disposto degli artt. 6 e 10 l. fall. (se così fosse, ciò comporterebbe un radicale arretramento della tutela offerta ai creditori, di dubbia legittimità costituzionale), bensì aggiuntivo al predetto.

La mancata opposizione alla trasformazione, da parte dei creditori della società originaria, non può considerarsi, quindi, rappresentativa di una volontà abdicativa all'esercizio dell'istanza di fallimento: i due meccanismi di tutela in oggetto presentano una diversa ratio e differenti presupposti, sebbene entrambi risultano esperibili dai medesimi soggetti.

Ma viepiù. La fallibilità dell'ente originario ex art. 10 l. fall. non implica la caducazione degli effetti dell'avvenuta trasformazione eterogenea, che, in assenza di opposizione nei termini di legge, da parte dei creditori, deve considerarsi valida ed efficace, nonché opponibile ai terzi.

Il termine annuale, sancito dalla già citata norma per la dichiarazione di fallimento, da computarsi sulla base dell'art. 22, ult. co., l. fall., non opera quale termine di prescrizione o decadenza, ma costituisce un limite oggettivo alla stessa dichiarazione,^[4] che pone a carico del creditore istante il rischio della durata del procedimento.

L'istanza per la dichiarazione di fallimento dell'ente originario, presentata dal creditore, non presuppone un definitivo accertamento del credito in sede giudiziale, né l'esecutività del titolo, essendo, di converso, a tal fine sufficiente un accertamento incidenter tantum da parte del giudice, all'esclusivo scopo di verificare la legittimazione dell'istante.

Orbene, la sentenza in esame offre certamente una lettura condivisibile in ordine alla fallibilità della società sottoposta a trasformazione eterogenea, in particolare nell'ottica di evitare l'intenzionale sottrazione della medesima alla dichiarazione di fallimento, per esigenze diverse da quelle che dovrebbero presiedere a detto fenomeno; tuttavia, non offre spunti argomentativi per districare un possibile nodo problematico da essa derivante: l'eventuale conflitto che potrebbe ingenerarsi tra i creditori concorsuali della fallita, cancellata dal registro delle imprese, e quelli posteriori alla trasformazione, poiché questi ultimi, attesa la stabilizzazione degli effetti derivante dall'avvenuto compimento dell'operazione, non sono legittimati ad insinuarsi allo stato passivo dell'ente originario. Problematica che potrebbe risolversi nell'ipotesi in cui anche il nuovo ente post-trasformazione risulti fallibile (e fallito), conducendo, però, in tal caso ad un fenomeno di duplicazione delle domande d'insinuazione al passivo.^[5] Sul punto, occorre precisare che le domande dei creditori ante e post trasformazione risulterebbero esperite sì nei confronti, rispettivamente, dei due enti falliti, ma in relazione de facto ad un unico patrimonio, poiché, com'è noto, l'operazione di trasformazione configura una vicenda evolutivo-modificativa dell'ente originario, non determinando l'estinzione di quest'ultimo e la creazione di un nuovo soggetto di diritto.^[6] L'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, dell'ente originario, in quanto la trasformazione comporta unicamente una variazione della sua struttura organizzativa, senza incidere sui rapporti sostanziali e processuali facenti capo all'originaria organizzazione societaria (v. art. 2498 c.c.).

Le peculiari problematiche sopra evidenziate rappresentano solo alcuni dei molteplici riflessi applicativi dell'art. 10 l. fall. alle società, cancellate dal registro delle imprese, già sottoposte a trasformazione eterogenea, che, invero, non trovano, nella sentenza in commento, neppure un principio di soluzione.

[1] Cfr. M. Sarale, Società cancellate – fallimento – società cancellate dal registro delle imprese a seguito di operazioni straordinarie e art. 10 l. fall., in *Giur. It.*, 2021, 2, 352, nota a Cass. civ., 22 ottobre 2020, n. 23174.

[2] Cfr. Cass. civ. 29 maggio 2020, n. 10302, in *Società*, 2020, 12, 1319, con nota di Bonavera.

[3] Cfr. P. P. Ferraro, La tutela dei creditori nella trasformazione eterogenea, in *Notariato*, 2011, 5, 566.

[4] Cfr. Cass. civ. 28 marzo 1969, n. 998.

[5] Così G. Fauceglia, Riflessioni sul fallimento della società trasformata in associazione sportiva dilettantistica, in *Società*, 2021, 4, 387.

[6] Cfr. Cass. civ. 26 gennaio 2000, n. 851, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

Provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale e oneri del curatore speciale

Argomento: Della Famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1471)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 2.2.5.2. D'altro canto, questa Corte aveva, già in precedenza affermato che l'art. 336 c.c., comma 4, che prevede la nomina di un difensore del minore, si applica soltanto ai provvedimenti limitativi ed eliminativi della potestà genitoriale ove può porsi un concreto profilo di conflitto di interessi tra genitori e minore, e non anche alle controversie relative al regime di affidamento e di visita del minore, figlio di una coppia che ha deciso di cessare la propria comunione di vita. In tali controversie, invero, la partecipazione del minore si esprime, ove ne ricorrano le condizioni di legge e nel perseguimento del suo superiore interesse, mediante l'ascolto dello stesso, che integra un adempimento già previsto dall'art. 155 sexies c.c., divenuto necessario ai sensi dell'art. 315 bis c.c., introdotto dalla L. 10 dicembre 2012, n. 219, in tutte le questioni e procedure che lo riguardano, in attuazione dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (Cass., n. 7478/2014, cit.). E lo stesso obbligo di audizione del minore ultradodicesimo, ed "anche di età inferiore ove capace di discernimento", è stato successivamente sancito anche dall'art. 337 octies, introdotto del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 55. 2.2.6. Tutto ciò premesso in via di principio, va rilevato che, nel caso concreto, dall'esame degli atti (cfr., in particolare, il ricorso per cassazione, a p. 1) si evince che il provvedimento ablativo della responsabilità genitoriale era stato emesso dal Tribunale per i minorenni nei confronti di entrambi i genitori, essendo stato dichiarato decaduto il padre e limitata la madre in relazione a detta responsabilità. E tuttavia, non è controverso tra le parti - nè risulta in alcun modo dall'impugnata ordinanza - che in primo ed in secondo grado non sia stata effettuata la nomina di un curatore speciale dei minori, nonostante la specifica richiesta avanzata da parte del T., non avendo la resistente allegato nulla al riguardo, giacchè si è limitata a dedurre - erroneamente, per le ragioni suesposte - la mancanza di un obbligo per il giudice di effettuare tale nomina. 2.3. Il motivo in esame va, pertanto, accolto nei limiti di cui sopra.

3. Restano assorbiti gli altri motivi, aventi ad oggetto il merito della vicenda processuale.

4. L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta la cassazione dell'impugnata sentenza con rinvio al Tribunale per i minorenni di Venezia in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame del merito della controversia, facendo applicazione dei seguenti principi di diritto: nei giudizi che riguardano i minori e che abbiano ad oggetto provvedimenti limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 330 c.c. e segg., in forza del combinato disposto dell'art. 336 c.c., commi 4 e 1, è necessario che il giudice di merito provveda alla nomina di un curatore speciale al minore, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., che provvederà, a sua volta, a munire il minore medesimo di un difensore, ai sensi dell'art. 336 c.c., comma 4; la violazione di tale disposizione determina la nullità del procedimento di secondo grado, ex art. 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., comma 3, perchè provveda all'integrazione del contraddittorio"; "negli altri giudizi che riguardano i minori, la tutela di questi ultimi si realizza mediante l'ascolto del minore nei casi previsti dalla legge, senza necessità di nomina di un curatore speciale e/o di un difensore, costituendo violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione, a meno che la nomina di un curatore speciale e/o di un difensore non sia espressamente prevista dalla legge (...)”

La pronuncia in commento trae origine da un provvedimento del Tribunale per i minorenni di Venezia, che dichiarava la decadenza dalla responsabilità genitoriale di un padre nei confronti dei due figli minorenni e la limitazione della responsabilità genitoriale della madre, con conseguente affidamento ai servizi sociali territorialmente competenti.

Il padre proponeva reclamo alla Corte d'appello di Venezia che veniva dalla stessa rigettato poiché, nonostante fosse stata evidenziata una volontà collaborativa dello stesso con il servizio affidatario, di fatto non si era manifestato un cambiamento significativo nelle sue condotte tale da giustificare una revoca del provvedimento ablativo pronunciato dal giudice di prime cure.

L'uomo, quindi, proponeva ricorso straordinario alla Suprema Corte di Cassazione indicando, tra i vari motivi di impugnazione, quello dell'omissione, da parte della Corte d'appello, di una pronuncia sulla domanda, avanzata dal ricorrente, di nomina di un curatore speciale dei due minori che potesse rappresentare e difendere i loro interessi così come previsto dall'art. 336 c.c.

I giudici della Suprema Corte fondano il loro ragionamento partendo proprio dall'art. 336 c.c. che riguarda un procedimento di natura non contenziosa che rientra nell'ambito di quelli di volontaria giurisdizione e che, tuttavia, potrebbe privare il minore delle figure familiari di riferimento, in tal caso al minore deve essere garantita l'assistenza di un difensore.

Gli Ermellini hanno preso come parametri di riferimento sia la legge di riforma n. 149/20011 che ha introdotto nell'art. 336 c.c. un quarto comma che prevede l'assistenza di un difensore in caso di adozione di provvedimenti di decadenza e limitativi della responsabilità genitoriale, diventando il minore parte formale e sostanziale del procedimento; sia la sentenza interpretativa n. 1/2002 della Corte Costituzionale che ha ribadito il diritto di ascolto del minore in ogni procedimento che lo riguarda direttamente e/o tramite un rappresentante, anche previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.

Anche la giurisprudenza di legittimità appare concorde sul fatto che, nei giudizi c.d. *de potestate*, vi è una contrapposizione tra la posizione del figlio e quella dei genitori²; la Suprema Corte di Cassazione nel 2018, con due pronunce, ha evidenziato come il minore debba essere adeguatamente rappresentato, non solo nei giudizi innanzi al Tribunale per i minorenni ma anche in quelli davanti al Tribunale ordinario poiché, in tali procedimenti, la posizione del minore è quella di parte processuale e il suo contributo, anche attraverso l'ascolto, può contribuire alla definizione del giudizio³.

Nel caso oggetto della sentenza in commento, la Corte ha evidenziato come, in entrambi i gradi di giudizio, mancasse la nomina di un curatore speciale dei minori, pertanto, ha accolto il ricorso del padre cassando la sentenza impugnata e rinviando al Tribunale per i minorenni di Venezia in diversa composizione.

La Cassazione nel caso *de quo* ha applicato i seguenti principi di diritto: "*Nei giudizi che riguardano i minori e che abbiano ad oggetto provvedimenti limitativi o eliminativi della responsabilità genitoriale, ai sensi degli artt. 330 c.c. e segg., in forza del combinato disposto dell'art. 336 c.c., commi 4 e 1, è necessario che il giudice di merito provveda alla nomina di un curatore speciale al minore, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., che provvederà, a sua volta, a munire il minore medesimo di un difensore, ai sensi dell'art. 336 c.c., comma 4; la violazione di tale disposizione determina la nullità del procedimento di secondo grado, ex art. 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., comma 3, perché provveda all'integrazione del contraddittorio*".

"Negli altri giudizi che riguardano i minori, la tutela di questi ultimi si realizza mediante l'ascolto del minore nei casi previsti dalla legge, senza necessità di nomina di un curatore speciale e/o di un difensore, costituendo violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il suo mancato ascolto, quando non sia sorretto da un'espressa

motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificare l'omissione, a meno che la nomina di un curatore speciale e/o di un difensore non sia espressamente prevista dalla legge".

Concludendo, nell'ultimo decennio la giurisprudenza ha progressivamente riconosciuto al minore un ruolo sempre più autonomo all'interno dei giudizi che lo riguardano fino a ritenerlo parte in senso sostanziale e quale portatore di autonomi diritti soggettivi.

Recentemente la legge n. 206/2021 ha inserito due commi all'interno dell'art. 78 c.p.c. prevedendo che il giudice possa nominare il curatore speciale del minore anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento in alcuni casi specifici distinguendo pertanto le ipotesi di nomina obbligatoria da quelle facoltative.

Il legislatore, oltre ai poteri di rappresentanza processuale, ha attribuito al curatore speciale del minore poteri di natura sostanziale, come si desume dalla formulazione del nuovo terzo comma dell'art. 80 c.p.c. che prevede la possibilità di ausilio di questa figura nella risoluzione di gravi conflitti e nel superamento di alcune fasi di stallo che spesso si creano nei casi di affidamento condiviso e di quelli all'ente nonché l'attribuzione al curatore di rappresentanza sostanziale e di ascolto del minore.

Dal 22 giugno 2022 alcune delle novità introdotte dalla riforma Cartabia sono entrate in vigore mentre, per la restante parte si attende l'emissione dei decreti attuativi.

I crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non sono stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2021, n.1724)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) la remissione del debito, quale causa di estinzione delle obbligazioni, esige che la volontà abdicativa del creditore sia espressa in modo inequivoco; un comportamento tacito, pertanto, può ritenersi indice della volontà del creditore di rinunciare al proprio credito solo quando non possa avere alcun'altra giustificazione razionale, se non quella di rimettere al debitore la sua obbligazione. Ne consegue che i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio altra causa non potesse avere, se non la volontà della società di rinunciare a quel credito (…)”

Nota a cura di
Vito Forte

Con la sentenza in commento, sulla scorta di quanto affermato *obiter dictum* dalle Sezioni Unite, in data 12 marzo 2013, con sentenza n. 6070, la Suprema Corte, cassando con rinvio, precisa che i crediti di una società commerciale estinta non possono intendersi rinunciati per il solo fatto che non risultano riportati nel bilancio finale di liquidazione - attraverso un mero meccanismo automatico - eccettuata l'ipotesi in cui detta omissione sia accompagnata da ulteriori circostanze idonee a far emergere la volontà della società di rinunciare al credito *de quo*.

Il provvedimento trae origine da una vicenda giudiziaria riguardante l'acquisto di un autoveicolo ad opera di una società, successivamente cancellata dal registro delle imprese, che aveva instaurato a carico della venditrice un giudizio, dinanzi al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, per chiedere la risoluzione del contratto e la condanna di controparte alla restituzione del prezzo (art. 1493 c.c.). All'esito del secondo grado del giudizio redibitorio, la Corte d'Appello di Napoli dichiarava risolto il contratto, condannando la venditrice alla restituzione del prezzo.

A seguito della pronuncia della Corte partenopea, gli ex soci della società acquirente estinta, avviavano nei confronti della venditrice apposito procedimento di esecuzione forzata, notificando a quest'ultima due atti di precetto. La venditrice si opponeva al secondo dei predetti precetti, deducendo i seguenti motivi: a) ai creditori non era consentito notificare un secondo atto di precetto per il medesimo credito; b) il credito in questione non era stato appostato nel bilancio finale di liquidazione della società creditrice, onde per cui doveva intendersi rinunciato.

L'opposizione veniva dapprima rigettata dal Tribunale di Napoli Nord e successivamente accolta dalla Corte d'Appello di Napoli, poiché il mancato inserimento nel bilancio finale di liquidazione della società del credito, unitamente alla indubbia consapevolezza della sua esistenza in capo al liquidatore, dimostravano per *facta concludentia* la volontà della società creditrice di rinunciarvi.

Gli ex soci della società acquirente estinta proponevano quindi ricorso per cassazione, affermando, in particolare, l'impossibilità di rintracciare una volontà abdicativa tacita nell'operato del liquidatore della società.

La Suprema Corte, sulla questione, nel solco già tracciato dalle Sezioni Unite,[1] precisa che la sorte delle sopravvenienze attive e dei crediti non risultanti dal bilancio di liquidazione «*non può essere stabilita ex ante in base ad una regola generale, uniforme ed automatica*», rigettando l'idea per cui la mancata iscrizione di un credito nel bilancio finale di liquidazione possa rappresentare *ex se* tacita remissione dello stesso.

La remissione del debito è regolamentata all'art. 1236 c.c. che, invero, si occupa unicamente di disciplinare gli effetti della dichiarazione e non anche le modalità di perfezionamento del negozio; dichiarazione che estingue l'obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiarerà, in un congruo termine, di non volerne profittare. La congruità del termine non è stabilita dalla legge, però si ritiene che l'opposizione del debitore debba essere ad ogni modo comunicata al creditore nel termine stabilito da quest'ultimo ovvero richiesto dalla natura degli affari o dagli usi, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 1326 c.c.[2]

Con la remissione del debito, qualificata dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante[3] quale negozio unilaterale a carattere recettizio, il creditore rinuncia gratuitamente in tutto o in parte al proprio diritto di credito.[4] Secondo una parte della dottrina, tuttavia, la remissione non si identifica, per struttura e per effetti, con la rinuncia, poiché quest'ultima è diretta alla semplice dismissione del diritto di credito e non comporta necessariamente l'estinzione dell'obbligazione (v. art. 1301, co. 2, c.c.). Inoltre, la rinuncia, che a differenza della remissione del debito non è soggetta a condizione, non può essere impedita dal debitore e non ha il carattere della recettività.[5]

La dichiarazione di remissione del debito, in difetto di un'espressa previsione normativa, non richiede una forma solenne e può quindi essere desunta da una manifestazione tacita di volontà (compreso un comportamento concludente), purché in grado di manifestare in modo univoco la volontà abdicativa del creditore, risultante da circostanze logicamente incompatibili con la volontà di quest'ultimo di avvalersi del diritto di credito.[6]

A parere della Suprema Corte «*un comportamento tacito può ritenersi indice della volontà del creditore di rinunciare al proprio credito solo quando non possa avere alcun'altra giustificazione razionale, se non quella di rimettere al debitore la sua obbligazione*». A tal proposito, si precisa quindi che il silenzio del creditore non può ritenersi idoneo di per sé stesso a valere come manifestazione tacita di volontà in grado di integrare il consenso, bensì può assumere tale portata qualora risulti corroborato da ulteriori circostanze oggettive e/o soggettive.[7] È compito del giudice di merito stabilire caso per caso se possa presumersi ex art. 2727 c.c. una volontà abdicativa di rinuncia al credito, tenuto conto *in specie* di tutte le circostanze.

Pertanto, la mancata appostazione di un credito nel bilancio finale di liquidazione di una società commerciale non possiede *ex se* i requisiti di inequivocità di cui sopra. L'operato del liquidatore, infatti, può essere dettato da varie ragioni, diverse dalla remissione del debito ed incompatibili con quest'ultima (es. l'intenzione dei soci di cessare al più presto l'attività sociale). Ne consegue che «*i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio altra causa non potesse avere, se non la volontà della società di rinunciare a quel credito*».

Orbene, la sentenza in epigrafe delinea due precipue questioni giuridiche: da un lato, la possibilità, per la società cancellata, di rinunciare ad un proprio credito anche tacitamente, ma a condizione che la dichiarazione di remissione dello stesso risulti inequivoca; dall'altro, l'irrelevanza di una possibile aspettativa ingenerata dal titolare del diritto di credito nei confronti del debitore, che non vede iscritto il proprio debito nel bilancio finale di liquidazione.[8] In particolare, sotto quest'ultimo profilo la giurisprudenza si era già pronunciata nel senso che l'inerzia prolungata del creditore nel

riscuotere il proprio credito, protratta per un tempo comunque inferiore al termine di durata della prescrizione estintiva, non può essere interpretata quale volontà abdicativa del credito, in quanto tale comportamento omissivo non costituisce una dichiarazione inequivoca di remissione del debito.^[9] Il ritardo del creditore (così come la mancata appostazione dei crediti nel bilancio finale di liquidazione), in virtù del criterio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), potrebbe rappresentare semplicemente una mera tolleranza all'inadempimento, non rappresentando una dichiarazione di remissione del debito.

In conclusione, non si può che condividere quanto affermato dalla Suprema Corte nel caso di specie; da considerarsi indubbiamente in linea con i principi di diritto già espressi dagli ermellini, in via generale, in tema di remissione del debito.

[1] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 12 marzo 2013, n. 6070. La sentenza in esame ha fissato tre principi di diritto con i quali disciplinare la sorte dei crediti vantati da una società estinta: a) l'estinzione della società dà vita ad un fenomeno successorio; b) dal lato passivo, tale successione comporta che dei debiti sociali rispondano i soci, nei limiti di quanto ad essi pervenuto per effetto del bilancio di liquidazione; c) dal lato attivo, tale successione comporta che i crediti sociali risultanti dal bilancio di liquidazione si trasferiscono ai soci pro indiviso.

[2] Cfr. Di Prisco, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Tratt. Rescigno, 9, I, Torino, 1984, 298.

[3] P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, 625.

[4] È possibile rinunciare a tutti i diritti di credito, ad eccezione di quelli indisponibili da parte del titolare (es. diritti alimentari). Il credito, tuttavia, deve essere determinabile o determinato.

[5] Cfr. P. Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1230-1259, Roma, 1975, 168.

[6] Cfr. Civ. civ., 18 maggio 2006, n. 11749, in Foro It., 2007

[7] Cfr. Cass. civ., Sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, in Leggi d'Italia.

[8] Cfr. P. Rescigno, voce *Obbligazioni*, in Enc. dir., Milano, 1979, 150.

[9] Cfr. Cass. civ., Sez. III, 24 giugno 2004, n. 11749, in Leggi d'Italia.

L'ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria dell'atto di scissione societaria

Argomento: Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale

(Cass. Civ., Sez. III, 29 gennaio 2021, n.2153)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) La "opposizione" del creditore sociale ex art. 2503 c.c., a differenza dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., è una misura - riservata, peraltro, soltanto al creditore sociale che vanta un diritto insorto "anteriamente" alla deliberazione assembleare ed alla stipula dell'atto di scissione - avente natura preventiva, in quanto è diretta ad impedire - e non a revocare - la efficacia dell'atto di scissione, (…)

“(…) **L'azione ex art. 2901 c.c. ed ex art. 66 L. Fall. svolge, (…)** una funzione ripristinatoria della garanzia generica offerta dal patrimonio del debitore, di cui si può avvalere non soltanto il creditore "anteriore" ma anche quello "successivo" al compimento dell'atto pregiudizievole, quando questo sia stato oggetto di accordo fraudolento, intervenendo ad atto dispositivo ormai compiuto - perfetto ed efficace -, e presuppone un comportamento illecito del debitore in quanto scientemente compiuto in pregiudizio delle ragioni creditorie, che può realizzarsi mediante l'atto di scissione anche attraverso la scelta di criteri di valutazione - ritenuti non rispondenti a quelli reali - dei valori patrimoniali trasferiti (con riferimento alla analitica descrizione degli elementi attivi e passivi da assegnare, e dell'eventuale conguaglio in denaro: art. 2506 bis c.c., comma 1), in quanto incidenti sulla effettiva consistenza della garanzia patrimoniale di ciascuna società.

(…) non è dato ravvisare una assoluta e completa sovrapposibilità dei rimedi tale da considerare che l'azione revocatoria sia stata calata, attraverso il mezzo della opposizione, nel sistema del diritto societario; e se neppure è dato riconoscere (…)

una relazione di "species" ad "genus" tra i due rimedi, deve concludersi che il sistema della "opposizione" ex art. 2503 c.c., in quanto correlato espressamente ed esclusivamente alla intangibilità della validità dell'atto di scissione una volta depositato per la iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese, con conseguente conversione dei vizi di invalidità nella responsabilità per danni eventualmente cagionati a terzi, non può, pertanto, considerarsi nè sostitutivo, nè preclusivo dell'esperimento degli altri mezzi di tutela e delle altre azioni apprestati dall'ordinamento a garanzia del creditore e quindi anche del creditore sociale.

(…) Deve essere, in conseguenza, riconosciuta la concorrente ammissibilità della opposizione ex art. 2503 c.c., e dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. e di quella esperita dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 66 L. Fall. (…)

Nota a cura di
Alessandro Marchetti Guasparini

La vicenda in esame trae origine da una sentenza di primo grado (confermata dalla Corte d'Appello) con cui è stato dichiarato inefficace, ai sensi dell'art. 2901 c.c., un atto di scissione parziale mediante il quale una società di capitali "*in bonis*" (poi fallita) aveva trasferito parte del suo patrimonio, comprensivo di un cespite immobiliare, ad una società di persone. L'azione revocatoria era stata esercitata dalla curatela fallimentare della società scissa.

La Suprema Corte si è dunque pronunciata, anche alla luce dei recenti approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sull'ammissibilità dell'azione revocatoria nei

confronti di atti di scissione parziale di società e sulla compatibilità del suddetto rimedio con le tutele specifiche offerte dalla legge in caso di scissione (i.e. opposizione dei creditori ai sensi dell'art. 2503, comma 2, c.c.).

In primo luogo, la Corte ha affermato la sussistenza, in caso di atto di scissione parziale, del requisito del c.d. *eventus damni*, richiesto sia dalla revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.) sia dalla revocatoria fallimentare (art. 66 l.f.[1]). Richiamata la natura "traslativa" della scissione parziale, la Corte ha dunque sancito che tale operazione può "determinare una diminuzione della garanzia generica assicurata ai terzi creditori dal patrimonio netto della società scissa, che viene ad essere anche se solo in parte scorporato, bene potendo configurarsi in astratto il presupposto oggettivo dell' "eventus damni" (...) laddove nella parte di patrimonio della società scissa, trasferito a quella beneficiaria, siano ricompresi (...) determinati beni immobili."

L'*eventus damni* non sarebbe escluso neppure dalla destinazione del patrimonio immobiliare, attribuito, in forma di azioni o quote, ai soci della società scissa: infatti, in primo luogo, "l'assegnazione delle partecipazioni è effettuata a favore dei singoli soci della società scissa e non anche a favore di quest'ultima"; in secondo luogo, e in ogni caso, "la eventuale trasformazione del valore immobiliare in valore mobiliare bene può costituire "ex se" indice (...) del presupposto del pregiudizio alle ragioni creditorie".

Inoltre, la Suprema Corte ha ritenuto che l'ammissibilità dell'azione revocatoria dell'atto di scissione non si ponga in contrasto con la tutela della certezza e della stabilità dei traffici giuridici, in quanto tale azione "non interferisce sulla validità del contratto costitutivo della società, e non arreca alcun "vulnus" al principio di separazione del patrimonio societario rispetto a quello dei soci" e neppure "si riverbera in danno degli altri creditori sociali, i quali sono tutelati dall'ultimo comma del citato art. 2901 cod. civ., che fa salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede".

Non risulta essere ostativa all'ammissibilità dell'azione revocatoria dell'atto di scissione neppure la previsione dell'art. 2506 *quater*, comma 3, c.c. il quale prevede una responsabilità solidale di "ciascuna società" coinvolta nella scissione per i "debiti della società scissa". Infatti, è stato sancito che la *ratio* di tale norma, cioè il rafforzamento della tutela dei creditori della società scissa, non determini una "condizione di incompatibilità o di impedimento giuridico alla esperibilità (...) dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c."

La Corte si è inoltre pronunciata sul rapporto tra l'azione revocatoria e l'opposizione dei creditori sociali di cui all'art. 2503, comma 2, c.c.; infatti, i due rimedi divergono in relazione sia ai presupposti sia agli effetti: infatti, l'azione ex art. 2901 c.c. "presuppone la "scientia damni" od il "consilium fraudis" nel disponente e nell'acquirente; rende inopponibili gli effetti dell'atto negoziale soltanto al creditore (...) che agisce in revocatoria, ma non impedisce la efficacia reale dell'atto negoziale dispositivo, che si realizza non soltanto "inter partes", ma anche verso i terzi acquirenti a titolo oneroso di buona fede"; l'opposizione di cui all'art. 2503 c.c., "prescinde da specifici presupposti legali o dalla deduzione di motivi tassativi; rende, l'eventuale atto di scissione stipulato in pendenza di opposizione, inidoneo del tutto a spiegare efficacia reale e vincolante nei confronti delle società partecipanti alla operazione; prescinde dal requisito dell'elemento soggettivo della condotta dei soggetti partecipanti; paralizza "erga omnes" la produzione degli effetti giuridici altrimenti riconducibili ad un atto che deve ritenersi perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi".

Dunque, sebbene entrambe le azioni siano poste a tutela della garanzia patrimoniale dei creditori sociali, esse non risultano perfettamente assimilabili: infatti, l'azione revocatoria costituisce una forma di tutela più forte rispetto all'opposizione, dal momento che permette al creditore di "recuperare alla garanzia patrimoniale generica del debitore, al fine di assoggettarlo alla esecuzione forzata, il bene determinato, che è stato oggetto dell'atto dispositivo". Inoltre, mentre l'opposizione del creditore sociale è una misura riservata "soltanto al creditore sociale che vanta un diritto insorto "anteriamente" alla deliberazione assembleare ed alla stipula dell'atto di scissione - avente natura preventiva, in quanto è diretta ad impedire - e non a revocare - la efficacia dell'atto di scissione", l'azione revocatoria "svolge, invece, una funzione ripristinatoria della garanzia generica offerta dal patrimonio del debitore, di cui si può avvalere non soltanto il creditore "anteriore" ma anche quello "successivo" al compimento dell'atto pregiudizievole".

La Corte, ravvisata la non sovrapposibilità dei due rimedi ha perciò concluso che il sistema dell'opposizione ex art. 2503 c.c. *“non può, pertanto, considerarsi né sostitutivo, né preclusivo dell'esperimento degli altri mezzi di tutela e delle altre azioni apprestati dall'ordinamento a garanzia del creditore e quindi anche del creditore sociale”*, dovendosi quindi riconoscere *“la concorrente ammissibilità della opposizione ex art. 2503 c.c., e dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. e di quella esperita dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 66 LF”*.

Alla medesima conclusione è giunta anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sent. 30 gennaio 2020, causa C-394/18, IGI c. Cicensia ed altri), la quale ha ritenuto ammissibile l'esercizio dell'azione revocatoria da parte dei creditori della società scissa *“al fine di far dichiarare la scissione inefficace nei loro confronti e di proporre azioni esecutive o conservative sui beni trasferiti alla società di nuova costituzione”*, atteso che tali azioni non incidono sulla validità della scissione e non hanno efficacia *“erga omnes”*.

[1] A seguito dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, l'azione revocatoria ordinaria nella procedura di liquidazione giudiziale è disciplinata dall'art. 165 c.c.i.i.

Inadempimento contributivo del datore di lavoro e tutela della posizione assicurativa del lavoratore

Argomento: Diritto del lavoro e della previdenza sociale

(Cass. Civ., Sez. Lav., 1 febbraio 2021, n. 2164)
stralcio a cura di Giovanni Cirillo

“(…) questa Corte di legittimità ha senz'altro affermato (vd. da ultimo Cass. n. 3661 del 2019) che il lavoratore, sulla base delle previsioni contenute nella L. n. 153 del 1969, art. 39 e della L. n. 467 del 1978, art. 4, ha un vero e proprio diritto soggettivo al regolare versamento dei contributi previdenziali in proprio favore ed alla conformità alle prescrizioni di legge della propria posizione assicurativa, costituendo questa un bene suscettibile di lesione e di tutela giuridica nei confronti del datore di lavoro che lo abbia pregiudicato (cfr. Cass. 23 novembre 1989 n. 379; n. 9850 del 2002) ed ogni qualvolta non trovi applicazione il principio dell'automaticità delle prestazioni previdenziali fissato dall'art. 2116 c.c., o il lavoratore subisca pregiudizio nella realizzazione della tutela previdenziale, egli ha diritto ad essere risarcito dal datore di lavoro ai sensi del disposto dell'art. 2116 c.c., comma 2;

si è pure affermato che l'azione a tutela della posizione previdenziale nei confronti del datore di lavoro, possa avere ad oggetto la condanna del datore di lavoro al pagamento della contribuzione non prescritta ed in tal caso va chiamato necessariamente in giudizio anche l'Ente previdenziale in quanto unico legittimato attivo nell'obbligazione contributiva (Cass. n. 19398 del 2014; Cass. n. 8956 del 2020);

diversamente, in caso di prescrizione del credito contributivo, si giustifica l'azione risarcitoria una volta che si siano realizzati i requisiti per l'accesso alla prestazione previdenziale poiché tale situazione determina l'attualizzarsi per il lavoratore del danno patrimoniale risarcibile, consistente nella perdita totale del trattamento pensionistico ovvero nella percezione di un trattamento inferiore a quello altrimenti spettante (Cass. n. 3790 del 1988; n. 27660 del 2018);

da ciò si evince che l'obbligazione contributiva ha quale soggetto attivo l'ente assicuratore e quale soggetto passivo il datore di lavoro, debitore dei contributi nella parte maggiore (ex art. 2115 c.c.), ovvero nell'intero (L. n. 218 del 1952, ex art. 23, in caso di pagamento tardivo o parziale) e ne consegue che il lavoratore non è legittimato ad agire nei confronti dell'Istituto previdenziale per accertare l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato, né può chiedere di sostituirsi al datore di lavoro nel pagamento dei contributi, residuando in suo favore, nel caso di omissione contributiva, il rimedio dell'art. 2116 c.c. e la facoltà di chiedere all'INPS la costituzione della rendita vitalizia di cui alla L. 12 agosto del 1962, n. 1138, art. 13 (Cass. 3491 del 2014);

Cass. n. 6569 del 2010, ha pure precisato che tale facoltà spetta innanzi tutto al datore di lavoro che abbia omesso di versare contributi per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e che non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione onde può chiedere all'Istituto nazionale della previdenza sociale di costituire, nei casi previsti dal successivo comma 4, una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell'assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi, mediante il versamento della corrispondente riserva matematica;

analoga facoltà è altresì attribuita al lavoratore, in sostituzione del datore di lavoro, quando non possa ottenere da quest'ultimo la costituzione dell'anzidetta rendita, salvo il diritto a risarcimento del danno (in tal caso, il lavoratore, per potere agire direttamente nei confronti dell'Inps, deve allegare e comprovare che non ha potuto far valere questa pretesa nei confronti del datore di lavoro (cfr. ex plurimis, Cass., n. 23584/2004);

la normativa citata ha dunque la funzione di consentire al lavoratore, ricorrendone gli specifici presupposti, di eliminare, attraverso la costituzione della rendita vitalizia, il detrimento pensionistico conseguente all'intervenuto omesso versamento dei contributi dovuti;

non è invece prevista la regolarizzazione della posizione assicurativa, in ipotesi di omesso versamento dei contributi da parte del datore di lavoro, laddove l'Istituto assicuratore, pur se messo a conoscenza dell'inadempimento contributivo prima della decorrenza del termine di prescrizione, non si sia attivato per l'adempimento nei confronti del soggetto obbligato; anche in tale ipotesi, infatti, in difetto di previsione di diverso segno, la tutela del lavoratore deve ritenersi affidata al ricorso alla descritta procedura di costituzione della rendita;

con il che deve rilevarsi come non possa trovare applicazione nel presente giudizio il principio affermato dalla sentenza di questa Corte di cassazione n. 7459 del 2002, siccome resa nell'ipotesi, qui non ricorrente, in cui il lavoratore non aveva potuto, né avrebbe potuto in futuro, sopperire ricorrendo ai rimedi apprestati dal legislatore per i casi di inadempimento datoriale;

la fattispecie relativa a Cass. 7459 del 2002, infatti, era riferita ad ipotesi in cui il diritto alla regolarizzazione della posizione assicurativa era stato azionato non nei confronti del datore di lavoro, obbligato al versamento dei contributi, bensì nei confronti dell'Istituto assicuratore a causa di un duplice ordine di ragioni tra loro collegate: perché l'Istituto, nonostante la tempestiva comunicazione della omissione contributiva, non aveva provveduto a riscuotere i contributi dovuti, lasciando, anzi, trascorrere, il termine di prescrizione e perché a tale inottemperanza, l'assicurato, alla stregua di un accertamento di fatto, operato dal Giudice del merito, non aveva potuto e neppure avrebbe potuto in futuro sopperire ricorrendo ai rimedi apprestati dal legislatore nei casi di suddetti inadempimenti datoriali;

in siffatta situazione, è apparso conforme al diritto far gravare sull'Ente istituzionalmente deputato, oltre tutto, alla tutela di interessi di rango costituzionale (art. 38 Cost.), - che non si era adeguatamente attivato per la riscossione di un credito, che, ancorché proprio, vale a soddisfare altro diritto inerente alle esigenze di vita del lavoratore in caso di invalidità, vecchiaia, ecc. (arg. ex art. 38 Cost., comma 2), le conseguenze che discendono dalla violazione di obblighi di comportamento (ivi compresi quelli derivanti dalle ordinarie regole di correttezza e diligenza ex artt. 1175 e 1176 c.c.) cui l'Istituto è tenuto nell'ambito del rapporto giuridico con l'assicurato;

si è, quindi, affermato che, ove l'Istituto previdenziale non abbia provveduto a conseguire dal datore di lavoro i contributi omessi, nonostante sia venuto tempestivamente a conoscenza dell'omissione, lo stesso è tenuto a provvedere alla regolarizzazione della posizione assicurativa del lavoratore, che ne abbia fatto richiesta ad al quale è precluso ricorrere alla costituzione della rendita L. n. 1338 del 1962, ex art. 13 o all'azione di risarcimento danni ex art. 2116 c.c., comma 2;

tali circostanze non sono state accertate nel caso di specie;

altrettanto non pertinente è il richiamo a Cass. n. 5767 del 2002, operato dalla sentenza impugnata, laddove si è fatta applicazione del principio di automaticità delle prestazioni con riferimento all'istituto della ricongiunzione, cioè in fattispecie di pregiudizio specifico alla posizione assicurativa del lavoratore, determinato oltre che dall'inadempimento datoriale anche dal diniego opposto dall'Istituto a che operasse la ricongiunzione anche dei periodi non coperti; questa Corte di legittimità (Cass. n. 10477 del 2019) ha evidenziato che Cass. n. 5767 del 20 aprile 2002 come anche Cass. n. 6772 del 10/05/2002 hanno configurato il diritto all'integrità della posizione previdenziale in casi in cui si era manifestato un interesse attuale alla definizione della posizione trasferita, prendendo le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 374 del 1997, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della L. n. 29 del 1979, art. 2, comma 2 e art. 6, comma 2, nella parte in cui non prevede il principio di automatismo delle prestazioni previdenziali nei casi di contributi non effettivamente versati, ma dovuti nei limiti della prescrizione decennale, affermando che tale principio opera anche nel caso di ricongiunzione, in quanto la gestione di provenienza deve versare a quella di destinazione anche i contributi dovuti e non riscossi;

la presente fattispecie non poggia su tali presupposti per cui il richiamo al precedente è del tutto inappropriato; (...)"

Nota a cura di
Giovanni Cirillo

Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte ha avuto occasione di svolgere utili chiarimenti in ordine allo spinoso tema concernente gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione del lavoratore, per la tutela della propria posizione assicurativa, nell'ipotesi di mancato versamento di contributi da parte del datore di lavoro[1].

Nel caso di specie, in particolare, una lavoratrice aveva agito in giudizio nei confronti dell'INPS, chiedendone la condanna alla regolarizzazione della propria posizione assicurativa, mediante accredito dei contributi omessi dalla datrice di lavoro. Vistasi rigettare la domanda dal giudice di prime cure, la lavoratrice aveva interposto gravame innanzi alla Corte di Appello di Genova, la quale aveva accolto la domanda di parte ricorrente, dichiarando al contempo inammissibile – per ragioni legate a peculiari sviluppi della vicenda processuale in questione – la chiamata in causa dell'erede della datrice di lavoro spiegata dall'INPS. Avverso tale decisione l'Istituto aveva proposto ricorso per cassazione, dolendosi di un'erronea applicazione dell'art. 2116 c.c., su cui l'impugnata sentenza risultava incentrata, posto che alla base del giudizio non vi era una richiesta di prestazione bensì un'omissione contributiva.

Ebbene, l'*iter* motivazionale della pronuncia resa dalla Suprema Corte pare svilupparsi essenzialmente lungo due linee direttrici.

Da un canto, infatti, l'annotata ordinanza si è occupata di enucleare i pilastri portanti della decisione della Corte ligure, ravvisandoli, per un verso, nell'idea che dal principio di automaticità delle prestazioni *ex art.* 2116 c.c. discenda in capo all'INPS la qualità di "soggetto garante della regolarità della posizione contributiva" del lavoratore e, per altro verso, nel richiamo a due precedenti di legittimità – precisamente, Cass. 7459/2002[2] e 5767/2002[3] –, nei quali si era riconosciuta la possibilità per il lavoratore di agire direttamente nei confronti dell'INPS.

Parallelamente, nel ribadire la configurabilità in capo al lavoratore di un vero e proprio diritto soggettivo all'integrità della posizione assicurativa, "costituente un bene suscettibile di lesione e di tutela giuridica nei confronti del datore di lavoro che lo abbia pregiudicato"[4], la pronuncia in commento si è premurata di ricostruire l'articolato strumentario attraverso cui quest'ultima protezione è suscettiva di esprimersi.

In tale solco si colloca, *in primis*, lo stesso principio di automaticità delle prestazioni, previsto innanzitutto dall'art. 2116, co. 1, c.c., in base al quale, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali, le prestazioni sono dovute al prestatore anche quando il datore di lavoro non abbia versato regolarmente i contributi dovuti agli enti previdenziali e assistenziali. Tale principio – che mira a garantire l'effettività del diritto del lavoratore impedendo le conseguenze negative dell'inadempimento contributivo del datore sulla maturazione del diritto e sulla misura della prestazione – trova attuazione, di regola, soltanto in modo parziale, ossia limitatamente ai contributi non ancora prescritti[5].

Sempre ove la contribuzione non risulti prescritta, inoltre, il lavoratore ha a disposizione anche un'azione di condanna al relativo pagamento nei confronti del datore di lavoro, con la necessità di chiamata in causa dell'INPS, quale unico legittimato attivo nell'obbligazione contributiva. Viceversa, proprio in ragione della peculiare struttura del rapporto contributivo, nel quale la titolarità della posizione passiva compete al datore di lavoro, deve escludersi che il lavoratore possa chiedere di sostituirsi ad esso nel pagamento dei contributi[6].

Diversamente, in caso di intervenuta prescrizione del credito contributivo, opera il principio di irricevibilità dei contributi prescritti, comportante l'impossibilità per l'ente previdenziale di

accettarne il versamento e l'eventuale rimborso d'ufficio di quanto eventualmente versato. In siffatta ipotesi, l'ordinamento appresta a tutela del lavoratore due diversi rimedi.

L'uno è dato dall'azione di risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro prevista dall'art. 2116, co. 2, c.c., la cui esperibilità presuppone il realizzarsi dei requisiti per l'accesso alla prestazione previdenziale, momento nel quale diviene attuale il pregiudizio consistente nella perdita totale o parziale – con la percezione di un trattamento inferiore a quello altrimenti spettante – della stessa.

L'altro rimedio, previsto invece dall'art. 13 l. 1138/1962, è rappresentato dalla costituzione di una rendita vitalizia reversibile di importo pari a quello del trattamento perduto a cagione dell'omissione contributiva, dietro versamento della corrispondente riserva matematica. La facoltà di chiedere all'INPS l'attivazione di tale strumento spetta innanzitutto al datore di lavoro, con la possibilità per il lavoratore di sostituirsi al medesimo ove non sia possibile ottenere da esso la costituzione della rendita, salvo il diritto al risarcimento del danno nei suoi confronti[7].

A questo punto, la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire come quelli da ultimo indicati siano gli strumenti azionabili dal lavoratore anche laddove la prescrizione sia maturata allorché l'INPS, pur se messo a conoscenza dell'inadempimento contributivo prima della decorrenza del relativo termine, non si sia attivato per la riscossione nei confronti dell'obbligato, dovendosi viceversa escludere la possibilità per il prestatore di agire nei confronti dell'INPS per chiederne la condanna alla regolarizzazione della propria posizione assicurativa, come invece avvenuto nella vicenda esaminata.

Svolte tali precisazioni, la Cassazione è passata a confutare la pertinenza rispetto al caso di specie del richiamo, operato dalla sentenza impugnata, ai due precedenti sopra menzionati. Se questi, infatti, avevano riconosciuto al lavoratore l'anzidetta azione di condanna direttamente contro l'INPS, è pur vero che tanto era avvenuto nel contesto di fattispecie connotate da specifiche peculiarità, non ravvisabili invece nell'ipotesi in questione.

Nel primo caso, infatti, la conclusione in parola risultava giustificata dalla ricorrenza non solo della prescrizione dei contributi a seguito dell'inerzia dell'Istituto nonostante la tempestiva conoscenza dell'inadempimento, ma anche – diversamente dal caso di specie – dell'impossibilità per l'assicurato di fare ricorso ai suindicati rimedi.

Nel secondo caso, poi, la decisione si poneva in stretta connessione con la circostanza per cui il pregiudizio alla posizione assicurativa del lavoratore era stato determinato, oltre che dall'inadempimento datoriale, pure dal diniego opposto dall'Istituto all'operatività della ricongiunzione rispetto ai periodi non coperti[8].

Nella fattispecie in esame, non ricorrendo siffatti presupposti, i richiami a tali precedenti sono risultati inconferenti e le relative soluzioni inapplicabili, sicché la Suprema Corte ha riaffermato il principio per cui la tutela del diritto all'integrità della posizione assicurativa del lavoratore, in caso di mancato versamento dei contributi dovuti dal datore di lavoro ma ormai prescritti, può esprimersi nei rimedi della costituzione di rendita vitalizia e dell'azione risarcitoria avverso il datore di lavoro, ma non anche in un'azione di condanna alla regolarizzazione della posizione contributiva direttamente nei confronti dell'INPS. Dal che è conseguita la decisione della Corte di cassare la sentenza impugnata e, pronunciando nel merito, di rigettare l'originaria domanda proposta dalla lavoratrice contro l'Istituto.

[1] In argomento v., per un primo inquadramento e per ulteriori riferimenti bibliografici, Canavesi, in AA.VV., *Diritto della sicurezza sociale*, Milano, 2021, 105 ss.; Persiani, D'Onghia, *Diritto della sicurezza sociale*, Torino, 2020, 32 ss., 74 ss., 185 s.

[2] In *Dir. giust.*, 2002, 28, 34, con nota di Assi, *Principio di correttezza e lesione del credito del lavoratore assicurato*.

[3] In *Giust. civ.*, 2003, I, 167.

[4] Sul punto – su cui cfr. la puntuale ricostruzione di Capurso, *Il diritto del lavoratore alla integrità contributiva*, in *Inf. prev.*, 2007, 549 ss. – la Suprema Corte ha espressamente evocato le previsioni di cui agli artt. 39 l. 153/1969 e 4 d.l. 352/1978 (conv. in l. 467/1978) e richiamato taluni propri precedenti, segnatamente Cass. 3661/2019, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Cass. 379/1989, in *Inf. prev.*, 1989, 656; Cass. 9850/2002, in *Mass. Giust. civ.*, 2002.

[5] Cfr., per tutti, Casale, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, Bologna, 2017, 145 ss.

[6] Al riguardo la pronuncia ha richiamato Cass. 19398/2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 791 ss., con nota di Bellè, *Tutela in forma specifica della posizione contributiva tra litisconsorzio e automaticità degli accrediti*; Cass. 8956/2020, in *Dir. giust.*, 2020, 95, 11, con nota di Tonetti, *Il litisconsorte INPS*; Cass. 3491/2014, in *Guida lav.*, 2014, 31, con nota di Santoro, *I lavoratori non possono agire contro l'INPS per il recupero dei contributi*. Cfr. altresì Capurso, *La condanna alla regolarizzazione contributiva o delle imprevedibili virtù del litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 858 ss.

[7] Relativamente a tali rimedi l'ordinanza in commento ha fatto rinvio a Cass. 3790/1988, in *Mass. Giust. civ.*, 1988; Cass. 27660/2018, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass. 6569/2010, in *Inf. prev.*, 2010, 164 ss.; Cass., n. 23584/2004, in *Mass. Giust. civ.*, 2004.

[8] In proposito la Corte si è richiamata alla ricostruzione compiuta da Cass. 10477/2019, in *De Jure*, la quale ha ricollegato i principi affermati dal precedente in questione, nonché da Cass. 6772/2002, in *Foro it.*, 2002, 2354, al *decisum* di Corte Cost. 374/1997, in *Riv. giur. lav.*, II, 390 ss., con nota di Boer, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*.

La cessione del credito da parte di una società privata qualificabile come organismo di diritto pubblico

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. I, 2 marzo 2021, n. 5664)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 4.3.5.- L'orientamento seguito nella giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. n. 11446 del 2017 e sez. un. 5446 del 2012), secondo cui la mancata osservanza della evidenza pubblica nella selezione del contraente è causa di nullità del contratto per violazione di norma imperativa, riguarda i casi in cui l'evidenza pubblica sia specificamente prevista dalla legge nelle singole fattispecie (come, ad esempio, in quelle indicate nel D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, artt. 116 e 120, in tema di scelta del socio nelle società partecipate e, artt. 201 e 210, in tema di assunzione di mutui per il finanziamento di opere pubbliche; nel D.L. 25 settembre 2001, n. 351, conv. in L. 23 novembre 2001, n. 410, art. 3 bis, comma 4, in tema di concessioni e locazioni di immobili per scopi di riqualificazione e riconversione), tanto più in presenza di segnali normativi volti a rivitalizzare il metodo negoziale nella stipulazione dei contratti pubblici (cfr. D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con L. 11 settembre 2020, n. 120, art. 1, comma 2). Per attrarre i negozi di cessione del credito nell'orbita del codice degli appalti non sembra sufficiente evocare ragioni finalistiche o di connessione con il contratto di base (che è un appalto di servizi), venendo in rilievo, a tal fine, una scelta riservata al legislatore, al quale spetterebbe di delineare anche i contorni e i limiti di una simile estensione applicativa. 4.3.6.- Peraltro, la previsione dell'evidenza pubblica nella selezione del contraente con una pubblica amministrazione o un soggetto equiparato in tanto può integrare una norma imperativa la cui violazione sia causa di nullità del contratto stipulato in assenza, in quanto si tratti di una regola di "validità" dell'atto negoziale. E se ciò può dirsi con riferimento alle cosiddette procedure aperte o ristrette con previa pubblicazione di bando (cosiddetta procedura di evidenza pubblica in senso proprio), è arduo sostenerlo (oltre che nei casi in cui la scelta di seguire l'evidenza pubblica sia oggetto di un'autonoma decisione discrezionale dell'ente) rispetto a regole che, seppure talora definite di evidenza pubblica in termini "minimali", consistono in realtà in "regole di comportamento" dell'agire della pubblica amministrazione, la cui violazione non è causa di invalidità del negozio (cfr., in altra materia ma di rilievo sistematico, Cass., sez. un., n. 26724 del 2007). Tali sono, in effetti, quelle poste a garanzia dei principi concorrenziali, desumibili dai trattati Europei, di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento e proporzionalità dell'azione amministrativa (cfr., in relazione ai contratti "esclusi", art. 27, del codice del 2006 e art. 4 del codice del 2016).

4.3.7.- **Ne consegue che, ai fini della validità della cessione del credito da parte di una società privata, qualificabile come organismo di diritto pubblico, per il corrispettivo dell'esecuzione di un appalto di servizi, non è richiesto da norme imperative, dunque a pena di nullità, che la selezione del contraente (cessionario) avvenga mediante procedimento di evidenza pubblica**, non rientrando la predetta cessione nè tra i "servizi bancari e finanziari" di cui all'Allegato II A), richiamato dall'art. 20, comma 2, e art. 3, comma 10, del codice degli appalti del 2006 (D.Lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163), nè tra i "servizi esclusi" cui si applicano i principi concorrenziali derivanti dai trattati Europei, ai sensi dell'art. 27 del medesimo codice (applicabile *ratione temporis*); inoltre, la cessione di credito è un contratto "attivo" al quale i suddetti principi sono stati estesi da normativa entrata in vigore solo successivamente (art. 4 del codice del 2016,

come modificato dal D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, art. 5, comma 1), inoltre applicabile alle sole amministrazioni statali, a norma del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 3 (...)"

Nota a cura di
Alessandro Marchetti Guasparini

La vicenda in esame trae origine da un giudizio di opposizione ad un decreto ingiuntivo, con il quale era stato ingiunto alla P.C.M. di pagare una somma di denaro (a titolo di corrispettivo per il servizio di smaltimento di rifiuti) ad una società privata, la quale risultava cessionaria di alcuni crediti acquistati da una società a totale partecipazione pubblica (e perciò qualificabile quale organismo di diritto pubblico).

La Suprema Corte è stata perciò chiamata a pronunciarsi sulla validità ed efficacia di due atti di cessione di credito e, in particolare, di un atto di cessione *pro solvendo* perfezionatosi mediante scambio di corrispondenza e di un atto di cessione *pro soluto* perfezionatosi con atto notarile, ma senza lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica per scelta del contraente-cessionario ai sensi del d.lgs. 163/2006 (c.d. "Codice dei Contratti Pubblici").

Il primo atto di cessione di crediti, avvenuto nel 2003 (e al quale non può essere applicata, *ratione temporis*, la disciplina del d.lgs. 163/2006), si era perfezionato mediante scambio di corrispondenza e, quindi, in difetto dei requisiti formali prescritti dall'art. 69 R.D. 2440/1923 (il quale richiede che le cessioni relative a somme dovute dallo Stato risultino da atto pubblico o da scrittura privata autenticata). La Suprema Corte, sul punto, richiamando la propria giurisprudenza, ha precisato che la forma imposta dalla suddetta norma non costituisce un presupposto di validità *tout court* dell'atto di cessione, bensì di mera opponibilità del negozio verso la Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che "*ove una tale cessione sia realizzata in forme diverse, essa è valida nei rapporti tra cedente e cessionario, trattandosi di atto avente natura consensuale, ma è inefficace (e quindi inopponibile) nei confronti della P.A. medesima*". Per tale ragione, può essere considerato liberatorio il pagamento effettuato, in buona fede, dalla Pubblica Amministrazione al cedente anziché al cessionario.

Il secondo atto di cessione di crediti, perfezionatosi nel 2007, era stato concluso in assenza di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente-cessionario ed era stato perciò ritenuto nullo per violazione di norma imperativa. In particolare, era stata contestata la violazione dell'art. 20, comma 2, d.lgs. 163/2006, il quale assoggetta alle norme del Codice dei Contratti Pubblici (comprese quelle in tema di procedura ad evidenza pubblica) tutti i contratti di appalti di servizi disciplinati nell'elenco di cui all'Allegato 2 A), all'interno del quale è presente la prestazione di "*servizi finanziari*". Sul punto, la Corte ha affermato che "*è arduo sostenere che una singola cessione onerosa, non inserita in un'attività di servizio più ampia a beneficio dell'organismo di diritto pubblico, possa rientrare tra i «servizi bancari e finanziari» cui fa riferimento l'Allegato II A)*". A fondamento di tale statuizione, la Corte di Cassazione ha affermato, in primo luogo, che l'appalto di servizi (all'interno dei quali rientrano i servizi finanziari di cui all'Allegato 2 A) è di regola un contratto ad esecuzione continuata e perciò non configurabile rispetto ad un singolo atto di cessione del credito; in secondo luogo, che la nozione di "servizi finanziari", per quanto ampia, non può ricomprendere il singolo atto di cessione di crediti, non trovando tale affermazione specifici riscontri né all'interno del d.lgs. 58/1998 (Testo Unico della Finanza), né della giurisprudenza amministrativa. Al contrario, la Direttiva, 2004/18/CE, in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, stabilisce, al Considerando XXVII, che "*i servizi finanziari soggetti alla presente direttiva non comprendono [...] le operazioni di approvvigionamento di denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici*".

Peraltro, la Corte ha qualificato la cessione del credito come “*contratto attivo*”, cioè un contratto che genera un’entrata per la Pubblica Amministrazione e che perciò non è soggetto alla disciplina dell’evidenza pubblica, né ai principi a tutela della concorrenza di derivazione comunitaria; infatti, l’estensione dell’applicazione delle norme relative all’evidenza pubblica anche ai contratti attivi “*è stata prevista dalla normativa sopravvenuta di cui al d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 (...) che, nella specie, è inapplicabile ratione temporis*”.

La Corte si è inoltre soffermata sulla circostanza che la cessione del credito non rientri neppure tra i contratti esclusi dall’applicazione del Codice dei Contratti Pubblici: la Corte d’Appello aveva infatti rilevato che i servizi finanziari sono esclusi dall’applicazione del Codice, ai sensi dell’art. 19, lett. d), d.lgs. 163/2006, solo se relativi “*all’emissione, all’acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari*” (tra i quali non rientra, perciò, la cessione di un singolo credito). Tuttavia, dall’assenza di una specifica menzione della cessione del credito tra i contratti esclusi dall’applicazione del Codice dei Contratti Pubblici, secondo la Corte, non può derivare un’automatica soggezione del tipo contrattuale alla disciplina codicistica: la Cassazione ha infatti affermato che “*erroneamente la Corte territoriale ad affermare che, non essendo i «servizi bancari e finanziari» ricompresi tra i contratti «esclusi» di cui alla norma speciale (art. 19 del codice del 2006), essi sarebbero in via consequenziale assoggettati al codice interamente o in via ordinaria*”.

Infine, quale decisivo argomento, la Corte ha sostenuto che la mancata osservanza della procedura ad evidenza pubblica è causa di nullità del contratto solo nei “*casi in cui l’evidenza pubblica sia specificamente prevista dalla legge nelle singole fattispecie*”, aggiungendo peraltro che “*per attrarre i negozi di cessione del credito nell’orbita del codice degli appalti non sembra sufficiente evocare ragioni finalistiche o di connessione con il contratto di base (che è un appalto di servizi)*”.

La Corte ha concluso enunciando il seguente principio di diritto: “*ai fini della validità della cessione del credito da parte di una società privata, qualificabile come organismo di diritto pubblico, per il corrispettivo dell’esecuzione di un appalto di servizi, non è richiesto da norme imperative, dunque a pena di nullità, che la selezione del contraente (cessionario) avvenga mediante procedimento di evidenza pubblica, non rientrando la predetta cessione né tra i «servizi bancari e finanziari» di cui all’Allegato II A), richiamato dagli artt. 20, comma 2, e 3, comma 10, del codice degli appalti del 2006 né tra i «servizi esclusi» cui si applicano i principi proconcorrenziali derivanti dai trattati europei, ai sensi dell’art. 27 del medesimo codice (applicabile ratione temporis); inoltre, la cessione di credito è un contratto «attivo» al quale i suddetti principi sono stati estesi da normativa entrata in vigore solo successivamente (art. 4 del codice del 2016, come modificato dall’art. 5, comma 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*”.

L'interpretazione di un contratto secondo il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1362 c.c.

Argomento: Dei Contratti In Generale

(Cass. Civ., Sez. I, 26 marzo 2021, n. 8630)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 2. - La Corte d'appello - dopo avere premesso la generale osservazione, secondo cui l'impugnante riproponeva un giudizio sul merito delle opzioni interpretative degli arbitri - ha affermato che: a) quanto alla detraibilità dei contributi di allaccio percepiti dalla società concessionaria, essa è stata ravvisata dagli arbitri con ragionamento corretto, nel quale hanno rilevato come il valore degli allacciamenti non fosse stato espressamente contemplato nella concessione solo in quanto non prevedibile al momento della sua conclusione, al contrario dei contributi per le estensioni; mentre estensioni ed allacciamenti costituiscono unitariamente un patrimonio indisponibile ex art. 826 c.c., restando non concepibili gli uni senza gli altri; ne deriva che tutti sono detraibili dalla indennità dovuta alla società; b) quanto alla devoluzione gratuita al Comune pure degli impianti realizzati prima del 1985, il collegio arbitrale ha correttamente ritenuto tale soluzione derivare dall'art. 2 della convenzione del 1985, e ciò sulla base del senso complessivo di essa, del ruolo del diritto di riscatto e della illogicità di una diversa lettura, ove non avrebbe senso avere il Comune concordato la detraibilità solo per l'ammontare più esiguo che si avrebbe con la più lunga durata del rapporto sino alla sua scadenza.

3. - Il primo motivo è fondato.

3.1. - L'interpretazione offerta dagli arbitri, e confermata dalla Corte territoriale, delle clausole della concessione rilevanti sulla questione viola, invero, i canoni invocati degli artt. 1362 e 1363 c.c. In particolare, gli arbitri hanno ritenuto che anche i contributi dati dagli utenti per i costi dei c.d. allacciamenti delle condutture debbano essere detratti dall'indennizzo dovuto da parte del Comune, con interpretazione ritenuta dalla corte territoriale non esulare dai limiti dei canoni ex artt. 1362 c.c. e ss. Ma gli argomenti, a tal riguardo spesi dal collegio arbitrale e riportati nella motivazione della sentenza ora impugnata, confliggono con le disposizioni richiamate: sia in quanto il criterio letterale, sebbene non esclusivo, resta di rilevante importanza, sia perché quella interpretazione non è stata condotta seguendo il canone fondamentale dell'art. 1363 c.c. sulla interpretazione complessiva dell'atto.

3.2. - Occorre ricordare come **nell'ermeneutica contrattuale dall'originario richiamo al principio in claris non fit interpretatio, secondo cui l'interprete dovrebbe arrestare la propria attività interpretativa alla lettera del negozio, si è progressivamente affermato il convincimento secondo cui è in ogni caso necessario indagare sulle reali intenzioni delle parti e sull'effettiva portata delle clausole all'interno del testo**: pertanto, ciò che assume valore rilevante, accanto alla lettera, è anche il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1363 c.c., che impone di desumere la volontà manifestata dai contraenti da un esame complessivo delle diverse clausole aventi attinenza alla materia in contesa; e ciò, non potendo mai pretermettersi il criterio funzionale, che attribuisce rilievo alla "ragione pratica" del contratto, in conformità agli interessi che le parti hanno inteso tutelare mediante la stipulazione negoziale. In tal senso, molti precedenti di questa Corte, che dunque, in tali limiti, hanno ritenuto sindacabile l'interpretazione operata dal giudice del merito (e multis, cfr. Cass. 2 luglio 2020, n. 13595; Cass. 26 luglio 2019, n. 20294; Cass. 5 luglio 2019, n. 18182; Cass. 28 giugno 2017, n. 16181; Cass. 22 novembre 2016, n. 23701; Cass. 13 marzo 2015, n. 5102; Cass. 9 dicembre 2014, n. 25840; Cass. 3 giugno 2014, n. 12360; v. pure Cass. 20 febbraio 2020, n. 4460; Cass. 23 maggio 2019, n. 14060; Cass. 28 ottobre 2016, n. 21888). Del pari,

specificamente in tema di arbitrato, l'accertamento dell'accordo delle parti si traduce in un'indagine di fatto affidata agli arbitri, censurabile in sede di controllo di legittimità - quale è quello affidato al giudice dall'art. 829 c.p.c. - nel caso in cui la motivazione sia così inadeguata da non consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito dagli arbitri o per violazione delle norme degli artt. 1362 c.c. e ss. (Cass. 8 aprile 2011, n. 8049). (...)”

Nota a cura di
Stefania Cici

Con la sentenza in epigrafe, i giudici di legittimità hanno cassato con rinvio la sentenza di merito emessa dalla Corte di Appello competente, affermando che il canone ermeneutico contemplato nell'art. 1363 c.c. impone di desumere dal rapporto sinallagmatico instaurato tra le parti la comune intenzione delle stesse, non essendo possibile, per le sole norme di legge, estendere per analogia ex art. 12, co.2, prel. c.c., le previsioni contrattuali ai casi non previsti dallo stesso patto.

Nella specie, la *quaesito iuris* trae origine dalla domanda proposta, innanzi il collegio arbitrale, dalla OMISSIS avverso il Comune di OMISSIS in relazione alla stipula di un contratto di concessione in appalto relativo alla somministrazione pubblica di gas per il caso di cessazione anticipata del suddetto rapporto. Con lodo emesso in data 2 giugno 2011 il collegio si esprimeva positivamente sulle doglianze presentate dalla parte attrice, condannando il Comune al pagamento di un'ingente somma di denaro e tuttavia negando al creditore il diritto di ritenzione sui beni del debitore.

Stante ciò, i predetti presentavano ricorso alla Corte di Appello territorialmente competente ma tuttavia questi venivano entrambi respinti.

Il debitore lamentava, *prima facie*, la violazione dell'art. 3 Cost., art. 1362 c.c., comma 1, artt. 1363 e 1371 c.c., R.D. n. 2578 del 1925, art. 24, comma 4, lett., nonché l'interpretazione applicata alle clausole contrattuali, secondo cui si sarebbero dovuti detrarre gli oneri contributivi degli utenti ricevuti dalla società dal calcolo dell'indennità ad essa spettante.

Tuttavia il patto siglato riguardava unicamente le estensioni di rete e nessuna menzione era fatta agli allacciamenti; ed in via subordinata, la violazione dell'art.1362 c.c., comma 1 e art. 1363 c.c., R.D. n. 2578 del 1925, art. 24, comma 4, D.P.R. n. 902 del 1986, art. 13 atteso che i giudici di merito avevano ritenuto detraibile anche il valore delle opere realizzate secondo la precedente convenzione tra i pascenti dall'indennità dovuta dal Comune venendo meno al canone ermeneutico contrattuale. La Corte ha premesso che le estensioni e gli allacciamenti costituendo un *unicum* facente parte del patrimonio indisponibile, secondo il dettato dell'art. 826 c.c., la loro detraibilità appare innegabile, nonostante quella degli allacciamenti non fosse stata espressamente menzionata nella convenzione, in quanto non poteva essere prevista al momento della stipula. Allo stesso modo i giudici hanno ritenuto corretta l'interpretazione del collegio per quanto attiene la devoluzione gratuita degli impianti al Comune realizzati prima del 1985 in quanto risulterebbe paradossale che il suddetto avesse concordato la detraibilità solo per l'ammontare più esiguo.

Sulla base di ciò la Corte di Cassazione, interpellata, ha cassato con rinvio la sentenza impugnata ritenendo fondati i motivi presentati dalla ricorrente.

Difatti l'interpretazione applicata dal collegio arbitrale e successivamente confermato dai giudici di secondo grado viola le disposizioni normative contenute negli artt. 1362 e 1363 c.c.

Ogniqualvolta, infatti, sussiste una controversia interpretativa relativa ad una clausola contrattuale o ad un intero negozio giuridico occorrerà fare riferimento ai canoni ermeneutici riportati nelle norme sopracitate ed agli articoli successivi al fine di poter indagare e chiarire le ragioni pattizie sottese all'operazione economica instaurata tra i pascenti.

Bisogna ricordare, tuttavia, che occorrerà analizzare anche il comportamento globale tenuto dalle parti che sarebbe allo stesso modo in grado di determinare la comune intenzione delle stesse, costituendo, così, un utile elemento di indagine.

Tale visione supera la regola contenuta nel brocardo latino “*in claris fit interpretato*” secondo cui l’interprete nella propria attività dovrebbe arrestarsi nell’indagine alla lettera del negozio. Pertanto assume rilevanza anche il dettato normativo *ex* art. 1363 c.c. con il quale si impone una visione del contratto come insieme di proposizioni tra loro legate che vanno considerate in un complesso concettualmente unitario.

Nella specie non risultano rispettati né il criterio letterale di cui all’art. 1362 c.c., né tantomeno, l’esame complessivo delle clausole così come disposto dall’art. 1363 c.c.

Di tal che, da una valutazione complessiva, emerge il rafforzarsi della tesi proposta dalla ricorrente e perseguita dai giudici di legittimità.

Contestualità della garanzia ipotecaria rispetto al sorgere dell'originario credito

Argomento: Della Tutela Dei Diritti

(Cass. Civ., Sez. I, 9 aprile 2021, n. 9193)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(...) Secondo il consolidato orientamento di questa Corte, il «vizio di omessa pronuncia è configurabile solo nel caso di mancato esame, da parte della sentenza impugnata, di questioni di merito, e non già nel caso di mancato esame di questioni pregiudiziali di rito».

(...) Senza riferimenti di sorta a ipotesi simulatorie o di nullità per difetto di causa concreta, detta motivazione si sostanzia, infatti, nella rilevazione del carattere gratuito dell'ipoteca, difettando il requisito della contestualità tra l'atto costitutivo della garanzia e il sorgere del credito garantito, posto che la apertura del 2004 risultava destinata al «ripianamento» delle pregresse passività della (...), società sovvenuta. (...) La mancanza di contestualità, correttamente rilevata dalla sentenza impugnata (cfr. n. 12), si fissa, dunque, sulla sopravvenienza (a distanza di anni) della garanzia rispetto al debito (...)”

Nota a cura di
Saverio Bellocchio

La dazione dell'ipoteca a garanzia di debiti pregressi costituisce atto autonomo a titolo gratuito, e come tale ai fini della revocatoria risulta indifferente lo stato soggettivo del terzo beneficiario. È questo l'insegnamento reso dalla Suprema Corte con l'ordinanza in commento su un tema che da sempre ha visto costantemente impegnata la giurisprudenza, vista la grande rilevanza nella pratica bancaria di operazioni di tal guisa.

Una banca aveva concesso ad Os. S.r.l una prima apertura di credito, cui era seguita una seconda erogazione destinata al ripianamento delle pregresse passività, con relativa costituzione di ipoteca immobiliare. Agiva in giudizio A. S.p.A., creditrice di Os. S.r.l in virtù di un titolo sorto anteriormente rispetto alla seconda apertura di credito, chiedendo l'accertamento dell'inefficacia nei suoi confronti dell'atto costitutivo dell'ipoteca.

Il Tribunale in primo grado rigettava la domanda, ritenendo il credito vantato da A. S.p.A. successivo a quello della banca e, comunque, non provato l'elemento del *consilium fraudis*. I Giudici di seconde cure accoglievano l'appello promosso da A. S.p.A., rilevando l'antiorità del credito da questa vantato rispetto all'ipoteca e qualificando, inoltre, l'atto di garanzia come gratuito ai sensi dall'art. 2901, co. 2, c.c., in quanto compiuto successivamente rispetto al credito garantito. Tenuto conto anche del considerevole importo oggetto di garanzia, la Corte d'Appello concludeva per la revocabilità dell'atto di ipoteca iscritto, «restando peraltro preclusa ogni valutazione della consapevolezza degli effetti dell'atto da parte del creditore ipotecario, attesa la natura gratuita della prestazione della garanzia».

Ricorreva quindi per cassazione l'istituto di credito contestando in particolare la sentenza della Corte d'Appello per non aver correttamente applicato l'art. 2901, co. 2, c.c., stante la cronologica contestualità dell'iscrizione dell'ipoteca all'apertura della seconda linea di credito.

La Corte di Cassazione, nel confermare la sentenza di secondo grado, approccia ad una ricostruzione esclusivamente funzionale della seconda linea di credito e dell'atto di ipoteca, in quanto volti unicamente al ripianamento dei debiti pregressi, ponendosi in termini pienamente concordi con

l'orientamento giurisprudenziale maggioritario secondo cui le operazioni di finanziamento che, a vario titolo, siano funzionali a consentire al debitore di rientrare da passività pregresse non costituiscono novazione del rapporto obbligatorio originario[1].

Chiarito questo primo profilo, ciò che si staglia all'orizzonte è la conseguente qualificazione dell'atto costitutivo di garanzia come gratuito, ai sensi dell'art. 2901, co. 2, c.c., in quanto successivo rispetto alla genesi del diritto di credito garantito. Come ben noto, nell'esercizio dell'azione revocatoria la qualificazione come oneroso ovvero gratuito dell'atto comporta una evidente differenza in termini di elementi che il creditore agente deve dimostrare, non rilevando infatti gli stati soggettivi del beneficiario in caso di negozio gratuito. In questa maniera l'ordinamento correttamente privilegia la posizione del ceto creditorio che subisce una menomazione del patrimonio del debitore, rispetto a quella del singolo creditore che senza la dazione di alcun corrispettivo «mira ad assicurarsi un lucro non spettantegli»[2]. E chiaramente la *ratio* perseguita determina al tempo stesso la totale irrilevanza delle ragioni perseguite dal creditore beneficiario dell'atto di disposizione.

Fulcro dell'intero sistema diviene quindi l'elemento della contestualità, che l'art. 2901, co. 2, c.c. scolpisce quale unico *discrimen* tra atto gratuito e oneroso. Sul punto appare del tutto condivisibile la scelta operata dalla Suprema Corte di ricostruire il concetto di *contestualità* in termini teleologici, piuttosto che cronologici[3]. Vale a dire che occorre, dunque, esclusivamente determinare se la concessione del credito sia avvenuta in ragione e conseguenza della prestazione della garanzia. È solamente in questi contesti che la garanzia si potrebbe qualificare quale atto a titolo oneroso, in quanto vera e propria prestazione corrispettiva che il debitore compie rispetto al credito ricevuto. Sotto un ulteriore profilo, quanto sopra implica quindi che la garanzia che sia stata costituita a presidio di una pregressa esposizione debitoria, anche se cronologicamente connessa al sorgere di un nuovo credito, è da intendersi priva del requisito della contestualità, e pertanto pienamente assoggettabile ad azione revocatoria ordinaria in quanto atto a titolo gratuito[4]; sicché, è stato notato sia in dottrina che in giurisprudenza, il creditore beneficiario, per evitare la revocatoria, deve necessariamente dimostrare che la garanzia ricevuta riguardava soltanto l'ulteriore somma accreditata col nuovo affidamento[5].

Ecco allora che a corollario di quanto sinora evidenziato, muovendo le fila del discorso dall'angolo visuale della seconda erogazione ricevuta dal debitore, l'intera impalcatura implica altresì che la sua funzione esclusiva di ripianare preesistenti obbligazioni verso l'istituto concedente, e non quella di determinare nuova e libera disponibilità. Tali rilievi, che la giurisprudenza ha sottolineato con vigore con riferimento alle somme erogate a titolo di mutuo[6], a ben vedere vengono fatte proprie dalla Suprema Corte anche nell'ordinanza che qui si commenta.

Ed invero nel confermare la sentenza della Corte di Appello i Giudici di Piazza Cavour ne sanciscono la correttezza del percorso argomentativo seguito che «si sostanzia, infatti, nella rilevazione del carattere gratuito dell'ipoteca, difettando il requisito della contestualità tra l'atto costitutivo della garanzia e il sorgere del credito garantito, posto che la apertura del 2004 risultava destinata al 'ripianamento' delle pregresse passività della Os. S.r.l.».

In definitiva, dunque, in fattispecie di concessione di ipoteca a fronte di nuove erogazioni funzionali al ripianamento delle passività pregresse, il negozio, quand'anche apparentemente oneroso quanto al motivo, è da considerare gratuito quanto alla causa, unico aspetto rilevante ai fini dello stato soggettivo del terzo[7].

- [1] Sul punto si veda Colombo C., *Mutuo o pactum de non petendo ad tempus? Oscillazioni della Suprema Corte sulla natura giuridica delle operazioni di ripianamento di pregresse esposizioni debitorie mediante la concessione di nuovo credito*, in *Corr. Giur.*, 2021, n. 11, 1330 ss.;
- [2] Così si esprime testualmente Trentini C., *Garanzie contestuali per debiti altrui ed applicabilità della presunzione di cui all'art. 2901 Codice civile*, in *Fallimento*, 2005, n. 4, 438.
- [3] *Funditus* sul concetto di *contestualità* v. Macario F., *Azione revocatoria e prestazione di garanzia*, in *Dir. Fall.*, 2006, nn. 3-4, 10606.
- [4] Così anche Cass. Civ., SS. UU., 18 marzo 2010, n. 6538, con nota adesiva di Minutoli G., *Onerosità e gratuità dell'adempimento del terzo, vantaggio compensativo ed onere della prova*, in *Fallimento*, 2010, n. 7, 799 e ss.
- [5] Ancora Minutoli G., *op. cit.*, 803; in giurisprudenza v. Cass. Civ., 9 maggio 2000, n. 5845; Cass. Civ. 29 agosto 1995, n. 9075.
- [6] Cfr. da ultimo Cass. Civ., 18 gennaio 2021, n. 724; Cass. Civ., 25 gennaio 2021, n. 1517.
- [7] In questi termini si esprimono anche Cass. Civ., 9 novembre 2018, n. 28802; Cass. Civ., 8 maggio 2014, n. 9987.

La responsabilità della casa farmaceutica per i danni conseguenti a sperimentazione clinica

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 20 aprile 2021, n. 10348)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(...) I.R. convenne in giudizio l'Azienda Ospedaliera (OMISSIS) e la casa farmaceutica R. s.p.a. per sentirla condannare, in solido, al risarcimento dei danni (per "responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale") conseguiti alla partecipazione ad una sperimentazione medica a base di H. sponsorizzata dalla R.spa (omissis) e svolta presso l'Azienda Ospedaliera - per il trattamento in fase adiuvante del carcinoma mammario” (...).

La censura evidenzia, inoltre, che "la produzione e la commercializzazione di farmaci, ovvero il loro impiego nell'ambito di terapie anche sperimentali, non implica tecnicamente alcun tipo di immediata prossimità con il malato che li assume", considerato che "il ruolo della casa farmaceutica consiste nel fornire alle strutture sanitarie i farmaci, anche sperimentali, lasciando al medico ogni scelta di somministrazione e/o, in caso di cure sperimentali, di valutazione di idoneità del paziente". In conclusione, quindi, la società R. rileva che a suo carico potrebbe sussistere, in astratto, solo una responsabilità da fatto illecito e mai da contatto sociale.

Va premesso che la categoria della responsabilità da "contatto sociale" in ambito di responsabilità sanitaria venne elaborata (a partire da Cass. n. 589/1999) per inquadrare secondo il paradigma contrattuale la responsabilità dei medici dipendenti di strutture sanitarie che, pur in assenza di un rapporto propriamente contrattuale coi pazienti, entravano tuttavia in rapporto immediato con gli stessi, effettuando prestazioni in tutto sovrapponibili a quelle scaturenti da un contratto di prestazione di opera professionale; una siffatta categoria giuridica (ormai superata, nello specifico ambito sanitario, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 24 del 2017, art. 7 che ha ricondotto in ambito extracontrattuale la responsabilità del sanitario esercente la propria attività alle dipendenze di una struttura, "salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente") presuppone dunque l'accertamento di un rapporto diretto fra due soggetti (il "contatto", per l'appunto) che valga a far sorgere obblighi di condotta assimilabili a quelli derivanti dal contratto e che comporti una successiva valutazione in termini contrattuali dell'eventuale responsabilità conseguente alla prestazione svolta.

Tanto rilevato, va esclusa - nel caso specifico - la possibilità di fondare la responsabilità contrattuale della casa farmaceutica su un "contatto sociale" che certamente non vi è stato, giacché è pacifico che la I. ha avuto rapporti diretti soltanto con i sanitari dell'Azienda Ospedaliera.

L'affermazione di una responsabilità (non "da contatto", ma propriamente) contrattuale può pertanto conseguire soltanto all'accertamento dell'assunzione, da parte della R., di un'obbligazione nei confronti della I. a seguito del suo reclutamento nel programma sperimentale; e ciò sia direttamente che indirettamente e, in questo secondo caso, a condizione che tale reclutamento risulti riferibile (oltreché alla struttura ospedaliera) anche alla casa farmaceutica, in modo che l'inadempimento individuato a carico dei sanitari (quale quello evidenziato dalla Corte territoriale) risulti imputabile anche alla società farmaceutica a norma dell'art. 1228 c.c.(...)

(...) Si tratta, tuttavia, di un assunto radicalmente viziato, giacché predica l'esistenza del contatto sociale tra la R. e la paziente sulla base di un rapporto intervenuto direttamente tra gli "sperimentatori delegati" e la I. (ossia in pacifica assenza di "contatto" tra la casa farmaceutica e la paziente), senza preoccuparsi di accertare compiutamente il contenuto del rapporto intercorso fra la R. e l'Azienda Ospedaliera che consenta di qualificare i medici sperimentatori come ausiliari (non solo

dell'Azienda, ma anche) della casa farmaceutica, della quale la stessa si sia valse nell'adempimento di un'obbligazione assunta nei confronti della I.

Nè un siffatto rapporto di ausiliarità fra medici sperimentatori e casa farmaceutica può essere presunto per il solo fatto che la R. sia stata promotrice della sperimentazione, dovendosi accertare in concreto, in base alla concreta conformazione della convenzione di sperimentazione fra la casa farmaceutica produttrice del farmaco e la struttura ospedaliera nel cui ambito si è svolta la sperimentazione (mediante la somministrazione del farmaco ai pazienti), se vi sia stata partecipazione - anche mediata - della casa farmaceutica al reclutamento e alla gestione dei pazienti sottoposti alla cura sperimentale, tale da consentire di qualificare la struttura ospedaliera e i medici "sperimentatori" come ausiliari della prima, in modo da poter predicare la responsabilità della società farmaceutica ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.; ove non emerga una siffatta riconducibilità dell'attività degli sperimentatori alla casa farmaceutica (per la quale non è sufficiente la sola esistenza di un interesse ai risultati della sperimentazione), la responsabilità della casa farmaceutica non può essere affermata in termini contrattuali, ma, eventualmente a titolo extracontrattuale, in relazione alle fattispecie di cui all'art. 2050 c.c. o all'art. 2043 c.c., semprechè ne risultino provati tutti gli elementi.

(...) per poter configurare una responsabilità contrattuale della casa farmaceutica, occorre individuare un inadempimento (o inesatto adempimento) rispetto ad un'obbligazione che si possa ritenere assunta dalla stessa nei confronti del paziente, ancorchè eseguita per il tramite di ausiliari; in difetto, risulta predicabile unicamente una responsabilità extracontrattuale.

(...)Deve dunque affermarsi, in termini generali, che la casa farmaceutica che abbia promosso, mediante la fornitura di un farmaco, una sperimentazione clinica - eseguita da una struttura sanitaria a mezzo dei propri medici - può essere chiamata a rispondere a titolo contrattuale dei danni sofferti dai soggetti cui sia stato somministrato il farmaco, a causa di un errore dei medici "sperimentatori", soltanto ove risulti, sulla base della concreta conformazione dell'accordo di sperimentazione, che la struttura ospedaliera e i suoi dipendenti abbiano agito quali ausiliari della casa farmaceutica, sì che la stessa debba rispondere del loro inadempimento (o inesatto adempimento) ai sensi dell'art. 1228 c.c.; in difetto, a carico della casa farmaceutica risulta predicabile soltanto una responsabilità extracontrattuale (ai sensi dell'art. 2050 c.c. o, eventualmente, dell'art. 2043 c.c.), da accertarsi secondo le regole proprie della stessa. (...)"

Nota a cura di
Laura Spotorno

Con questa pronuncia la Corte di Cassazione affronta il tema della responsabilità da contatto sociale nell'ambito delle sperimentazioni cliniche, elaborando un principio di diritto che si contrappone alle conclusioni a cui erano giunti i giudici di merito con le loro rispettive decisioni.

La vicenda *de quo* trae origine da una Azienda Ospedaliera (d'ora in poi A.O.) che aderiva ad una sperimentazione clinica avviata da una nota azienda farmaceutica (d'ora in poi A.F.) avente ad oggetto la sperimentazione di un farmaco destinato al trattamento, in fase adiuvante, del carcinoma mammario. La Sperimentazione veniva avviata e i medici dell'A.O. "invitavano" una paziente, ricoverata presso lo stesso, a sottoporsi alla sperimentazione clinica di cui sopra. Tale paziente, aveva, infatti, subito un intervento chirurgico con asportazione parziale e, successivamente, era stata trattata con terapia adiuvante mediante chemioterapici. Presentava, pertanto, tutti i requisiti richiesti per essere una candidata ottimale alla sperimentazione di cui sopra.

Nel suo atto di citazione, al Tribunale di Napoli, la paziente sosteneva di aver ricevuto, dai medici dell'Ospedale, informazioni generiche relativamente ai rischi cardiologici a cui poteva andare in contro nell'ambito della sperimentazione clinica. In effetti parte attrice nel suo atto introduttivo, dichiarava che poco dopo due mesi dall'inizio della terapia, erano emerse problematiche cardio-

circolatorie che avevano indotto i medici, dell'A.O., a sospendere il trattamento con il farmaco sperimentale. Qualche anno dopo, a seguito di un malore cardiologico, parte attrice si era sottoposta ad uno specifico esame che aveva rilevato uno scompenso cardiaco. I medici avevano ricondotto tale evento proprio al farmaco che la stessa aveva assunto durante la sperimentazione clinica, in quanto facilmente riconducibile a uno degli effetti indesiderati causati dal farmaco suddetto.

Parte attrice, pertanto, conveniva in giudizio *“l’Azienda Ospedaliera e la casa farmaceutica per sentirle condannare in solido al risarcimento dei danni ravvisando una responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extra-contrattuale”*.

Il giudice di primo grado accoglieva la domanda di parte attrice condannando i convenuti e, quindi, l'A.O. e l'A.F., al pagamento in solido del risarcimento dei danni. Tale sentenza veniva riconfermata dalla Corte di Appello.

In particolare, la Corte territoriale, nel confermare la decisione del giudice di primo grado, sosteneva che l'attività della azienda farmaceutica sarebbe stata da inquadrare nell'ambito delle attività pericolose *ex art. 2050 c.c.* ma, analizzando le peculiarità del caso di specie, la Corte ravvisava altresì gli estremi della teoria del *“contatto sociale”*. La Corte d'Appello, infatti, sosteneva che, la casa farmaceutica, si era fatta promotrice di una cura sperimentale attraverso la sponsorizzazione di un nuovo farmaco e, al contempo, aveva previsto il coinvolgimento diretto ed effettivo dei medici dell'A.O. che aderiva alla sperimentazione in questione in quanto la somministrazione del farmaco sperimentale, prodotto dalla casa farmaceutica, avveniva attraverso un *“protocollo attuato dai medici indicati come “sperimentatori delegati”*. Pertanto, secondo la Corte, tale circostanza *“mutuava la natura del rapporto ravvisabile tra la casa farmaceutica e il paziente utilizzatore del farmaco”*.

In questo modo la Corte territoriale, avvalorando la tesi sostenuta dal Tribunale, affermava che il rapporto tra la parte offesa e la casa farmaceutica, ben si inquadra nell'ambito contrattuale consentendo, così, di individuare, nel rapporto tra i medici del nosocomio e la casa farmaceutica, gli estremi del *“contatto sociale”*, in quanto, nel caso di specie, *“le caratteristiche della colpa medica andavano valutate nell'ambito del diverso schema giuridico contrattuale”*. Quanto sopra anche in considerazione del fatto che la stessa casa farmaceutica *“non si era premurata in alcun modo di dimostrare l'inesistenza di un rapporto/collegamento tra sé e i medici del nosocomio”*.

La Corte territoriale rileva, inoltre, come *“l'appellante principale”*, ossia la casa farmaceutica, avesse concentrato la propria difesa sulla correttezza e completezza delle informazioni rese alla parte offesa tralasciando invece, il punto davvero importante per la Corte ossia il nesso sussistente tra il farmaco sperimentale, assunto dalla parte offesa, e i sintomi successivi alla assunzione di tale farmaco denunciati dalla stessa. La Corte territoriale concludeva ritenendo che la *“responsabilità dell'azienda Ospedaliera, nonché della Società farmaceutica, fosse da ravvisare «non tanto e, comunque, non solo nella inadeguatezza delle informazioni somministrate prima della sottoposizione al programma sperimentale» quanto invece nella «inadeguata valutazione della ben maggiore incidenza del rischio di insorgenza di gravi patologie cardiologiche» conseguente alla somministrazione di quel farmaco «in pazienti già affetti da cardiopatie e già sottoposti a chemioterapia con antibiotici antraciclinici»*.

Avverso la sentenza della Corte di Appello proponevano ricorso l'A.F. e controricorso l'A.O.; parte offesa, invece, non svolgeva alcuna attività difensiva.

In ordine al riconoscimento della responsabilità da *“contatto sociale”* asserita e ravvisata sia in primo grado che in Appello nei confronti della A.O. e della casa farmaceutica, la Corte di Cassazione rammenta brevemente l'evoluzione della *“categoria della responsabilità da contatto sociale”* in ambito sanitario. A tal proposito richiama una propria sentenza, la n. 589 del 1999 rammentando come tale teoria fosse nata per trovare una soluzione alla responsabilità dei medici dipendenti di strutture sanitarie che, nell'esercizio delle loro attività, *“di fatto del tutto sovrapponibili a quelle scaturenti da un contratto di prestazioni di opera professionale”*, si trovavano necessariamente ad entrare in un rapporto immediato con i pazienti ricoverati presso la struttura, ciò nonostante *“l'assenza di un rapporto propriamente contrattuale con i pazienti”*. Ne consegue pertanto che, tale teoria, presuppone che venga

indagata l'esistenza di un rapporto diretto tra medico e paziente, rapporto che si esplica nel "contatto". A fronte di tale "contatto" nascerebbero degli obblighi di condotta assimilabili a quelli propri di un "contratto" e, pertanto, con la possibilità, in caso di responsabilità, di ricondurre la stessa all'ambito della responsabilità contrattuale. La Corte ricorda, inoltre, come tale teoria debba ormai considerarsi superata grazie all'intervento del legislatore il quale, con la legge n. 24/2017 all'art. 7, ha previsto espressamente la riconducibilità della responsabilità del medico, esercente la propria attività professionale alle dipendenze di una struttura sanitaria, all'ambito extracontrattuale, salvo che abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta direttamente con il paziente. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione non riteneva che la paziente avesse avuto dei rapporti diretti anche con la casa farmaceutica, bensì solamente con i medici della struttura sanitaria presso la quale era ricoverata. Pertanto, mancando un effettivo "contatto" tra la paziente e la casa farmaceutica per la Corte di Cassazione verrebbe meno la nascita di una obbligazione contrattuale tra le due parti, per mancanza del requisito fondamentale a sostegno della tesi della responsabilità da contatto sociale. Parte offesa, infatti, avrebbe avuto dei rapporti solamente con i medici dell'A.O. Ne consegue, quindi, che affinché si possa sostenere che vi sia una responsabilità da contatto sociale sarebbe necessario accertare che la casa farmaceutica abbia assunto una obbligazione nei confronti della parte offesa, a fronte del suo "reclutamento nel programma sperimentale e ciò sia direttamente che indirettamente e, in questo secondo caso, a condizione che tale reclutamento risulti reperibile (oltreché alla struttura ospedaliera) anche alla casa farmaceutica, in modo che l'inadempimento individuato a carico dei sanitari (quale quello evidenziato dalla Corte territoriale) risulti imputabile anche alla società farmaceutica a norma dell'art. 1228 c.c."

Inoltre, secondo la Corte di Cassazione, la Corte di Appello si sarebbe limitata ad affermare che la casa farmaceutica, nei suoi atti difensivi, non aveva in alcun modo fornito elementi idonei a dimostrare la non fondatezza della tesi del "contatto sociale" in quanto i resistenti "non avevano né dimostrato ma invero neppure dedotto che lo "sperimentatore delegato che si è occupato di raccogliere tutti i dati significativi, ai fini della sottoponibilità della paziente (..) alla cura sperimentale (...) non abbia con essa nessun rapporto o collegamento". Tale principio per la Suprema Corte sarebbe radicalmente viziato in quanto l'esistenza del "contatto sociale" esisterebbe per la Corte d'Appello a seguito di "rapporto intervenuto direttamente tra la parte offesa e gli sperimentatori delegati". Tutto ciò senza che la Corte d'Appello si fosse preoccupata di "accertare compiutamente il contenuto del rapporto intercorso fra la casa farmaceutica e l'Azienda Ospedaliera" al fine di "qualificare i medici sperimentatori come ausiliari (non solo dell'Azienda, ma anche) della casa farmaceutica della quale la stessa si sia valsa nell'adempimento di un'obbligazione assunta nei confronti della parte offesa". Concludendo, la Suprema Corte nella vicenda *de quo* ha elaborato il seguente principio di diritto, rinviando pertanto alla Corte di Appello:

***“la casa farmaceutica che abbia promosso, mediante la fornitura di un farmaco, una sperimentazione clinica- eseguita da una struttura sanitaria a mezzo dei propri medici – può essere chiamata a rispondere a titolo contrattuale dei danni sofferti dai soggetti cui sia stato somministrato il farmaco, a causa di un errore dei medici “sperimentatori”, soltanto ove risulti, sulla base della concreta conformazione dell'accordo di sperimentazione, che la struttura ospedaliera e i suoi dipendenti abbiano agito quali ausiliari della casa farmaceutica, sì che la stessa debba rispondere del loro inadempimento (o inesatto adempimento) ai sensi dell'art 1228 c.c. ; in difetto a carico della casa farmaceutica risulta predicabile soltanto una responsabilità extracontrattuale (ai sensi dell'art. 2050 c.c. o, eventualmente, dell'art. 2043 c.c.), da accertarsi secondo le regole proprie della stessa.*”**

Onere della prova in ambito sanitario

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 22 aprile 2021, n. 10592)

stralcio a cura di Ida Faiella

“(…)Nel 2007 L.L. convenne dinanzi al Tribunale di Catania il Ministero della salute, l'Assessorato per la sanità della Regione Sicilia ed il Commissario liquidatore della gestione stralcio della ex Usl della Provincia di Catania, chiedendone la condanna al risarcimento del danno. A fondamento della domanda dedusse di aver contratto una infezione causata dal virus dell'HCV in conseguenza di una emotrasfusione cui era stata sottoposta nell'ospedale "Gravina" ... nel 1987. (...) La Corte d'appello motivò il rigetto della domanda nei confronti dell'assessorato osservando che l'attrice non aveva "mai allegato che l'ospedale "Gravina" ... abbia provveduto alle trasfusioni approvvigionandosi di sangue tramite un proprio centro trasfusionale e non, come avviene nella normalità dei casi, utilizzando sacche di provenienza esterna". 4. Ricorre per cassazione avverso la suddetta sentenza L.L. (...)In primo grado l'attrice a fondamento della colpa dell'azienda ospedaliera aveva allegato - in sintesi - che l'obbligo di assistenza sanitaria gravante sull'ospedale comportava la garanzia del risultato di non infettare il paziente, ed aveva invocato il principio res ipsa loquitur, in virtù del quale il fatto stesso dall'infezione dimostrava di per sé che l'ospedale aveva tenuto una condotta colposa(...) Ne discende che la Corte d'appello, dinanzi alla domanda attorea sopra descritta, avrebbe dovuto in concreto accertare se l'assessorato, successore dell'azienda ospedaliera, avesse o non avesse provato la "causa non imputabile" di cui all'art. 1218 c.c., a nulla rilevando che l'attrice non avesse "allegato che l'ospedale abbia provveduto alle trasfusioni approvvigionandosi di sangue tramite un proprio centro trasfusionale"(...) **Principi di diritto (...) nella controversia tra il paziente che assuma di avere contratto un'infezione in conseguenza d'una emotrasfusione, e la struttura sanitaria ove quest'ultima venne eseguita, non è onere del primo allegare e provare che l'ospedale abbia tenuto una condotta negligente o imprudente nella acquisizione e nella perfusione del plasma, ma è onere del secondo allegare e dimostrare di avere rispettato le norme giuridiche e le leges artis che presiedono alle suddette attività. (...)**”

Il possesso non è un diritto tale da modificare la titolarità del bene

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 30 aprile 2021, n. 11470)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 2. La Corte d'appello di Perugia, respingendo il gravame avanzato da B.S. contro la sentenza resa in primo grado dal Tribunale di Perugia, sezione distaccata di Gubbio, il 27 maggio 2011, ha rigettato la domanda del B., di cui alla citazione del 26 novembre 2007, volta a dichiarare il suo acquisto per usucapione di una rata di corte urbana situata all'interno del Condominio (OMISSIS). 3. B.S. aveva dedotto di aver iniziato a possedere la porzione di corte, coltivata a giardino, a partire dal 15 luglio 1987, dopo aver stipulato nelle vesti di promissario acquirente un contratto preliminare con la promittente venditrice R.C. Il Tribunale di Perugia, sezione distaccata di Gubbio, aveva sostenuto che, essendo pacifico che l'attore avesse acquistato la disponibilità del bene a seguito della scrittura privata preliminare del 3 luglio 1987, ove si prevedeva l'anticipato trasferimento del "possesso" al promissario acquirente, tale disponibilità doveva comunque essere qualificata come detenzione, fondandosi sull'esistenza di un comodato funzionalmente collegato al preliminare. Sarebbe stato perciò onere dell'attore dimostrare l'avvenuta interversione del possesso ex art. 1141 c.c. ai fini della vantata usucapione (…)

4. La Corte d'appello di Perugia ha osservato che il contratto del 3 luglio 1987, avendo peraltro ad oggetto un bene gravato da vincolo ex L. n. 1089 del 1939 e quindi soggetto al possibile esercizio della prelazione artistica, non fosse affatto diretto al trasferimento della proprietà e perciò aveva trasmesso a B.S. unicamente la detenzione del bene (…)

6.2. Il principio di diritto enunciato da Cass. Sez. Unite 27/03/2008, n. 7930, assume che nel preliminare di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto, la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile "ad usucapionem", salvo la dimostrazione di una sopravvenuta "interversio possessionis" nei modi previsti dall'art. 1141 c.c. Nello stesso senso si sono poi pronunciate, fra le altre, Cass. Sez. 2, 16/03/2016, n. 5211; Cass. Sez. 2, 25/01/2010, n. 1296; Cass. Sez. 2, 26/04/2010, n. 9896. Il ricorrente principale assume, tuttavia, che il contratto preliminare del 3 luglio 1987 conteneva una pattuizione secondo cui "il possesso sarà trasferito a tutti gli effetti di legge in data 15 luglio 1987", sicchè avrebbe errato la Corte d'appello di Perugia per non aver considerato il caso concreto e la reale volontà delle parti, piuttosto rivolta a costituire l'*animus rem sibi habendi* in favore del promissario acquirente (…). D'altro canto, è stato lo stesso B.S. ad aver esposto che il suo potere di fatto sulla rata di corte compresa nel Condominio (OMISSIS) avesse avuto inizio il 15 luglio 1987 non per effetto di un atto originario di materiale di *adprehensio* o comunque di un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà, quanto per derivazione in esecuzione della convenzione stipulata il 3 luglio 1987, il che rende altresì superfluo il ricorso alla presunzione di cui all'art. 1141 c.c. Le censure poste dal ricorrente riecheggiano, in realtà, le teoriche dottrinali che invogliano a guardare al contratto preliminare non più quale mero *pactum de contrahendo*, ove sia connotato altresì dall'obbligo di dare esecuzione al vincolo per realizzare le prestazioni finali. Ciò indurrebbe a superare l'obiezione, diffusa in giurisprudenza, ad avviso della quale

in capo al promissario acquirente l'animus possidendi resterebbe pur sempre "escluso dalla consapevolezza che l'effetto traslativo non si è ancora prodotto", sicchè la disponibilità materiale della cosa avrebbe sempre natura di detenzione. Questa teorica, sulla base di indizi di fonte normativa ed anche giurisprudenziale, guarda al preliminare come negozio attributivo ormai di uno ius ad rem e non di un semplice diritto di credito, di tal che la posizione del promissario acquirente si conoscerebbe in termini di possesso, non già alienato separatamente dal diritto cui fa riferimento (non potendo aversi trasmissione di un'attività), quanto materialmente consegnato nell'ambito della operazione economica finalizzata alla vendita della proprietà. Ciò in contrasto con il più sicuro criterio di qualificazione secondo cui, quale che sia la giustificazione causale della anticipazione della consegna del bene e del pagamento del prezzo, esula inevitabilmente dal preliminare, per confluire sempre nel definitivo, il riscontro della immediata produzione dell'effetto traslativo reale. Non occorre pertanto, al fine di scrutinare la fondatezza del ricorso di B.S. (e per quanto sia consentita nel giudizio di legittimità la rinnovazione della interpretazione e della qualificazione della concreta fattispecie), affrontare la complessa questione della configurazione del possesso in termini di necessaria combinazione fra un elemento soggettivo ed elemento oggettivo, oppure di situazione soltanto oggettiva, per confermare comunque la tradizionale conclusione che il possesso non è un diritto, in ordine al quale basti una manifestazione di volontà negoziale, quale nella specie si vorrebbe quella contenuta nel contratto preliminare del 3 luglio 1987, per modificarne la titolarità. Qualsiasi diversa interpretazione del preliminare per cui è causa, dunque, non servirebbe a dimostrare che B.S. avesse acquistato il possesso dal 15 luglio 1987, atteso che tale dato costituisce comunque una situazione di fatto da accertare in quanto tale nel giudizio di merito, salvo il controllo in sede di legittimità nei limiti di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (...)"

Nota a cura di
Matteo Tofanelli

La Corte di Cassazione, sezione II Civile, con l'ordinanza n. 11470 del 30 aprile 2021 prende posizione sulle teorie relative all'efficacia, reale o meno, del contratto preliminare ad effetti anticipati. Il Principio di diritto che la Corte statuisce, riguarda l'ipotesi per la quale il contratto preliminare di vendita nel quale sia stata pattuita la consegna anticipata del bene anteriormente alla stipula del definitivo, non comporta la configurazione di alcuna anticipazione degli effetti reali – traslativi, in quanto il possesso del promissario acquirente si fonda su di un contratto di comodato funzionalmente collegato con il contratto preliminare. Dunque, la relazione tra la cosa ed il promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente quale detenzione qualificata e non già come possesso utile "ad usucapionem", eccetto attraverso la dimostrazione di un'intervenuta "interversio possessionis" ex – art.1141 c.c.

La vicenda descritta riguarda la disciplina del contratto preliminare di vendita con consegna anticipata del bene. Tale pronuncia in commento ha tratto origine dal decisum della Corte d'appello di Perugia, con la sentenza n. 229 del 2015, respingendo l'appello avanzato dal ricorrente avverso alla sentenza di primo grado del Tribunale di Perugia. Motivo di gravame è stata la richiesta dichiarativa dell'avvenuto acquisto per usucapione di una rata di una corte urbana sita in Gubbio. Il ricorrente aveva dedotto che il suo possesso, della porzione di corte, fosse iniziato con decorrenza in data 15 luglio 1987 a seguito della stipula in qualità di promissario acquirente di un contratto preliminare di vendita con l'odierna convenuta. Il giudice di primo grado ebbe a sostenere che, essendo pacifico il fatto per cui l'attore avesse acquistato la disponibilità del bene a seguito della scrittura privata del contratto preliminare in data 3 luglio 1987, ove fu pattuita il trasferimento ante tempus del "possessione" al promissario acquirente, tale avrebbe dovuto essere identificato come detenzione avendo come fondamento un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto

preliminare. Pertanto, graverebbe in capo all'attore, l'onere probandi dell'avvenuta interversione del possesso ex – art. 1141 c.c. ai fin dell'asserita usucapione. La Corte d'appello di Perugia ha posto in evidenza come il contratto in questione avesse ad oggetto un bene soggetto a prelazione artistica e perciò gravato da vincolo ex L. n. 1089 del 1939, dunque non diretto al trasferimento della proprietà bensì idoneo al trasferimento in capo all'appellante della mera detenzione. In particolare, è necessario valutare se nel preliminare di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, si verifichi o meno un'anticipazione degli effetti traslativi del contratto, utile ai fini del decorso del termine di usucapione.

La ricorrente ha addotto un solo ed unico motivo di ricorso, con il quale ha denunciato la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1351 c.c. in connessione con l'art.1140 c.c. Suddetta censura ha evidenziato che la decisione, in virtù del quale si è impugnato il rispettivo provvedimento, ha risolto la questione conformemente a quanto si rintraccia nella recente giurisprudenza della Corte, in relazione alla Corte di cassazione, Sez. Un., 27/03/2008 n. 7930, con l'esortazione e l'indicazione di ulteriori elementi volti a mutare l'orientamento. Il ricorrente, nell'unico motivo di ricorso, adduce che la conclusione in forza della quale la relazione con la cosa che si crea in capo al promissario acquirente in virtù del preliminare con consegna ante tempus debba essere qualificata come detenzione e non possesso, non possa avere una valenza assoluta e generale giacché si deve tenere in considerazione, in sede d'interpretazione del contratto la vera e reale volontà delle parti contraenti. Il contratto preliminare ad effetti anticipati non comporta un'anticipazione ante tempus degli effetti traslativi propri del contratto definitivo, quanto le prestazioni tipiche del contratto di vendita quali il pagamento del prezzo pattuito e la consegna del bene, quest'ultima produttiva dell'*animus rem sibi habendi* in capo del promissario acquirente.

La Corte di Cassazione, attraverso l'ordinanza in commento ha ritenuto inammissibile il motivo, pertanto ha rigettato il ricorso. In via preliminare, la Corte ha ritenuto doveroso precisare e ricordare che il sopracitato principio di diritto contenuto nella Corte di Cassazione, Sez. Un., 27/03/2008 n. 7930, assume che *“nel preliminare di vendita, ove sia convenuta la consegna anticipata del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente trova fondamento sull'esistenza d'un contratto di comodato collegato funzionalmente al contratto preliminare produttivo esclusivamente di effetti obbligatori. Dunque, la relazione con la cosa, dal lato del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come una detenzione qualificata e non come un possesso utile all'acquisto della proprietà e perciò utile ad usucapionem salvo il caso in cui non si sia provati l'avvenuta interversio possessionis ex – art.1141 c.c.”*. Del medesimo avviso sono la Corte di Cass, Sez. 2, 16/03/2016, n. 5211; Corte di Cass, Sez. 2, 25/01/2010, n. 1296; Corte di Cass, Sez. 2, 26/04/2010, n. 9896. Nel caso in questione, il ricorrente ha sostenuto che il contratto preliminare del 3 luglio del 1987 era comprensivo della pattuizione in virtù della quale il possesso sarebbe stato trasferito a decorrere dal 15 luglio del 1987 e perciò secondo lo stesso, avrebbe errato la Corte d'appello per non aver correttamente interpretato il contratto e dunque non aver tenuto in considerazione la reale e concreta volontà delle parti contraenti ex – art. 1362 c.c. Il commento dell'ordinanza in esame si incentra inevitabilmente sul tema dell'interpretazione del contratto ad effetti obbligatori e sul tema dell'accertamento delle conseguenze derivanti dalla *traditio* della res oggetto del contratto. Dalla disamina dei sopracitati temi, si può inferire se il contratto in esame abbia configurato la trasmissione del possesso o una mera detenzione qualificata fondata sul contratto di comodato funzionalmente collegato. Il sindacato di legittimità non può mai concernere questioni interpretative riservate ai giudizi di fatti riservati ai giudici di merito, perciò con la conseguente dichiarazione di inammissibilità di qualsiasi ricorso avente ad oggetto la legittimità della ricostruzione interpretativa dei giudici di merito che si risolva in una differente interpretazione sui medesimi fatti già valutati dai giudici di merito.

La giurisprudenza ha chiarito che il c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati non è una figura atipica, perché non è finalizzata a realizzare una funzione socioeconomico nuova e differente

rispetto a quelle dei singoli contratti tipici che in essa sono confluiti. Nel c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati emergono dei contratti accessori al preliminare (necessariamente perché funzionalmente connessi e, tuttavia, autonomi rispetto ad esso), rispondendo ciascuno ad una precisa tipica funzione economico-sociale e, pertanto, disciplinati ciascuno dalla rispettiva disciplina sostanziale: contratti con i quali le parti pervengono ad una regolamentazione, se pur provvisoria tuttavia ben definita, dei rapporti accessori funzionalmente collegati al principale e nei quali, vanno ravvisati, quanto alla concessione dell'utilizzazione della res da parte del promittente venditore al promissario acquirente, un comodato e, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore, un mutuo gratuito. Ne consegue, con riferimento al primo dei contratti, che la materiale disponibilità della res nella quale il promissario acquirente viene immesso, in esecuzione del contratto di comodato, ha natura di detenzione qualificata esercitata nel proprio interesse ma alieno nomine e non di possesso. Tali principi sono stati ribaditi da recentissima giurisprudenza, che ha affermato che *“nel preliminare di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto, la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile "ad usucapionem", salvo la dimostrazione di una sopravvenuta "interversio possessionis" nei modi previsti dall'art. 1141 c.c.”*. Applicando tali principi al caso specifico oggetto del presente commento, risulta ragionevole affermare che la disponibilità del bene immobile (corte urbana), acquisita nel 2000 dall'asserito promissario acquirente del bene, debba essere qualificata come detenzione, fondandosi sull'esistenza di un comodato funzionalmente collegato al preliminare.

Nozione di prodotto difettoso e vizio del prodotto: differenze tra art. 117 cod. cons. e art. 1490 c.c.

Argomento: Del Contratto Di Compravendita

(Cass. Civ., Sez. III, 10 maggio 2021, n. 12225)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) Con sentenza del 27/2/2018 la Corte d'Appello di Verona, rigettato quello in via incidentale spiegato dal sig. T.R., in parziale accoglimento del gravame interposto dalla società B. s.p.a. e in conseguente parziale riforma della pronuncia Trib. Venezia n. 64 del 2013, ha rideterminato in diminuzione l'ammontare in favore del primo liquidato dal giudice di prime cure a titolo di risarcimento dei danni dal medesimo sofferti all'esito dell'assunzione del farmaco omissis 0,2 - dalla suindicata società immesso sul mercato italiano e dalla medesima successivamente ritirato - che gli aveva provocato la c.d. miopia dei cingoli.(…) Si duole che la Corte di merito abbia - con motivazione apparente e con erronea valutazione delle emergenze processuali e in particolare della CTU - ravvisato la sua responsabilità ex artt. 2043 e 2050 c.c., laddove, applicando la disciplina speciale del c.d. Codice del consumo, in base alla quale ai fini della qualificazione del prodotto in termini di difettosità assume rilievo non già la relativa innocuità bensì la sicurezza che ci si può ragionevolmente attendere in relazione al modo in cui il prodotto è stato immesso in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi e alle istruzioni e avvertenze fornite all'uso, nella specie il prodotto farmaceutico in argomento *Omissis*, anche "in ragione della ampia informativa fornita", non avrebbe potuto ravvisarsi come difettoso. (...) con riferimento al ricorso in via principale, va sotto altro profilo - quanto al merito - osservato che come questa Corte ha già avuto modo di porre in rilievo (v. in particolare Cass., 20/11/2018, n. 29828) all'art. 117 del Codice del Consumo (e già al D.P.R. n. 224 del 1988, art. 5) viene definito "difettoso" non già ogni prodotto insicuro bensì quel prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere in relazione al modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi alle istruzioni o alle avvertenze fornite, all'uso per il quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato, ai comportamenti che in relazione ad esso si possono ragionevolmente prevedere, al tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione (v., da ultimo, Cass., 20/11/2018, n. 29828). Si è al riguardo precisato che il concetto di difetto è sostanzialmente riconducibile al difetto di fabbricazione, ovvero alle ipotesi dell'assenza o carenza di istruzioni, ed è strettamente connesso al concetto di sicurezza. Non corrisponde pertanto né alla nozione di "vizio" di cui all'art. 1490 c.c., in base al quale può trattarsi di un'imperfezione del bene che può anche non comportare un'insicurezza del prodotto, né a quella di difetto di conformità introdotto dalla disciplina sulla vendita dei beni di consumo, postulando invero un pericolo per il soggetto che fa un uso del prodotto o per coloro che, comunque, si trovano in contatto con esso (v. Cass., 29/5/2013, n. 13458). Il legislatore ha, inoltre, precisato che il prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio; e che il prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie. Si è ulteriormente sottolineato che, anche assumendo come parametro integrativo di riferimento la nozione di prodotto "sicuro" contenuta nella disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti di cui all'art. 103 Codice del consumo (e già al D.Lgs. n. 172 del 2004), il livello di sicurezza prescritto, al di sotto del quale il prodotto deve considerarsi difettoso, non corrisponde a quello della sua più rigorosa innocuità, dovendo farsi riferimento ai requisiti di sicurezza dall'utenza generalmente richiesti in relazione alle circostanze specificamente indicate all'art. 117 Codice del consumo (e già al D.P.R. n. 224 del 1988, art. 5), o ad altri elementi in concreto valutabili e

concretamente valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali debbono farsi rientrare gli standards di sicurezza eventualmente imposti dalle norme in materia (v. Cass., 20/11/2018, n. 29828; Cass., 29/5/2013, n. 13458). (...) In altri termini, il farmaco difettoso di cui trattasi ha nello specifico caso concreto in esame assunto carattere anche dannoso. Considerato, sotto altro profilo, che ad escludere la responsabilità del produttore di farmaci non è invero sufficiente nemmeno la mera prova di aver fornito - tramite il foglietto illustrativo (c.d. "bugiardino") - un'informazione che si sostanzia in una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto (cfr. Cass., 15/3/2007, n. 6007), essendo necessaria un'avvertenza idonea a consentire al consumatore di acquisire non già una generica consapevolezza in ordine al possibile verificarsi dell'indicato pericolo in conseguenza dell'utilizzazione del prodotto bensì di effettuare una corretta valutazione (in considerazione delle peculiari condizioni personali, della particolarità e gravità della patologia nonché del tipo di rimedi esistenti) dei rischi e dei benefici al riguardo, nonché di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l'insorgenza del danno, e pertanto di volontariamente e consapevolmente esporsi al rischio (con eventuale suo concorso di colpa ex art. 1227 c.c., in caso di relativa sottovalutazione o di abuso del farmaco), non può infine sottacersi che, a fronte di specifica censura dall'odierna ricorrente e allora appellante mossa (anche) in sede di gravame ("La compagnia farmaceutica... precisa che... non poteva esservi alcun nesso causale tra l'assunzione del farmaco e l'insorgenza della malattia invalidante denunciata dall'attore, il cui rischio era del resto segnalato anche nel foglio delle avvertenze inserito nelle confezioni in vendita"), la corte di merito ha ritenuto le indicazioni recate nel foglio delle avvertenze (c.d. "bugiardino") nella specie invero idonee ad escluderne la responsabilità (in argomento cfr. Cass., 7/3/2019, n. 6587. Con riferimento all'obbligo del consenso informato del paziente quale legittimazione e fondamento del trattamento sanitario cfr. altresì, da ultimo, Cass., 10/12/2019, n. 32124) alla stregua delle risultanze dell'espletata CTU sulla base di una valutazione, effettuata secondo il criterio della prognosi postuma ex ante (avuto cioè riguardo alle circostanze esistenti al momento dell'esercizio dell'attività). La corte di merito ha pertanto confermato la decisione del giudice di prime cure sul punto sulla base di una valutazione, implicante accertamenti di fatto, spettante al giudice del merito e non sindacabile in sede di legittimità in presenza come nella specie di motivazione (più sopra riportata) congrua (cfr. Cass., 19/7/2018, n. 19180, Cfr. altresì, con riferimento a differenti fattispecie, Cass., 15/2/2019, n. 4545; Cass. 20/5/2015, n. 10268; Cass. 19/1/2007, n. 1195), e in ogni caso non meramente apparente - e pertanto inesistente - (cfr. Cass., 30/6/2020, n. 13248; Cass., Sez. Un., 27/12/2019, n. 34476; Cass., 30/5/2019, n. 14754; Cass., Sez. Un., 7/4/2014, n. 8053). (...)"

Nota a cura di
Martina Nicolino

Nel 1999, il sig. R.T., medico di base, assumeva il farmaco *Omissis* della B. S.p.A. Durante tale assunzione, lamentava una serie di disturbi quali “*astenia, facile irritabilità, affaticamento e dolenza muscolare*”. All’esito di accertamenti clinici, da cui emergeva “*un elevato livello di CPK*” nel sangue, sospendeva il trattamento, avvenuto per due mesi.

Nonostante l’interruzione del farmaco, le condizioni di salute del medico peggioravano progressivamente.

Nel maggio 2003, al secondo dei tre ricoveri effettuati, veniva confermata la diagnosi di “*miopatia ai cingoli a lenta evoluzione e pneumopatia con deficit ventilatorio restrittivo di grado lieve*”.

Pertanto, il sig. R.T. agiva in giudizio contro la B. S.p.A. innanzi il Tribunale di Venezia che, con sentenza n. 64 del 2013, riconosceva all’attore una somma a titolo di risarcimento dei danni dal medesimo sofferti all’esito dell’assunzione del farmaco *Omissis* “*dalla su indicata società immesso sul mercato italiano e dalla medesima successivamente ritirato, che gli aveva provocato la c.d. miopatia dei cingoli*”.

Avverso tale pronuncia del Giudice di prime cure, la B. S.p.A. proponeva appello, proponeva ricorso in via incidentale il sig. R.T.

La Corte di Appello di Venezia, “*rigettato quello in via incidentale, in parziale accoglimento del gravame interposto dalla società B. S.p.A. e in conseguente parziale riforma della pronunzia di primo grado, rideterminava in diminuzione l'ammontare del risarcimento*”.

Contro tale provvedimento la B. S.p.A. proponeva ricorso per Cassazione, denunciando che la Corte di merito:

- non avrebbe considerato che “*il problema della difettosità non può coincidere con la semplice possibile insorgenza di effetti collaterali nocivi, ma deve invece ricondursi al problema di un corretto bilanciamento del rapporto rischio/beneficio relativo alla somministrazione dello stesso*”;
- non avrebbe spiegato come mai “*potesse costituire un "risultato anomalo" rispetto alla normalità delle aspettative" la patologia lamentata dalla controparte (...) chiaramente segnalata nell'informativa fornita con il prodotto*”;
- non avrebbe valutato “*le emergenze processuali ed in particolare della espletata CTU, essendosi limitata ad "aderire passivamente alle valutazioni (erronee) svolte dal giudice di prime cure circa la presunta esaustività e completezza dell'analisi peritale svolta nel corso del primo grado di giudizio*”.

Resisteva con controricorso il R.T. che spiegava ricorso incidentale, lamentando la confusione della Corte “*tra danno non patrimoniale e danno patrimoniale, nonché erroneamente escluso il danno patrimoniale da incapacità lavorativa specifica*”.

Non si sottacciano, osservazioni preliminari degli Ermellini rispetto all'inidoneità delle censure mosse dai ricorrenti, che avranno un peso sulla decisione finale, atteso che: “*non sono infatti sufficienti affermazioni - come nel caso - apodittiche, non seguite da alcuna dimostrazione*”. I requisiti di formazione del ricorso per cassazione, ex art. 366 c.p.c., rilevano, infatti, “*ai fini della giuridica esistenza e conseguente ammissibilità del ricorso, assumendo pregiudiziale e prodromica rilevanza ai fini del vaglio della relativa fondatezza nel merito, che in loro difetto rimane invero al giudice imprescindibilmente precluso*”.

Con riferimento al ricorso in via principale, la Suprema Corte specifica, in primo luogo che “*all'art. 117 del Codice del consumo (e già al D.P.R. n. 224 del 1988, art. 5) viene definito "difettoso" non già ogni prodotto insicuro bensì quel prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere in relazione al modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi alle istruzioni o alle avvertenze fornite, all'uso per il quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato, ai comportamenti che in relazione ad esso si possono ragionevolmente prevedere, al tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione*”¹.

All'uopo, la Corte ha ritenuto doveroso precisare, proprio in relazione al concetto di sicurezza del prodotto, la differenza tra la nozione di “difetto” e di “vizio”.

Mentre la prima, riconducibile al difetto di fabbricazione ovvero all'assenza o carenza di istruzioni, è strettamente connessa al concetto di sicurezza, la nozione di “vizio” di cui all'art. 1490 c.c., che descrive di un'imperfezione del bene può anche non comportare un'insicurezza del prodotto.

Proprio in merito al concetto di sicurezza, la Corte ha stabilito che “*il livello di sicurezza prescritto, al di sotto del quale il prodotto deve considerarsi difettoso, non corrisponde a quello della sua più rigorosa innocuità, dovendo farsi riferimento ai requisiti di sicurezza dall'utenza generalmente richiesti in relazione alle circostanze specificamente indicate all'art. 117 Codice del consumo (e già al D.P.R. n. 224 del 1988, art. 5), o ad altri elementi in concreto valutabili e concretamente valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali debbono farsi rientrare gli standards di sicurezza eventualmente imposti dalle norme in materia*”².

Per la verità, gli Ermellini chiariscono che “*la verifica del danno di per sé non deponga per la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo per una sua più indefinita pericolosità, invero insufficiente a*

¹ v., da ultimo, Cass., 20/11/2018, n. 29828.

² v. Cass., 20/11/2018, n. 29828; Cass., 29/5/2013, n. 13458.

fondare la responsabilità del produttore laddove non venga in concreto accertato che la stessa pone il prodotto al di sotto del livello di garanzia e di affidabilità richiesto dalle leggi in materia o dall'utenza³. Infatti, l'onere della prova ex art. 120 del Codice del consumo prevede che sia il danneggiato a provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno; mentre il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità ex art. 118 Codice del consumo: *“la responsabilità da prodotto difettoso integra, pertanto, un'ipotesi di responsabilità presunta (e non già oggettiva), incombendo al danneggiato che chiede il risarcimento provare gli elementi costitutivi del diritto fatto valere. La prova della difettosità del prodotto può essere peraltro data anche per presunzioni semplici⁴”*.

Considerato, di converso, che ad escludere la responsabilità del produttore di farmaci *“non è invero sufficiente nemmeno la mera prova di aver fornito - tramite il foglietto illustrativo (c.d. “bugiardino”) - un'informazione che si sostanzia in una mera avvertenza generica circa la non sicurezza del prodotto (cfr. Cass., 15/3/2007, n. 6007), essendo necessaria un'avvertenza idonea a consentire al consumatore di acquisire non già una generica consapevolezza in ordine al possibile verificarsi dell'indicato pericolo in conseguenza dell'utilizzazione del prodotto bensì di effettuare una corretta valutazione (in considerazione delle peculiari condizioni personali, della particolarità e gravità della patologia nonché del tipo di rimedi esistenti) dei rischi e dei benefici al riguardo, nonché di adottare tutte le necessarie precauzioni volte ad evitare l'insorgenza del danno, e pertanto di volontariamente e consapevolmente esporsi al rischio (con eventuale suo concorso di colpa ex art. 1227 c.c., in caso di relativa sottovalutazione o di abuso del farmaco)”*, la corte di merito, secondo la Cassazione, ha fatto sostanzialmente corretta applicazione di tutti i principi appena enunciati.

In ordine all'ultimo profilo, emerge in maniera evidente, come *“le deduzioni del ricorrente (...) in realtà si risolvono nella mera doglianza circa la dedotta erronea attribuzione da parte del giudice del merito agli elementi valutati di un valore ed un significato difforni dalle sue aspettative (v. Cass., 20/10/2005, n. 20322), e nell'inammissibile pretesa di una lettura dell'asserto probatorio diversa da quella nel caso operata dai giudici di merito (cfr. Cass., 18/4/2006, n. 8932)”*.

All'inammissibilità e infondatezza dei motivi consegue il rigetto dei ricorsi, principale e incidentale. Stante la reciproca soccombenza, veniva disposta la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

³ v. Cass., 29/5/2013, n. 13458; Cass. 13/12/2010, n. 25116.

⁴ A tale stregua, acquisita tramite fonti materiali di prova (o anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione) la conoscenza di un fatto secondario, il giudice può in via indiretta dedurre l'esistenza del fatto principale ignoto (nella specie, il difetto del prodotto), sempre che le presunzioni abbiano il requisito della gravità, della precisione, della concordanza (v. Cass., 29/5/2013, n. 13458. Cfr. altresì Cass., 26/6/2008, n. 17535; Cass., 2/3/2012, n. 3287).

Intermediazione finanziaria e obblighi informativi: specifica allegazione da parte dell'investitore

Argomento: Diritto Bancario

(Cass. Civ., Sez. I, 18 maggio 2021, n. 13517)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 1.6. Il ricorrente dimostra di aver dedotto tempestivamente solo la doglianza circa la mancata somministrazione da parte dell'intermediario di informazioni adeguate sul prodotto (sostanzialmente) finanziario che gli era stato proposto, ma non quella relativa alla mancata astensione dell'intermediario finanziario dall'effettuazione di operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. Questa, diversamente dalle lamentele circa la mancata adeguata informazione preventiva circa le caratteristiche e il livello di rischio dello strumento finanziario, in assenza di qualsiasi riferimento ai presupposti di fatto nelle allegazioni dell'attore, non poteva essere ritenuta proposta solo in virtù del generico riferimento formulato alla normativa di settore, ovvero al T.u.f. e al Regolamento Consob, introdotta in atto di citazione e nella memoria ex art. 183 c.p.c. 1.7. E' il caso di ricordare che secondo questa Corte, in tema di intermediazione finanziaria, la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 6, in armonia con la regola generale stabilita dall'art. 1218 c.c., impone all'investitore, il quale lamenta la violazione degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario, nel quadro dei principi che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova, di allegare specificamente l'inadempimento di tali obblighi, mediante la pur sintetica ma circostanziata individuazione delle informazioni che l'intermediario avrebbe omesso di somministrare, nonché di fornire la prova del danno e del nesso di causalità tra inadempimento e danno, nesso che sussiste se, ove adeguatamente informato, l'investitore avrebbe desistito dall'investimento rivelatosi poi pregiudizievole; incombe invece sull'intermediario provare che tali informazioni sono state fornite, ovvero che esse esulavano dall'ambito di quelle dovute. (Sez.1, n. 705 del 17/4/2020; Sez. 1, n. 10111 del 24/04/2018, Rv. 648553 - 01; Sez. 1, n. 4727 del 28/02/2018, Rv. 647617 - 01; Sez. 1, n. 12544 del 18/05/2017; Rv. 644206 - 01; Sez. 1, n. 22147 del 29/10/2010, Rv. 615479 - 01). 1.8. Nè può fungere d'ausilio al ricorrente l'invocazione dell'art. 113 c.p.c., espressivo del principio iura novit curia, a mente del quale il giudice, nel pronunciare sulla causa, ha il dovere di conoscere in via officiosa le norme applicabili al caso di specie. Come emerge dalla piana lettura della sentenza gravata, infatti, la Corte di appello ha correttamente individuato la normativa applicabile alla fattispecie prospettata dal ricorrente, considerando, da una parte, il Regolamento Consob 11522/1998 e, dall'altra, le circolari ISVAP rilevanti per il caso sottoposto al suo scrutinio; piuttosto, la Corte distrettuale si è arrestata dinanzi alla diversa, preliminare ed assorbente questione concernente la tempestività delle domande prospettate dall'odierno ricorrente, rilevando come la richiesta incentrata sulla violazione dell'art. 29 del Regolamento Consob fosse stata proposta oltre i termini previsti dal codice di rito. (...)”

Nota a cura di
Erika Forino

La decisione in rassegna affronta il tema del riparto dell'onere allegatorio e probatorio nelle controversie tra investitore ed intermediario finanziario aventi ad oggetto l'inadempimento di quest'ultimo per *misselling* finanziario, vale a dire, per inottemperanza agli obblighi imposti dalla vigente normativa (primaria e secondaria) a tutela della posizione deteriore dell'investitore nell'ambito della

commercializzazione di prodotti finanziari. Obblighi, questi ultimi, idonei a porsi come principi di carattere generale a garanzia dell'integrità del mercato. La pronuncia si segnala all'attenzione poiché si inserisce in quel filone giurisprudenziale, ormai consolidato, che impone all'investitore che lamenti l'inosservanza degli obblighi informativi, di allegare in modo specifico l'inadempimento dell'intermediario nonché di fornire la prova della riconducibilità causale del danno all'inadempimento, al pari di quanto prescritto per le azioni di inadempimento contrattuale (*ex multis* Cass. Civ., 16 febbraio 2018, n. 3914; Cass. civ., 10 aprile 2018, n. 8751, Cass. civ. ord. n. 18153/2020).

Il caso origina dall'azione intrapresa da un investitore che ha convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Milano, l'emittente e l'intermediario finanziario, lamentando la responsabilità degli stessi per inosservanza degli obblighi informativi nella fase precontrattuale e nel corso del rapporto; la violazione, per inadeguatezza del prodotto collocato, dell'art. 29 Regolamento Consob n. 11522 del 1998 in materia di profilatura della clientela; l'annullamento delle polizze assicurative *unit linked* sottoscritte per vizio del consenso e, per l'effetto, la condanna alla restituzione di quanto versato a titolo di capitale. Il giudice di primo grado ha rigettato integralmente la domanda proposta dall'investitore per inammissibilità, con riguardo alla violazione della disciplina concernente la profilazione e, per infondatezza, rispetto alle domande di annullamento e violazione degli obblighi informativi. Parimenti è stata integralmente rigettata l'impugnazione interposta dinanzi alla Corte d'Appello. Quest'ultima, infatti, in conformità con quanto statuito dal Giudice di prime cure, ha dichiarato inammissibile la domanda concernente la violazione dell'art. 29 del Regolamento n. 11522/1998 per essere stata introdotta in giudizio solo in sede di precisazione delle conclusioni così determinando un mutamento del titolo di responsabilità e, infondate le ulteriori domande proposte dall'appellante. Investita della questione per violazione o falsa applicazione di legge in relazione (i) agli artt. 99, 112, 345 e 113 c.p.c. e art. 1367 c.c. per la dichiarata inammissibilità della domanda di accertamento della responsabilità per violazione delle norme in materia di intermediazione finanziaria (ii) degli artt. 25 *bis* T.u.f. e della L. 28 dicembre 2005, n. 262 in materia di obblighi informativi gravanti in capo alle imprese di assicurazione emittenti prodotti finanziari nonché, (iii) dell'art. 1429 c.c. con riguardo all'azione di annullamento, la Suprema Corte in sintonia con l'orientamento dominante, ha rigettato integralmente il ricorso.

Analizzando la parte motiva della decisione in commento, articolata sulla base dei precedenti di legittimità intervenuti in materia, la Corte si sofferma, in primo luogo, sulla inosservanza dell'obbligo degli intermediari finanziari di astenersi dal compiere operazioni non adeguate al profilo di rischio dell'investitore, confermando l'inammissibilità della domanda. Al di là della precisazione processuale per cui, la mera indicazione della disciplina normativa ritenuta violata (nel caso, il generico riferimento al T.u.f. ed al Regolamento Consob n. 11522) nell'atto di citazione, ribadito nelle successive memorie istruttorie, non basta ad evitare la sanzione di cui all'art. 164 c.p.c. nemmeno facendo ricorso ai principi che regolano l'interpretazione del contratto, ciò che rileva è il collegamento operato dalla Suprema Corte tra l'onere allegatorio e probatorio concernente i giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento di cui all'art. 23, sesto comma, del T.u.f. e, quello afferente alle ordinarie azioni di inadempimento contrattuale. La disposizione da ultimo richiamata, ponendosi come appendice dell'art. 21 sulla trasparenza bancaria ed in linea di continuità con gli elevati livelli di protezione dei risparmiatori, pone in capo ai soggetti abilitati l'onere di provare, nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento, di aver agito con la necessaria diligenza. Ciò non significa, come si dirà a breve, che l'investitore sia esonerato dall'allegare specificamente l'inadempimento e dal fornire la prova del nesso causale tra il mancato assolvimento dei doveri imposti all'intermediario ed il danno derivante all'investitore. Ed infatti, proprio facendo buon governo dei principi che regolano il riparto dell'onere di allegazione e prova nelle azioni di inadempimento contrattuale, i Giudici di Legittimità chiariscono una volta di più che solo l'analitica indicazione degli inadempimenti attribuiti all'intermediario (vale a dire, le singole informazioni sottaciute) e dell'apporto

causale che l'inosservanza ha determinato rispetto alla decisione di procedere all'operazione pregiudizievole è idonea a soddisfare l'onere imposto al creditore in quanto, solo la specifica indicazione degli obblighi violati consente alla controparte di fornire la prova liberatoria dell'adempimento.

Ciò chiarito con riguardo alla prospettata inadeguatezza del prodotto finanziario, la Corte si sofferma sulla impossibilità di applicare retroattivamente l'art. 25 *bis* del T.u.f., introdotto dalla Legge 28 dicembre 2005, n. 262, art. 11, terzo comma ed entrato in vigore, ai sensi dell'art. 34 *quater*, D.L. 10 gennaio 2006, n. 4 (convertito con Legge 9 marzo 2006, n. 80), il 17 maggio 2006. Detta disposizione assume rilevanza nel caso in commento, in quanto, estende alla sottoscrizione ed al collocamento dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione (quali le polizze *unit linked* sottoscritte dal ricorrente), la disciplina di cui agli artt. 21 e 23 del T.u.f. relativi allo svolgimento dei servizi e delle attività finanziarie e ai contratti concernenti le prestazioni dei servizi di investimento. Tuttavia, come la Corte ha cura di evidenziare, nonostante l'estensione della disciplina del T.u.f. ai prodotti emessi dalle imprese di assicurazione operata con il menzionato intervento normativo oltre che, per via giurisprudenziale (Cass. civ., 18 aprile 2012, n. 6061) attraverso la qualificazione di detti prodotti come contratti di intermediazione finanziaria in ragione del fine speculativo, piuttosto che, previdenziale, la disciplina non può trovare applicazione retroattiva.

La Suprema Corte ricorda, peraltro come, ove anche fosse ritenuta applicabile la disciplina menzionata e, dunque, l'estensione degli obblighi informativi di cui agli artt. 21 e 23 del T.u.f. ai prodotti oggetto della sentenza che si annota, vi siano due profili dirimenti idonei a condurre, in ogni caso, al rigetto del motivo di censura in esame: (i) l'accertato adempimento degli obblighi informativi ad opera dell'intermediario rispetto ai profili di rischio del prodotto (ii) la tardività della censura dell'investitore con riguardo all'obbligo dell'intermediario di astenersi dal porre in essere operazioni non adeguate al proprio profilo di rischio.

Parimenti inammissibile viene giudicato il terzo motivo di impugnazione con il quale il ricorrente sostiene che, l'omessa informativa in ordine al prodotto finanziario con riguardo alla mancata garanzia di rimborso del capitale costituisce presupposto idoneo a configurare un vizio del consenso dell'investitore e, in quanto tale, a condurre all'annullamento dell'operazione. Ciò, in quanto, la doglianza del ricorrente si traduce, anzitutto, nella richiesta di rivalutazione del materiale probatorio acquisito nel corso del processo e, dunque, in una valutazione di merito preclusa in sede di legittimità. In secondo luogo, a tutto voler concedere, l'affidamento incolpevole dell'intermediario rispetto all'errore dell'investitore costituisce presupposto preclusivo all'annullamento del contratto. In definitiva, il parallelismo operato dalla Suprema Corte tra la disciplina del riparto dell'onere allegatorio e probatorio di cui all'art. 23, sesto comma, del T.u.f. e, quella delle ordinarie azioni di inadempimento contrattuale non può che condividersi. Benché la *ratio* che permea l'intera disciplina sulla intermediazione finanziaria sia la tutela del massimo affidamento che l'investitore ripone nella consulenza ed assistenza dell'intermediario, l'interpretazione della normativa in esame non può spingersi fino ad esentare chi agisce in giudizio per il risarcimento del danno dall'onere di specifica allegazione dell'inadempimento e prova del nesso causale, a meno di non voler intendere l'onere posto in capo all'intermediario dall'art. 23, sesto comma, T.u.f., al pari di una *probatio diabolica*.

Le condizioni per la ripetibilità dell'indebitto assistenziale per venir meno dei requisiti reddituali

Argomento: Diritto del lavoro e della previdenza sociale

(Cass. Civ., Sez. Lav., 20 maggio 2021, n.13917)
stralcio a cura di Giovanni Cirillo

“13. E' vero, in sostanza, che, come sostiene l'INPS, in materia di indebitto assistenziale non si possa fare applicazione della disciplina della L. n. 412 del 1991, art. 13, che si riferisce all'indebitto previdenziale. Ma, deve pure darsi atto della giurisprudenza formatasi a proposito della disciplina dell'indebitto assistenziale, a partire da quella che si è occupata di segnare i confini tra la generale sfera di applicabilità dell'art. 2033 c.c. e la disciplina espressa dallo speciale settore dell'ordinamento assistenziale.

14. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di indebitto assistenziale pur affermando (con le ordinanze n. 264/2004 e n. 448/2000) che non sussiste un'esigenza costituzionale che imponga per l'indebitto previdenziale e per quello assistenziale un'identica disciplina, ha ritenuto che operi anche "in questa materia un principio di settore, onde la regolamentazione della ripetizione dell'indebitto è tendenzialmente sottratta a quella generale del Codice civile" (ord. n. 264/2004).

La Corte costituzionale ha evidenziato che "(...) il canone dell'art. 38 Cost., appresta al descritto principio di settore una garanzia costituzionale in funzione della soddisfazione di essenziali esigenze di vita della parte più debole del rapporto obbligatorio, che verrebbero ad essere contraddette dalla indiscriminata ripetizione di prestazioni naturaliter già consumate in correlazione - e nei limiti - della loro destinazione alimentare (C. Cost. n. 39 del 1993; n. 431 del 1993)".

15. Su questa premessa, Cassazione n. 12406 del 2003 ha affermato che "(...) l'esigenza di interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto dell'art. 38 Cost., comma 1, quanto alla necessaria protezione apprestata dal sistema di assistenza sociale, impone di considerare auto applicativo il principio di settore richiamato dalla (...) giurisprudenza della Corte costituzionale, inteso come idoneo a coprire tendenzialmente l'area dell'indebitto assistenziale".

Pertanto, restano disciplinate dall'art. 2033 c.c. solo le ipotesi in cui la fattispecie concreta difetti degli elementi essenziali per consentire l'ingresso all'interno del settore protetto, come ad esempio accade quando la prestazione sia stata erogata senza che il percettore ne abbia fatto domanda, ovvero quando non vi sia alcuna relazione tra la prestazione e la situazione di fatto esistente, poiché in entrambi i casi non si giustifica la deroga alla disciplina comune dell'indebitto.

16. Una volta, però, che la concreta fattispecie si collochi all'interno del settore assistenziale, la giurisprudenza di questa Corte ha individuato, in relazione alle singole e diversificate fattispecie esaminate, una articolata disciplina che distingue vari casi, a seconda che il pagamento non dovuto afferisca, volta per volta, alla mancanza dei requisiti reddituali, di quelli sanitari, di quelli socio economici (in collocazione o disoccupazione) o a questioni di altra natura (come ad es. l'esistenza di ricovero ospedaliero gratuito nel caso dell'indennità di accompagnamento).

17. In tali direzioni si è andato consolidando il principio secondo il quale (Cass. n. 16080 del 2020; Cass. n. 11921 del 2015; Cass. n. 1446 del 2008), trova applicazione la regola, propria del sottosistema assistenziale, che esclude la ripetizione in presenza di situazioni di fatto variamente articolate, ma comunque aventi generalmente come minimo comune denominatore la non addebitabilità all'accipiens della erogazione non dovuta ed una situazione idonea a generare affidamento.

Regole specifiche ricorrono per l'indebito riconnesso al venire meno dei requisiti sanitari (L. n. 448 del 1998, art. 37, comma 8), che consente la ripetibilità fin dal momento dell'esito sfavorevole della visita di verifica, mentre altro discorso va fatto rispetto all'indebito riconnesso al venire meno dei requisiti economici (in tal senso Cass. 28771 del 2018).

18. Il ricorrente sostiene che, rispetto al venire meno dei requisiti economici, la regola sarebbe quella di piena ripetibilità e che essa andrebbe desunta dal disposto del D.L. n. 269 del 2003, art. 42, comma 5, conv. in L. n. 326 del 2003 e ciò in quanto la disposizione, dopo avere demandato ad una determinazione interdirigenziale la fissazione delle modalità tecniche per le verifiche telematiche sui redditi, afferma che "non si procede alla ripetizione delle somme indebitamente percepite, prima della data di entrata in vigore del presente decreto, dai soggetti privi dei requisiti reddituali". Sicchè, secondo l'ente erogatore, dalla limitazione della ripetibilità ai periodi anteriori rispetto all'entrata in vigore del decreto legge, dovrebbe trarsi la conclusione che, rispetto ai periodi successivi, varrebbe un regime di piena ripetibilità, secondo le regole civilistiche di cui all'art. 2033 c.c.

19. Tale conclusione, in conformità con quanto già espresso da Cass. n. 28771 del 2018 citata, non può però essere condivisa, in quanto le disposizioni richiamate non implicano un necessario contrasto rispetto alle precedenti previsioni generali secondo cui la ripetizione è ammessa solo dal momento dell'accertamento da parte dell'ente dell'indebito, previsioni da ravvisare secondo la giurisprudenza di questa Corte di cassazione nel quadro normativo costituito dal D.L. n. 850 del 1976, art. 3 ter, convertito in L. n. 29 del 1977, dal D.L. n. 173 del 1988, art. 3, comma 9, convertito nella L. n. 291 del 1988 (cfr. Cass. 1 ottobre 2015, n. 19638; Cass. 17 aprile 2014, n. 8970; Cass. 23 gennaio 2008, n. 1446; Cass. 28 marzo 2006, n. 7048; Cass. n. 1446 del 2008; Cass. 26 aprile 2002, n. 6091).

La disposizione in commento, per un verso, non contiene nulla di esplicito rispetto alla disciplina, per il futuro, della ripetibilità; del resto essa conserva comunque portata normativa, ove la si intenda quale generalizzata sanatoria del pregresso, estesa anche al caso in cui vi fossero già stati accertamenti di indebiti, in connessione con le regole interdirigenziali di verifica che venivano contestualmente previste.

20. Dunque non può dirsi che la disposizione in questione abbia l'effetto di escludere l'indebito derivante dal venir meno dei requisiti reddituali dall'applicazione della citata disciplina generale dell'indebito assistenziale.

Anzi, dall'insieme delle norme e delle pronunce sopra esaminate si trae conferma del principio **secondo il quale l'indebito assistenziale per venire meno dei requisiti reddituali, inteso rigorosamente quale venir meno del titolo all'erogazione di una prestazione che era stata chiesta e si aveva diritto a percepire, determina il diritto a ripetere le somme versate solo a partire dal momento in cui l'ente preposto accerti il superamento dei requisiti reddituali; ciò a meno che risulti provato che l'accipiens si trovasse, al momento della percezione, in situazione nella quale manchi l'affidamento alla cui tutela sono preposte le norme limitative della ripetibilità dell'indebito.**

21. In definitiva, e con riguardo particolare alla presente fattispecie ove l'indebito risulta essersi determinato in ragione dei maggiori redditi percepiti ostativi all'assegno sociale erogato L. n. 335 del 1995, ex art. 3, comma 6, (coerentemente con quanto affermato da Cass. n. 16088 del 2020; Cass. n. 26036 del 15/10/2019; Cass. n. 28771 del 2018; Cass. n. 1446 del 2008) va riaffermato il principio secondo il quale, in assenza di norme specifiche che dispongano diversamente, **l'indebito è ripetibile solo a partire dal momento in cui intervenga il provvedimento che accerta il venir meno delle condizioni di legge, e ciò a meno che non ricorrano ipotesi che escludano qualsivoglia affidamento dell'accipiens.** La ripetizione sarà possibile in presenza di una situazione di fatto avente come minimo comun denominatore la non addebitabilità al percipiente della erogazione non dovuta e la presenza di un legittimo affidamento.

(...) Il ricorso va, quindi, accolto nei sensi di cui in motivazione e la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Lecce in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità, che nell'esaminare la causa si atterrà al seguente principio di diritto:

a) Nello specifico ambito delle prestazioni economiche di assistenza sociale, quale deve intendersi l'assegno sociale previsto dalla L. n. 335 del 1995, art. 3, comma 6, la disciplina particolare della ripetibilità delle prestazioni indebitamente erogate va ricercata nella normativa appositamente dettata in materia, non potendo trovare applicazione in via analogica - ma neppure estensiva stante il carattere derogatorio dell'art. 2033 c.c., di disposizioni di questo genere - le regole dettate con riferimento alle pensioni o altri trattamenti previdenziali;

b) In tema di ripetibilità delle prestazioni assistenziali indebite per mancanza del requisito reddituale, trovano applicazione, in sostanza, il D.L. n. 850 del 1976 e l'art. 3 ter, convertito in L. n. 29 del 1977, il D.L. n. 173 del 1988, art. 3, comma 9, convertito nella L. n. 291 del 1988);

c) conseguentemente, accertata la mancanza del requisito reddituale, vanno restituiti i ratei indebitamente erogati a partire dalla data del provvedimento che accerta che la prestazione assistenziale non era dovuta, salvo che l'erogazione indebita sia addebitabile alla parte percipiente e non sussistano le condizioni di un legittimo affidamento. (...)"

Nota a cura di
Giovanni Cirillo

La fattispecie giunta all'attenzione della Suprema Corte trae origine da una richiesta di restituzione di somme erogate a titolo di assegno sociale ex art. 3, co. 6, l. 335/1995, avanzata dall'INPS nei confronti del percipiente in ragione dell'accertato superamento del requisito reddituale previsto. Il beneficiario, rivoltosi al Tribunale, senza contestare il carattere indebito del pagamento, ne eccepiva tuttavia l'irripetibilità, deducendo l'errore dell'INPS – ben a conoscenza della percezione di rendita estera, ottenuta in virtù di apposita domanda presentata proprio all'Istituto – e l'assenza di dolo in capo a sé, e invocando dunque l'applicazione dell'art. 13 l. 412/1991. La domanda, respinta in primo grado, veniva invece accolta dalla Corte d'Appello di Lecce, con sentenza impugnata dall'INPS con ricorso per cassazione incentrato sull'argomento per cui, attesa la natura assistenziale della prestazione in questione, non poteva farsi applicazione della suindicata normativa, concernente l'indebito previdenziale, bensì – oltre che di eventuali specifiche disposizioni, nella specie ritenute non conferenti – dell'art. 2033 c.c., con la conseguente irrilevanza degli stati soggettivi dell'*accipiens* per l'insorgenza dell'obbligazione restitutoria – salvo che per la decorrenza degli interessi –. La Suprema Corte, con la sentenza che si annota, ha accolto il ricorso dell'INPS, sebbene per ragioni diverse rispetto a quelle veicolate con l'anzidetto motivo.

Ebbene, nel porsi il problema relativo all'individuazione della disciplina dell'assegno sociale in punto di indebito, la Cassazione ha innanzitutto avallato la difesa dell'Istituto circa la necessità di escludere l'applicabilità della normativa risultante dal combinato disposto degli artt. 13 l. 412/1991 e 52 l. 88/1989, posta dalla Corte pugliese a fondamento della propria decisione. Tali disposizioni, in sostanza, introducono una sanatoria, con esclusione della ripetibilità, in ordine a somme riscosse per prestazioni risultanti non dovute per errore imputabile all'INPS e in assenza di dolo in capo al percipiente^[1]. Orbene, la Cassazione ha avuto cura di chiarire come la detta conclusione si imponga nonostante l'esplicito rinvio, operato dalla più risalente delle citate previsioni, alla "pensione sociale" di cui all'art. 26 l. 153/1969, ossia la prestazione costituente – com'è noto – l'antecedente storico-normativo proprio dell'assegno sociale, e alla cui disciplina quest'ultimo è assoggettato, per quanto non diversamente disposto, dall'art. 3, co. 7, l. 335/1995. E ciò in ragione di prevalenti considerazioni di ordine sistematico, poggianti sulla natura stessa della prestazione, che, da un lato, con la trasformazione sostanziale – e non soltanto terminologica – operata con la riforma, ha

assunto il carattere della provvisorietà in luogo di quello della definitività, e, dall'altro, riveste indubbiamente carattere assistenziale, in quanto finalizzata a rimuovere situazioni di bisogno della persona umana (art. 38, co. 1, Cost. e art. 128 d.lgs. 112/1998, richiamato dall'art. 1 l. 328/2000) e finanziata non da provviste contributive bensì dalla fiscalità generale[2]. Invero, la Corte ha sul punto richiamato il proprio consolidato orientamento secondo il quale la menzionata normativa è volta a disciplinare esclusivamente l'indebita erogazione relativa a un rapporto previdenziale pensionistico, senza che si possa far luogo, ostandovi il relativo carattere eccezionale in quanto derogatorio dell'art. 2033 c.c., a un'applicazione analogica o a un'interpretazione estensiva della stessa rispetto ad altre prestazioni, previdenziali o assistenziali[3].

A questo punto, la Cassazione, al fine di ricostruire la disciplina applicabile all'indebito assistenziale, ha evocato la pregressa giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, formatasi sul punto, la quale ha ritenuto operante anche in questo ambito un "principio di settore", coperto dalla garanzia costituzionale apprestata dal canone di cui all'art. 38 Cost. "in funzione della soddisfazione di essenziali esigenze di vita della parte più debole del rapporto obbligatorio, che verrebbero ad essere contraddette dalla indiscriminata ripetizione di prestazioni *naturaliter* già consumate in correlazione – e nei limiti – della loro destinazione alimentare", e tale da determinare una tendenziale sottrazione della disciplina della ripetizione dell'indebito assistenziale a quella generale di cui all'art. 2033 c.c., da cui restano disciplinate "solo le ipotesi in cui la fattispecie concreta difetti degli elementi essenziali per consentire l'ingresso all'interno del settore protetto, come ad esempio accade quando la prestazione sia stata erogata senza che il percettore ne abbia fatto domanda, ovvero quando non vi sia alcuna relazione tra la prestazione e la situazione di fatto esistente"[4].

In particolare, in base a tale principio, in assenza di norme specifiche che dispongano diversamente, l'indebito assistenziale è ripetibile solo relativamente ai ratei erogati a partire dal momento in cui intervenga il provvedimento di accertamento dell'insussistenza dei requisiti da parte dell'INPS, e ciò a meno che risulti provata una situazione di fatto contraddistinta dall'addebitabilità all'*accipiens* dell'erogazione non dovuta e dall'inidoneità a generare un legittimo affidamento, alla cui tutela il principio *de quo* è preposto[5].

Ebbene, per quanto in questa sede precipuamente interessa, la Cassazione ha ribadito che siffatto principio risulta pienamente operante anche relativamente allo specifico caso dell'indebito assistenziale per venir meno dei requisiti reddituali, ove risulta alimentato dal quadro normativo offerto dall'art. 3-ter d.l. 850/1976, convertito in l. 29/1977 e dall'art. 3, co. 9, d.l. 173/1988, convertito in l. 291/1988[6]. Dunque, sulla scorta di tale rilievo, la Corte ha negato pregio alla tesi sul punto propugnata dall'INPS, secondo cui nell'ipotesi in parola, dal disposto e dalla limitazione temporale di cui all'art. 42, co. 5, d.l. 269/2003, convertito in l. 326/2003 – a tenore del quale non si procede alla ripetizione delle somme indebitamente percepite, prima della data di entrata in vigore del medesimo decreto (avvenuta il 2 ottobre 2003), dai soggetti privi dei requisiti reddituali – dovrebbe desumersi un regime di piena ripetibilità per le somme erogate nei periodi successivi. In particolare, la Corte ha al riguardo osservato che tale disposizione non implica un necessario contrasto rispetto alle precedenti previsioni generali sopra menzionate, che nulla esplicitamente dispone circa la disciplina *pro futuro* e che essa conserverebbe portata normativa anche intendendola quale generalizzata sanatoria del pregresso. In questo modo, la Cassazione è pervenuta alla conclusione di dover riaffermare il suddetto principio operante in tema indebito assistenziale – "inteso rigorosamente quale venir meno del titolo all'erogazione di una prestazione che era stata chiesta e si aveva diritto a percepire" – anche ove lo stesso dipenda dal venir meno dei prescritti requisiti reddituali, e in accoglimento del ricorso proposto dall'INPS – seppur per ragioni in parte diverse da quelle articolate dalla difesa dell'Istituto – ha cassato la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte territoriale per l'applicazione degli anzidetti principi di diritto[7] e per i necessari accertamenti in punto di fatto.

[1] Per una puntuale ricostruzione, anche in chiave di evoluzione diacronica, della disciplina accennata v. Muschio, *Indebito previdenziale*, in AA.VV., *Ripetizione dell'indebito*, a cura di Bargelli, Padova, 2014, 311 ss.; Riommi, *Rassegna della*

legislazione e della giurisprudenza sulla ripetizione delle prestazioni previdenziali indebite. Problemi e prospettive, in *Dir. lav.*, 2001, 68 ss.

[2] Sulla prestazione in esame cfr. Riganò, *L'assegno sociale*, in AA.VV., *La riforma del sistema previdenziale*, a cura di Pessi, Padova, 1995, 297 ss., mentre per la sua configurazione ante-riforma cfr. Cinelli, *Pensione sociale*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, V, 1984, 839 ss. Per il significato dei tradizionali modelli di intervento sociale e le rispettive interazioni cfr., in luogo di molti e per più specifici ragguagli, Canavesi, in AA.VV., *Diritto della sicurezza sociale*, Milano, 2021, 1 ss.

[3] Al riguardo la Corte fa richiamo, tra le altre, a Cass. 31373/2019, in *Mass. Giust. civ.*, 2020; Cass. 15550/2019, in *Dir. giust.*, 2019; Cass. 28771/2018, in *Mass. Giust. civ.*, 2018; Cass. 5059/2018, in *Mass. Giust. civ.*, 2018.

[4] Il rinvio è, in particolare, a Corte Cost. 431/1993, in *Inf. prev.*, 1993, 1532; Corte Cost. 264/2004, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 173 ss., con nota di Sgroi, *Note in materia di indebito assistenziale*; Cass. 12406/2003, in *Mass. Giust. civ.*, 2003.

[5] Sul punto la Corte evoca, tra le altre, Cass. 16088/2020, in *De Jure*; Cass. 26036/2019, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Cass. 11921/2015, in *De Jure*; Cass. 1446/2008, in *Mass. Giust. civ.*, 2008; cui *adde* Cass. 13223/2020, in *Dir. giust.*, 2020, con nota di Siccardi, *Non c'è dolo se l'accipiens ha dichiarato i redditi all'amministrazione finanziaria, in quanto legislativamente conoscibili anche dall'INPS*, e Cass. 12608/2020, in *De Jure*. Cfr. Mannello, *L'indebito assistenziale e la sua ripetibilità: ancora una diversa disciplina rispetto all'indebito previdenziale?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, 1170 ss.

[6] Cfr., *ex multis*, Cass. 19638/2015, in *De Jure*; Cass. 8970/2014, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; Cass. 7048/2006, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass. 6091/2002, in *Mass. Giust. civ.*, 2002.

[7] Gli stessi sono stati affermati dalla Corte anche in altre pronunce rese nella medesima data, in relazione ad analoghe fattispecie concernenti, rispettivamente, la maggiorazione sulla pensione sociale e l'assegno sociale derivanti da trasformazione di assegno di invalidità civile *ex l.* 118/1971: cfr. Cass. 13915-13916/2021, entrambe in *De Jure*.

Fumi nocivi ed intollerabili emessi dalle canne fumarie

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. VI, 3 giugno 2021, n.15441)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) la **canna fumaria assolvendo alla stessa funzione dei camini, soggiace alla disciplina dettata in tema di distanze per fabbriche e depositi nocivi e pericolosi descritta dall'art. 890 c.c.** Tali elementi, se apposti nei pressi del confine con un fondo alieno, devono osservare le distanze stabilite dai regolamenti e in mancanza quelle necessarie ad assicurare la sicurezza, la solidità e la salubrità dei fondi finitimi. In presenza di un regolamento anche locale che disciplina il profilo delle distanze, per costante giurisprudenza di questa Corte condivisa dal collegio, vige una presunzione di pericolosità assoluta la quale preclude qualsiasi accertamento concreto (Cassazione civile sez. II, 22/10/2009, n. 22389) mentre, in difetto di una disposizione regolamentare, si ha pur sempre una presunzione di pericolosità, seppure relativa, che può essere superata ove la parte interessata al mantenimento del manufatto dimostri che mediante opportuni accorgimenti può evitarsi al pericolo o al danno del fondo vicino (…).

(…) **La ratio dell'art. 890 c.c., è quella di evitare che fumi nocivi ed intollerabili emessi dalle canne fumarie invadano le abitazioni** e, trattandosi di tetti che coprono il medesimo fabbricato ad altezza diversa, tale scopo può essere raggiunto avendo come riferimento, per il calcolo delle distanze, il c.d. "colmo del tetto", cioè la parte più alta dell'intero fabbricato e non già il tetto di copertura della porzione più bassa del medesimo fabbricato (…)

Confermando l'orientamento della corte di merito, i giudici di legittimità ribadiscono l'interpretazione già proposta in materia di distanze tra edifici, con particolare riferimento alla distanza minima necessaria tra una canna fumaria e la finestra del vicino. La decisione si fonda su due principi. Il primo concerne l'interruzione del termine per l'acquisto mediante usucapione della canna fumaria. **Per la Corte di Cassazione, l'esecuzione di interventi suscettibili di variare la volumetria dell'edificio configura una nuova costruzione e non una mera ristrutturazione, determinando allora l'interruzione del termine utile all'acquisto per usucapione.** Il secondo principio riguarda l'individuazione della soglia rilevante per l'ipotesi che l'edificio abbia due tetti posti a livelli differenti e sia prescritta un'altezza minima della canna fumaria dal tetto. In particolare, nel caso di specie era dubbio se calcolare la misura minima di un metro considerando il tetto più basso o invece quello più alto, avendosi in questo secondo scenario solamente una violazione della regola in materia di distanze. Richiamando la funzione stessa delle regole che impongono livelli d'altezza per le canne fumarie, e cioè la tutela nei confronti del vicinato, la Corte di Cassazione aderisce all'impostazione più rigorosa, considerando la soglia del tetto più alto per misurare la distanza minima della canna fumaria dal tetto. (…)

Nota a cura di
Ciro Maria Ruocco

La pronuncia in esame analizza la problematica attinente alle intollerabili emissioni di fumi nocivi dalle canne fumarie, nel caso in cui sia presente un regolamento comunale che stabilisca distanze minime rispetto alle luci o vedute più prossime. In particolare, la Cassazione dichiara inammissibile il ricorso presentato avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma, la quale, a differenza della

pronuncia di primo grado del Tribunale di Rieti, che aveva ritenuto insussistente alcuna lesione della situazione possessoria invocata dalla ricorrente, accoglieva il gravame proposto dalla parte appellante.

Nello specifico, il problema riguardava il fabbricato che ospitava gli appartamenti delle due parti in causa e che risultava coperto da due tetti strutturalmente autonomi dei quali quello che copriva l'appartamento del convenuto, sul quale era installata la canna fumaria in questione, era posto più in basso rispetto al "colmo del tetto", ovvero la parte più alta dell'intero fabbricato.

La questione giuridica ruota intorno all'art. 890 c.c., rubricato "distanze per fabbriche o depositi nocivi e pericolosi", che sancisce l'obbligo per chi, presso il confine, anche se su questo si trova un muro divisorio, voglia fabbricare forni, camini, magazzini di sale, stalle e simili, o voglia collocare materie umide o esplodenti o in altro modo nocive, ovvero impiantare macchinari, per i quali può sorgere pericolo di danni, di osservare le distanze stabilite dai regolamenti e, in mancanza, quelle necessarie a preservare i fondi vicini da ogni danno alla solidità, salubrità e sicurezza.

A questo proposito, la Suprema Corte chiarisce che le canne fumarie assolvono alla stessa funzione dei camini e pertanto soggiacciono alla disciplina di cui all'art. 890 c.c. I manufatti apposti nei pressi del confine con un fondo altrui devono osservare le distanze stabilite dai regolamenti oppure, in mancanza, quelle necessarie ad assicurare la sicurezza, la solidità e la salubrità dei fondi finitimi. Specifica, inoltre, la Corte che in presenza di un regolamento anche locale che disciplini il profilo delle distanze, secondo orientamento costante (Cassazione civile sez. II, 22/10/2009, n. 22389; Cassazione civile sez. II, 22/02/2011, n. 4286; Cassazione civile sez. II, 3/10/2013, n. 22635; Cassazione civile sez. II, 16 aprile 2018, n. 9267), vige una presunzione assoluta di pericolosità, la quale preclude qualsiasi accertamento concreto mentre, in difetto di una disposizione regolamentare, si ha pur sempre una presunzione di pericolosità, sebbene relativa, che può essere superata ove la parte interessata al mantenimento del manufatto dimostri che si possa ovviare al pericolo o al danno del fondo vicino.

Nella vicenda oggetto della pronuncia in commento, era presente un apposito regolamento comunale, che all'art. 32 sanciva, testualmente, che *"tanto gli impianti collettivi di riscaldamento che quelli singoli, nonché gli scaldabagni... e i camini debbono essere muniti di canne fumarie indipendenti, prolungate per almeno un metro al di sopra del tetto o della terrazza; la fuoriuscita dei fumi deve verificarsi a non meno di 10 m. da qualsiasi finestra a quota uguale o superiore"*.

Pertanto, il giudice di prime cure concludeva per la piena conformità del manufatto alle prescrizioni urbanistiche, dimostrata dal fatto che la canna fumaria del convenuto si ergeva, rispetto alla falda del tetto sul quale era ubicata, per un'altezza ben superiore a quella minima di un metro e che la stessa, era più alta della finestra della parte ricorrente, per cui non doveva la distanza minima stabilita dal regolamento summenzionato.

Di contro, la Corte d'Appello di Roma riteneva che l'altezza che doveva essere presa in considerazione per verificare la conformità della canna fumaria alle prescrizioni del regolamento non fosse quella del tetto sul quale la stessa canna insisteva, bensì quella del colmo della più alta copertura del fabbricato comune, in ossequio a quella che è la ratio legis del regolamento citato, ovvero quella di evitare che fumi nocivi ed intollerabili emessi dalle canne fumarie invadessero le abitazioni.

Infine, a seguito di ricorso in Cassazione, la Suprema Corte, stabilendo che la ratio anche dell'art. 890 c.c. è proprio quella di evitare che fumi nocivi ed intollerabili emessi dalle canne fumarie invadano le abitazioni e, trattandosi di tetti che coprono il medesimo fabbricato ad altezza diversa, tale scopo può essere raggiunto avendo come riferimento, per il calcolo delle distanze, il c.d. "colmo del tetto", cioè la parte più alta dell'intero fabbricato e non già il tetto di copertura della porzione più bassa del medesimo fabbricato. Dunque, il dubbio se calcolare la misura minima indicata dal regolamento comunale considerando la parte più alta o la parte più bassa del tetto viene risolto dalla Giurisprudenza di legittimità, aderendo all'impostazione più rigorosa: al fine di tutelare i fondi

finitimi la soglia del tetto da considerare per misurare la distanza minima è quella del “colmo del tetto”.

Ad avviso di chi scrive, è condivisibile la decisione adottata dalla Suprema Corte in quanto le regole in materia di edilizia, nel prevedere i limiti che devono essere osservati dai proprietari, tendono a conciliare due tipi di interessi: da un lato l'interesse del proprietario allo sfruttamento del proprio bene e dall'altro l'interesse generale pubblicistico ad un uso equo e razionale del bene immobile, alla tutela del paesaggio, dell'ambiente e, nel caso in esame, della salute. Non vi è dubbio che i due interessi siano perfettamente bilanciati solo se il calcolo delle distanze avvenga dal “colmo del tetto”, essendo tale soluzione idonea a tutelare la salubrità dei luoghi adiacenti senza incidere in modo eccessivo sul diritto del proprietario.

Contratto di locazione: inerzia ed abuso del diritto del locatore nei confronti del conduttore

Argomento: Del Contratto di locazione

(Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) Per quanto interessa in questo giudizio, la società ricorrente ha agito in via monitoria per il recupero del credito per canoni di locazione scaduti e non pagati dal conduttore B.C. F., figlio di B.M., in relazione a un immobile ad uso abitativo sito in (OMISSIS), il tutto per la somma complessiva di Euro 242.413,28 a titolo di canoni di locazione, maturati dal 2004 a fine 2013, e spese. Nell'opporvi al pagamento il conduttore... Il Tribunale ha accolto la richiesta della società limitatamente alla somma di Euro 222.322,10, a titolo di canoni di locazione scaduti e mai versati e di spese, queste ultime maturate dal 2009 a fine 2013, respingendo la domanda di risarcimento svolta dal figlio B.C. F. nei confronti del padre B.M. In seguito all'impugnazione di B.C. F., la Corte d'appello di Milano, (...) ha rilevato che per il contratto di locazione, formalizzato nel 2004 tra la società di famiglia C. s.r.l. e B.C. F. (...) non vi era stata mai da parte della società locatrice richiesta del pagamento del canone trimestrale pattuito e delle spese (...) 30. Nella fattispecie locatizia, in generale, quello che può evidentemente essere idoneo a costruire l'affidamento del conduttore nel senso di una oggettiva rinuncia è un comportamento del locatore di totale inerzia nella riscossione delle pigioni maturate per un protratto periodo di tempo, che si inserisce infatti nella natura del contratto, ad esecuzione continuata, in cui il correlato adempimento da parte del conduttore non è operato con un unico atto bensì si attua in via progressiva. Come, peraltro, a contrario, si verifica nel caso di cui all'art. 1458 c.c., comma 1, con riguardo agli effetti retroattivi della risoluzione del contratto ad esecuzione continuata, la progressività dell'esecuzione incide altresì sulla pregnanza della condotta del creditore nella fase esecutiva, e conduce quindi alla percezione di questa come oggettiva abdicazione del potere di far valere il diritto, rinuncia che riguarda, appunto, la fase esecutiva mentre, naturalmente, non ha relazione con un mutuo dissenso dal contratto, che rimane "in piedi" ed è in grado di riprendere vita, come è avvenuto nella presente vicenda quando la locatrice ha modificato repentinamente la sua condotta di inerzia settennale. (...)”

33. Non si dimostra nemmeno attagliata alla fattispecie in analisi l'istituto della tacita inequivoca rinuncia ai diritti maturati sino a un determinato periodo, in considerazione del fatto che la protratta e permanente situazione di inadempienza del socio non è stata approvata in ambito societario, per un considerevole lasso di tempo, essendo solo mancata ogni iniziativa tesa a far valere il suddetto credito (portato da fatture per le quali sono stati versati, tra l'altro, oneri tributari), soprattutto se si rapporta l'inerzia a un contratto di lunga durata i cui canoni di locazione sono maturati periodicamente a favore della società. Sul punto questa Corte si è già espressa nel senso che **"la remissione del debito, quale causa di estinzione delle obbligazioni, esige che la volontà abdicativa del creditore sia espressa in modo inequivoco e un comportamento tacito, pertanto, può ritenersi indice della volontà del creditore di rinunciare al proprio credito solo se è privo di alcun'altra giustificazione razionale;** ne consegue che i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio possa fondarsi su altra causa, diversa dalla volontà della società di rinunciare al credito" (cfr. Cass. Sez. III Ordinanza n. 28439 del 14/12/2020: in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la sentenza che aveva escluso che la mera omissione dell'indicazione di un credito nel bilancio finale di liquidazione

potesse ritenersi indice certo della volontà di rinunciarvi). Pertanto, il criterio da seguirsi, anche solo considerando il profilo societario invocato dai medesimi ricorrenti è, come per ogni altra ipotesi, riferito alla sostanza dei rapporti intervenuti tra le parti nell'arco di periodo considerato, che comunque vanno interpretati secondo il principio dell'affidamento, qualora si presentino nei fatti e nel corso del tempo profondamente difformi rispetto a quanto formalmente rappresentato per iscritto e nelle scritture contabili (v. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 15510 del 21/07/2020 (Rv. 658497 - 01), Sez. 5, Sentenza n. 4561 del 06/03/2015 (Rv. 635403 - 01) in materia di imposte e tributi).

34. Ragionando secondo questi principi, quindi, è sostenibile che un credito nascente da un rapporto ad esecuzione continuata, mai preteso sin dall'origine del rapporto negoziale, anche se formalmente menzionato nelle scritture contabili di una società a responsabilità limitata per più esercizi, in assenza di altri indici di segno contrario, possa ugualmente costituire un fattore di generazione di un affidamento di oggettiva rinuncia del credito sino ad allora maturato nei confronti del socio. Pertanto, la repentina richiesta di adempimento dell'obbligazione di pagamento, indipendentemente dalla presenza di indici idonei a denotare una volontà di rinuncia del medesimo, se corrispondente a una situazione di palese conflittualità tra socio (allora ex socio) e gli altri soci, non giustificata da altri fattori, **costituisce un abuso del diritto ove riveli l'intento di arrecare un ingiustificato nocumento.**

35. Ciò che conta, in definitiva, è che la valutazione dell'atto teso a far rivivere l'obbligazione deve essere ricondotta alla "conflittualità" esistente tra le parti. Come si è già detto, il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati, che la Corte di merito, con motivazione conforme ai principi sopra esposti, ha ritenuto non sussistere, in relazione alle particolari circostanze del caso. Tale giudizio fattuale, essendo in linea con la giurisprudenza sopra richiamata, pertanto non è censurabile nel merito e risulta adeguatamente motivato sulla base delle circostanze portate all'esame del giudice.

36. Con riguardo alla fattispecie in esame deve, pertanto, affermarsi il seguente principio di diritto: "il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, **ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra,** anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del "neminem laedere"; ne consegue che in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per *facta concludentia*, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto". (...)"

Nota a cura di
Amalia Pastore

La questione controversa concerne la legittimità della richiesta di pagamento dei canoni di locazione avanzata dal locatore, dopo diverso tempo dal verificarsi dell'inadempimento del conduttore. Inadempimento causato non solo dall'inerzia del conduttore, ma anche dalla costante omissione di domanda di pagamento di parte locatrice.

Nel caso di specie, nel 2004, la C. s.r.l., con struttura marcatamente familiare, stipulava un contratto di locazione per un immobile ad uso abitativo con B., divenuto socio per successione nella quota

materna. Prima di allora, la locataria C. non aveva mai avanzato richiesta sia del pagamento del canone trimestrale che delle relative spese pattuite.

La società C. inviava una lettera di diniego di rinnovazione della locazione al 31/12/2011, a cui seguiva uno sfratto per morosità verso B.

La controversia veniva instaurata solo nel 2014. La C. s.r.l. agiva in via monitoria per il recupero del credito dei canoni di locazione scaduti e non pagati da B. dal 2004 al 2013. Quest'ultimo si opponeva facendo valere la natura gratuita del contratto anche verso il padre, socio della s.r.l.

Egli asseriva, infatti, che il padre avesse violato il patto con cui avrebbe consentito il godimento gratuito dell'abitazione al figlio.

Orbene, il giudice del primo grado accoglieva la domanda della s.r.l. locatrice riconoscendo la somma richiesta per i canoni di locazione scaduti e mai versati, nonché delle spese sostenute dal 2009 al 2013.

In appello, invece, la Corte di Milano decideva che B. dovesse solo la minor somma pari a € 63.375,00 per i canoni di locazione e di € 19.125,00 per le spese e oneri.

Il Giudice d'Appello aveva disatteso la rilevanza esterna del contratto di qualsiasi pattuizione tra padre e figlio in quanto soci, qualificando il rapporto contrattuale come comodato. Secondo il giudice, quindi, non sarebbe tanto da sottolineare la totale gratuità del rapporto intercorso tra le parti, quanto l'inerzia della società protrattasi per anni. Statuiva che il comportamento del debitore non fosse contrario al principio di buona fede poiché tenuto sì al compimento di tutti quegli atti necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, ma senza un esorbitante sacrificio a suo carico. Proprio per il principio di buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, per il creditore scaturirebbe l'obbligo di agire con tempestività nella riscossione del credito periodico, non trovando giustificazione alcuna la richiesta improvvisa di pagamento dopo essere rimasto inerte per così tanto tempo. L'inerzia del creditore, dunque, ben avrebbe potuto creare un legittimo affidamento in capo al debitore in ordine all'abbandono della pretesa.

Per tale ragione, la Corte di merito riteneva non dovuti i canoni antecedenti alla prima richiesta di pagamento – avvenuta nel 2011 – fino alla data di rilascio dell'immobile e, cioè, fino al 2013. Tuttavia, respingeva la richiesta di risarcimento del danno avanzata da B. verso il padre, non sussistendo alcun tipo di obbligo assunto dal secondo verso il primo.

La società C. ricorreva in Cassazione unitamente al socio M., padre di B., avverso la sentenza della Corte di Appello di Milano.

Nella sentenza in esame, la Corte di Cassazione dà rilievo alla teoria del cd. *Verwirkung* di origine germanica e le più importanti pronunce sul tema.

La predetta teoria, come spiegata dalla Corte di Cassazione con sent. n. 5240/2004, sancisce che il *“principio, basato appunto sulla buona fede, secondo cui, anche prima del decorso del termine prescrizione, il mancato esercizio del diritto, protrattosi per un conveniente lasso di tempo, imputabile al suo titolare che abbia fatto sorgere nella controparte un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, porta a far considerare che un successivo atto di esercizio del diritto in questione rappresenti un caso di abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto con conseguente rifiuto della tutela, per il principio di buona fede nell'esercizio del contratto”*. Secondo la Cassazione del 2004, però, il principio della cd. *“consumazione dell'azione processuale”*, secondo cui il mero ritardo nell'esercizio del diritto non costituisce motivo per negarne la tutela, non può trovare ingresso nell'ordinamento italiano. L'unica eccezione plausibile è che il ritardo nell'esercizio del diritto non sia conseguenza di fatto di una inequivocabile rinuncia tacita o modifica della disciplina contrattuale o non sia sollevata l'eccezione di estinzione del diritto per prescrizione.

Spiega la Corte, dunque, che il principio in parola può entrare nel nostro ordinamento limitatamente al caso in cui il ritardo non costituisca un atteggiamento di mera tolleranza del creditore, ma un comportamento tale per tempo e costanza da *“ingenerare nel debitore un affidamento di oggettiva rinuncia del diritto (...)”*

Secondo la Cassazione, un caso assimilabile alla teoria tedesca si può rinvenire qualora in una situazione di estrema gravità, come quella pandemica, e dunque per cause non solo collegate alla insolvenza debitoria nella fase esecutivo-dinamica del sinallagma, il creditore accetti un inadempimento come giustificato. Il fine ultimo è però, per buona fede solidaristica, quello di conservare gli effetti positivi del contratto, cioè la possibilità di un futuro riavvio del pagamento, che altrimenti risulterebbe non più recuperabile. Rileva, inoltre, che il nostro ordinamento si fonda sul concetto romanistico di buona fede per cui anche prima della prescrizione del diritto il suo mancato esercizio per lungo tempo, imputabile sempre al suo titolare, possa avere fatto sorgere nella controparte un ragionevole affidamento sul definitivo non esercizio del diritto in parola. Ecco che un atto successivo, volto all'esercizio del diritto, può integrare un abuso dello stesso nella forma del ritardo sleale e, dunque, la negazione della tutela.

Ebbene, se interpretato come abuso del diritto, il *Verwirkung* potrebbe ben essere applicato al caso di specie, atteso che il mancato esercizio di un diritto potestativo da parte del suo titolare, a seconda delle circostanze, nel tempo, può ingenerare un affidamento nell'altra parte nell'abbandono della relativa pretesa. L'affidamento in parola può essere idoneo a determinare la perdita della situazione soggettiva nella misura in cui l'esercizio del diritto si riveli un abuso.

Secondo gli Ermellini la buona fede si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà, quale dovere generare di non ledere la parte del rapporto sinallagmatico e senza che comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico rispetto al comportamento dell'altra parte contrattuale. In tale ambito si può fare riferimento al *Verwirkung*. Il ritardo nell'esercizio del diritto, dunque, può dare luogo ad abuso se non risponde a nessun interesse del suo titolare diventando, invece, un mero danno per la controparte. In tale visione, il problema si pone in termini di proporzionalità del comportamento contrattuale delle parti rispetto agli interessi. Se sussiste un interesse proporzionale nello stesso ritardo, assolutamente non volto al mero danneggiare la controparte, nessun tipo di abuso può rinvenirsi. Diverso è il caso in cui il titolare del diritto manifesti la propria volontà abdicativa per *facta concludentia*. È pacifico che la mera tolleranza del creditore non possa giustificare l'inadempimento, né la modifica contrattuale, né l'acquiescenza alla violazione dell'obbligo contrattuale dell'altro contraente, mentre potrebbe essere ispirato a mera benevolenza. In tale caso, non può costituire negazione della tutela giudiziaria.

Nella questione in oggetto, invece, la Corte ritiene che la chiave di volta non sia il ritardo, quanto la repentina richiesta dell'adempimento del credito ad avere integrato un abuso del diritto.

Nel contratto di locazione, quale negozio ad esecuzione continuata, l'adempimento del conduttore opera con atti di natura progressiva e periodica. L'affidamento, dunque, può essere costituito dall'inerzia per lungo tempo da parte del locatore nella riscossione delle pigioni maturate.

Per la Cassazione, dal punto di vista dell'accertamento fattuale della eventuale violazione, deve considerarsi che il rapporto contrattuale nasce in seno ad una s.r.l. con accentuato carattere personalistico e familiare: B. è figlio di M., il comportamento della società cambia in modo innaturale dopo l'uscita di B. dalla compagine sociale e dopo che i rapporti con il padre si incrinano.

Secondo la Corte, inoltre, non può trattarsi nemmeno di una tacita rinuncia a diritti maturati sino ad un determinato periodo. Richiamando un proprio precedente, la Cassazione afferma che in tema di remissione del debito, quale causa di estinzione dell'obbligazione, la volontà abdicativa del creditore deve essere espressa in modo inequivoco. Se espressa in modo tacito, in verità, non vi deve essere alcun altro indizio che giustifichi il comportamento se non, appunto, la palese volontà di rimettere il debito.

In conclusione, il criterio da seguirsi è sempre riferito alla sostanza dei rapporti intervenuti tra le parti, interpretati secondo il principio dell'affidamento. Palese è che l'atto teso a far rivivere l'obbligazione debba essere ricondotto alla conflittualità esistente tra le parti.

Ecco perché, la Corte ha espresso il principio di diritto secondo cui: *"il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte*

dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del "neminem laedere"; ne consegue che in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per facta concludentia, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto"

Circa i motivi di ricorso incidentale presentato da B in appello, la Corte di Cassazione, per quanto qui di interesse, statuisce che siano da considerarsi come dovute le somme relative al periodo 2011 al 2013. La decisione si basa sul fatto che, nonostante nel 2011 sia avvenuta la disdetta del contratto, il conduttore abbia comunque occupato l'immobile sino al 2013. Il tutto a prescindere dalla presenza di un contratto sottoscritto dalla sola società e non da B, ma appunto per applicazione dell'art. 1591 c.c. secondo cui il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna.

Con la pronuncia esaminata, ancora una volta, la Cassazione ha rimarcato l'importanza del principio di buona fede quale corollario dell'interpretazione e dell'esecuzione del contratto. Elemento cardine da seguire onde incorrere negli effetti previsti dal nostro ordinamento avverso qualsiasi abuso del diritto.

I costi per i lavori di ristrutturazione eseguiti nella casa della ex convivente costituiscono obbligazione naturale se non sono sproporzionati al patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens*

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 1 luglio 2021, n.18721)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(...) Il ricorrente espone di aver citato, dinanzi al Tribunale di Udine, C.M., ex compagna convivente, per ottenerne la condanna al pagamento di Euro 92.042,01 o della diversa minor somma corrispondente a quanto pagato per eseguire una serie di lavori ed opere nell’immobile di proprietà della convenuta.

La sentenza in scrutinio ha affermato, con accertamento di fatto, non adeguatamente censurato, che l’importo delle operazioni effettuate dovesse essere ricondotto all’adempimento di un dovere morale e sociale, così da rientrare nella previsione di irripetibilità di cui all’art. 2032 c.c., in quanto non esorbitante dalle esigenze familiari e rispettoso dei minimi di proporzionalità ed adeguatezza di cui alla medesima disposizione.

La conclusione della sentenza impugnata è coerente con l’affermazione della giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale un’attribuzione patrimoniale a favore del convivente *more uxorio* può configurarsi come adempimento di un’obbligazione naturale allorchè la prestazione risulti adeguata alle circostanze e proporzionata all’entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens* (Cass. n. 3713 del 13/03/2003; Cass. n. 14732 del 07/06/2018; Cass. n. 11303 del 12/06/2020). A monte vi è da considerare che **“L’azione generale di arricchimento ha come presupposto la locupletazione di un soggetto a danno dell’altro che sia avvenuta senza giusta causa**, sicchè non è dato invocare la mancanza o l’ingiustizia della causa qualora l’arricchimento sia conseguenza di un contratto, di un impoverimento remunerato, di un atto di liberalità o dell’adempimento di un’obbligazione naturale. **E’, pertanto, possibile configurare l’ingiustizia dell’arricchimento da parte di un convivente *more uxorio* nei confronti dell’altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza** - il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto - e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza” (Cass. n. 11330 del 15/05/2009). (...)”

Nota a cura di
Elisa Angela Cravero

In rigetto delle pretese del ricorrente circa l’errata applicazione dell’art. 2041 c.c., la Suprema Corte interviene in questa occasione per ribadire un principio consolidato in tema di rimborsi tra ex conviventi *more uxorio*, ripreso anche recentemente con la sentenza n. 5086/2022, secondo il quale è possibile esperire l’azione generale di arricchimento anche in presenza di pregresso legame tra le parti purchè *“in presenza di prestazioni a vantaggio dell’altro esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza”*.

Nel caso di specie, l'attore, in primo grado, aveva vittoriosamente esperito la predetta azione, dando prova sia della breve durata dell'*affectio* sia delle ulteriori spese sostenute per la gestione familiare, insistendo principalmente sull'esclusivo vantaggio ricavato dalla convenuta, proprietaria dell'immobile adibito a residenza comune, tramite l'esborso di importi decisamente al di sopra dei propri redditi.

Tale decisione era stata, però, successivamente ribaltata in sede di appello, laddove il Giudicante aveva invece ritenuto, conformandosi alla pregressa giurisprudenza di legittimità, come risultasse inconciliabile l'applicazione dell'art. 2041 c.c. ai rapporti di convivenza, nell'ipotesi di prestazioni rese da un convivente a favore dell'altro per ristrutturare o costruire la dimora, posto che tali elargizioni sono di natura senza dubbio spontanea, e, pertanto, ricadenti nell'alveo dell'art. 2034 c.c., senza possibilità di ripetizione.

Ragionamento confermato in Cassazione, laddove le sezioni semplici, al di là del motivo di impugnazione, tra l'altro, non meritevole di accoglimento in quanto attinente al merito della causa, hanno rilevato la proporzionalità delle opere realizzate dal ricorrente, nell'adempimento di un dovere morale e sociale assunto anche verso la prole.

Pertanto, veniva respinto anche il secondo motivo di gravame attinente alla prova del vantaggio esclusivo dell'apporto patrimoniale verso la ex convivente, in quanto nella tesi del ricorrente l'esborso aveva incrementato il valore di un bene di proprietà della controparte "*senza essere strumentale alle concrete esigenze quotidiane*".

Ebbene, sul punto, è bene chiarire come l'irripetibilità delle spese sostenute da un convivente nei confronti dell'altro non possa essere considerata come assoluto, posto che l'azione ex art. 2041 c.c. possa certamente essere esperita anche nei rapporti familiari interrotti, purché venga provato l'effettivo squilibrio patrimoniale derivante dall'eccessivo importo speso per il benessere della famiglia. In buona sostanza, il parametro relativo alla proporzionalità e all'adeguatezza tra le risorse economiche spese e l'adempimento dei doveri morali e sociali incide non solo sul quantum ai fini dell'indennizzo, ma anche sull'an, in quanto in assenza della prova, circa il superamento del medesimo, alcun importo può essere riconosciuto all'ex convivente depauperato, in piena coerenza con il granitico orientamento vigente in tema di rapporti coniugali.

Invero, "*anche se un coniuge contribuisce alla realizzazione di un edificio situato sul fondo di esclusiva proprietà dell'altro non acquista alcun diritto sullo stesso, nè esso può costituire oggetto di comunione. Il coniuge non proprietario potrà tutt'al più, chiedere la ripetizione di quanto versato, purché sia in grado di provarne i conferimenti* (Cass. civ., sez. I, 30 settembre 2010, n. 20508)".

Se ne deduce come, anche nella famiglia di fatto, non possa derogarsi al regime delle obbligazioni naturali, laddove l'apporto fornito dal convivente sia, anche perché destinato al godimento comune del bene, coerente con le proprie finanze, in quanto inserito in un progetto di vita che, indipendentemente dalla durata, esclude qualunque profilo di arricchimento in capo all'altro.

Dunque, non si vede ragione per non evidenziare anche in tale fattispecie la sussidiarietà dell'azione di arricchimento ingiustificato, posto che, non essendoci alcun rapporto contrattuale tra le parti, e non potendo il depauperato essere considerato terzo a seguito di scioglimento dell'unione, non è applicabile alcuna altra azione per la tutela del proprio diritto, nemmeno invocando l'art. 936 c.c., il quale "*trova applicazione soltanto quando l'autore delle opere sia realmente terzo, ossia non abbia con il proprietario del fondo alcun rapporto giuridico di natura reale o personale che gli attribuisca la facoltà di costruire sul suolo* (cfr. Cass. n. 5072 del 1993; Cass. n. 895 del 1997; Cass. n. 11835 del 2003; Cass. n. 12550 del 2009)". Segnatamente, proprio la natura ambivalente dell'istituto ex art. 2041 c.c. ne ha permesso l'applicazione nell'ambito del diritto di famiglia e dei diritti della persona, anche per l'aspetto equitativo della predetta azione giudiziale, laddove si sia determinato uno spostamento patrimoniale non giustificato nella sfera dei due ex conviventi, quando le attribuzioni reciproche "*esulino dall'adempimento del dovere di assistenza e contribuzione, nonché travalichino i limiti di proporzionalità ed adeguatezza*" (cfr. Cass. n. 2392/2020).

Si conclude, dunque, per l'esclusione, salvo prova contraria, del diritto all'indennizzo in capo all'ex convivente, in quanto da un lato *solvens* di un'obbligazione naturale insita nel rapporto *de facto*, e dall'altro quale detentore qualificato (non terzo) del bene adibito a residenza comune, nonostante la contribuzione alle spese di costruzione/ristrutturazione, anche in caso di proprietà esclusiva dell'altro convivente.

I danni da infiltrazioni provenienti dal lastrico solare ad uso esclusivo

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. VI, 8 luglio 2021, n. 19556)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) Uniformandosi al principio di diritto enunciato da Cass. Sez. Un. 10/05/2016, n. 9449, deve ribadirsi che in tema di condominio negli edifici, qualora l'uso del lastrico solare (o della terrazza a livello) non sia comune a tutti i condomini, dei danni da infiltrazioni nell'appartamento sottostante rispondono sia il proprietario, o l'utente esclusivo, quale custode del bene ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio in forza degli obblighi inerenti l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni incombenti sull'amministratore ex art. 1130 c.c., comma 1, n. 4, nonché sull'assemblea dei condomini ex art. 1135 c.c., comma 1, n. 4, tenuta a provvedere alle opere di manutenzione straordinaria, regolandosi il concorso di tali responsabilità, secondo i criteri di cui all'art. 1226 c.c., a meno che non risulti la prova della riconducibilità del danno a fatto esclusivo del titolare del diritto di uso esclusivo del lastrico solare (...) deve enunciarsi il seguente principio: **in tema di condominio negli edifici, dei danni da infiltrazioni cagionati dal lastrico solare o dalla terrazza a livello di uso esclusivo, imputabili non alla omissione di riparazioni del bene, quanto a difetti di progettazione o di esecuzione dell'opera, indebitamente tollerati dal singolo proprietario, risponde soltanto quest'ultimo, agli effetti dell'art. 2051 c.c.**, e non anche - sia pure in via concorrenziale - il condominio, il quale è obbligato ad eseguire le attività di conservazione e di manutenzione straordinaria del bene, e non ad eliminarne i vizi costruttivi originari (...)”

Nota a cura di
Cesare Mele

La pronuncia in esame analizza l'annosa problematica attinente all'imputazione di responsabilità in caso di danni derivanti da omessa riparazione del lastrico solare, nel caso in cui le infiltrazioni verificatesi siano dovute a difetti di progettazione o di esecuzione dell'opera.

In particolare, la Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato avverso la sentenza della Corte d'Appello di Napoli, la quale, a differenza della pronuncia di primo grado che aveva ritenuto corresponsabili il proprietario esclusivo del lastrico solare ed il condominio ai sensi dell'art. 1126 c.c., aveva affermato la responsabilità unicamente del medesimo proprietario esclusivo ex art. 2051 c.c.

Come è noto, l'art. 2051 c.c. disciplina la responsabilità speciale per danno da cose in custodia, prevedendo che chi ha in custodia una cosa risponde del danno originato da essa, salva la prova del caso fortuito.

Il custode risponde per colpa presunta, la quale è giustificata dal fatto che l'idoneità della cosa a produrre un danno impone al custode di adottare le misure idonee a renderla innocua. Il custode risponde per violazione del suo dovere di sorveglianza; parte della dottrina ritiene che nella specie si sia in presenza di una responsabilità oggettiva.

Presupposti della responsabilità ex art. 2051 del Codice civile sono il nesso di causalità tra il danno e la cosa nonché il rapporto di custodia con la stessa.

Innanzitutto, è necessario che il danno derivi dalla cosa ovvero che sia esplicazione della sua concreta potenzialità dannosa per effetto di una sua connaturale forza dinamica o per l'effetto di concause umane o naturali essendo, invece, irrilevante il requisito dell'intrinseca pericolosità al bene. Per custodia, invece, si intende il potere di effettiva disponibilità (materiale e giuridica) e controllo della cosa. Difatti, è qualificato come custode non solo il proprietario, ma anche il possessore, il detentore ed anche il condominio.

In ordine, poi, alla responsabilità da infiltrazione è possibile operare una distinzione a seconda della origine della stessa: se l'acqua giunge dall'unità immobiliare di proprietà esclusiva, è obbligato al risarcimento il singolo condomino proprietario; se l'infiltrazione giunge da una parte comune del condominio, invece, sarà tenuto al risarcimento l'intero condominio per i danni derivanti dalla cattiva manutenzione dell'edificio.

Salvo che il regolamento condominiale preveda diversamente, il lastrico solare è qualificato come parte comune del condominio e, quindi, in caso di danno da infiltrazione, è considerato responsabile l'intero condominio.

Nella vicenda oggetto della pronuncia in commento, però, risultando il lastrico solare di proprietà esclusiva di un condomino, si pongono problemi in merito all'individuazione del soggetto responsabile dei danni arrecati.

La questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 10 maggio 2016, n. 9449), le quali hanno chiarito che, laddove l'uso del lastrico solare non è comune a tutti, dei danni da infiltrazioni rispondono sia il proprietario o l'utente esclusivo, quale custode del bene ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio in forza degli obblighi inerenti l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni incombenti sull'amministratore ex art. 1130, comma 1, n. 4, c.c., nonché sull'assemblea dei condomini ex art. 1135, comma 1, n.4, c.c., tenuta a provvedere alle opere di manutenzione straordinaria.

Siffatta corresponsabilità, regolata ai sensi dell'art. 1126 c.c., viene meno ogniqualvolta si provi che il danno sia riconducibile ad un fatto del titolare esclusivo del diritto sul lastrico solare. Invero, nel caso in esame è stato accertato che la causa dei danni non è rinvenibile nella mancanza di manutenzione della cosa da parte del condominio, ma a difetti originari di progettazione e di esecuzione dell'opera, indebitamente tollerati dal proprietario esclusivo.

Nella individuazione del soggetto responsabile si sono registrati in giurisprudenza due differenti orientamenti: per un primo orientamento, sussisterebbe la responsabilità del condominio per i danni arrecati dai beni e servizi comuni alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini anche se i danni siano imputabili a vizi edificatori dello stabile, con responsabilità concorrente del costruttore-venditore (Cass., Sez. III, 20 agosto 2003 n. 12211; Id., 17 ottobre 2019 n. 26291); per un secondo orientamento, invece, vi sarebbe responsabilità del solo proprietario del lastrico solare e non anche del condominio (Cass., Sez. II, 21 novembre 2016 n. 23680; Id., 15 aprile 2010 n. 9084; Cass., Sez. III, 18 giugno 1998 n. 6060; Id., 19 giugno 2013 n. 15300).

La pronuncia in esame aderisce a questo secondo orientamento in quanto ritiene che *“in tema di condominio negli edifici, dei danni da infiltrazioni cagionati dal lastrico solare o dalla terrazza a livello di uso esclusivo, imputabili non alla omissione di riparazioni del bene, quanto a difetti di progettazione o di esecuzione dell'opera, indebitamente tollerati dal singolo proprietario, risponde soltanto quest'ultimo, agli effetti dell'art. 2051 c.c., e non anche -sia pure in via concorrenziale- il condominio, il quale è obbligato ad eseguire le attività di conservazione e di manutenzione straordinaria del bene, e non ad eliminare vizi costruttivi originari”*.

Pare condivisibile la decisione adottata dalla Suprema Corte in quanto, pur dovendo i singoli condomini contribuire proporzionalmente alle spese derivanti dal normale deterioramento del lastrico, sarebbe irragionevole addossare agli stessi anche le spese occorrenti per eliminare danni cagionati dolosamente o colposamente da taluno soltanto dei condomini (in questo caso il proprietario esclusivo del lastrico solare), avendo lo stesso tollerato i difetti costruttivi e di progettazione senza in alcun modo intervenire per la loro eliminazione.

La necessità del dolo o della colpa del proprietario esclusivo del lastrico conferma, infine, la validità dell'orientamento che esclude la qualificazione della responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. come responsabilità oggettiva, prescindendo del tutto da ogni considerazione della condotta e della colpa del custode.

Invero, la responsabilità del custode va qualificata come responsabilità aggravata per colpa presunta, la cui *ratio* riposa nel generale dovere di diligenza che impone a chi ha la disponibilità di una cosa di tenerla in condizioni di non pericolosità. È fatta salva comunque per il proprietario esclusivo del lastrico solare l'azione di rivalsa nei confronti del costruttore-venditore.

Contratto di appalto: la responsabilità solidale tra appaltatore, direttore dei lavori e progettista

Argomento: Del contratto di appalto

(Cass. Civ., Sez. VI, 20 luglio 2021, n. 20704)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) In tema di contratto di appalto il vincolo di responsabilità solidale fra l'appaltatore ed il progettista e direttore dei lavori, i cui rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dal committente, trova fondamento nel principio di cui all'art. 2055 c.c., il quale, anche se dettato in tema di responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale (Cass. n. 14650 del 2012). Peraltro, secondo l'orientamento consolidato di questa Corte, ove **il danno risentito dal committente di un contratto di appalto sia conseguenza dei concorrenti inadempimenti dell'appaltatore e del progettista - direttore dei lavori, entrambi ne rispondono solidalmente**, essendo sufficiente, per la sussistenza della solidarietà, che le azioni e le omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrre l'unico evento dannoso (cfr. Cass. n. 20294 del 2004; Cass. n. 5103 del 1995). L'affermazione del giudice di appello in ordine alla ritenuta sussistenza di una responsabilità solidale per i vizi dell'opera tra appaltatrice e direttore dei lavori è in linea con l'orientamento giurisprudenziale di questa Corte ormai consolidatosi da parecchi anni secondo cui, qualora il danno risentito dal committente di un contratto di appalto sia ascrivibile alle condotte concorrenti dell'appaltatore e del direttore dei lavori (o del progettista), entrambi sono solidamente responsabili del danno, a nulla rilevando la diversità dei titoli cui si ricollega la responsabilità, con la conseguenza che il danneggiato può rivolgersi indifferentemente all'uno o all'altro per il risarcimento dell'intero danno (Cass. n. 13039 del 1991; Cass. n. 5103/1995 cit.; Cass. n. 972 del 2000; Cass. n. 12367 del 2002). Ripudiata, infatti, la tradizionale teoria della "eadem causa obligandi" la interpretazione corrente dell'art. 2055 c.c. fonda dunque la ragione della responsabilità solidale nel semplice concorso di più soggetti in una condotta produttiva di danno che sia genericamente riconducibile alla categoria generale dei fatti illeciti. La "mens" della norma, chiaramente intesa a ricondurre al regime generale della casualità giuridica e, perciò, unificare, posizioni di responsabilità extracontrattuale diverse e concorrenti, tuttavia, nella produzione dello stesso fatto dannoso, si riflette, specularmente, in quella dell'art. 1294 c.c., ove la solidarietà è parimenti concepita come strumento di unificazione di posizioni contrattuali diverse, in dipendenza dell'unico danno subito dal creditore ad opera dei concorrenti inadempimenti che esigono come tali una sua più adeguata tutela. (...)”

Nota a cura di
Stefania Cici

Con l'ordinanza in commento, la Sezione Sesta della Suprema Corte di Cassazione, è intervenuta nuovamente in materia di responsabilità solidale affermando che il progettista/direttore dei lavori è responsabile in solido con l'appaltatore nei confronti dei terzi danneggiati ai sensi dell'art. 2055 c.c., che seppur è dettato in termini di responsabilità extracontrattuale, si estenderebbe anche all'ipotesi in cui il danno sia stato arrecato a titolo di responsabilità contrattuale, così come già sostenuto dai giudici di legittimità nella sentenza n. 14650 del 2012.

Il caso di specie trae origine dalla domanda di condanna proposta dalla signora B - committente dei lavori - con la quale, quella, lamentava l'erronea esecuzione delle opere di impermeabilizzazione del tetto, tanto nei confronti della V. s.r.l. e quanto avverso M.S.I., al dal fine di ottenere la risoluzione dei contratti di appalto e di opera stipulati con i predetti rispettivamente per: consolidamento di immobile di sua proprietà ed inadempimento all'incarico di direttore dei lavori appaltati, nonché chiedeva la restituzione degli importi ricevuti ed il risarcimento del danno arrecato dalle controparti. Le suddette istanze venivano accolte dal tribunale di prime cure che rigettava invece le domande restitutorie e condannava in solido i medesimi al risarcimento danni; altresì veniva condannata la società appaltatrice al versamento di una somma a titolo di penale per il ritardo ed era riconosciuta alla parte attrice una responsabilità per opere extracontratto da doversi corrispondere in favore della V. s.r.l.

In ragione di appello interposto dal Direttore dei lavori, la Corte d'Appello in parziale riforma della sentenza di primo grado, rigettava la domanda di risoluzione del contratto d'opera professionale atteso che, lo stesso, si considerava risolto al momento del getto del tetto; tuttavia stante le plurime inadempienze confermava la condanna in solido delle società in favore di B. ed accertava, nel rapporto interno con la società, la corresponsabilità dell'appaltante nella misura di un terzo non potendo essere imputata alla stessa alcuna responsabilità derivante da cattiva esecuzione delle opere e conseguentemente condannandola a tenere indenne l'appaltatrice di quanto chiamata a corrispondere a titolo di danni all'attrice.

Atteso ciò M.S.I. - Direttore dei lavori - proponeva ricorso presso la Corte di Cassazione per violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. in relazione all'art. 1667 c.c. nonché per violazione e falsa applicazione dell'art. 1292 c.c., in quanto affermava che la Corte di Appello avesse mal qualificato e quantificato il profilo di responsabilità del professionista.

I motivi sono stati entrambi respinti dalla Suprema Corte giacché il lavoro era stato eseguito e completato prima della denuncia e conseguentemente l'opera veniva anzitempo accettata dalla committente, di tal che non sussisterebbe alcuna responsabilità derivante da vizi quanto piuttosto una responsabilità di tipo contrattuale originatasi dai molteplici inadempimenti, circostanza riconosciuta dalla Corte con determinazione di responsabilità di tipo solidale al risarcimento dei danni. Il secondo motivo si rileva allo stesso modo, altrettanto, infondato atteso che il progettista risulta essere solidalmente responsabile nei confronti dei terzi danneggiati alla stregua dell'appaltatore così come chiarito dall'interpretazione corrente dell'art. 2055 c.c. che fonda la ragione della responsabilità solidale nella sussistenza di un concorso di più soggetti nella condotta produttiva di danni a nulla ostando la diversità del titolo a cui tale responsabilità si ricollega. La medesima logica solidaristica segue l'interpretazione dell'art.1294 c.c. in quanto vi è una unificazione delle posizioni contrattuali a fronte delle condotte poste in essere.

Così dottrina e giurisprudenza hanno ripudiato la teoria tradizionale della *eadem causa obligandi* divenendo ad una interpretazione più coerente e garantista del dato testuale dell'art. 2055 c.c., difatti, il terzo danneggiato potrà rivolgersi indistintamente a ciascuno dei soggetti coinvolti nonostante il fatto dannoso derivi da azioni od omissioni costituenti fatti illeciti distinti purché le stesse appaiano comunque legate da un vincolo di interdipendenza che le consenta in maniera efficiente di concorrere alla produzione del medesimo danno.

La reintegrazione nel possesso e le azioni in autotutela del proprietario

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 28 luglio 2021, n. 21613)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) in tema di possesso, è passibile di azione di reintegrazione, ai sensi dell’art. 1168 cod. civ., colui che, consapevole di un possesso in atto da parte di altro soggetto, anche se ritenuto indebito, sovverta, clandestinamente o violentemente, a proprio vantaggio la signoria di fatto sul bene nel convincimento di operare nell’esercizio di un proprio diritto reale, essendo, in tali casi, “*l’animus spoliandi in re ipsa*”, e non potendo invocarsi il principio di legittima autotutela, il quale opera soltanto “in continenti”, vale a dire nell’immediatezza di un subito ed illegittimo attacco al proprio possesso.

(…) caratteristica necessaria e sufficiente per la configurabilità dell’“*animus spoliandi*” deve ritenersi la consapevolezza di sovvertire una situazione possessoria contro la volontà espressa o presunta del possessore, sì che esso non può dirsi escluso dal convincimento dello “*spolians*” di esercitare un proprio diritto

(…) è legittimamente sostenibile la sussistenza dell’“*animus spoliandi*” nell’agente in conseguenza del solo fatto di aver privato del godimento della cosa il possessore contro la sua volontà (espressa o tacita), indipendentemente dalla convinzione dell’agente stesso di operare secondo diritto, ovvero con il proposito di ripristinare la corrispondenza tra situazione di fatto e situazione di diritto. La presenza del detto elemento soggettivo dello spoglio può legittimamente venir esclusa, pertanto, qualora risulti provato, da parte del convenuto nel giudizio possessorio, il proprio ragionevole convincimento circa il consenso del possessore alla modifica o privazione del suo possesso (…).

(…) se è pur vero che con l’atto materiale dello spoglio devono coesistere il dolo o la colpa, la cui prova incombe su chi propone la domanda di reintegrazione, è stato però precisato che rappresenta apprezzamento di fatto – riservato al giudice del merito ed insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione logica e sufficiente – l’accertamento dell’esistenza dell’indicato elemento soggettivo, ed il possessore non deve provare anche la consapevolezza dell’autore della lesione di aver violato l’altrui diritto. (…)”

Nota a cura di
Debora Berta

L’ordinanza Cass. Civ., Sez. II, n. 21613 del 28 maggio 2021 riafferma un principio consolidato e più volte ribadito in altre pronunce della Suprema Corte secondo cui: il convincimento di operare nell’esercizio del proprio diritto reale non esime di per sé dalla responsabilità ai sensi dell’art. 1168 c.c.

Chi, infatti, consapevole di un possesso in atto da parte di altro soggetto, quand’anche ritenuto indebito, modifichi clandestinamente o violentemente (come nella specie, alterando lo stato dei luoghi e più precisamente di un confine tra proprietà agricole) a proprio vantaggio il potere di fatto sul bene ripristinando il proprio, commette una condotta configurabile come spoglio, essendo in tali casi “*in re ipsa l’animus spoliandi*”. In tale contesto la Corte di Cassazione ribadisce che il principio della legittima autotutela potrebbe operare soltanto “in continenti”, ovvero nell’immediatezza di

un illegittimo attacco al proprio possesso cosicché si tratti di un ripristino immediato dello stato di fatto. In tal senso si veda Cass. Civ. II sez. 9/6/2009, n. 13270.

L'elemento soggettivo della condotta di spoglio il c.d. *animus spoliandi* sussiste ogni qualvolta il soggetto agente sia consapevole di agire contro la volontà espressa o tacita di colui che in quel momento ha la signoria sul bene (si veda in tal senso Cass. Civ. Sez. II, 13/2/1999, n. 1204) a prescindere dal fatto che il possesso del bene sia una mera situazione di fatto o corrisponda ad una situazione di diritto. “*La presenza del detto elemento soggettivo dello spoglio può legittimamente venir esclusa, pertanto - precisa la sentenza in commento - qualora risulti provato, da parte del convenuto nel giudizio possessorio, il proprio ragionevole convincimento circa il consenso del possessore alla modifica o privazione del suo possesso (conf. Cass. n. 2316/2011; Cass. n. 8059/2005).*”

L'elemento soggettivo della condotta configurabile come spoglio ai sensi dell'art. 1168 c.c. sussiste secondo la giurisprudenza della Suprema Corte indipendentemente dalla convinzione dell'agente di operare secondo diritto, ovvero con il proposito di ripristinare la corrispondenza tra situazione di fatto e situazione di diritto. La sentenza in commento, richiamando il fatto accertato nel merito dal Giudice di prime cure e dalla Corte di Appello, ha evidenziato come la reazione dello *spoliator* sia avvenuta non nell'immediatezza del fatto assunto come lesivo, ma a distanza di alcuni mesi, così che non poteva essere invocata alcuna forma di legittima autotutela del diritto lesa. Soltanto una reazione “in continenti”, posta in essere nell'immediatezza di una condotta lesiva del possesso, avrebbe potuto essere valutata come ammissibile forma di autotutela escludendo lo spoglio.

Il cd. principio dell'autotutela possessoria, o della legittima difesa privata del possesso, consente a chi è spogliato del possesso o è stato molestato, se lo faccia immediatamente, cioè mentre dura l'offesa, di ritogliere legittimamente egli stesso allo *spoliator* la cosa o rimuovere la molestia di cui è vittima, senza incorrere nel reato di ragnon fattasi (esercizio arbitrario delle proprie ragioni).

Il principio presente nel diritto romano e nel diritto canonico, pur non essendo espressamente previsto nel nostro ordinamento è stato affermato dalla dottrina e individuato da pronunce della Suprema Corte entro ristretti limiti (ad esempio temporali come nel caso che ci occupa), travalicati i quali il soggetto non può che ricorrere alla tutela giudiziale, possessoria o petitoria, del diritto lesa.

Buoni postali fruttiferi cointestati e conseguenze in caso di morte di uno dei cointestatari

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. I, 13 settembre 2021, n. 24639)
stralcio a cura di Antonia Luigia Corrado

“(…) Per quanto concerne la questione relativa ai buoni fruttiferi postali, recanti la clausola “pari facoltà di rimborso”, la prima Sezione Civile, con la sentenza n. 24639, **ha affermato il principio di diritto in forza del quale, coloro i quali hanno sottoscritto il buono, hanno pari titolarità sulla somma depositata e sui relativi interessi, ergo, ciascuno degli intestatari, può chiedere il pagamento dell’intero non essendo applicabile la disciplina prevista dall’art. 187 d.P.R. n. 256 del 1989 per i libretti di risparmio postali, che subordina il rimborso del saldo alla quietanza di tutti gli aventi diritto.** Pertanto, dalla pronuncia si evince la differenza sostanziale tra libretti postali e buoni fruttiferi, ove il credito portato non è cedibile *inter vivos*, quindi, la morte di uno dei contitolari del buono conferma la legittimazione al rimborso in capo agli altri, senza coinvolgere gli eventuali eredi del defunto. (…)”

Nota a cura di
Danila La China

P. s.p.a. veniva convenuta in giudizio al fine di accertare il diritto al rimborso di un buono fruttifero postale cointestato, munito della clausola “pari facoltà di rimborso” (cd. PFR), per via del fatto che era sopravvenuto il decesso di uno dei due cointestatari.

L’attrice chiedeva, *in primis*, la condanna al rimborso dell’intero ammontare del buono fruttifero e, in subordine, al rimborso della quota di propria spettanza, pari al cinquanta per cento del totale del buono.

Il giudice di prime cure accoglieva la domanda subordinata e parte attrice appellava la pronuncia ottenendo, in appello, la condanna della convenuta al rimborso dell’intero ammontare del buono fruttifero, ivi compresi gli interessi calcolati a norma dello stesso titolo e quelli legali dal giorno della domanda al saldo.

Il giudice di secondo grado fondava la sua decisione prendendo le mosse dalla qualificazione del buono fruttifero come titolo di credito nominativo (artt. 2021-2027 c.c.).

Peraltro, secondo il giudice d’appello, ove lo strumento di risparmio sia intestato a più soggetti, si realizza una specie di comunione ordinaria, in ragione della quale sussiste solidarietà attiva dei contitolari nei confronti del comune debitore e la clausola PFR legittima ciascun concreditore alla liquidazione dell’integrale ammontare del buono, senza che il diritto di chiedere l’adempimento dell’intera prestazione possa ritenersi estinto a seguito della morte di uno dei contitolari e della sostituzione degli eredi al concreditore defunto.

D’altronde, a parere del medesimo giudice, non è rinvenibile alcuna disposizione di legge in quest’ultimo senso, contrariamente a quanto prospettato da P. s.p.a, la quale ricorreva per la cassazione della sentenza.

In particolare, P. s.p.a. osservava che alla fattispecie *de qua* debba ritenersi applicabile la disciplina posta dall’art. 187 del D.P.R. 256 del 1998, per cui il rimborso del buono fruttifero cointestato, dopo la morte di un cointestatario, può avvenire solo previa presentazione di quietanza di tutti gli aventi diritto. La *ratio* della disposizione sarebbe duplice: non far cessare la fruttuosità del titolo in

danno di coloro che non siano intervenuti alla quietanza e tutelare il debitore da eventuali pretese degli eredi del *de cuius*.

Inoltre, la ricorrente rilevava che il riferimento alla disciplina della comunione operato dal giudice d'appello anziché corroborare la decisione, deporrebbe nel senso opposto. Infatti, dalla disciplina della comunione discenderebbe che, nel caso di decesso di uno dei cointestatari, trovi applicazione l'art. 1102 c.c., secondo il quale il godimento esclusivo della cosa comune è possibile solo con il consenso di tutti i partecipanti; mentre, il rimborso della quota potrebbe avvenire solo a seguito dello scioglimento della comunione (art. 1111 c.c.).

Tanto premesso, prima di entrare nel merito della parte motiva della sentenza, giova segnalare che la Corte ha rilevato la sussistenza di un contrasto sincrono tra l'ordinanza interlocutoria n.16683/2020 e l'ordinanza della VI sezione della Corte di Cassazione del 10 giugno 2020 n. 11137, che aveva risolto una fattispecie analoga in senso opposto, ossia in senso favorevole a P. s.p.a.

Tuttavia, ad avviso della Cassazione, quest'ultima decisione appare inidonea ad orientare la sentenza in esame poiché non rende adeguatamente “conto degli argomenti spendibili a sostegno della soluzione”.

Invero, l'incertezza interpretativa origina dall'avvicinarsi di disposizioni non certo cristalline.

In origine, la disciplina dei buoni fruttiferi era contenuta nel libro terzo, capo VI, del D.P.R. 156 del 1973 (testo unico delle disposizioni legislative in materia postale di bancoposta e telecomunicazioni) che, all'art. 178, prevedeva il rimborso dei buoni fruttiferi con PFR senza alcuna riserva, con pagamento a vista dell'intero buono al singolo cointestatario.

Per completezza, si segnala che il detto capo VI, artt.171-182, è stato abrogato dall'art. 7 del D. Lgs. 30 luglio 1999, n. 284 a decorrere dalla data di entrata in vigore dei decreti che stabiliscono nuove caratteristiche dei libretti di risparmio postale e dei buoni fruttiferi postali, ma l'applicabilità al titolo oggetto del giudizio della nuova disciplina è esclusa, in quanto successiva alla sua emissione. Per la medesima ragione sarebbe da escludersi l'applicabilità alla fattispecie in esame anche dell'art. 203 del regolamento di esecuzione del libro terzo del codice postale e delle telecomunicazioni - servizi di banco posta (D.P.R. 256 del 1989) il quale - estendendo le norme relative al servizio dei libretti di risparmio postali ai buoni postali fruttiferi - richiede la quietanza di tutti gli aventi diritto (prevista dall'art. 187 del medesimo D.P.R.) per il rimborso del buono fruttifero intestato a due o più persone, di cui una delle quali sia deceduta, anche in presenza della clausola PFR.

Negli anni, tuttavia, la posizione di P. s.p.a. si è assestata su una lettura rigida, fondata sulla pretesa retroattività di queste ultime disposizioni, in virtù della quale si sono susseguiti numerosi casi di rifiuto di rimborso di buoni scaduti, in assenza della citata quietanza, ove uno dei titolari fosse deceduto.

La sentenza in commento, nel respingere il ricorso di P. s.p.a., ben fa a soffermarsi subito sull'inequivocabile portata del testo della clausola PFR, anche considerato il fermo orientamento della giurisprudenza di legittimità, che dà peso predominante ai dati risultanti dal testo dei buoni postali (Cass. 31 luglio 2017, n. 19002; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4761).

Inoltre, la Corte provvede a sgombrare il campo dal malinteso in cui è incorsa la ricorrente circa il riferimento alla disciplina della comunione dei diritti reali, affermando che: “la conformazione dei buoni postali cointestati rinvia, in sé stessa, alla figura della contitolarità nei diritti di credito, che nulla hanno a che vedere con i diritti reali”.

In particolare, nel caso di specie si discute della legittimazione attiva alla prestazione, ossia di un profilo diverso da quello “attinente alla (con)titolarità del relativo diritto (esemplare, al riguardo, è la norma dell'art. 1992 c.c.)”.

Ma, soprattutto, la pronuncia in commento esclude l'applicabilità ai buoni fruttiferi – per il tramite dell'art. 203 - del citato art. 187, concernente i libretti di risparmio, in quanto ravvisa una disomogeneità morfologica tra i due prodotti, nonostante sia i libretti di risparmio che i buoni fruttiferi

appartengano “alla specie dei titoli di legittimazione, *ex art.* 2002 c.c. e non hanno invece natura di titoli di credito”, come erroneamente asserito dal giudice di secondo grado.

Tra i due “prodotti” occorre rilevare una fondamentale differenza consistente in una deroga al principio generale di libera cedibilità dei crediti fissata dall’art. 1260 c.c., poiché l’art. 204, comma 3, del D.P.R. 256/1989 sancisce l’intrasferibilità del credito portato dai buoni postali.

In sostanza, “i buoni postali fruttiferi si caratterizzano per un marcato rafforzamento del diritto di credito dell’intestatario sulla somma portata dal documento ad ottenerne il rimborso a vista”.

Orbene, stante la predetta peculiarità dei buoni fruttiferi ed attesa la clausola di salvezza di cui all’art. 203 del regolamento di esecuzione in parola, secondo la quale le norme relative ai libretti di risparmio sono estese ai buoni postali fruttiferi “in quanto applicabili e sempreché non sia diversamente disposto dalle norme del presente titolo VI”, la Corte ritiene insussistente l’identità di *ratio* che giustificerebbe l’applicabilità del citato art. 203 ai buoni fruttiferi postali.

Per di più, avallando la tesi sostenuta da P. - che propende per l’estensione analogica della disciplina dettata per i libretti di risparmio ai buoni fruttiferi postali cointestati a due o più persone e muniti della clausola “pari facoltà di rimborso” - il decesso di uno dei cointestatori precluderebbe il rimborso dell’intero agli altri con la conseguenza che si finirebbe per obliterare proprio il carattere essenziale per il quale detti buoni, dotati della menzionata clausola, si connotano.

La decisione, però, si spinge oltre e contraddice anche l’assunto della ricorrente, secondo il quale la disciplina dei buoni fruttiferi postali non regolerebbe il caso di morte di uno dei cointestatori; mentre, dettando l’art. 208 del D.P.R. 256 del 1989 una specifica disciplina riservata alla riscossione dei buoni postali, i quali “sono rimborsabili a vista” senza alcuna eccezione o specificazione, invero disciplina allo stesso modo anche il rimborso in caso di morte di un contitolare.

Né, in assenza della detta quietanza, per paralizzare il rimborso a vista rileva la circostanza della eventuale lesione dei diritti degli eredi del cointestatario defunto.

Al proposito, la Corte richiama la recente decisione del Collegio di coordinamento dell’ABF n. 22747/2019, secondo cui “la normativa esaminata non tutela gli interessi dei coeredi, i quali potranno venire eventualmente a conoscenza *aliunde* dell’esistenza dei buoni intestati anche a propri danti causa e agire nei confronti del coerede davanti al giudice ordinario”.

Le argomentazioni della Corte appaiono condivisibili poiché valorizzano l’univocità del dato testuale del buono fruttifero munito di clausola PFR e smentiscono la legittimità della prassi di P., che non appare suffragata da solidi indici normativi, ma più che altro arroccata su una posizione aprioristicamente “difensiva”.

Probabilmente, però, vista la particolare importanza della questione ed il rilevante contenzioso generato, sarebbe stato opportuno rimettere la decisione alle sezioni unite, *ex art.* 374 c.p.c., quantomeno per evitare ulteriori contrasti tra le sezioni semplici e conseguente incertezza del diritto.

Rapporto tra esibizione sostanziale e processuale in tema di estratti conto bancari

Argomento: Del Contratto Di Conto Corrente

(Cass. Civ., Sez. I, 13 settembre 2021, n. 24641)
stralcio a cura di Antonia Luigia Corrado

“(…) La Prima Sezione Civile, in tema di contratti bancari, ha affermato che il cliente, o diverso soggetto a ciò legittimato, ha il diritto di ottenere copia della documentazione inerente alle singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni.

Pertanto, il cliente potrà chiedere in giudizio la produzione degli estratti conto, ex art. 119 TUB, solo se la banca si è opposta e rifiutata a rilasciarli, senza un motivo.

Come si evince dalla interpretazione dell’**art. 119, quarto comma, TUB, l’articolo pone in essere una disposizione di natura sostanziale, volta a definire le obbligazioni gravanti sulla banca in adempimento del contratto stipulato con il cliente.** Il diritto del cliente di ottenere la consegna della copia relativa alla documentazione circa le operazioni dell’ultimo decennio ha natura di diritto sostanziale la cui tutela è prevista come situazione giuridica, in virtù della quale, per il suo riconoscimento non assume alcun rilievo l’utilizzo che il cliente intende fare della documentazione. (…)”

Nota a cura di
Erika Forino

La pronuncia che si annota ripropone due temi di particolare rilevanza, mostrando come, nonostante la “*serialità*” delle controversie tra Banca e correntista, il corretto riparto dell’onere della prova e il rapporto tra diritto sostanziale e processuale sia ancora caratterizzato da molteplici dubbi nell’esperienza applicativa e dalla non univocità sul piano giurisprudenziale.

La sentenza in commento assume, infatti, una posizione oltremodo netta sulla inammissibilità di una istanza diretta di esibizione documentale ai sensi dell’art. 210 c.p.c., invocata dal correntista in difetto della previa richiesta di consegna della documentazione bancaria ai sensi dell’art. 119, quarto comma, del T.u.b. e, di conseguenza, sulla possibilità di acquisire detta documentazione mediante la consulenza tecnica contabile in ragione di quanto disposto dall’art. 198 c.p.c. La pronuncia diventa, dunque, occasione per riflettere anche sui confini della consulenza tecnica contabile per come disegnati con il successivo trittico delle Sezioni Unite in ordine al perimetro dell’attività peritale (Cass. civ., SS. UU n. 3086 del 14 febbraio 2022, Cass. civ., SS. UU. n. 5624 del 21 febbraio 2022, Cass. civ., SS.UU. n. 6500 del 28 febbraio 2022).

Il caso sottoposto allo scrutinio della Suprema Corte trae origine dall’azione di indebito oggettivo intrapresa da una società correntista, finalizzata ad ottenere la ripetizione di tutte le somme indebitamente percepite dall’Istituto di credito convenuto in ragione dell’applicazione di interessi anatomici e superiori al tasso soglia, commissioni e spese illegittime che avevano obbligato la società attrice alla stipula di un contratto di mutuo ipotecario ed alla conseguente vendita del bene immobile per far fronte all’esposizione debitoria maturata nei confronti della Banca. All’esito del parziale accoglimento ad opera del Giudice di primo grado che ha dichiarato la nullità parziale del contratto di conto corrente e condannato l’Istituto convenuto alla parziale ripetizione delle somme oggetto della domanda, la Banca ha interposto appello, seguito dalla impugnazione incidentale della correntista. In integrale riforma della statuizione di primo grado, la Corte di Appello ha accolto il

gravame della Banca e rigettato l'originaria domanda del correntista sulla scorta del principio per cui "*onus probandi incumbit ei qui dicit*". La Corte territoriale, dopo aver ritenuto di non poter considerare gli esiti della consulenza tecnica espletata nel corso del giudizio di primo grado per avere l'ausiliario introdotto in giudizio documentazione non ritualmente acclusa dall'attore nel rispetto delle preclusioni processuali, si sofferma sulle ragioni di inammissibilità dell'istanza di esibizione documentale formulata dal correntista. Quest'ultima, infatti, non essendo supportata dalla prova della mancata consegna della documentazione bancaria da parte dell'istituto convenuto attraverso la consueta trasmissione periodica (art. 119, secondo comma, T.u.b.) né, dalla previa richiesta di consegna cui all'art. 119, quarto comma, del T.u.b., non avrebbe potuto essere invocata indiscriminatamente dal correntista se non a scapito del principio per cui grava su chi agisce in giudizio l'onere di allegare e fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda. Avverso il diniego della domanda, la società correntista ha proposto ricorso per Cassazione censurando la pronuncia d'appello, per quel che qui rileva, per erronea e falsa applicazione degli artt. 62,194 e 210 c.p.c., art. 119 T.u.b. e degli artt. 3 e 24 Cost. oltre che, per contraddittorietà della motivazione con riguardo ai limiti della consulenza tecnica contabile. Rigettando integralmente il ricorso proposto dalla società, la Suprema Corte mostra di condividere l'orientamento avallato dalle corti di merito (da ultimo, Corte di Appello di Brescia, sent. n. 504 del 26 aprile 2022, Trib. Savona, sent. 314 del 12 aprile 2022) secondo il quale, presupposto per l'ammissibilità dell'istanza ex art. 210 c.p.c. invocata dal correntista è la previa richiesta della documentazione ai sensi dell'art. 119, quarto comma, T.u.b. ed il diniego della Banca.

In questa prospettiva, dopo la stagione che ha visto prevalere la tutela del contraente debole anche a scapito dell'ordinario riparto dell'onere della prova per come sancito dall'art. 2697 c.c. e, il diritto sostanziale del correntista ad ottenere la documentazione bancaria rispetto alla disciplina processuale, la Corte si discosta dalla corrente garantista, colmando integralmente i dubbi e le lacune ravvisate dalla giurisprudenza di merito con riguardo all'opposto orientamento (espresso, quest'ultimo, da Cass. civ., 11 maggio 2017, n. 11554 nonché, da Cass. civ., n. 27769 del 30 ottobre 2019). Ed infatti, si era già evidenziato a margine della pronuncia n. 27769, resa dalla Sesta Sezione della Suprema Corte, in data 30 ottobre 2019[1], come l'orientamento secondo cui il diritto del correntista di richiedere copia della documentazione bancaria possa essere esercitato anche in sede giudiziale "*attraverso qualunque mezzo si mostri idoneo allo scopo*" e, pure in difetto di una preventiva richiesta acquisitiva, portasse con sé il rischio del proliferare delle c.d. azioni "al buio", in spregio dei principi che, sotto il profilo sostanziale e processuale, regolano il riparto dell'onere della prova e, come, dette criticità continuassero ad essere rilevate dalle Corti di merito in contrasto con il menzionato arresto di legittimità.

Ebbene, proprio in accoglimento delle predette istanze, la Suprema Corte, tracciando il *discrimen* tra secondo e quarto comma dell'art. 119 t.u.b. da ravvisarsi nel momento in cui sorge, in capo alla Banca, l'obbligazione di consegna della documentazione e nella natura potestativa del diritto del correntista di richiedere "(...) *copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni (...)*", mostra di discostarsi vistosamente dall'orientamento – fino a quel momento - prevalente. I Giudici di legittimità ricordano, infatti, come, a dispetto di quanto affermato dall'opposto orientamento garantista, l'art. 119, quarto comma, T.u.b. non contenga alcuna clausola derogatoria rispetto a quanto sancito dal codice di rito con riguardo all'ordine di esibizione documentale. Ed anzi, il riconoscimento della centralità della irreperibilità *aliunde* della documentazione di cui si chiede l'esibizione attraverso l'ordine del Giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c., costituisce presupposto preliminare tradizionalmente enfatizzato dal consolidato orientamento di legittimità. Affermare, al contrario, che sia l'istituto convenuto a dover fornire in giudizio la documentazione a supporto degli elementi costitutivi della domanda avanzata dal correntista implica una irragionevole deviazione rispetto alla disciplina del riparto della prova sancito dall'art. 2697 c.c. e, dal diritto vivente stesso.

La decisione in esame, oltre ai menzionati argomenti ermeneutici enfatizza, altresì, la natura potestativa del diritto del correntista di richiedere la documentazione bancaria. Sotto questo profilo, l'obbligazione di adempimento in capo all'istituto di credito diviene attuale nel momento in cui detto diritto è esercitato dal contraente. Ciò comporta che il correntista non possa domandare indiscriminatamente l'intervento del giudice ove detto diritto non abbia previamente esercitato se non a discapito dei principi che informano il riparto dell'onere probatorio e dei presupposti saldamente individuati dal consolidato insegnamento di legittimità per l'ammissibile esperimento del rimedio di cui all'art. 210 c.p.c. (oltre alla già menzionata irreperibilità *aliunde*, anche la specifica identificazione di atti e documenti di cui si domanda l'esibizione e la necessità ai fini della controversia). Di talché, solo ove sia stata preliminarmente richiesta la documentazione bancaria e sussista diniego dell'istituto è possibile domandare l'intervento del Giudice nelle forme dell'art. 210 c.p.c.. Sulla scorta del principio tracciato dalla decisione che si annota, la Corte non perde occasione di riflettere anche intorno ai limiti ed ai poteri del Consulente tecnico d'ufficio con riguardo all'acquisizione, in sede peritale, di documentazione non ritualmente acclusa dall'attore. Al riguardo, l'arresto in esame, secondo il quale l'acquisizione tardiva di documentazione attraverso l'esame peritale può ritenersi ammissibile solo ove abbia ad oggetto fatti accessori, non può condividersi, non foss'altro che per il recente orientamento fatto proprio, seppure successivamente alla pronuncia in esame, dalle Sezioni Unite (Cass. civ., SS. UU n. 3086/022, Cass. civ., SS. UU. n. 5624/2022, Cass. civ., SS.UU. n. 6500/2022). Secondo i principi da ultimo espressi dai Giudici di Legittimità, infatti, (solo) nell'ipotesi di consulenza tecnica contabile l'acquisizione di documentazione ulteriore rispetto a quella acclusa dalle parti al giudizio, è ammissibile e non violativa dei principi che informano il processo civile in ragione della specificità che connota la perizia contabile. Tanto, anche quando la documentazione acquisita dall'ausiliario abbia ad oggetto la prova di fatti principali, a patto che il procedimento resti presieduto dal principio del contraddittorio, a pena di nullità relativa (e non assoluta) dell'elaborato peritale.

[1] M. Gilberti, R. Mugavero, R. Trezza (a cura di), *Contratti bancari: richiesta di documentazione ex art. 119 TUB e incidenza dell'art. 210 c.p.c.*, in *2019. Un anno di sentenze*, Diritto civile, Giappichelli Ed., 2019, 189 ss.

L'annullamento del contratto per dolo ai sensi dell'art. 1439 c.c.: è necessaria un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte

Argomento: Dei contratti in generale

(Cass. Civ., Sez. VI, 24 settembre 2021, n. 25968)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) D.M.L. convenne in giudizio, innanzi a Tribunale di Modena, Ga.Gi.Gi. e l'impresa Costruzioni G. s.r.l., la V. s.r.l. nonché i signori S.G. e G.K., per chiedere dichiararsi la nullità e l'annullabilità della procura speciale rilasciata dallo stesso in favore di Ga.Gi.Gi., in data (OMISSIS) con atto per notar St., avente ad oggetto la vendita di un appartamento e la conseguente nullità e/o l'annullabilità dell'atto di vendita;[...] - sulla base della procura a vendere rilasciata con atto dell'(OMISSIS), l'appartamento di sua proprietà veniva alienato a S.G. e G.K.; - la Corte d'appello di Bologna, con sentenza del 2.1.2020 rigettò l'appello del D.M. e, per l'effetto, confermò la sentenza di primo grado, con cui era stata rigettata la domanda per carenza di prova in ordine al raggiro;(…) - il motivo è inammissibile; - il ricorrente, sotto lo schermo della violazione di legge, chiede una rivalutazione dei fatti di causa volta all'accertamento del raggiro subito, laddove la corte di merito ha correttamente ritenuto che non integrasse il raggiro l'incomprensione degli effetti giuridici dell'atto notarile con la quale egli aveva rilasciato la procura a vendere in quanto vi era stata una compiuta illustrazione da parte del notaio rogante, non assumendo rilevanza gli accordi, dedotti ma non dimostrati, in ordine alle rassicurazioni ricevute dal G.G. sui tempi della vendita dell'immobile oggetto della permuta e sulla partecipazione dei terzi nel *consilium fraudis*; - ne consegue l'innammissibilità del ricorso anche ai sensi dell'art. 360 bis, n. 1 c.p.c. per essere la decisione della corte distrettuale conforme alla giurisprudenza consolidata di questa Corte in materia di annullamento del contratto per dolo (Cassazione civile Sez. Un., 21/03/2017, n. 7155); - a norma dell'art. 1439 c.c., infatti, il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto, ossia quando, determinando la volontà del contraente, abbiano ingenerato nel "deceptus" una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c. **Ne consegue che a produrre l'annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma sono necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima** (Cassazione civile sez. VI, 08/05/2018, n. 11009; Cassazione civile sez. III, 23/06/2015, n. 12892); - il ricorso va, pertanto, dichiarato inammissibile, con conseguente condanna della parte ricorrente, risultata soccombente, al pagamento delle spese processuali, liquidate come in dispositivo; (...)”

Principi in materia di assunzione in seguito a concorso pubblico

Argomento: Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale

(Cass. Civ., Sez. lavoro, 11 ottobre 2021, n. 27577)

Stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 6.1. Premessa, quindi, la natura concorsuale della procedura, opera il principio secondo cui con l'approvazione della graduatoria, che ha la duplice natura di provvedimento terminale del procedimento amministrativo e di atto negoziale di individuazione del futuro contraente, sorge in capo a quest'ultimo il diritto soggettivo all'assunzione sicchè l'amministrazione è tenuta ad adempiere l'obbligazione, salvo che non ricorrano ragioni sopravvenute che impediscano l'adempimento, quali possono essere lo *ius superveniens* o le modifiche organizzative medio tempore intervenute che non consentano l'inquadramento previsto dal bando (Cass. S.U. n. 16728/2012; Cass. n. 12679/2016; Cass. n. 30238/2017; Cass. n. 26238/2020). E' stato, inoltre, precisato che l'amministrazione può rifiutare la stipulazione del contratto, o farne valere l'invalidità, nei casi in cui l'instaurazione del rapporto si pone in contrasto con norma inderogabile di legge, come accade nei casi di annullamento o di mancato rispetto della graduatoria o di assenza dei requisiti soggettivi richiesti per la partecipazione alla procedura (cfr. fra le più recenti Cass. n. 4057/2021 e la giurisprudenza ivi richiamata al punto 48). 6.2. Al di fuori di dette ipotesi, accomunate dall'essere l'assunzione impedita da cause ostative originarie o sopravvenute, affinché l'amministrazione possa sottrarsi al vincolo che deriva dall'espletamento della procedura e dall'approvazione della graduatoria è necessario che intervenga un *contrarius actus* di esercizio del potere di autotutela in relazione all'indizione ed all'espletamento della procedura medesima, atto che deve essere adottato nel rispetto delle forme e dei limiti posti a quel potere (Cass. S.U. n. 8951/2007; Cass. S.U. n. 23327/2009; Cass. S.U. n. 4640/2010; Cass. S.U. n. 5075/2016). Con le pronunce sopra citate le Sezioni Unite hanno evidenziato che la revoca della procedura concorsuale, che partecipa della medesima natura autoritativa dell'atto al quale si riferisce, deve essere adottata nel rispetto della disciplina dettata dalla L. n. 241 del 1990, con la conseguenza che, ove quel potere non risulti correttamente esercitato, il provvedimento che ha inciso sul diritto soggettivo all'assunzione deve essere disapplicato dal giudice ordinario.

6.3. Dai richiamati principi, condivisi dal Collegio e qui ribaditi, discende che nella fattispecie la legittimità o meno del rifiuto opposto dalla *Omissis* all'assunzione doveva essere verificata alla luce della disciplina dettata dalla L. n. 241 del 1990, artt. 21 quinquies e 21 nonies rispettivamente per la revoca e l'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo che, pur differenziandosi nei presupposti (l'annullamento interviene in ragione di un provvedimento ab origine viziato da illegittimità, mentre la revoca implica una nuova valutazione discrezionale degli interessi in rilievo) richiedono entrambi che si dia conto delle ragioni di interesse pubblico che giustificano l'esercizio del potere, da comparare con quelli dei privati interessati alla conservazione degli effetti dell'atto.

6.4. Ai fini di detta valutazione è **opportuno rammentare che lo scorrimento della graduatoria come modalità preferenziale di reclutamento del personale non è imposto da norma inderogabile di legge**, la cui violazione potrebbe in ipotesi determinare nullità del bando e riverberarsi sulla validità del contratto concluso con il vincitore del concorso, indetto ed espletato pur in presenza di una graduatoria ancora valida ed efficace. Sino alla pronuncia n. 14/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (tra l'altro successiva alla revoca della cui legittimità qui si discute) la giurisprudenza amministrativa era orientata per lo più nel senso di ritenere che la determinazione

di indizione di una nuova procedura concorsuale fosse ampiamente discrezionale e non necessitate di alcuna specifica motivazione, perchè conforme alla regola tracciata dall'art. 97 Cost. Questo orientamento è stato ripensato a seguito della pronuncia sopra citata, con la quale, peraltro, si è solo affermato che, fermo il potere discrezionale di coprire o meno la vacanza, l'amministrazione, qualora si determini all'assunzione, deve esplicitare nell'atto di indizione della procedura le ragioni per le quali ritenga di non avvalersi dello scorrimento e la motivazione deve considerare l'interesse pubblico sotteso alla scelta compiuta, da comparare con gli interessi dei candidati utilmente collocati nella graduatoria ancora efficace. **La prevalenza della procedura di scorrimento, dunque, non è assoluta ed incondizionata, ma solo tendenziale, ed inoltre è stata affermata dalla giurisprudenza amministrativa facendo leva su ragioni di interesse pubblico** (risparmio di spesa e tempestività nella copertura della vacanza) che, all'evidenza, non possono essere addotte a giustificazione della revoca della procedura, una volta che quest'ultima sia stata bandita ed espletata senza che il soggetto che della stessa poteva dolersi abbia impugnato l'atto di indizione. Infatti, la revoca della procedura concorsuale può essere disposta, sino a quando non sia intervenuta la nomina dei vincitori, sempre che sussistano ragioni di pubblico interesse che sconsigliano la prosecuzione dell'iter concorsuale, rendendone evidente l'inopportunità (cfr. fra le più recenti Cons. di Stato n. 582/2020 e la giurisprudenza ivi richiamata).

6.5. Quanto, poi, all'incidenza della sopravvenuta diversa valutazione in merito alla necessità o meno della copertura del posto vacante valgono i medesimi principi che regolano il potere di revoca, salvo che la decisione non sia imposta da norme sopravvenute (normativa in tema di riduzione obbligatoria della spesa, limiti posti alle assunzioni) o da modifiche organizzative che, come già sopra evidenziato, impediscano l'instaurazione del rapporto di impiego e legittimino il rifiuto del datore alla conclusione del contratto.

7. La sentenza impugnata, nel ritenere che il mancato scorrimento della precedente graduatoria fosse sufficiente a giustificare la revoca delle delibere di indizione della procedura e di approvazione della graduatoria nonché di nomina del vincitore, si è, dunque, discostata dai principi di diritto sopra enunciati e deve essere cassata con rinvio alla Corte territoriale indicata in dispositivo, che procederà ad un nuovo esame, attenendosi a quanto qui precisato nei punti che precedono. (...)”

Nota a cura di
Annunziata Staffieri

Con la sentenza in epigrafe la quarta sezione della Corte di Cassazione torna ad affrontare plurime e complesse tematiche inerenti al pubblico impiego contrattualizzato.

Nel caso in esame, un lavoratore era stato assunto, in qualità di dirigente medico chirurgo, dall'azienda ospedaliera della provincia di OMISSIS, in forza di una successione di contratti temporanei senza soluzione di continuità dal dicembre 1999 al dicembre 2008 e dal 5 marzo al 5 novembre 2009, per poi sottoscrivere il 1° settembre 2009 un contratto a tempo indeterminato quale dirigente medico di chirurgia di urgenza presso l'ospedale di OMISSIS.

Nel frattempo, l'azienda ospedaliera revocava le delibere con le quali aveva conferito al ricorrente l'incarico, a tempo determinato della durata di 18 mesi, quale dirigente medico di chirurgia generale sul presupposto che, erroneamente, l'amministrazione non aveva fatto ricorso allo scorrimento della graduatoria, ancora efficace.

Conseguentemente, il dirigente conveniva in giudizio l'indicata azienda ospedaliera proponendo nei confronti della stessa due distinte azioni, fondate su autonome *causae petendi*: da un lato aveva chiesto il risarcimento dei danni cagionati dall'illegittima revoca delle delibere, con le quali era stato indetto l'avviso pubblico e successivamente conferito l'incarico in esame, dall'altro aveva denunciato il carattere abusivo della reiterazione dei contratti a termine intercorsi tra le parti

ininterrottamente dal dicembre 1999 al 2008 e chiesto il risarcimento dei pregiudizi derivati dall'abusivo rinnovo.

Il giudice di *prime cure* accoglieva il ricorso proposto dal lavoratore, dichiarando l'illegittimità della revoca dell'incarico a tempo determinato conferito al ricorrente dall'azienda ospedaliera e condannando quest'ultima al pagamento del risarcimento dei danni subiti dallo stesso a seguito della revoca in commento.

L'azienda ospedaliera impugnava tale decisione e la Corte territoriale, in parziale riforma della sentenza di primo grado, accoglieva l'appello ritenendo legittima la revoca dell'assunzione disposta dall'azienda datrice di lavoro e respingeva integralmente la domanda risarcitoria proposta a tale titolo.

In relazione alla richiesta di risarcimento dei danni da abusiva reiterazione dei contratti a termine, la Corte di appello di Milano, accoglieva invece l'appello avverso il capo della sentenza che pur riconoscendo il carattere abusivo della reiterazione "de qua", aveva ritenuto di non poter condannare l'amministrazione al risarcimento del danno in quanto non provato dal dirigente.

Parte soccombente ricorreva, pertanto, in Cassazione.

Le coordinate così fissate permettono di affrontare quattro complesse questioni che periodicamente fanno capolino nelle aule giudiziarie:

- la qualificazione della procedura di individuazione del dirigente;
- il diritto all'assunzione dei cd "idonei" non vincitori del concorso;
- la revoca del bando di concorso e, a cascata, di tutti gli atti della procedura concorsuale;
- l'abusiva reiterazione dei contratti a tempo determinato da parte della PA.

In merito alla prima tematica, i giudici della nomofilachia chiariscono che la procedura di selezione di un dirigente non rientra tra quelle idoneative disciplinate dall'art. 15 ter del D.lgs. n. 502/92 ma deve essere qualificata come una vera e propria procedura concorsuale, anche se finalizzata alla nascita di un rapporto di lavoro "a termine", in quanto la selezione del futuro contraente costituisce esercizio del potere pubblico.

Chiarita, pertanto, la natura concorsuale della procedura "de qua", gli ermellini passano ad esaminare la seconda questione relativa alla natura della posizione giuridica soggettiva dell'idoneo non vincitore del concorso a fronte della decisione della pubblica amministrazione di assumere nuovo personale.

Tale questione, com'è noto, è stato oggetto di un contrasto interpretativo.

Un primo orientamento assegnerebbe agli idonei di una graduatoria in corso di validità un diritto soggettivo pieno all'assunzione nel caso in cui l'Amministrazione decida di coprire il posto vacante. Secondo una diversa e prevalente tesi, invece gli idonei sono titolari di una mera aspettativa allo scorrimento, non tutelabile in via giudiziaria.

La giurisprudenza dominante ha pertanto negato che l'idoneo abbia un diritto soggettivo all'assunzione con lo scorrimento della graduatoria che costituisce una mera facoltà della PA che potrebbe decidere anche di bandire un nuovo concorso. Il diritto all'assunzione è configurabile, pertanto, solo ove la P.A. abbia optato per lo scorrimento.

Indirizzo, quest'ultimo, prescelto anche dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa - l'Adunanza Plenaria n. 14 del 2011, poi confermato anche dalla quarta sezione della Corte di Cassazione che, con la decisione in commento ribadisce, che l'aspettativa di mero fatto allo scorrimento della graduatoria di cui sono titolari gli idonei diventa "qualificata" e tutelabile in via giudiziaria solo in presenza di un preciso obbligo della PA di coprire il posto.

Ciò chiarito, i giudici di ultima istanza prendono posizione sulla terza questione della revoca del bando di concorso e, a cascata, di tutti gli atti della procedura concorsuale.

Com'è noto con l'approvazione della graduatoria, che ha la duplice natura di provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo e di atto negoziale di individuazione del futuro

contraente, sorge in capo a quest'ultimo il diritto soggettivo all'assunzione. Il superamento di un concorso pubblico consolida, pertanto, nel patrimonio del vincitore del concorso una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo: l'assunzione dello stesso costituisce un atto dovuto da parte della Pubblica Amministrazione.

Quest'ultima è infatti tenuta ad adempiere l'obbligazione, salvo che non ricorrano ragioni sopravvenute che impediscano l'adempimento quali, ad esempio, lo *ius superveniens* o le modifiche organizzative intervenute medio tempore che non consentano l'inquadramento previsto dal bando.

Inoltre, la PA può rifiutare la stipulazione del contratto, o farne valere l'invalidità, nei casi in cui l'instaurazione del rapporto si pone in contrasto con la norma inderogabile di legge, come accade nei casi di annullamento o di mancato rispetto della graduatoria o di assenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura.

Ad eccezione di queste ipotesi, l'amministrazione può sottrarsi al vincolo che deriva dall'espletamento della procedura e dall'approvazione della graduatoria solo qualora intervenga un *contrarius actus* di esercizio del potere di autotutela in relazione all'indizione e all'espletamento di tale procedura, atto che deve essere adottato nel rispetto delle forme e dei limiti posti a quel potere.

Dopo tali precisazioni, i giudici di ultima istanza passano ad esaminare l'ultima questione offerta dal caso in esame.

L'ordinanza in commento costituisce, infatti, l'ennesimo arresto della giurisprudenza di legittimità sulla vexata quaestio della prova e della quantificazione del risarcimento del danno patito dal lavoratore in conseguenza dell'abusiva reiterazione dei contratti a termine nell'ambito del settore pubblico.

Il Sommo Collegio con la decisione in esame ha rimarcato il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 15 marzo 2016, n. 5072 secondo cui *“in materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dal D.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE, (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso- siccome incongruo- il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come “danno comunitario”, determinato tra un minimo e un massimo, salva la proroga del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che per il primo, l'indennità forfezzata limita il danno risarcibile, per il secondo, agevola l'onere probatorio del danno subito”*.

In conclusione, la quarta sezione della Corte di Cassazione, con la decisione in commento ha ritenuto conforme a diritto la quantificazione del danno effettuata dalla Corte di Appello di Milano che aveva liquidato il danno subito dal ricorrente, a seguito della abusiva reiterazione dei contratti a termine, in dieci mensilità sulla base dei parametri indicati nel combinato disposto della legge n.183 del 2010, art. 32 e dell'art.8 della legge n.604/66.

Il rilievo d'ufficio della nullità si basa solo su fatti accertati e non su fatti ipotetici

Argomento: Procedura Civile

(Cass. Civ., Sez. Lav., 13 ottobre 2021, n. 36353)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) 3. Questa S.C. ha già reiteratamente affermato che «il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati "ex actis", in quanto il regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione, che resterebbe svisato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto» (Cass., S.U., 7 maggio 2013, n. 10531 e, poi, Cass. 31 ottobre 2018, n. 27998). In tale affermazione è peraltro indirettamente individuato anche il perimetro entro cui la rilevazione d'ufficio è consentita. Lo svincolo rispetto alle preclusioni è infatti condizionato all'emersione, dal materiale processuale già esistente, di fatti che siano idonei ad integrare il profilo a rilievo officioso, dovendosi affermare che il potere-dovere di rilevazione officiosa di un'eccezione in senso lato si misura sull'ambito dei fatti legalmente acquisiti al processo nel momento in cui tale rilievo deve avere corso. La rilevabilità d'ufficio manifesta, infatti, la possibilità che il giudice (o la parte, sollecitando la corrispondente questione) attribuisca significatività giuridica ad una circostanza che, pur acquisita al processo (attraverso affermazioni pregresse di parte, produzioni o qualunque incumbente istruttorio legalmente svolto), non sia stata giuridicamente valorizzata dalle parti (espressamente o comunque in modo inequivoco) entro i termini preclusivi che caratterizzano le attività destinate a individuare i fatti costitutivi o le eccezioni rispetto all'oggetto del contendere. Il potere-dovere officioso di rilevare il significato giuridico di un certo fatto, pur se non valorizzato dalle parti, nel che consiste il proprium della “rilevazione” d'ufficio – anche rispetto alla proposizione di un'eccezione ad opera della parte - non va invece sovrapposto all'introduzione nel processo di una circostanza che già non gli appartenesse, né con la proposizione di ipotesi o di percorsi di indagine finalizzati ad addivenire, da un fatto del processo all'acquisizione al dibattito di un altro fatto, costitutivo o tale da integrare eccezione, ancora ad esso estraneo. **Il giudice, ed in particolare quello del lavoro, hanno il potere dovere di dare corso alle piste probatorie finalizzate a verificare se siano dimostrabili certi fatti decisivi ma si deve pur sempre trattare di fatti già acquisiti al processo (Cass. 15 maggio 2018, n. 11845; Cass. 13 febbraio 2006, n. 3047) e non di fatti di cui il giudice (o la parte, tardivamente rispetto ai propri oneri) soltanto ipotizzi la verifica e ne esplori l'esistenza o i connotati.** È del resto consolidata la massima per cui il rilievo officioso delle eccezioni può aversi se ed in quanto il contenuto fattuale di esse già emerga dagli atti (v. sulla scia di Cass., S.U., 10531/2013 cit., tra le molte, Cass. 22 ottobre 2015, n. 21524, Cass. 30 settembre 2016, n. 19567; Cass. 5 agosto 2021, n. 22371), il che si specifica ulteriormente nel senso che, al di là della prova dei fatti che fondano l'eccezione, è la loro stessa esistenza o inesistenza a dover già essere interna al processo almeno come allegazione di parte o emergenza da un qualche dato istruttorio. (...)

5.1 Non vi è quindi necessità di affrontare il controverso tema della rilevabilità officiosa delle nullità non dedotte dalla parte nell'ambito del processo di licenziamento, su cui v. le posizioni espresse, per un verso, da Cass. 28 agosto 2015, n. 17286 e altre successive conformi e, per altro verso, da Cass. 24 marzo 2017, n. 7687 e altre successive conformi sulla scia di un diverso posizionamento giuridico rispetto all'arresto di Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242. Infatti, nel caso di specie,

mancaivano comunque i presupposti fattuali e processuali perché una tale rilevazione avesse ritualmente corso.

7. Può altresì essere formulato il seguente principio: **la rilevazione d'ufficio di una nullità sostanziale può avere corso esclusivamente se basata su fatti ritualmente introdotti o comunque acquisiti in causa**, secondo le regole che disciplinano, anche dal punto di vista temporale, il loro ingresso nel processo, non potendosi essa fondare su fatti di cui il giudice (o la parte, tardivamente rispetto ai propri oneri) soltanto astrattamente possa ipotizzare la verifica e che per essere introdotti presuppongano l'esercizio di un potere di allegazione ormai precluso in rito (...)"

Nota a cura di
Laura Calvaruso

Nel caso sottoposto all'esame della Suprema Corte veniva promosso ricorso, fondato sulla violazione degli artt. 1418 e 1421 cc e dell'art. 55 bis, comma 4 d.lgs. n. 165/2001, avverso la sentenza emessa in grado di appello che aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento di parte ricorrente. In particolare, la censura sollevata da parte ricorrente muoveva dal principio espresso nell'art. 1421 cc, a mente del quale la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, salvo diversa disposizione di legge. In altri termini, parte ricorrente, sul presupposto di una tardiva formulazione in rito dell'eccezione di nullità, sollecitava l'esercizio del potere officioso del giudice, al fine di rilevare la nullità del licenziamento per incompetenza territoriale, ai sensi dell'art. 55 bis, comma 4 d.lgs. n. 165/2001, vigente *ratione temporis*.

Preliminarmente è opportuno tracciare i confini applicativi della pronuncia in esame.

La Suprema Corte non si è espressa con riferimento al contrasto giurisprudenziale affrontato dalle Sez. Unite n. 10531 del 2013 in ordine alla rilevabilità d'ufficio delle eccezioni fondate su fatti non tempestivamente allegati dalle parti prescindendo dall'osservanza del principio della domanda.

La sentenza in commento si colloca piuttosto in una fase anteriore alla suddetta annosa questione. Il collegio giudicante è stato, infatti, chiamato a pronunciarsi in ordine alla rilevabilità d'ufficio delle nullità i cui fatti costitutivi non emergono dalle allegazioni processuali delle parti, tale da sopperire alle carenze processuali di parte.

Come noto, nell'ambito del rito speciale del lavoro, i poteri officiosi del giudice sono più ampi di quelli che l'organo giudicante esercita nel rito ordinario di cognizione, mentre l'attività di allegazione dei fatti e di richiesta di prove delle parti è fisiologicamente limitata agli atti introduttivi del giudizio. Solo qualora si riscontrino nel processo situazioni patologiche è consentito alle parti effettuare tale attività anche nel corso del processo.

Conformemente al principio dell'acquisizione, tutti i fatti che emergano dagli atti di causa possono costituire il fondamento della decisione del giudice, anche se non specificamente allegati dalle parti, purché risultino in ogni caso legittimamente dagli atti di causa. Come acutamente osservato dalla dottrina, tale principio incontra tuttavia un limite: "esso non opera rispetto ai fatti costitutivi, identificatori di una situazione sostanziale diversa da quella dedotta in giudizio e rispetto alle eccezioni in senso stretto".

Il fondamento di tale preclusione ai poteri officiosi del giudice deve essere rintracciato nel principio di rilevanza costituzionale, di cui all'art. 111 Cost., di terzietà ed imparzialità del giudice, il quale comporta, come sostenuto dalla dottrina, che il giudice non possa sopperire "all'inattività od alle omissioni colpevoli delle parti, ma l'esercizio dei suoi poteri officiosi deve essere di ausilio all'attività delle parti". Da ciò ne consegue l'ulteriore corollario, invero non richiamato dalla Corte nella pronuncia in commento, ma che per ragioni di completezza si ritiene di dover qui rammentare, per cui laddove il giudice sia posto nelle condizioni di esercitare i suoi poteri di rilevazione d'ufficio, al fine di garantire il rispetto del diritto di difesa ai sensi dell'art. 24 Cost. e dei principi del giusto

processo ai sensi dell'art. 111 Cost., deve essere pur sempre sollecitato il contraddittorio tra le parti sulle questioni oggetto di rilievo officioso.

Nonostante le preclusioni innanzi citate, i poteri officiosi del giudice assolvono alla funzione di garantire la giustizia della decisione, quale valore primario del processo. Come rilevato dalla Suprema Corte, tale primaria funzione resterebbe svisata laddove anche i poteri officiosi del giudice fossero soggetti alle preclusioni in ordine agli oneri di allegazione e prova valevoli per le parti e, nella specie, per le eccezioni in senso stretto. Ne consegue dunque che “il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati “ex actis”. Ed in ciò si rinviene, infatti, il discrimen tra le eccezioni in senso stretto, sollevabili nel rigoroso rispetto dei limiti anche di natura temporale previsti dal codice di rito e le eccezioni in senso lato, rilevabili a fronte dell'emersione dagli atti di causa di fatti legalmente acquisiti nel corso del giudizio.

Come ritenuto anche dalla dottrina che si è pronunciata sul punto, ciò che rileva è la legale acquisizione dei fatti agli atti di causa, per tale intendendosi l'acquisizione dei fatti conformemente alle norme del codice di rito, la cui violazione non può essere “sanata” dall'esercizio del rilievo officioso da parte del giudice, il quale si sostanzierebbe altrimenti nell'ammissibilità di prove ed eccezioni atipiche, in contrasto con il principio di legalità cui anche il giudice deve soggiacere.

Il potere del giudice non può sopperire ad una intempestiva allegazione di parte, non potendo sconfinare in un'indagine su circostanze estranee alla causa. Il potere del giudice di rilevare d'ufficio eccezioni deve essere quindi ristretto pur sempre entro i confini dell'attribuzione di rilevanza giuridica a circostanze che non siano state adeguatamente valorizzate dalle parti entro i termini preclusivi, ma che risultino pur sempre acquisiti a processo.

A tali conclusioni perviene la Corte nella sentenza in commento laddove, a fronte della denuncia di incompetenza territoriale dell'organo che aveva irrogato la sanzione del licenziamento per violazione dell'art. 55 bis d.lgs. n. 165/2001, che attribuisce la competenza ad avviare i procedimenti disciplinari e ad irrogare le relative sanzioni all'ufficio per i procedimenti disciplinari che ciascuna amministrazione individua secondo il proprio ordinamento quando il responsabile della struttura ove è prestato il servizio non ha la qualifica dirigenziale, rileva che il potere di rilevazione d'ufficio “non va sovrapposto all'introduzione nel processo di una circostanza che già non gli appartenesse, né con la proposizione di ipotesi o di percorsi di indagine finalizzati ad addivenire, da un fatto del processo, all'acquisizione al dibattito di un altro fatto, costitutivo o tale da integrare eccezione, ancora ad esso estraneo”. Il giudice non può quindi sopperire alle carenze di allegazione delle parti ed esercitare i suoi poteri su fatti di cui il giudice solo ipotizzi l'esistenza e che non risultino dagli atti di causa. Prescindendo, infatti, dall'onere probatorio, è la stessa esistenza del fatto che deve emergere dal processo ed anche se non ritualmente allegata, quantomeno deve promanare dalle risultanze istruttorie.

Nel caso di specie dagli atti di causa, non emergeva che il licenziamento fosse stato irrogato da un organo non preposto all'ufficio per i procedimenti disciplinari che ciascuna amministrazione individua secondo il proprio ordinamento quando il dipendente non ha la qualifica dirigenziale ex art. 55 bis d.lgs. n. 165/2001. Dagli atti era evincibile solo che la sanzione fosse stata irrogata da un organo territorialmente situato in un ufficio diverso da quello in cui il lavoratore espletava le funzioni, in piena aderenza con il dettato e con la ratio dell'art. 55 bis sopracitato che, lasciando impregiudicato un margine di discrezionalità della pubblica amministrazione in ordine all'individuazione dell'ufficio competente, assolve alla funzione di garantire la terzietà e l'imparzialità dell'organo che irroga la sanzione, sottraendo la relativa competenza al dirigente immediatamente preposto al lavoratore, anche al fine di tutelare il lavoratore medesimo. L'imperatività della norma deve quindi essere limitata soltanto alla garanzia della terzietà ed indipendenza dell'organo che avvia il procedimento ed irroga la sanzione, come può evincersi dalla circostanza per cui il legislatore non

ha imposto ulteriori vincoli alle amministrazioni, richiamando nel tenore letterale della norma, gli ordinamenti di ciascuna amministrazione, lasciando impregiudicati ampi margini discrezionali sul punto.

Il fatto posto a fondamento dell'eccezione di nullità, ossia la mancata collocazione dell'organo che aveva irrogato la sanzione all'ufficio per i procedimenti disciplinari, non risultava dagli atti di causa ed il giudice non avrebbe dunque potuto "aprire l'esplorazione su un tema di fatto...che costituiva un'ipotesi, traducendosi altrimenti l'attività processuale non nella "rilevazione" di una possibile nullità, ma nell'avvio di un percorso di indagine rispetto all'acquisizione di circostanze ancora estranee al materiale di causa".

La proposizione intempestiva delle circostanze a fondamento dell'eccezione di nullità non può dunque essere sanata mediante la sollecitazione del potere di rilevazione officiosa della nullità da parte del giudice, esulando dai limiti di operatività innanzi citati dell'art. 1421 cod. civ.

Sulla scorta di quanto precede, la Suprema Corte ha dunque formulato il seguente principio di diritto: "La rilevazione d'ufficio di una nullità sostanziale può avere corso esclusivamente se basata su fatti ritualmente introdotti o comunque acquisiti in causa, secondo le regole che disciplinano, anche dal punto di vista temporale, il loro ingresso nel processo, non potendosi essa fondare su fatti di cui il giudice (o la parte, tardivamente rispetto ai propri oneri) soltanto astrattamente possa ipotizzare la verifica e che per essere introdotti presuppongano l'esercizio di un potere di allegazione ormai precluso in rito".

Sui presupposti della servitù di uso pubblico

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 19 ottobre 2021, n. 28869)

stralcio a cura di Francesco Taurisano

“8. (...) è risaputo, da un punto di vista generale, che la **servitù di uso pubblico consiste in un peso a carico di un bene immobile per consentire un'attività a beneficio di una collettività di persone (uti cives)**. Si tratta di attività che corrisponde ad esigenza di carattere generale ed è diretta a realizzare un fine di pubblico interesse (passaggio o altro). A beneficiare del peso gravante sull'immobile in tal caso non è un altro bene immobile (a differenza che nella servitù prediale, che è diritto reale), bensì soggetti che si identificano in una comunità di persone. **Il contenuto del diritto in questione non è predeterminato: deve unicamente essere idoneo a perseguire un fine di pubblico interesse attraverso il suo esercizio da parte di una collettività indistinta di persone.** (...) la Corte laziale non si è affatto limitata a prendere in considerazione l'astratta idoneità del bene a perseguire un fine pubblico ma ha verificato in concreto che il tratto viario di proprietà del ricorrente (...) non conduceva esclusivamente ad aree private, ma dava direttamente accesso al menzionato Parco regionale pubblico, donde la configurazione della sua sottoposizione ad una servitù pubblica di passaggio, rimanendo irrilevante a tal fine la potenziale scarsa frequenza dell'utilizzazione di detto accesso. (...) Sulla scorta dell'accertata condizione dei luoghi e della ricostruzione dei rapporti intercorsi tra il (...) ricorrente e (...) (non comprovanti la configurazione di una possibile buona fede nella condotta del primo), quindi, il giudice di appello ha correttamente applicato la giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale **l'estinzione della servitù di pubblico passaggio su strada vicinale non può derivare dall'eventuale mancato o scarso uso di tale passaggio da parte degli utenti, ma richiede la volontà - esplicita o concretizzatasi mediante comportamenti concludenti dell'ente territoriale - (nel caso di specie rimasta esclusa), quale soggetto esponenziale della collettività dei cittadini, tenuto conto che la detta servitù spetta al predetto ente** (cfr., per tutte, Cass. n. 5414/1992 e Cass. n. 11676/2018). (...) una volta rimasto accertato che il (...) ricorrente aveva occupato senza titolo un'area - gravata da servitù di uso pubblico (...) la Corte di appello ha legittimamente computato l'indennità dovuta in base alla relativa complessiva superficie sottratta all'esercizio di tale servitù per il conseguimento di un vantaggio specifico dello stesso Condominio, donde la predetta indennità è stata corrispondentemente rapportata alla dimensione dell'intera area rimasta interclusa ad opera dell'intervento realizzato dal medesimo ricorrente. Ed invero, in virtù dell'esatta interpretazione del richiamato art. 63 del d. lgs. n. 446/1997 (norma generale di primaria applicazione) il canone dovuto per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche trova il suo fondamento nell'utilizzazione che il singolo faccia, nel proprio interesse, di un suolo altrimenti destinato all'uso della generalità dei cittadini, con la conseguenza che, ai fini della quantificazione della correlata indennità da recuperare, il competente ente territoriale fa legittimo riferimento all'intera estensione del tratto di strada sottratto all'uso pubblico. (...) Non è, quindi, condivisibile l'impostazione della difesa del ricorrente ad avviso della quale l'occupazione da prendere in considerazione in funzione della determinazione dell'indennità dovuta avrebbe dovuto essere riferita solo all'area occupata dalle sbarre e dai parapetonali, poiché - proprio in base alla citata norma - per superficie effettivamente occupata deve intendersi quella sottratta per intero all'uso indiscriminato della collettività per il perseguimento di un beneficio specifico del singolo o dei singoli occupanti e, quindi, nel caso concreto, non poteva che essere coincidente con la complessiva area risultata interclusa (corrispondente a quella effettivamente individuata dagli organi accertatori) per effetto della condotta del (...) ricorrente, non potendo, perciò, trovare applicazione diversi criteri di commisurazione. (...)”

Bene in comunione fra coniuge defunto e terzo

Argomento: Delle Persone e Della Famiglia

(Cass. Civ., Sez. II, 20 ottobre 2021, n. 29162)

stralcio a cura di Francesco Taurisano

“1. (...) Secondo tale orientamento (v., in particolare, Cass. n. 6691/2000, cfr. anche Cass. n. 8171/1991) la locuzione "di proprietà del defunto o comuni", di cui all'art. 540, comma 2 c.c., va interpretata alla luce della ratio del diritto di abitazione e della sua stretta connessione con l'esigenza di godere dell'abitazione familiare. Il legislatore, prevedendo l'ipotesi della casa comune, si è riferito esclusivamente alla comunione con l'altro coniuge, tenuto conto che il regime della comunione è quello legale e quindi presumibilmente il più frequente a verificarsi; inoltre, ove comproprietario sia un terzo non possono verificarsi i presupposti per la nascita del diritto di abitazione, non essendo in questo caso realizzabile l'intento del legislatore di assicurare in concreto al coniuge il godimento pieno del bene oggetto del diritto; in altri termini, intanto può sorgere il diritto di abitazione, in quanto vi è la possibilità di soddisfare l'esigenza abitativa e, se questa non può soddisfarsi perché l'immobile appartiene anche ad estranei, il diritto di abitazione non nasce. Il Collegio ritiene che vada altresì escluso che il coniuge superstite, nei limiti della quota di proprietà del coniuge defunto, possa avere l'equivalente monetario del predetto diritto, in quanto si finirebbe per attribuire "un contenuto economico di ricalzo al diritto di abitazione che, invece, ha un senso solo se apporta un accrescimento qualitativo alla successione del coniuge superstite, garantendo in concreto l'esigenza di godere dell'abitazione familiare" (così la richiamata pronuncia n. 6691/2000, in diversi termini si era espressa Cass. n. 2474/1987, v. pure Cass. n. 14594/2004).

(...) Ad avviso dei ricorrenti, a differenza di quanto affermato dal giudice d'appello, nulla era dovuto a titolo di equo compenso per l'uso esclusivo dell'abitazione: anzitutto vi era il diritto di abitazione, inoltre le controparti non avevano mai avanzato pretese al riguardo, rinunciando quindi a qualsiasi controprestazione, e mai avevano manifestato l'intenzione di utilizzare il bene comune, cosicché si era costituito il diritto all'uso gratuito dell'immobile, né potrebbe rilevare in senso contrario il contenuto della lettera (...) spedita dal legale delle controparti (...).

(...) la **Corte d'appello ha applicato il principio affermato da questa Corte secondo cui l'utilizzazione in via esclusiva di un bene comune da parte di un singolo comproprietario, in assenza del consenso degli altri comunisti ai quali resta precluso l'uso, determina un danno** (v. Cass. n. 19215/2016). Il giudice d'appello ha infatti confermato la decisione di primo grado che **ha riconosciuto ai controricorrenti l'indennità di equo compenso per l'uso esclusivo dell'immobile** a far tempo dal (...), data della lettera spedita dal legale delle controparti, con la quale i coeredi - ha ritenuto il giudice di merito - avevano manifestato la pretesa al riconoscimento di un indennizzo per l'uso esclusivo dell'immobile, senza che avesse rilievo la mancata precedente formulazione di richieste o intimazioni di pagamento.

3.(...) la Corte d'appello avrebbe erroneamente confermato la decisione di primo grado, che non ha considerato come i frutti civili sono un debito di valuta e non di valore. (...) Come ha precisato la Corte d'appello, non vi è stata indebita rivalutazione ad opera del primo giudice, che ha correttamente quantificato il debito in base all'ammontare del canone figurativo, calcolandone l'importo anno per anno, alla stregua della normativa speciale in materia di locazione, così che l'importo stabilito è frutto della modalità di calcolo scelta e non della sua trasformazione in debito di valore. (...)"

La Suprema Corte di Cassazione, con l'ordinanza in esame, è tornata ad occuparsi di un tema molto dibattuto nella prassi successoria e riguardante il diritto di abitazione del coniuge superstite sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano. L'ordinanza in epigrafe trae origine dal giudizio di scioglimento di una comunione ereditaria, nel quale la moglie superstite aveva proposto domanda riconvenzionale per l'accertamento in proprio favore, del diritto di abitazione, ex art. 540 c.c. secondo comma, sulla quota di proprietà del marito (e pari ad 1/3), della casa adibita a residenza familiare, nella quale la convenuta assumeva di aver vissuto per oltre vent'anni con il coniuge e i loro figli, ovvero in via subordinata, la liquidazione per equivalente monetario della menzionata quota. Entrambe le domande, tuttavia, venivano rigettate dal Tribunale e, successivamente, dalla Corte di Appello adita, la quale nel confermare la sentenza di primo grado, poneva a fondamento della propria decisione l'orientamento giurisprudenziale che riserva al coniuge superstite il diritto di abitazione sulla casa familiare solo se, al momento dell'apertura della successione, era del coniuge defunto o comune. Contestualmente, veniva rigettato il preteso diritto all'equivalente monetario della quota di proprietà del *de cuius*. La moglie soccombente ricorreva perciò in Cassazione. Da qui il delinearci, quale nodo centrale dell'ordinanza in esame, della configurabilità o meno del diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, in favore del coniuge superstite, quando ne è oggetto un immobile del *de cuius* in comproprietà con terzi. Tale dubbio è stato risolto dagli Ermellini i quali chiariscono il significato della locuzione contenuta nel secondo comma dell'art. 540 c.c., "di proprietà del defunto o comuni", oggetto di numerosi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, che "va interpretata alla luce della ratio del diritto di abitazione e della sua stretta connessione con l'esigenza di godere dell'abitazione familiare". Al riguardo, l'art. 540, secondo comma, c.c., attribuisce il diritto di abitazione al coniuge superstite, sulla casa utilizzata come residenza familiare, anche in presenza di altri chiamati all'eredità e di uso dei mobili presenti nell'abitazione, sempre che siano di proprietà del defunto o di proprietà comune. Il dibattito sopra menzionato ha perciò riguardato il significato da attribuire alla parola "comuni", ovvero se il legislatore, nel formulare l'art. 540 c.c., secondo comma, abbia inteso riferirsi esclusivamente alla comproprietà con l'altro coniuge, o abbia voluto comprendere anche l'ipotesi di comproprietà dell'immobile tra *de cuius* e altri chiamati alla successione o terzi. L'orientamento giurisprudenziale prevalente, ritiene che tale formulazione vada interpretata alla luce dell'intento iniziale del legislatore, di consentire al coniuge superstite la persistenza nel godimento della casa adibita a residenza familiare e dei mobili che la corredano, preservando quell'ambiente etico-affettivo in cui è convissuto con il *de cuius*^[1]. Pertanto, laddove il comproprietario della casa adibita a residenza familiare sia un terzo, non si potrebbero verificare i presupposti per la nascita del diritto di abitazione, posto che non sarebbe più realizzabile il proposito del legislatore, di garantire al coniuge superstite quel pieno e totale godimento del bene in oggetto. I giudici di legittimità osservano infatti che, affinché possano sorgere in favore del coniuge superstite i diritti di abitazione della casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, occorre che la suddetta casa e i relativi arredi, siano di proprietà del *de cuius* o in comunione tra lui e il coniuge e, al contrario, si deve negare la configurabilità di tali diritti quando il bene sia in comunione con terzi. Secondo la Suprema Corte, nel caso in esame, non sorge alcun diritto in favore della moglie superstite, dato che la casa adibita a residenza familiare e i relativi mobili che la corredavano, non appartenevano interamente al *de cuius*, ma erano in comproprietà tra quest'ultimo e i suoi fratelli. In conclusione, la comproprietà tra *de cuius* e terzi del medesimo cespite adibito a residenza familiare, non permette di soddisfare quell'esigenza abitativa sottesa all'art. 540, secondo comma, c.c. e, di conseguenza, non fa sorgere il diritto di abitazione in favore del coniuge superstite. La Corte di cassazione ha poi affermato che deve essere

altresì escluso l'equivalente monetario del diritto di abitazione in favore del coniuge superstite, nei limiti della quota di proprietà del *de cuius* poiché, in caso contrario, si finirebbe per attribuire un contenuto economico di ricalzo al diritto di abitazione che, invece, ha un senso solo laddove apporti un accrescimento in termini qualitativi alla successione del coniuge superstite, garantendo quell'esigenza abitativa sopra citata ovvero sia il concreto godimento dell'abitazione familiare^[2]. In altri termini, secondo gli ermellini, dall'impossibilità di configurare in capo al coniuge superstite il diritto di abitazione sul cespite adibito a residenza familiare e di uso dei mobili che lo corredano, deriverebbe l'impossibilità per la ricorrente, di conseguire l'equivalente monetario della quota di proprietà del defunto marito. Infine, ad avviso della ricorrente, nulla era dovuto a titolo di equo compenso per l'uso esclusivo dell'abitazione. La Corte di cassazione ha confermato il principio applicato dalla Corte d'appello in forza del quale, l'utilizzo esclusivo di un bene da parte di un comproprietario, in assenza del consenso degli altri comproprietari, rispetto ai quali ne resta precluso l'uso, determina un danno, in quanto le facoltà domenicali vengono comprese, sia per il venir meno del godimento del bene da parte degli altri comproprietari, sia per l'impossibilità degli stessi di trarre dalla res una qualche utilità che il cespite è idoneo a produrre^[3]. Per tali ragioni il motivo è infondato. Con il terzo dei motivi denunciati, la ricorrente affermava che la Corte di appello aveva considerato i frutti civili come debito di valore e non di valuta. I frutti civili, in base alla formulazione dell'art 820 c.c., sono obbligazioni di valuta, in quanto aventi ad oggetto, sin dall'origine, una somma di denaro determinata, o anche solo determinabile e, pertanto, soggette ex art. 1227 c.c., al principio nominalistico. Al contrario, nei debiti di valore, la dazione di una somma di denaro rappresenta l'equivalente monetario di una diversa obbligazione che, pertanto, non è soggetta al principio nominalistico. Anche il terzo motivo, secondo i giudici di legittimità, è infondato dal momento che la Corte di Appello avrebbe ben correttamente quantificato il debito in base all'ammontare del canone figurativo, calcolandone l'importo anno per anno. Quest'ultimo, dunque, è infatti frutto di una modalità di calcolo adottata dai giudici di appello e non della sua trasformazione da debito di valuta, in debito di valore. Pertanto, il calcolo è corretto e la qualificazione anche.

[1] In tal senso Corte di Cass. n. 2754/2018.

[2] Corte di Cass. n. 6691/2000; in senso opposto Cass. n. 2474/1987. Si veda anche Cass. n. 14594/2004.

[3] Sul punto, Corte di Cass. n. 19215/2016; Corte di Cass. n. 11486/2010.

Elementi accidentali del contratto: i diversi aspetti della condizione

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 4 novembre 2021, n. 31728)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“2.2. (...) Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte (...), **la condizione può ritenersi apposta nell'interesse di uno solo dei contraenti solo in presenza di una clausola espressa in tal senso o di elementi che inducano a ritenere che l'altra parte non abbia alcun interesse al suo verificarsi.**

2.3. Nell'accertare se la clausola sia stata apposta nell'interesse di uno solo dei contraenti, si deve tener conto della situazione riscontrabile al momento della conclusione del contratto ovvero di un insieme di elementi che, nel loro complesso, inducano a ritenere che si tratti di condizione alla quale l'altra parte non abbia alcun interesse; in mancanza, la condizione stessa deve ritenersi apposta nell'interesse di entrambi i contraenti (conf. Cass. n. 6423/2003; Cass. n. 23824/2004).

2.4. Ciò posto, **l'art. 1359 c.c., secondo cui la condizione del contratto si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento, non è applicabile nel caso in cui la parte, tenuta condizionatamente ad una determinata prestazione, abbia anch'essa interesse al verificarsi della condizione** (Cassazione civile sez. lav., 26/07/2017, n.18512).

2.6. Ai fini dell'operatività della fictio di avveramento di cui all'art. 1359 c.c., l'esistenza di un interesse contrario all'avveramento della condizione non va valutata in termini astratti o facendo riferimento al solo momento della conclusione del contratto, ma valorizzando il dato dell'effettivo interesse delle parti all'epoca in cui si è verificato il fatto o comportamento che ha reso impossibile l'avveramento della condizione. In ogni caso, spetta alla parte interessata la dimostrazione del fatto che l'altra parte abbia tenuto un comportamento idoneo ad impedire l'avveramento della condizione, e si sia così resa inadempiente agli obblighi generali di buona fede e correttezza ovvero incombe sul creditore, che lamenti tale mancato avveramento, l'onere di provarne l'imputabilità al debitore a titolo di dolo o di colpa (Cassazione civile sez. VI, 06/02/2020, n.2762).

2.7. In materia di elementi accidentali del contratto, infatti, qualora l'acquisto di un diritto dipenda dal verificarsi di un evento futuro ed incerto rimesso al comportamento volontario di una delle parti (condizione sospensiva potestativa semplice), l'adempimento della condotta determinativa del fatto in questione è elemento costitutivo della fattispecie negoziale attributiva del diritto, sicchè l'onere di provare l'avveramento dell'evento condizionante grava su colui che intende far valere quel diritto, in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c. (Cassazione civile sez. III, 14/12/2016, n.25597). (...)”

Contratto d'opera e squilibrio economico, non applicabilità dell'art. 33 cod. cons.

Argomento: Del Contratto D'opera

(Cass. Civ., Sez. VI, 25 novembre 2021, n. 36740)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…)In relazione al secondo comma dell’art. 2233 c.c., che prevede che in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all’importanza ed al decoro della professione, rileva il Collegio che trattasi di norma evidentemente posta a tutela della posizione del professionista, e non anche del cliente, e che, lungi dal configurare un’autonoma causa di nullità dell’accordo, mira ad assicurare, nel caso in cui sia stata carente una predeterminazione consensuale del compenso, ed il giudice sia chiamato a procedere alla determinazione giudiziale del corrispettivo del professionista, una liquidazione che risulti appunto adeguata al decoro della professione svolta, impedendo quindi che la somma riconosciuta sia del tutto irrisoria e mortificante. La giurisprudenza di questa Corte ha peraltro affermato che (Cass. n. 16134/2007) poiché il principio della retribuzione sufficiente di cui all’art. 36 Cost. riguarda esclusivamente il lavoro subordinato, in materia di lavoro autonomo, qualora il compenso sia stato pattuito tra le parti anche in riferimento a criteri fissati in un d.m., non è possibile invocare, in sede giudiziaria, l’applicabilità dei diversi criteri indicati dall’art. 2233 c.c. (importanza dell’opera, decoro della professione, tariffe, usi), i quali possono assumere rilievo solo in difetto di espressa pattuizione (conf. Cass. n. 694/2000). Avendo le parti determinato il compenso in via contrattuale, non risulterebbe quindi invocabile la previsione de qua. Non ignora il Collegio come in realtà parte della dottrina propenda per una possibilità di applicazione della norma anche nel caso di determinazione convenzionale del corrispettivo, ma come detto, trattasi di previsione posta a tutela del professionista, e non anche del cliente, potendo il richiamo al decoro ed all’importanza dell’opera al più operare in funzione correttiva di una determinazione eccessivamente ridotta del compenso, tale appunto da mortificare il decoro della professione svolta. Del pari priva di fondamento è la pretesa nullità per la violazione dell’art. 33 del codice del consumo (che riprende il testo abrogato dell’art. 1469 bis c.c.) in quanto la determinazione del compenso in misura pari al 5% delle somme che sarebbero state riconosciute in sede giudiziale alla ricorrente, porrebbe un significativo squilibrio tra le prestazioni. La norma, tuttavia, non è applicabile alla fattispecie ratione temporis. **Giova a tal fine osservare che sia la norma di cui al codice del consumo che la previgente disposizione di cui all’art. 1469 bis c.c. sono frutto del recepimento da parte del legislatore nazionale della Direttiva CEE 93/13 del 5 aprile 1993, che appunto forniva i criteri ai quali si sarebbe dovuto attenere il legislatore nazionale in vista della predisposizione di una normativa uniforme a tutela del consumatore in tema di clausole vessatorie.** La direttiva, però, all’art. 10 prevede che gli Stati membri avevano termine fino al 31 dicembre 1994 per mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva stessa e che le relative disposizioni sarebbero state applicabili a tutti i contratti stipulati dopo il 31 dicembre 1994. Poiché nella specie il contratto d’opera, di cui si predica la nullità è stato concluso il 1 ottobre 1993, ed essendo invocata una norma di rilievo esclusivamente sostanziale, emerge con evidenza come la previsione normativa che legittimerebbe la sanzione dell’invalidità, non risulti concretamente applicabile alla fattispecie, stante anche il principio di carattere generale secondo cui, in assenza di attuazione, le norme contenute nelle direttive non self executing non hanno alcuna efficacia nei rapporti orizzontali tra privati. Ma anche a voler per ipotesi reputare applicabile la previsione richiamata dalla ricorrente, va affermato che la **nozione di significativo squilibrio ivi contenuta fa esclusivo riferimento ad uno squilibrio di carattere giudico e**

normativo e non anche economico, come invece prospettato nel motivo. In tal senso rileva l'unanime giudizio espresso dalla dottrina che ha avuto modo di studiare le norme in tema di clausole vessatorie, la quale ha rimarcato che la norma contempla uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto, ma che non permette di sindacare l'equilibrio economico, ossia la convenienza economica dell'affare concluso, come confermato dal testo attuale dell'art. 34 del codice del consumo che, appunto, precisa che il carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in maniera chiara e comprensibile. La censura della ricorrente non deduce una violazione dei criteri di chiarezza e comprensibilità dell'accordo, ma si limita solo a contestare una sproporzione di carattere meramente economico tra le prestazioni dedotte in contratto, sproporzione che però non può trovare rimedio nella disciplina in tema di vessatorietà delle clausole di cui ai contratti tra professionista e consumatore. Il ricorso deve pertanto essere rigettato. (...)"

Nota a cura di
Laura Calvaruso

La questione posta al vaglio della Suprema Corte nella sentenza in commento attiene alla configurabilità della nullità della clausola da cui si desuma una sproporzione tra l'obbligazione di prestazione d'opera professionale e l'obbligazione di pagare il corrispettivo per l'opera compiuta.

Nel caso sottoposto all'esame della Corte si censurava, in particolare, la clausola con cui il professionista aveva convenuto con il cliente un compenso tale da determinare uno squilibrio economico tra le prestazioni, giustificante, a detta della parte ricorrente, l'applicazione della sanzione della nullità per violazione del II comma dell'art. 2233 cod. civ. e dell'art. 33 cod. cons.

Il Collegio ha rilevato che la ratio della previsione di un'adeguatezza del corrispettivo, parametrata all'importanza e al decoro della professione di cui all'art. 2233 cod. civ., è da rinvenire nella tutela della posizione del professionista ogniqualvolta non sia predeterminato dalle parti il compenso spettante al professionista ed il giudice sia chiamato a liquidare il suddetto corrispettivo. Il II comma della norma è un indice alla stregua del quale il giudice deve attenersi nella determinazione in via equitativa del compenso al fine di non svilire il decoro professionale e l'importanza dell'opera svolta.

Stando alle parole del Collegio giudicante, l'enunciazione dei criteri predetti, lungi dal configurare un'autonoma causa di nullità dell'accordo in caso di discostamento dagli stessi, "mira ad assicurare, nel caso in cui sia stata carente una predeterminazione consensuale del compenso, ed il giudice sia chiamato a procedere alla determinazione giudiziale del corrispettivo del professionista, una liquidazione che risulti appunto adeguata al decoro della professione svolta, impedendo quindi che la somma riconosciuta sia del tutto irrisoria e mortificante". Pertanto, la disposizione costituisce una "previsione posta a tutela del professionista, e non anche del cliente, potendo il richiamo al decoro ed all'importanza dell'opera al più operare in funzione correttiva di una determinazione eccessivamente ridotta del compenso, tale appunto da mortificare il decoro della professione svolta".

È opportuno dunque rintracciare se nell'ordinamento esista un diritto all'equilibrio economico delle prestazioni.

Nella fase fisiologica del rapporto, il contratto ha forza di legge tra le parti e nell'ambito dell'ampia autonomia contrattuale riconosciuta alle parti, esse sono libere di ponderare la convenienza dell'affare alla stregua di valutazioni soggettive. L'intervento del legislatore è limitato alle sole fattispecie patologiche, tali da incidere sul sinallagma contrattuale, quali la rescissione per lesione o la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Quand'anche vi fosse un'alterazione dell'equilibrio delle prestazioni (che non sconfini pur sempre nell'usura) che sia stato accettato e voluto dalle parti,

poste in condizione di contrarre liberamente, è esclusa un'intromissione *ope legis* o *ope iudicis* nel regolamento negoziale.

A tale orientamento pare aderire la Corte nel caso citato laddove, pur nella consapevolezza dell'esistenza di una tesi dottrinale che ritiene applicabile il II comma dell'art. 2233 cod. civ. anche alle fattispecie in cui il corrispettivo sia predeterminato dalle parti, ritiene che i criteri dell'importanza dell'opera, del decoro professionale, delle tariffe e degli usi, siano suppletivi e sussidiari e siano applicabili in difetto di una pattuizione espressa.

Per l'opposto orientamento, avallato anche da una risalente pronuncia della Suprema Corte, l'adeguatezza del compenso all'importanza dell'opera e del decoro professionale è un criterio destinato a prevalere anche a fronte di un patto in deroga.

Con riferimento all'applicabilità della nullità prevista dall'art. 36 cod. cons. alle clausole che determinino un significativo squilibrio economico tra le prestazioni è d'obbligo tracciare preliminarmente l'ambito applicativo della disposizione.

La nullità di protezione costituisce una sanzione che incide sulla validità delle clausole contrattuali ed è azionabile dal solo consumatore, al quale è rimessa la scelta di rimanere vincolato alle clausole predette.

La *ratio* della tutela è da rinvenirsi nella necessità avvertita dal legislatore di colmare l'asimmetria informativa e lo squilibrio contrattuale del consumatore rispetto al professionista. Il consumatore è, infatti, definito come colui che agisce per scopi estranei all'esercizio dell'attività professionale, imprenditoriale, artigianale o commerciale eventualmente svolta e non è quindi in possesso delle conoscenze necessarie e sufficienti per ponderare adeguatamente le condizioni del contratto che è chiamato a concludere, nonché le relative conseguenze giuridiche.

Solo la ricorrenza di tale squilibrio e la conseguente natura vessatoria della clausola con cui si venga un compenso sproporzionato al valore della prestazione legittimerebbe l'invocazione della nullità di protezione.

L'art. 33 cod. cons. definisce come vessatorie le clausole che determinano un significativo squilibrio a carico del consumatore di diritti ed obblighi derivanti dal contratto ed al secondo comma individua talune fattispecie in cui la vessatorietà è presunta. L'elencazione delle fattispecie, lungi dal considerarsi tassativa, è meramente esemplificativa.

Dal dettato normativo non è dato rinvenire alcun riferimento allo squilibrio economico tra le prestazioni. Interpretata letteralmente, la disposizione attribuisce rilevanza al solo squilibrio giuridico, inteso come sproporzione tra i diritti e gli obblighi discendenti dal contratto.

La questione deve quindi essere risolta vagliando se lo squilibrio economico tra le prestazioni sia idoneo ad essere ricompreso nella nozione di squilibrio giuridico o se possa configurare un'autonomia fattispecie idonea ad essere qualificata come clausola vessatoria.

La disposizione di cui all'art. 33 cod. cons. deve essere letta in combinato disposto con l'art. 34 cod. cons., nel quale il legislatore ha avuto cura di precisare che il carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi forniti, purché tali elementi siano individuati in maniera chiara e comprensibile.

Come rilevato all'uopo dalla Corte, non è ammessa una sindacabilità sulla convenienza economica dell'affare concluso tra consumatore e professionista, in quanto "la nozione di significativo squilibrio ivi contenuta fa esclusivo riferimento ad uno squilibrio di carattere giuridico e normativo e non anche economico"

L'insindacabilità della clausola *de qua* non deve però essere intesa in senso assoluto. Implicitamente la Corte ammette una censura quando il professionista violi i doveri di trasparenza e gli obblighi informativi sullo stesso incombenti, per cui si rende necessario colmare quella asimmetria tra le posizioni contrattuali in principio enunciata. Nel caso sottoposto alla Corte, "la censura della ricorrente non deduce una violazione dei criteri di chiarezza e comprensibilità dell'accordo, ma si limita solo a contestare una sproporzione di carattere meramente economico tra le prestazioni dedotte in

contratto, sproporzione che però non può trovare rimedio nella disciplina in tema di vessatorietà delle clausole di cui ai contratti tra professionista e consumatore”.

Come ha avuto modo di osservare un’attenta dottrina, lo squilibrio economico acquista rilevanza nel giudizio di validità del contratto quando vengano violati i doveri di trasparenza e gli obblighi informativi posti a tutela del contraente debole, nonché quando vengano predisposte delle clausole che non consentano al consumatore di ponderare adeguatamente la sussistenza di uno squilibrio economico, il quale sarà scevro da censure quando non vengano violati i suddetti principi.

La suddetta conclusione è tratta da un’interpretazione sistematica delle norme. L’art. 33 cod. cons., nell’elencazione delle clausole che si presumono vessatorie, alla lett. “o)”, qualifica come vessatoria la clausola con cui il professionista aumenti il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello in origine convenuto. Anche dal menzionato dato normativo deve desumersi una prevalenza dell’autonomia contrattuale delle parti, la quale è però destinata a soccombere laddove sia preminente una tutela del contraente debole, esigenza che si esplica quando lo squilibrio economico tra le prestazioni non sia censurabile in quanto tale, ma in quanto espressione di una violazione degli obblighi di trasparenza ed informazione, che trovano il loro sostrato costituzionale nel dovere di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost. Sulle parti incombe quindi il dovere di tutelare la posizione di controparte, qualora ciò non comporti un apprezzabile sacrificio della propria posizione giuridica.

Del pari, lo squilibrio economico può dirsi rilevante quando il consumatore non sia posto nelle condizioni di valutare *ex ante* la convenienza dell’affare a causa di clausole che consentano al professionista unilateralmente di aumentare il prezzo del bene o del servizio, obbligando il consumatore a rimanere vincolato nelle strette maglie del contratto.

Risarcimento del danno da fatto illecito: gli interessi non sono automaticamente dovuti

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. VI, 26 novembre 2021, n. 36878)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) il quarto motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 1223, 1224 e 1282 c.c. "per omessa liquidazione degli interessi moratori e della rivalutazione monetaria", essendosi la Corte limitata a riconoscere gli interessi legali sulla somma dichiarata dovuta; il motivo non può trovare accoglimento; il risarcimento del danno da fatto illecito costituisce debito di valore e, in caso di ritardato pagamento di esso, gli interessi non costituiscono un autonomo diritto del creditore, ma svolgono una funzione compensativa tendente a reintegrare il patrimonio del danneggiato, qual era all'epoca del prodursi del danno, e la loro attribuzione costituisce una mera modalità o tecnica liquidatoria (v. Cass. SS.UU. n. 16990 del 2017); ne consegue che il giudice di merito può procedere alla liquidazione della somma dovuta a titolo risarcitorio e dell'ulteriore danno da ritardato pagamento, utilizzando la tecnica che ritiene più appropriata al fine di reintegrare il patrimonio del creditore, ad esempio, riconoscendo gli interessi nella misura legale o in misura inferiore, oppure non riconoscendoli affatto, potendo utilizzare parametri di valutazione costituiti dal tasso medio di svalutazione monetaria o dalla redditività media del denaro nel periodo considerato, oppure applicando, dalla data in cui si è verificato il danno fino a quella della liquidazione, un saggio equitativo d'interessi sulla semisomma tra il credito rivalutato alla data della liquidazione e lo stesso credito espresso in moneta all'epoca dell'illecito ovvero sul credito espresso in moneta all'epoca del fatto e poi rivalutato anno per anno (Cass. SS.UU. n. 8520 del 2007; Cass. n. 21396 del 2014); si è, inoltre, chiarito che, oltre alla rivalutazione, possono essere sì liquidati gli interessi compensativi, ma la determinazione non è automatica, né presunta iuris et de iure, occorrendo che il danneggiato provi, anche in via presuntiva, il mancato guadagno derivatogli dal ritardato pagamento, analogamente a quanto richiesto, sul piano probatorio, per la dimostrazione del maggior danno nelle obbligazioni di valuta, ma secondo criteri differenti (Cass. n. 22607 del 2016); successivamente, sull'importo costituito dalla sommatoria di capitale e accessori maturano interessi al saggio legale, ai sensi dell'art. 1282, primo comma, c.c.; nella specie è da ritenere che i giudici d'appello abbiano stimato il risarcimento del danno all'attualità del momento decisivo (udienza di discussione del 22 gennaio 2019) sulla base delle tabelle milanesi del 2018, riconoscendo poi gli interessi legali sulla somma complessiva risultante con decorrenza dalla sentenza; il che si pone in coerenza con la pluralità e alternatività dei criteri liquidativi individuati dalla giurisprudenza di legittimità, senza che la ricorrente offra alcun diverso apporto ermeneutico (cfr. Cass. SS.UU. n. 7155 del 2017); quanto al mancato riconoscimento della rivalutazione monetaria successiva alla aestimatio, per detti importi opera, comunque, il divieto di cumulo con gli interessi stabilito per i dipendenti privati di enti pubblici non economici per i quali ricorrono, ancorché i rapporti di lavoro risultino privatizzati, le ragioni di contenimento della spesa pubblica che sono alla base della disciplina differenziata secondo la ratio decidendi prospettata da Corte cost. n. n. 459 del 2000 (v. Cass. n. 4705 del 2011; Cass. n. 535 del 2013; Cass. n. 20765 del 2018; Cass. n. 18897 del 2019; Cass. n. 28498 del 2019); il richiamato principio non è stato derogato neanche in relazione a somme aventi contenuto risarcitorio, riconosciute ex art. 32 della legge n. 183/2010 (cfr. Cass. n. 15272 del 2017) o liquidate ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300/1970 (cfr. Cass. n. 21192 del 2018), considerando la ratio del divieto di cumulo, valorizzata invece dalla Corte costituzionale, alla luce della quale si deve ritenere che il legislatore abbia utilizzato l'ampia dizione «emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale» per

ricomprendere tutti i crediti ai quali, in difetto della previsione derogatoria, sarebbe stata applicabile la norma speciale prevista dal richiamato art. 429 c.p.c. (in termini: Cass. n. 12877 del 2020); 5. conclusivamente il ricorso deve essere respinto, con liquidazione delle spese come da dispositivo in favore della controricorrente; (...)"

Nota a cura di
Roberto Landi

La pronuncia in esame si innesta sulla violazione dell'obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. da parte dell'azienda datrice di lavoro – riconosciuto in ambedue i precedenti gradi di merito –, per aver tardivamente provveduto sulla legittima istanza della lavoratrice di essere esonerata da specifiche e circoscritte attività, in ragione delle patologie di cui era affetta.

La ricorrente denuncia, in particolare, violazione e falsa applicazione degli artt. 1223 e 1226 c.c. (nonché omesso esame di un fatto decisivo ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.), contestando la C.T.U. per la stima del danno asseritamente riduttiva e la Corte territoriale per non aver operato un'adeguata personalizzazione.

Il *leitmotiv* della decisione di ultima istanza concerne il risarcimento del danno derivante da fatto illecito, segnatamente il profilo relativo all'*an* e al *quantum* dei correlati interessi.

Suddetto risarcimento *costituisce debito di valore e, in caso di ritardato pagamento di esso, gli interessi non costituiscono un autonomo diritto del creditore, ma svolgono una funzione compensativa tendente a reintegrare il patrimonio del danneggiato, qual era all'epoca del prodursi del danno, e la loro attribuzione costituisce una mera modalità o tecnica liquidatoria*[1]; *ne consegue che il giudice di merito può procedere alla liquidazione della somma dovuta a titolo risarcitorio e dell'ulteriore danno da ritardato pagamento, utilizzando la tecnica che ritiene più appropriata al fine di reintegrare il patrimonio del creditore.*

La predetta liquidazione può avvenire mediante riconoscimento degli interessi nella misura legale o in misura inferiore, oppure non riconoscendoli affatto, ammettendosi quali parametri di valutazione il tasso medio di svalutazione monetaria ovvero la redditività media del denaro nel periodo considerato, o ancora applicando, dalla data in cui si è prodotto il nocumento fino a quella della liquidazione, un saggio equitativo d'interessi sulla semisomma tra il credito rivalutato alla data della liquidazione e lo stesso credito espresso in moneta all'epoca dell'illecito ovvero sul credito espresso in moneta all'epoca del fatto e poi rivalutato anno per anno [2].

Peraltro, *oltre alla rivalutazione, possono essere sì liquidati gli interessi compensativi, ma la determinazione non è automatica, né presunta iuris et de iure, occorrendo che il danneggiato provi, anche in via presuntiva, il mancato guadagno derivatogli dal ritardato pagamento, analogamente a quanto richiesto, sul piano probatorio, per la dimostrazione del maggior danno nelle obbligazioni di valuta, ma secondo criteri differenti*[3]; *successivamente, sull'importo costituito dalla sommatoria di capitale e accessori maturano interessi al saggio legale, ai sensi dell'art. 1282 c.c., comma 1.*

L'obbligazione risarcitoria da fatto illecito costituisce un tipico debito di valore e, pertanto, sulla relativa posta sono dovuti gli interessi legali al saggio legale *ex artt.* 1282 e 1284, primo comma, c.c., nonché la rivalutazione monetaria[4], dalla data del fatto generatore del risarcimento al saldo.

Laddove, tuttavia, la somma capitale risulti già quantificata all'attualità, nonché in ragione della difficoltà di procedere alla devalutazione, gli interessi possono essere calcolati sulla somma rivalutata *in toto*, ma da un momento intermedio tra il fatto e la sentenza[5].

È ipotizzabile, nondimeno, che la rivalutazione monetaria dell'importo liquidato all'epoca dell'illecito, ovvero la diretta liquidazione in valori monetari attuali, non soddisfi integralmente il creditore, che non si pone, dunque, nella medesima condizione economica ove si sarebbe trovato se il pagamento fosse stato tempestivo.

In tal caso, è onere del creditore comprovare, anche sulla scorta di rilievi presuntivi, che la somma rivalutata (o liquidata in moneta attuale) sia inferiore a quella di cui avrebbe disposto, alla data della

pronuncia, se il pagamento della somma dovuta *ab initio* fosse occorso nei tempi. Tale effetto si innesta sul rapporto tra remuneratività media del denaro e tasso di svalutazione nel periodo considerato: laddove il primo termine sia inferiore al secondo, non è normalmente configurabile un danno da ritardo. Gli interessi c.d. “compensativi”, invece, costituiscono una mera modalità liquidatoria del danno da ritardo dei debiti di valore, sicché non è configurabile alcun automatismo nel riconoscimento degli stessi [6]. Da ultimo, la Cassazione ha riconosciuto che nella domanda di risarcimento del danno è implicitamente inclusa la richiesta di riconoscimento sia degli interessi compensativi sia del danno da svalutazione monetaria, quali componenti indispensabili del risarcimento, tra loro concorrenti, attesa la diversità delle rispettive funzioni [7].

Ai fini dell’integrale risarcimento del danno non patrimoniale, quindi, occorre riconoscere al danneggiato sia la rivalutazione monetaria che attualizza al momento della liquidazione il nocumento subito, sia gli interessi compensativi, volti a compensare la mancata disponibilità di tale somma fino al giorno della liquidazione del danno, sia gli interessi legali sulla somma complessiva risultante dal giorno della pubblicazione della sentenza in avanti [8].

Nel caso di specie, è da ritenere che i giudici d’appello abbiano stimato il risarcimento del danno all’attualità del momento decisivo (udienza di discussione del 22 gennaio 2019) sulla base delle tabelle milanesi del 2018, riconoscendo poi gli interessi legali sulla somma complessiva risultante con decorrenza dalla sentenza; il che si pone in coerenza con la pluralità e alternatività dei criteri liquidativi individuati dalla giurisprudenza di legittimità, senza che la ricorrente offra alcun diverso apporto ermeneutico [9].

Inoltre, quanto al mancato riconoscimento della rivalutazione monetaria successiva alla aestimatio, per detti importi opera comunque il divieto di cumulo con gli interessi stabilito per i dipendenti privati di enti pubblici non economici per i quali ricorrono, ancorché i rapporti di lavoro risultino privatizzati, le ragioni di contenimento della spesa pubblica che sono alla base della disciplina differenziata secondo la ratio decidendi prospettata da Corte Cost. n. 459 del 2000; il richiamato principio non è stato derogato neanche in relazione a somme aventi contenuto risarcitorio, riconosciute ex art. 32 della L. n. 183 del 2010 (cfr. Cass. n. 15272 del 2017) o liquidate ai sensi della L. n. 300 del 1970, art. 18 (cfr. Cass. n. 21192 del 2018), considerando la ratio del divieto di cumulo, valorizzata invece dalla Corte Costituzionale, alla luce della quale si deve ritenere che il legislatore abbia utilizzato l’ampia dizione “emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale” per ricomprendere tutti i crediti ai quali, in difetto della previsione derogatoria, sarebbe stata applicabile la norma speciale prevista dal richiamato art. 429 c.p.c. (in termini: Cass. n. 12877 del 2020) [10].

Sulla scorta dei summenzionati rilievi, dunque, la Suprema Corte rigetta il ricorso *de quo*, con liquidazione delle spese come da dispositivo in favore dell’azienda controricorrente.

[1] Cass. civ., Sez. Un., 10 luglio 2017, n. 16990.

[2] Cass. civ., Sez. Un., 5 aprile 2007, n. 8520. Si veda, inoltre, Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2014, n. 21396, ove gli Ermellini hanno statuito che il giudice chiamato a liquidare il danno non patrimoniale alla salute deve adottare un criterio in grado di garantire due principi: (a) da un lato, assicurare la parità di trattamento a parità di danno, attraverso l’adozione di un criterio standard uniforme; (b) dall’altro, garantire adeguata considerazione alle specificità del caso concreto, attraverso la variazione in più od in meno del parametro standard. Nel motivare le ragioni della propria decisione, pertanto, il giudice di merito deve: (a) indicare quale sia il parametro standard adottato; come sia stato individuato e quali ne siano i criteri ispiratori e le modalità di calcolo; (b) indicare se nel caso di specie, per quanto dedotto e provato dalle parti, sussista la necessità di variare in più od in meno il criterio standard.

[3] Cass. civ., sez. III, 8 novembre 2016, n. 22607.

[4] Trib. Torino, sez. spec. Impresa, 24 maggio 2021, n. 2570.

[5] Trib. Reggio Emilia, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 293.

[6] Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2018, n. 18564, ove, in applicazione del principio, la S. C. ha cassato la sentenza impugnata che, in ordine al danno derivato da anticipazioni di crediti non recuperati, aveva liquidato gli interessi, sul capitale rivalutato progressivamente, in modo automatico, senza alcuna valutazione del profilo probatorio.

[7] Cass. civ., sez. VI, 18 febbraio 2022, n. 5317.

[8] Corte d’Appello di Venezia, sez. IV, 24 dicembre 2021, n. 3156.

[9] Cass. civ., Sez. Un., 21 marzo 2017, n. 7155.

[10] In ordine ai criteri di calcolo nella rivalutazione e negli interessi, si rinvia a Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 1995, n. 1712.

La natura giuridica della pronuncia dichiarativa della risoluzione del contratto

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 26 novembre 2021, n. 36918)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(...) a seconda della natura della causa di risoluzione del contratto può aversi una pronuncia costitutiva o una pronuncia meramente dichiarativa. Difatti, secondo pacifica giurisprudenza di questa Corte, l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ex art. 1453 c.c., tendendo ad una pronuncia costitutiva diretta a sciogliere il vincolo contrattuale, previo accertamento da parte del giudice della gravità dell'inadempimento, differisce sostanzialmente dall'azione di risoluzione di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., poiché in tal caso l'azione sarebbe tendente ad una pronuncia dichiarativa dell'avvenuta risoluzione di diritto a seguito del verificarsi di un fatto obiettivo previsto dalle parti come determinante lo scioglimento del rapporto. (...)”

Nota a cura di
Danilo Marchese

Nella sentenza in esame, il Tribunale di Torino respingeva le doglianze proposte da OMISSIS Srl, nei confronti di AM GU., volte ad ottenere la risoluzione del contratto preliminare di permuta/ vendita e la condanna della convenuta alla restituzione delle somme ricevute in esecuzione del contratto, oltre che la corresponsione di un indennizzo per le prestazioni svolte, in quanto il Tribunale adito non ravvisava alcun inadempimento contrattuale in capo al promittente e aveva rigettato la domanda proposta, di ingiustificato arricchimento.

Pertanto, a seguito del gravame proposto da OMISSIS Srl, la Corte di appello riformava, seppur parzialmente, la sentenza impugnata e dichiarava risolto il contratto stipulato tra le parti, condannando l'appellata alla restituzione in favore dell'appellante della somma di euro 53.825,00.

A.M. GU, pertanto, proponeva ricorso per Cassazione, fondato su due motivi cui resisteva la OMISSIS S.r.l.

In via preliminare, rilevava la Suprema Corte, che l'eccezione di inammissibilità del ricorso, così come proposto controparte, per carenza dei requisiti ex art. 366, co.1, nn. 3 e 6, dovesse essere respinta, in quanto si era in presenza di una riproduzione funzionale della vicenda, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, tale da consentirne un'attenta disamina. Il ricorso, quindi, veniva dichiarato ammissibile.

Passando poi, al merito del ricorso, il Collegio riteneva che lo stesso dovesse essere respinto.

Con il primo motivo di doglianza, la parte istante eccepiva l'insufficienza della motivazione, in quanto, il secondo grado di giudizio, non avrebbe tenuto conto della missiva avente ad oggetto la dichiarazione di risoluzione del contratto per inadempimento inviata ad OMISSIS Srl, per cui controparte avrebbe dovuto agire in giudizio entro il termine prescrizione ordinario, decorrente dalla missiva del 2006, al fine di ottenere le somme versate in esecuzione del contratto di permuta.

Passando in rassegna al secondo motivo di impugnazione, la ricorrente lamentava, altresì, la violazione degli artt. 1458, 1454 e 1456 c.c., in quanto, secondo la normativa invocata, la parte adempiente sarebbe nelle condizioni di chiedere la risoluzione del rapporto contrattuale per inosservanza del termine essenziale o per inadempimento della diffida ad adempiere, operando di diritto la risoluzione del contratto.

La Corte di Cassazione, pur riconoscendo l'erroneità della motivazione della Corte distrettuale, nella parte in cui si affermava che il momento dell'insorgenza degli obblighi derivava dalla sentenza (che pertanto avrebbe natura costitutiva, prevedendo la correzione della motivazione ex art. 384 ultimo comma), chiariva altresì che l'errore non fosse tale da viziare l'intera decisione, in quanto le doglianze della GU apparivano del tutto generiche, non menzionando in alcun modo il contenuto della missiva del 2006, che avrebbe determinato, secondo quanto affermato da parte ricorrente, la risoluzione di diritto del rapporto contrattuale intercorso tra le parti.

Sul punto, vale osservare che, per consolidata giurisprudenza, mentre l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ex art. 1453 c.c., volgeva all'ottenimento di una pronuncia avente valore costitutivo, quella di cui agli artt. 1454, 1456 e 1457, sarebbe dichiarativa dell'avvenuta risoluzione di diritto, a seguito dell'autonomia privata posta in essere dalle stesse parti del contratto.

È noto, inoltre, che nei contratti a prestazioni corrispettive, nel caso in cui uno dei contraenti non adempia le obbligazioni contrattuali, l'altro ha la possibilità di chiedere l'adempimento o la risoluzione del rapporto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno, così come statuito dall'art. 1453 del Codice civile.

In punto di diritto, occorre osservare che la risoluzione può essere disposta dal giudice a seguito di domanda giudiziale del contraente non inadempiente, oppure opera di diritto, nel caso vi sia una clausola risolutiva espressa all'interno del regolamento contrattuale, una diffida ad adempiere o un termine essenziale; in tale ultima ipotesi la sentenza è di mero accertamento dell'avvenuta risoluzione del contratto.

Per quanto attiene, invece, la diffida ad adempiere, è chiaro che essa ponga in essere un meccanismo di risoluzione stragiudiziale del rapporto contrattuale; il contraente non inadempiente può indicare alla controparte un termine per adempiere, decorso il quale il contratto si intende risolto.

Essa è atto recettizio, per cui produce effetti se conosciuto o conoscibile dal destinatario; durante la pendenza del termine, il creditore precedente non può chiedere la risoluzione del contratto.

Alla luce di quanto già indicato, appare chiaro che l'istituto in esame è espressione di un diritto potestativo attribuito al creditore, il quale ha il potere di modificare unilateralmente il rapporto, prevedendo un termine aggiuntivo a quello originariamente previsto per l'adempimento dell'altra parte, essendo necessaria la previsione di un termine congruo ai sensi del comma 1 dell'art. 1454.

L'assegnazione di un termine non congruo non consente la risoluzione di diritto del contratto, congruità fissata dalla legge in un termine di almeno quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti.

L'autonomia privata, tuttavia, rende possibile il fatto che le parti possano convenire espressamente che il contratto si risolva, qualora una determinata obbligazione non venga adempiuta secondo le modalità stabilite.

Qualora invece vi sia un termine fissato per l'adempimento della prestazione di una delle parti, questo è essenziale per l'altra parte: anche in questa ipotesi il contratto è risolto di diritto, se entro tre giorni dalla scadenza del termine, la parte non comunica all'altra la volontà di esigere ugualmente l'esecuzione del contratto ex art. 1457 c.c.

La previsione di un termine essenziale, opera però diversamente rispetto al meccanismo della clausola risolutiva espressa e dalla diffida ad adempiere.

La risoluzione ex lege, infatti, nel caso del termine essenziale, non si verifica con il solo inadempimento, ma decorsi tre giorni dall'evento senza che la parte che ne abbia interesse comunichi all'altra la volontà all'ottenimento di una prestazione tardiva.

Pertanto, mentre l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ex art. 1453 c.c., è volta all'ottenimento di una pronuncia costitutiva, diretta a sciogliere il vincolo contrattuale, previo accertamento da parte dell'autorità giudiziaria circa la gravità dell'inadempimento, l'azione di risoluzione di cui all'art. 1456 c.c., non necessita di una valutazione circa la gravità dell'inadempimento,

in quanto sono le parti ad aver individuato, nell'ambito dell'autonomia privata, le violazioni determinanti la risoluzione.

In quest'ultimo caso, il giudice pronuncerà una sentenza dichiarativa dell'avvenuta risoluzione di diritto, come conseguenza del verificarsi di un fatto imputabile alla controparte e espressamente previsto all'interno del regolamento contrattuale.

In tema di testamento olografo, non rileva l'errore formale nell'indicazione della data

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 29 novembre 2021, n. 37228)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) l'indicazione erronea della data nel testamento olografo, dovuta, cioè ad errore materiale del testatore per distrazione, ignoranza od altra causa, anche se concretantesi in una data impossibile, non voluta, però, come tale, dal testatore, può essere rettificata dal giudice, avvalendosi di altri elementi intrinseci della scheda testamentaria, così da rispettare il requisito essenziale della autografia dell'atto. L'apprezzamento del giudice del merito circa la sussistenza di un mero errore materiale del testatore al riguardo e circa l'esclusione dell'intenzione del testatore d'indicare, invece, volutamente una data impossibile - che, come, renderebbe annullabile il testamento, perché equivalente a data inesistente — è incensurabile in cassazione, qualora sia sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi di logica o di diritto. (...)”

Nota a cura di
Giuseppe Piccardo

La vicenda oggetto della sentenza in commento trae origine dall'impugnazione di un testamento olografo, innanzi al Tribunale di Bari, da parte di alcuni degli eredi nominati. Il Tribunale dichiarava, con sentenza non definitiva, la validità del testamento contestato, rigettava la domande proposte dal convenuto, volte a fare accertare l'invalidità della scheda testamentaria, per difetto di forma in relazione alla data del testamento e per incapacità naturale del testatore: contestualmente, con sentenza non definitiva, il giudice di prime cure individuava i coeredi, le quote e i beni rientranti nella massa ereditaria mentre, con sentenza definitiva, operava la divisione in conformità a quanto statuito con la sentenza non definitiva, suddetta.

Avverso le sentenze del Tribunale (definitiva e non definitiva), veniva proposto appello, rigettato dal Giudice di secondo grado, in quanto *“l'appellante, con riferimento alla data del testamento (27.0994), si era limitato a reiterare l'eccezione di invalidità del testamento per errata indicazione della data, senza null'altro aggiungere a sostegno di tale asserita erroneità e della valutazione in merito operata dal tribunale”*. Inoltre, respingeva il motivo d'appello riguardante il riconoscimento, operato dal primo giudice, della capacità del testatore, nonché l'ulteriore censura mossa dall'appellante, il quale pretendeva che fosse esclusa dal compendio oggetto di divisione una tettoia, sostenendo trattarsi di bene di sua proprietà esclusiva. A seguito del rigetto del ricorso in sede di gravame, la parte soccombente in secondo grado proponeva ricorso per Cassazione, sulla scorta di due motivi. Con il primo motivo - rubricato *“omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Invalidità del testamento per omessa indicazione della data ai sensi dell'articolo 602 c.c.”*, evidenziava che il testamento recava quale data una serie numerica “27.0994” e, quindi, una data non certa. Il Tribunale aveva ritenuto che la sequenza “0994” indicasse il mese e l'anno di redazione del testamento, opinando che la mancata apposizione del punto fra tali cifre dovesse considerarsi una dimenticanza. Secondo il ricorrente, invece, le considerazioni del giudice di primo grado, integravano una mera deduzione, come tale non oggettiva, senza alcuna specifica valutazione sul punto.

Con il secondo motivo, l'appellante deduceva che la Corte d'appello avrebbe confermato la decisione del Tribunale in relazione alla tettoia di un immobile caduto in successione, in assenza di un effettivo accertamento sulla regolarità edilizia del manufatto. Il ricorrente rilevava, altresì, che il consulente tecnico aveva segnalato che la tettoia in oggetto era priva di identificazione catastale e che risultava depositata, presso gli uffici comunali, un'autorizzazione in sanatoria, ma che la documentazione correlata a tale autorizzazione non era stata in alcun modo valutata dal Giudice, benché fosse possibile farlo d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio.

La Suprema Corte decideva il ricorso nel senso di ritenere che *“l'indicazione erronea della data nel testamento olografo, dovuta ad errore materiale del testatore per distrazione, ignoranza od altra causa, anche se concretasi in una data impossibile, non voluta, però, come tale, dal testatore, può essere rettificata dal giudice, avvalendosi di altri elementi intrinseci della scheda testamentaria, così da rispettare il requisito essenziale della autografia dell'atto”*.

I Giudici proseguivano con il precisare che l'apprezzamento del giudice del merito circa la sussistenza di un mero errore materiale del testatore al riguardo e circa l'esclusione dell'intenzione del testatore d'indicare, invece, intenzionalmente, una data impossibile - che renderebbe annullabile il testamento, perché equivalente a data inesistente - deve essere considerata una valutazione di merito, non censurabile in sede di giudizio di legittimità, da effettuare caso per caso, mediante accurata analisi dell'intera scheda testamentaria, in tutti i suoi elementi intrinseci.

La Cassazione, nella sentenza in commento richiama, quale precedente, la decisione del medesimo organo giurisdizionale del 5 giugno 1964, numero 1374 (reperibile per esteso in *Giustizia Civile*, 1964, I, 1750), la quale si era espressa nel senso di ritenere che nel caso di testamento contenente un data impossibile, per errore del testatore, da accertare in concreto dal Giudice, mediante indagine sulla volontà del testatore, il giudice stesso può correggere la data, se quella esatta possa essere desunta dalla scheda testamentaria, in modo che sia rispettato il requisito dell'autografia dell'atto. Tuttavia, qualora ciò non fosse possibile, la data dovrà essere considerata inesistente, con conseguente annullabilità del testamento, ai sensi dell'articolo 606 c.c., in quanto elemento essenziale per accertare la capacità del testatore e l'efficacia tra più schede testamentarie. Il principio posto dalla sentenza in commento si pone in continuità, non solo con la decisione sopra citata, ma anche con una più recente pronuncia di legittimità, precisamente la sentenza numero 10613 del 23 maggio 2016, secondo la quale l'inesatta indicazione della data, dovuta ad errore materiale del testatore (per distrazione, ignoranza od altra causa), pur se essa, senza essere così voluta dal “de cuius”, sia impossibile (nel caso di specie il “12-112-1990”), può essere rettificata dal giudice, ricorrendo ad altri elementi intrinseci della scheda testamentaria, sì da rispettare il requisito essenziale della autografia dell'atto. Autografia che costituisce elemento essenziale del testamento, in quanto atto personalissimo e non può essere ricostruita mediante atti esterni alla scheda testamentaria.

In dottrina, invece, si distingue tra l'ipotesi dell'assenza di data e di data non veritiera nel testamento, dalla data impossibile, cioè inesistente o irreali, per un errore materiale, come nel caso di specie. Secondo alcuni autori, in caso di impossibilità di sua correzione, la data impossibile, al di fuori dei casi in cui è ammessa la prova della falsità, è comunque formalmente valida, a meno che non venga accertata una volontà non seria del testatore, mentre secondo altra tesi essa deve essere considerata mancante.

Ad avviso dello scrivente, è preferibile accedere alla prima tesi esposta, in quanto maggiormente conforme al dettato dell'articolo 602, comma 3 c.c., che sembra voler separare, in modo netto, il trattamento giuridico dei casi in cui è ammessa la prova della non veridicità della data del testamento, da tutti gli altri, in cui, invece, essa sarebbe validamente apposta, compreso nel caso di data impossibile.

Circa l'onere della prova della non veridicità della data per volontà del testatore, essa può essere data con ogni mezzo, non incontrando limiti.

Per completezza, ed in via meramente incidentale, a conclusione del presente commento, si sintetizza, di seguito, il principio di diritto che la Suprema Corte ha espresso, nella sentenza, in relazione al secondo motivo di ricorso proposto, relativo alla questione, sopra accennata, delle nullità urbanistiche connesse al fabbricato caduto in successione.

Al riguardo, la Corte di Cassazione in continuità con quanto espresso dalle Sezioni Unite, con la sentenza numero 8230 del 22 marzo 2019, precisa, in particolare, che la nullità comminata dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46 e dalla legge n. 47 del 1985, artt.17E 40, deve essere ricondotta nell'alveo del comma 3 dell'art. 1418,c.c., di cui costituisce una specificazione, e deve qualificarsi, quindi, come nullità "testuale", con tale espressione dovendo intendersi un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile; titolo che deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'unità immobiliare. Di conseguenza, in presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto deve essere considerato valido, indipendentemente dalla conformità o della difformità della costruzione realizzata, al titolo menzionato.

L'estensione della nullità del contratto alla clausola compromissoria

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. I, 29 novembre 2021, n. 37266)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) il precedente citato dalla ricorrente non si attaglia alla fattispecie concreta, trattandosi di un'ipotesi di nullità del contratto per violazioni di norme imperative, va rilevato che il principio secondo il quale **la clausola compromissoria non costituisce un accessorio del contratto nel quale è inserita, ma ha propria individualità ed autonomia nettamente distinta da quella del contratto cui accede, per cui ad essa non si estendono le cause di invalidità del negozio sostanziale, non trova applicazione nelle ipotesi in cui queste siano esterne al negozio e comuni ad esso e alla clausola.**

Pertanto, la invalidità del contratto derivante dal fatto che l'amministrazione non poteva legittimamente stipulare il contratto, e perciò inserire nello stesso una clausola compromissoria, determina la invalidità anche di questa. In tal senso va inteso il disposto dell'art. 808, secondo comma, cod. proc. civ., secondo cui “il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”. Se, tuttavia, la suindicata ragione di invalidità - esterna al negozio - si estende a quest'ultimo ed alla clausola in esso contenuta, è evidente che la medesima ragione di invalidità, quando inerisce ad un difetto di potere rappresentativo dell'ente, che può essere fatto valere solo dal medesimo, ben può essere sanato dal comportamento dell'ente stesso, volto a dare esecuzione al contratto, dimostrando di volerlo convalidare. A riguardo, questa Corte ha, invero affermato che, in tema di appalti pubblici, l'eccesso di potere dell'organo competente a concludere il contratto, la rappresentanza senza potere, ovvero la mancanza di deliberazione da parte dell'organo munito del potere a contrarre si traducono in difetti del consenso dell'ente medesimo, che, incidendo sulla validità ed efficacia del contratto privatistico, ne comportano l'annullabilità. Questa, peraltro, può essere fatta valere esclusivamente dall'ente, nel cui interesse sono poste le norme procedurali violate, mentre il contratto può essere convalidato, ai sensi dell'art. 1444 cod. civ., tutte le volte in cui l'amministrazione, che conosceva o doveva conoscere la causa di invalidità ed alla quale spettava l'azione di annullamento, vi abbia dato volontariato ente esecuzione (…).

(…) Alla stregua dei rilievi che precedono, pertanto, non merita censura la decisione impugnata, laddove ha affermato che gli arbitri hanno correttamente stabilito che la pacifica ed incontestata esecuzione del contratto valeva come rinuncia a far valere l'invalidità dello stesso per difetto di potere rappresentativo del sottoscrittore, con la conseguenza che anche la clausola compromissoria doveva considerarsi pienamente valida. (…)”

Nota a cura di
Debora Berta

La sentenza Cass. Civ. Sez. I, n. 37266 del 29 novembre 2021, offre l'opportunità di soffermarsi sulla disciplina dettata dall'art. 808, comma II, c.p.c. con riferimento all'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto in cui è inserita.

Il principio generale espresso dalla norma è quello dell'autonomia rispetto al contratto; corollario di questo principio è che gli eventuali vizi del contratto non compromettono anche detta clausola che pertanto rimarrà pienamente operante. Il secondo capoverso del medesimo comma prevede

altresì che il potere di stipulare il contratto prevede anche il potere di pattuire la clausola compromissoria.

Nella sentenza in esame, richiamando la propria sentenza 8 febbraio 2005, n. 2529, ha precisato: *“il principio secondo il quale la clausola compromissoria non costituisce un accessorio del contratto nel quale è inserita, ma ha propria individualità ed autonomia nettamente distinta da quella del contratto cui accede, per cui ad essa non si estendono le cause di invalidità del negozio sostanziale, non trova applicazione nelle ipotesi in cui queste siano esterne al negozio e comuni ad esso e alla clausola. Pertanto, la invalidità del contratto derivante dal fatto che l'amministrazione non poteva legittimamente stipulare il contratto, e perciò inserire nello stesso una clausola compromissoria, determina la invalidità anche di questa. In tal senso va inteso il disposto dell'art. 808 c.p.c. comma II, secondo cui 'il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria'”*.

Nella medesima pronuncia la Suprema Corte apre, tuttavia, ad una possibilità di sanatoria del contratto che si estende inevitabilmente anche alla clausola compromissoria precisando: *“Se, tuttavia, la suindicata ragione di invalidità - esterna al negozio - si estende a quest'ultimo ed alla clausola in esso contenuta, è evidente che la medesima ragione di invalidità, quando inerisce ad un difetto di potere rappresentativo dell'ente, che può essere fatto valere solo dal medesimo, ben può essere sanato dal comportamento dell'ente stesso, volto a dare esecuzione al contratto, dimostrando di volerlo convalidare.”*

Nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione ricorda come in tema di appalti pubblici, l'eccesso di potere dell'organo competente a concludere il contratto, la rappresentanza senza potere, ovvero la mancanza di deliberazione da parte dell'organo munito del potere a contrarre si traducono in difetti del consenso dell'ente medesimo, che, incidendo sulla validità ed efficacia del contratto privatistico, ne comportano l'annullabilità. Tale vizio può essere fatto valere esclusivamente dall'ente, nel cui interesse sono poste le norme procedurali violate, mentre il contratto può essere convalidato, *ex art. 1444 c.c.*, tutte le volte in cui l'amministrazione, che conosceva o doveva conoscere la causa d'invalidità ed alla quale spettava l'azione di annullamento, vi abbia dato volontariamente esecuzione (in tal senso Cass., 26/7/2012, n. 13296).

In ragione di detto principio la Corte ha respinto l'impugnazione della pronuncia di appello laddove: *“(...) ha affermato che gli arbitri hanno correttamente stabilito che la pacifica ed incontestata esecuzione del contratto valeva come rinuncia a far valere l'invalidità dello stesso per difetto di potere rappresentativo del sottoscrittore, con la conseguenza che anche la clausola compromissoria doveva considerarsi pienamente valida.”*

Gli effetti dell'attribuzione congiuntiva di beni ereditari

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. II, 16 dicembre 2021, n. 40426)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) Con citazione del 12/10/1993 D.G.A. conveniva in giudizio i fratelli P., C. e M. e la madre, M.F., affinché si procedesse alla divisione dei beni caduti nella successione ab intestato del padre, D.G.A., deceduto il (OMISSIS). Si costituivano i convenuti che non si opponevano alla domanda. Nelle more del giudizio decedeva anche la M., e nella sua quota succedevano i quattro germani D.G. Espletate due consulenze tecniche d'ufficio, e rigettata la richiesta di sequestro giudiziario avanzata da D.G.C., all'esito del deposito dell'ultimo supplemento di CTU, D.G.C., A. e M.R. chiedevano l'attribuzione congiunta dei due locali commerciali siti in (OMISSIS) alla (OMISSIS) e dell'appartamento alla (OMISSIS), con un conguaglio a favore di ognuna delle sorelle di Euro 15.380,25 da versare da parte del fratello, conguaglio cui dichiaravano di rinunciare.(..)

(…) Va pertanto ribadito il principio secondo cui (Cass. n. 926/1967) si ravvisa la comoda divisibilità della massa non solo quando sia possibile una ripartizione dell'immobile comune (o dei beni comuni) in tante parti (o in tanti lotti comprendenti singoli immobili) corrispondenti al numero ed alle quote dei condividenti, ma anche ove il frazionamento minore venga attuato, in corrispondenza ai diritti dei condividenti, formandosi, per quelli fra essi che ne facciano richiesta, un'unica porzione, che non muti fisionomia sul piano funzionale ed economico e che consenta la sua propria e normale utilizzazione senza spese rilevanti ed imposizione di vincoli a carico di altra porzione. Nè è di ostacolo a tale soluzione, che preveda l'attribuzione di una quota al gruppo di condividenti, che ne abbia fatto richiesta, la circostanza che la detta quota non sia, a sua volta, comodamente divisibile fra i condividenti, ai quali sia congiuntamente attribuita.

La possibilità che la divisione possa essere realizzata anche con la formazione di una o più quote destinate a rimanere in comunione tra alcuni degli originari condividenti che ne abbiano fatto richiesta, trova poi conferma in Cass. n. 8599/2004, che ha appunto ritenuto che l'attribuzione congiuntiva di beni ereditari non dà luogo al cosiddetto stralcio di quota o ad una divisione parziale, ma produce lo scioglimento della comunione ereditaria, con la conseguente inconfigurabilità del diritto di prelazione legale ex art. 732 c.c., che imprescindibilmente la presuppone, ed applicabilità viceversa - ai beni congiuntamente attribuiti - della disciplina propria della comunione ordinaria. Deve ritenersi pertanto che la richiesta, suscettibile di essere avanzata per la prima volta anche in appello (così Cass. n. 3694/2021), di rimanere in comunione, al fine di scongiurare gli effetti legali derivanti dalla non comoda divisibilità della massa comune, non integra una domanda nuova, rivelandosi una mera sollecitazione al giudice a rinnovare il giudizio sulla divisibilità in natura dei beni, alla luce del mutato assetto del numero e della consistenza delle quote da comporre, ed in vista dell'obiettivo tendenziale di assicurare con la divisione una distribuzione in natura dei beni tra i condividenti, scongiurando che i diritti di alcuni di essi vengano tacitati solo in denaro, come avverrebbe nel caso in cui, sul presupposto della non comoda divisibilità si procedesse all'attribuzione in esclusiva ad uno solo di essi ovvero alla vendita a terzi.

3.3 Così correttamente qualificata in diritto la vicenda oggetto di causa, va ricordato che secondo la giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 8286/2019) **il diritto dei coeredi ad una porzione in natura di ciascuna delle categorie di beni in comunione non consiste nella realizzazione di un frazionamento quotistico delle singole entità appartenenti alla stessa categoria, ma nella proporzionale divisione dei beni compresi nelle tre categorie degli immobili, mobili**

e crediti, dovendosi operare una divisione dei beni per genere, così da evitare un eccessivo frazionamento dei cespiti e non pregiudicare il diritto dei condividenti di ottenere una porzione di valore proporzionalmente corrispondente a quello del complesso da dividere. Pertanto, ove l'asse ereditario comprenda un solo immobile, questo sarà comodamente divisibile se ciascuno dei coeredi potrà averne una parte, anche se di valore inferiore alla sua quota, salvo conguaglio; quando, al contrario, di esso facciano parte più immobili, il giudice deve accertare se il diritto dei singoli condividenti sia meglio soddisfatto attraverso il frazionamento delle singole entità immobiliari oppure con l'assegnazione ad essi di interi immobili, con la conseguenza che, qualora questi, da soli o con altri beni, consentano di comporre la quota di alcuno dei condividenti in maniera che le altre possano formarsi con i restanti immobili, non si pone una questione di indivisibilità o non comoda divisibilità, essendo comunque ottenuta la ripartizione quantitativa e qualitativa dei vari cespiti compresi nella comunione nel rispetto del valore di ciascuna quota (conf. da ultimo Cass. n. 3694/2021; Cass. n. 1816/1979 che ammette il rispetto del principio di omogeneità anche nel caso in cui i beni destinati a comporre le varie quote siano ubicati in città diverse).

(...) 3.5 Quanto, infine, alla deduzione secondo cui la quota del locale ex portineria dello stabile di via Ommissis non apparterebbe ai condividenti, in quanto una sentenza ne avrebbe accertato la natura condominiale ex art. 1117 c.c., la stessa non si connota per la sua decisività. Infatti, la natura condominiale del bene non implica di per sé che una quota del bene non sia pervenuta al ricorrente, avendo questi ricevuto nella propria quota anche un appartamento sito nello stesso stabile, il che comporta che al medesimo sia giunta, sia pure per effetto del regime della proprietà condominiale, una quota del locale in questione, restando quindi indimostrato che l'effetto della sentenza invocata sia stato quello di sottrarre il bene stesso al regime di comproprietà anche per il ricorrente.

(...) Questa Corte ha, infatti, affermato che la sentenza che, nel disporre la divisione della comunione, pone a carico di uno dei condividenti l'obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di conguaglio, persegue il mero effetto di perequazione del valore delle rispettive quote, nell'ambito dell'attuazione del diritto potestativo delle parti allo scioglimento della comunione. Ne consegue che l'adempimento di tale obbligo non costituisce condizione di efficacia della sentenza di divisione e può essere soltanto perseguito dagli altri condividenti con i normali mezzi di soddisfazione del credito, restando comunque ferma la statuizione di divisione dei beni (Cass. n. 1656/2017; Cass. n. 22833/2006). Inoltre, come peraltro ribadito dalla stessa difesa del ricorrente, in tema di divisione ereditaria, mentre il pagamento del conguaglio in danaro, di cui all'art. 728 c.c., è previsto per compensare la disuguaglianza in natura delle quote e, dunque, prescinde dal consenso del coerede al quale sia imposto, il conguaglio stabilito dall'art. 720 c.c., in quanto destinato a facilitare la divisione di immobili non comodamente divisibili e tale, perciò, da alterare la proporzionale distribuzione dei beni tra i condividenti, impone, invece, il consenso degli stessi (Cass. n. 8259/2015; Cass. n. 15288/2014; Cass. n. 7833/2008; Cass. n. 2117/1995). Una volta affermata la ricorrenza di una divisione in natura mediante la formazione di due quote di valore differente - di cui una corrispondente al valore delle tre quote congiunte delle sorelle D.G. - stante la officiosità della previsione del conguaglio ex art. 728 c.c., si palesa erronea la pretesa di subordinare al proprio consenso la previsione di un conguaglio a favore delle altre condividenti (...).

5.2 La sentenza, quasi con motivazione ad abundantiam, ha poi rilevato che, anche a voler diversamente configurare la rinuncia in oggetto quale ipotesi di rimessione del debito, l'opposizione del debitore era tardivamente intervenuta, in quanto operata solo in comparsa conclusionale, senza quindi il rispetto del termine congruo di cui all'art. 1236 c.c. Rileva la Corte che, secondo la propria giurisprudenza, deve affermarsi il carattere neutro della causa remissoria, secondo la previsione tipica dell'art. 1236 c.c., il che comporta che la relativa ricostruzione è devoluta alla cognizione esclusiva del giudice di merito, perché si fonda sulla valutazione di elementi fattuali (Cass. n. 10293/2007; Cass. n. 5260/1983, che espressamente afferma che non rileva l'assenza di vantaggi per il creditore) sicché si palesa incensurabile l'affermazione circa il carattere non gratuito della

dichiarazione resa dalla controricorrente (non essendo peraltro necessario che la remissione debba necessariamente inserirsi in una vera e propria transazione, cfr. Cass. n. 2921/1995). (...)”

Nota a cura di
Nicola D'Onofrio

La pronuncia in esame muove dalla richiesta di un erede, il quale conveniva in giudizio le tre sorelle e la propria madre, per procedere alla divisione dei beni caduti nella successione *ab intestato* del padre (richiesta non opposta dai convenuti).

Nel corso del giudizio decedeva anche la madre, cui *ex lege* succedevano i quattro figli.

Dopo l'espletamento di due consulenze tecniche d'ufficio, le tre sorelle dell'attore chiedevano l'attribuzione congiunta di taluni beni dell'asse, con conguaglio – per la differenza - a favore di queste da versare da parte del fratello, al quale venivano destinati, invece, altri cespiti appartenenti al *de cuius*, di valore commerciale superiore.

Il Tribunale di Napoli autorizzava il progetto così come innanzi indicato, ma senza previsione di conguagli, con condanna dell'attore alla refusione di metà delle spese, per il proprio comportamento processuale.

Avverso tale sentenza proponeva appello il fratello, il quale – tra gli altri motivi – si doleva della circostanza che non ci fosse una omogeneità tra la quota congiunta assegnata alle sorelle, le quali pertanto costituivano un unico centro d'interesse, e quella ricevuta dall'appellante *uti singuli*.

La Corte d'Appello di Napoli, all'esito del giudizio di gravame, confermava quanto statuito dal Tribunale, riformando solo la parte della sentenza di primo grado relativa alla condanna alle spese, le quali venivano compensate integralmente tra le parti.

Il fratello, avverso tale pronuncia, insorgeva dinanzi la Corte di Cassazione sulla base di sette motivi. Dirimente, ai fini del commento in oggetto, è il terzo motivo di ricorso, ove viene denunciata dal ricorrente la violazione *ex artt.* 360 c.1 n.4 e 132 c.2 n.4 c.p.c. del provvedimento impugnato per una omessa motivazione della Corte d'Appello di Napoli su alcuni rilievi critici del germano, concernenti differenze qualitative e quantitative tra la propria quota e quella attribuita congiuntamente alle sorelle.

L'attribuzione congiunta di beni a queste ultime, infatti, a detta del ricorrente, avrebbe creato una situazione di svantaggio, poiché avrebbe destinato i cespiti di più ingente valore al gruppo di coeredi, pregiudicando la quota del fratello, la quale risultava – nella prospettazione di parte - più modesta.

La Suprema Corte, preliminarmente, rileva che la fattispecie *de quo* non rientra nel regime dell'art. 720 c.c. rubricato “*immobili non divisibili*” - la quale, in tema di divisione di immobili non comodamente frazionabili, statuisce che questi 1) vanno attribuiti per intero a uno degli eredi, con addebito dell'eccedenza, o 2) attribuiti congiuntamente, o come *extrema ratio*, 3) venduti all'incanto – in quanto il Tribunale ha posto in essere **una divisione in natura** (incompatibile con il regime dell'art. 720 c.c.).

Infatti le res, costituenti l'asse, sono state suddivise dal Giudice di Merito tra due centri di interesse: le tre sorelle da una parte, le quali avevano espresso la volontà di rimanere in comunione di una quota parte dei beni, ed il fratello dall'altra.

Ciò detto, la Cassazione si sofferma sul concetto di “*comoda divisibilità dei beni*”, la quale deve necessariamente tenere conto a) della massa di beni da dividere; b) del numero delle quote; c) del numero dei dividendi.

La “*comoda divisibilità della massa*” è attuabile con diverse modalità: essa, infatti, sarebbe possibile sia ripartendo il bene comune in tante parti quanti sono i numeri e le quote dei dividendi, ma anche mediante la sopra richiamata attribuzione congiunta, ove garantisca l'utilizzo della res sul

piano funzionale ed economico senza spese rilevanti ed imposizione di vincoli a carico di altra porzione.

La Cassazione, infatti, già con la pronuncia avente n.8599/2004 aveva rilevato che l'attribuzione congiuntiva di beni ereditari – proponibile per la prima volta anche in appello - produce, di fatto, uno scioglimento dell'asse, con applicazione della disciplina della comunione a quel gruppo di beni congiuntamente attribuiti agli eredi.

Vale la pena evidenziare che, se da una parte, i coeredi hanno diritto ad una proporzionale divisione dei beni compresi nelle tre categorie di “immobili, mobili e crediti”, dall'altra, va evitato un eccessivo frazionamento del relictum. Quando vi sono più immobili, come nella fattispecie de quo, il giudice deve accertare se il diritto dei singoli condividenti sia meglio soddisfatto attraverso il frazionamento delle singole entità immobiliari oppure con l'assegnazione ad essi di beni interi. Nell'attribuzione congiuntiva non si pone una questione di indivisibilità o non comoda divisibilità, essendo comunque ottenuta ripartizione dei vari cespiti nel rispetto del valore di ciascuna quota.

Sulla base di ciò, applicando i già menzionati principi al caso di specie, il Giudice di Merito, per la Cassazione, aveva fatto corretta applicazione dei criteri in materia, dal momento che le quote assegnate agli eredi, anche usufruendo dell'istituto dell'attribuzione congiunta, erano rispettose dei valori da attribuire a quest'ultimi.

Il Supremo Collegio è giunto così ad enunciare il seguente principio, per cui ***“in tema di divisione, la richiesta, proveniente da alcuni coeredi e suscettibile di essere avanzata per la prima volta anche in appello, di rimanere in comunione, al fine di scongiurare gli effetti legali derivanti dalla non comoda divisibilità della massa comune, non integra una domanda nuova, trattandosi di una mera sollecitazione al giudice a rinnovare il giudizio sulla divisibilità in natura dei beni, alla luce del mutato assetto del numero e della consistenza delle quote da comporre ed in vista dell'obiettivo tendenziale di assicurare con la divisione una distribuzione in natura dei beni tra i condividenti, scongiurando che i diritti di alcuni di essi vengano tacitati solo in denaro”***.

La validità dell'accordo stipulato tra genitori non coniugati e non conviventi al fine di disciplinare la modalità di sostentamento ai figli

Argomento: Delle Persone e della Famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 2022, n. 663)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) Si deve quindi ritenere, in ciò correggendosi la motivazione del provvedimento impugnato, che anche un accordo intervenuto alla cessazione di un rapporto di convivenza di fatto, al fine di disciplinare le modalità di contribuzione dei genitori ai bisogni e necessità della prole, deve essere riconosciuto valido come atto espressivo dell'autonomia privata, pienamente lecito nella materia, non essendovi necessità di un'omologazione o controllo giudiziale preventivo. Tuttavia, tale accordo ad oggetto l'adempimento di obbligo ex lege (...), cosicché l'autonomia contrattuale delle parti assolve allo scopo solo di regolare le concrete modalità di adempimento di una prestazione comunque dovuta ed incontra un limite, sotto il profilo della perdurante definitiva vincolatività ed efficacia fra le parti del negozio concluso, nella corrispondenza delle pattuizioni in esso contenute alle effettive esigenze del figlio. (...) in sostanza, l'accordo, benché valido, e pure in assenza di un sopravvenuto mutamento delle condizioni economiche dei genitori, non preclude al giudice che sia chiamato a valutarne la rispondenza agli obblighi di mantenimento del figlio, e che lo reputi inidoneo o insufficiente allo scopo, di integrarlo e/o di modificarlo. Nell'operare la valutazione richiestagli il giudice deve infatti ispirarsi al criterio fondamentale dell'esclusivo interesse morale e materiale della prole (art. 337 ter, 2° co., cod. civ.); sicché l'adozione dei provvedimenti ritenuti opportuni ad assicurare detto interesse non solo non incontra, come si è già detto, i limiti processuali - costituiti dal dovere di rispetto del principio della domanda e del principio dispositivo - di cui all'art. 112 cod. proc. civ., ma, a maggior ragione, non può ritenersi subordinata alla salvaguardia dei patti liberamente stipulati dai genitori nell'esercizio della loro autonomia negoziale, il cui contenuto è la cui congruità formano per l'appunto oggetto di delibazione. Devono essere quindi a fermati i seguenti i principi di diritto: **“in tema di mantenimento dei figli nati da genitori non coniugati alla luce del disposto di cui all'art. 337 ter quarto comma c.c., anche un accordo negoziale intervenuto tra i genitori non coniugati e non conviventi, al fine di disciplinare le modalità di contribuzione degli stessi ai bisogni e necessità dei figli, è riconosciuto valido come espressione dell'autonomia privata è pienamente lecito nella materia, non essendovi necessità di una omologazione o controllo giudiziale preventivo; tuttavia, l'autonomia contrattuale delle parti assolve allo scopo solo di regolare le concrete modalità di adempimento di una prestazione comunque dovuta ed incontra un limite, sotto il profilo della perdurante e definitiva vincolatività fra le parti del negozio concluso, nell'effettiva corrispondenza delle pattuizioni in esso contenute all'interesse morale e materiale della prole”**.

Quando ricorrono i presupposti dell'azione di garanzia, il compratore, che ha subito danno a causa dei vizi della cosa, può esercitare la sola azione di risarcimento

Argomento: Del Contratto di compravendita

(Cass. Civ., Sez. II, 17 gennaio 2022, n. 1218)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) Ad avviso del ricorrente entrambi i giudici del merito avrebbero accertato e dichiarato la sussistenza del denunciato inadempimento della (omissis), ma, ciò nonostante, sullo specifico punto e sulla relativa domanda giudiziale la Corte distrettuale avrebbe totalmente ommesso di considerare che su siffatto capo della pronuncia era ‘calato il definitivo giudicato’. Il motivo va respinto in quanto, oltre ad essere articolato in modo confuso, non è fondato.

Il ricorrente non tiene conto del fatto che **sebbene l'azione di risarcimento del danno spettante all'acquirente per l'inadempimento del venditore abbia carattere autonomo, nel senso che è proponibile indipendentemente dall'esperimento dell'azione di risoluzione del contratto o di quella di riduzione del prezzo, occorre pur sempre, tuttavia, che ricorrano i presupposti dell'azione di garanzia, e che siano quindi non solo dimostrati la sussistenza e la rilevanza dei vizi, ma anche osservati i termini di decadenza e di prescrizione e, più in generale, tutte le condizioni stabilite per l'esercizio di tale azione** (cfr. Cass. n. 15481 del 2001; Cass. n. 3527 del 1993).

In questi termini la circostanza per cui la Corte di appello, e prima il Tribunale, con valutazione "in fatto" congrua ed esaustiva, ha riconosciuto che il conglomerato bituminoso fornito non fosse perfettamente corrispondente ai criteri contrattuali concordati non incideva sulla natura del bene fornito, id est che non fosse risultato inidoneo all'uso cui era destinato, vale di per sé ad elidere il presupposto e dell'azione di garanzia e di qualsivoglia pretesa risarcitoria.

Nei medesimi termini quindi per nulla si giustificano le prospettazioni della ricorrente secondo cui "sia il Tribunale che la Corte d'Appello hanno, in definitiva, accertato e dichiarato la sussistenza del denunciato inadempimento della (omissis)" e che "su detto capo della decisione (l'inadempimento), è calato il definitivo giudicato", giacché proprio dal tenore complessivo della decisione emerge che non vi era stato il grave inadempimento dedotto. Da ciò discende che il rigetto della domanda di risarcimento dei danni risulta consequenziale e non meritevole di censura.”

Il contratto di compravendita è nullo ex art. 1418 co. 1 c.c. se il debitore trasferisce un bene immobile quale pagamento del debito usurario

Argomento: Del Contratto di compravendita

(Cass. Civ., Sez. II, 17 gennaio 2022, n. 1221)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(…) è noto che la fattispecie del reato di usura è integrata allorché taluno si fa dare o promettere un vantaggio usurario e non è richiesto che la vittima abbia corrisposto interessi usurari ma è sufficiente che siano stati promessi. Non è quindi necessario un calcolo del dare e dell'avere per verificare se effettivamente siano state corrisposte somme eccessive tali da sfociare nell'illecito vantaggio per verificare l'illiceità della causa del contratto.

(…) Occorre richiamare l'evoluzione giurisprudenziale sulla c.d. "nullità virtuale" per violazione di norme penali che riconduce nell'alveo della violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c. le ipotesi c.d. dei «reati in contratto» qualora la norma penale violata miri alla tutela di esigenze di interesse collettivo. Con riferimento al delitto di estorsione, di recente questa Corte ha affermato che **«Il contratto stipulato per effetto diretto del reato di estorsione è affetto da nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, in conseguenza del suo contrasto con norma imperativa, dovendosi ravvisare una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, in particolare l'inviolabilità del patrimonio e della libertà personale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti»** (Sez. II, Sent. n. 17959 del 2020).

(…) Ciò premesso, quello che in questa sede rileva è che l'evidente connotazione e dimensione pubblicistica della tutela delle vittime dei reati di estorsione vale anche per le vittime del reato di usura, quale indice sicuro della sussistenza di esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti.

(…) Deve ritenersi, pertanto, che qualora siano stati pattuiti interessi o altri vantaggi usurari quale corrispettivo di una prestazione di denaro, il contratto di compravendita con il quale il debitore trasferisca un bene immobile quale pagamento del debito usurario è nullo ex art. 1418, primo comma, c.c., tenuto conto dell'interesse generale di ordine pubblico tutelato dalla norma penale violata. In tal caso, infatti, non può operare la specifica tutela prevista dal secondo comma dell'art. 1815 c.c. (come sostituito dall'art. 4 della I. n. 108 del 1996) secondo cui: «Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi», con conversione del mutuo da contratto oneroso a contratto gratuito. Peraltro, ai fini della consumazione del delitto di usura, la nuova formulazione dell'art. 644 c.p. non richiede più quale elemento costitutivo l' approfittarsi dello stato di bisogno, essendo sufficiente il superamento del tasso soglia (usura c.d. automatica) oppure il trovarsi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria», (c.d. usura concreta) con il conseguente venir meno della sostanziale corrispondenza della norma penale con il rimedio civilistico della rescissione per lesione ex art. 1448 c.c. e ciò anche con riferimento alla c.d. lesione ultra dimidium. (…)"

La rivalutazione del credito e il calcolo gli interessi legali sulla somma rivalutata

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 19 gennaio 2022, n. 1627)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(…) Spettano di pieno diritto gli interessi aventi natura compensativa (Cass. n. 5584/1987; n. 2240/1985), che si cumulano con la rivalutazione monetaria, in quanto la rivalutazione monetaria e gli interessi sulla somma liquidata assolvono funzioni diverse (Cass. n. 9517/2002), poiché la prima mira a ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato quale era anteriormente al fatto generatore del danno ed a porlo nelle condizioni in cui si sarebbe trovato se l'evento non si fosse verificato, mentre i secondi hanno natura compensativa, con la conseguenza che le due misure sono giuridicamente compatibili e pertanto debbono essere corrisposti anche gli interessi, intesi come strumento per compensare il creditore del lucro cessante in dipendenza del ritardo nel conseguimento materiale della somma dovuta a titolo di risarcimento (Cass. n. 11937/2002). È stato anche riconosciuto che gli interessi c.d. compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria del danno da ritardo nei debiti di valore, fermo restando che non è configurabile alcun automatismo nel riconoscimento degli stessi, essendo onere del creditore provare, anche in base a criteri presuntivi, che la somma rivalutata (o liquidata in moneta attuale) sia inferiore a quella di cui avrebbe disposto, alla stessa data della sentenza, se il pagamento della somma originariamente dovuta fosse stato tempestivo (Cass. n. 18564/2018).

(…) Si chiarisce che qualora si provveda all'integrale rivalutazione del credito, tale rivalutazione si sostituisce al danno presunto costituito dagli interessi legali, ed è idonea, quale espressione del totale danno sofferto in concreto, a coprire l'intera area dei danni subiti dal creditore stesso, con la conseguenza che non sono dovuti interessi moratori accordati al creditore dal primo comma dell'art. 1224 c.c., verificandosi altrimenti l'effetto che il creditore riceverebbe due volte la liquidazione dello stesso danno e conseguirebbe più di quanto avrebbe ottenuto se l'obbligazione fosse stata tempestivamente adempiuta (Cass. n. 11975/2006). In questo caso, gli interessi legali sulla somma rivalutata dovranno essere perciò calcolati dalla data della liquidazione (Cass. n. 7948/2020, richiamata dalla controricorrente nella memoria). (...) Tale rilievo, formulato sulla base di un principio corretto, costituisce apprezzamento di merito, incensurabile in questa sede di legittimità. Le considerazioni della (...), ancora riprese con la memoria (il fatto di non essere a conoscenza del tipo di utilizzazione che (...) avrebbe fatto del materiale) sono irrilevanti, non essendo idonee a escludere il requisito della prevedibilità, inteso nel significato sopra indicato. (...) La Corte d'appello ha riconosciuto che il materiale fornito da (...), secondo l'accertamento del consulente tecnico, non aveva le caratteristiche richieste. In presenza di tale circostanza oggettiva, essa ha riconosciuto che non fosse rilevante che il certificato, contenente il dato errato, fosse stato emesso da (...). La stessa Corte di merito ha poi affermato che il danno poteva quantificarsi nell'importo indicato nella corrispondenza fra la (...) e il cliente; ha chiarito che tale importo "rappresenta un danno per (...) perché la società non ha incassato l'importo delle due note di debito". (...) Non è quindi vero che la Corte di merito abbia riconosciuto la prova del quantum solamente sulla base della non contestazione di (...); essa ha piuttosto operato una valutazione complessiva della vicenda, in esito alla quale ha riconosciuta raggiunta la prova della pretesa. (...)”

L'accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto non costituisce ricognizione tacita del debito

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. I, 25 gennaio 2022, n. 2091)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) l'appellante aveva dedotto che erroneamente il primo giudice aveva ritenuto provata la domanda attrice sul presupposto che il sub-commissario ex O.P.C.M. n. 2425 del 1996, firmatario degli anzidetti decreti, avesse riconosciuto il debito nei confronti del Comune, perché a tali atti non poteva riconoscersi il valore di ricognizione di debito, in quanto tale tipologia di atto è soggetto al controllo preventivo di legittimità della L. n. 289 del 2002, ex art. 23, comma 5 (…)

1.3. La ricognizione di debito, di cui all'art. 1988 cod. civ., ha natura di atto unilaterale recettizio che può essere effettuato solo da chi abbia la disponibilità del negozio giuridico o dell'atto cui si riferisce il riconoscimento. Inoltre, al pari della promessa di pagamento, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, venendo ad operarsi, in forza dell'art. 1988 cod. civ., un'astrazione meramente processuale della causa debendi, comportante una semplice relevatio ab onere probandi per la quale il solo destinatario della ricognizione è dispensato dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria e che, oltre ad essere preesistente, può anche nascere contemporaneamente alla dichiarazione (o trovarsi in itinere al momento di questa), ma della cui esistenza o validità non può prescindersi sotto il profilo sostanziale, con il conseguente venir meno di ogni effetto vincolante della ricognizione stessa ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto fondamentale non è mai sorto, o è invalido, o si è estinto, ovvero che esista una condizione ovvero un altro elemento attinente al rapporto fondamentale che possa comunque incidere sull'obbligazione derivante dal riconoscimento (Cass. n. 15575 del 11/12/2000).

1.4. Di recente è stato affermato, quanto agli effetti della c.d. ricognizione di debito titolata, che la ricognizione esonera dall'onere di provare il rapporto fondamentale soltanto il soggetto al quale è stata indirizzata, a meno che non contenga l'indicazione della causa debendi, perché, in tal caso, anche il cessionario del credito, quale successore a titolo particolare nel rapporto obbligatorio oggetto della scrittura ricognitiva, può avvalersi della presunzione correlata alla sottoscrizione della stessa (Cass. n. 26334 del 20/12/2016). E' evidente, però, che nel caso in cui la ricognizione di debito si inserisca in una complessa operazione di cessione del credito - come avvenuto nella fattispecie in esame - tale effetto può prodursi solo ove la ricognizione presenti tutti i requisiti formali e sostanziali di validità ed efficacia, perché, come più volte affermato, l'accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto non costituisce ricognizione tacita del debito, trattandosi di una dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale, sicché, il ceduto non viola il principio di buona fede nei confronti del cessionario, se non contesta il credito, pur se edotto della cessione (Cass. n. 3184 del 18/02/2016), né tale valenza può desumersi dal silenzio del debitore stesso sulla natura del credito ceduto - atteso che quest'ultimo si identifica con il contratto dal quale nasce, da presumersi noto al nuovo creditore - o dalla mancata informativa al cessionario sulle ragioni della contestazione del credito, in quanto l'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ. è imposto al debitore solo nell'adempimento della prestazione, mentre non può essere esteso sino ad includere l'informazione dettagliata delle ragioni del rifiuto di adempiere (Cass. n. 26664 del 18/12/2007).

1.5. In proposito, va rimarcato che, come già affermato da questa Corte, **ove l'atto ricognitivo del**

debito provenga da una pubblica amministrazione lo stesso richiede la forma scritta ad substantiam e la prova della sua esistenza e del suo contenuto non può essere fornita né attraverso la confessione, né mediante la testimonianza (Cass. n.25435 del 6/12/2007). Vi è, inoltre, necessità di un'idonea manifestazione di volontà ricognitiva del debito adottata nelle forme di legge, potendo l'amministrazione obbligarsi solo nelle forme consentite e con assoggettamento dell'atto al riscontro di legittimità della Corte dei conti (Cass. n.1834 del 21/6/1974), ciò perché la disciplina civilistica dettata dall'art.1988 cod. civ. è applicabile agli atti della P.A. nel concorso dei requisiti formali e procedurali che ne condizionano la validità e l'efficacia (Cass. n. 8643 del 29/05/2003; Cass. n. 25435 del 06/12/2007). 1.7. (...) Va osservato, in proposito, richiamando i principi prima enunciati, che **la cessione del credito non integra una ricognizione di debito tacita; che la ricognizione di debito cd. titolata può esonerare il creditore dall'onere di provare il rapporto fondamentale solo ove vi sia stata un'idonea manifestazione di volontà ricognitiva del debito; che la pubblica amministrazione può procedere alla ricognizione del debito - assimilabile per "equivalenza di effetti" con i decreti approvativi dei contratti passivi - solo nelle forme consentite e con assoggettamento dell'atto al riscontro di legittimità della Corte dei conti**, ciò perché la disciplina civilistica dettata dall'art. 1988 c.c., è applicabile agli atti della P.A. nel concorso dei requisiti formali e procedurali che ne condizionano la validità e l'efficacia; che l'adempimento dell'onere di trasmissione della ricognizione di debito ex art. 23, comma 5, cit., deve trovare evidenza nell'atto ricognitivo stesso, vincolato alla forma scritta ad substantiam; che, in mancanza di tale evidenza, la ricognizione risulta inefficace, a meno che il creditore che intende farla valere non provi che l'adempimento vi è stato, e che, in mancanza, il creditore cessionario ha l'onere di provare il rapporto fondamentale, senza che ciò possa avvenire sulla scorta della mera accettazione della cessione del credito. La Corte di appello non si è attenuta a tali principi e la sentenza va cassata con rinvio, affinché vi dia applicazione. (...)"

Azione revocatoria nei confronti dell'imprenditore fallito entro un anno dalla vendita dei beni

Argomento: Diritto Fallimentare

(Cass. Civ., Sez. II, 25 gennaio 2022, n. 2218)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) La Corte d’appello di Brescia – dopo aver dato atto del passaggio in giudicato dell’inefficacia della seconda vendita, non avendo la curatela del Fallimento I. proposto appello (ed anzi essendo rimasta contumace anche in secondo grado) (...) ha inoltre precisato che l’azione non sarebbe inammissibile, bensì infondata, per mancanza dell’*eventus damni*; (...) **Ai fini della revoca della vendita di propri beni effettuata dall'imprenditore, poi fallito entro un anno, ai sensi dell'art. 67, comma secondo, legge fall. (nel testo originario, applicabile "ratione temporis"), l'"eventus damni" è "in re ipsa" e consiste nel fatto stesso della lesione della "par condicio creditorum", ricollegabile, per presunzione legale assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione; pertanto, grava sul curatore il solo onere di provare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente, mentre la circostanza che il prezzo ricavato dalla vendita sia stato utilizzato dall'imprenditore, poi fallito, per pagare un suo creditore privilegiato (eventualmente anche garantito, come nella specie, da ipoteca gravante sull'immobile compravenduto) non esclude la possibile lesione della "par condicio", né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi. (Nell'enunciare il principio in massima, la S.C. ha altresì precisato che la natura distributiva, e non indennitaria, dell'azione prevista dal comma secondo dell'art. 67 è rimasta ferma anche dopo la riforma della disciplina della revocatoria fallimentare operata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, il cui art. 2 si è limitato a dimezzare il "periodo sospetto", con l'introduzione di talune eccezioni alla regola, implicitamente confermate quindi della stessa)» (Cass. Sez. U, 7028/2006). (...)”**

In tema di collazione, la cessione di quote societarie va tenuta distinta da quella d'azienda

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 2505)
Stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) Con citazione dell'8 giugno 2012 A. G. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Palermo la sorella A. M. chiedendo accertarsi la simulazione di una serie di atti posti in essere tra quest'ultima e la de cuius, D.G., in quanto dissimulanti delle donazioni, da prendere in considerazione ai fini successori. (...) Infine, il 30 giugno 2004 era stato stipulato un atto di cessione di quote con il quale la D. G. aveva ceduto la propria quota societaria alla figlia M. per un corrispettivo di euro 890.313,12. (...) Avverso tale decisione proponeva appello l'attore e la Corte d'appello di Palermo con la sentenza n. 666 del 26 marzo 2019, in parziale accoglimento del gravame, dichiarava la simulazione parziale dell'atto di cessione di quote societarie del 30 giugno 2004, limitatamente alla differenza di valore non corrisposta pari ad euro 1.010.888,88, da intendersi quale atto di liberalità compiuto dalla defunta in favore della convenuta. (...) Confortava tale convincimento anche il contenuto del testamento olografo della de cuius nel quale la stessa riferiva (...) di avere precedentemente anticipato l'eredità alla figlia M., unica laureata in farmacia.

(...) vi è **differenza tra l'ipotesi di cessione d'azienda e quella di cessione di quote, atteso il diverso oggetto del bene alienato, differenza che, secondo la giurisprudenza di questa Corte si riverbera essenzialmente sul regime della collazione** (...). Infatti, è stato anche di recente precisato che (Cass. n. 10756/2019) la quota di società è soggetta a collazione per imputazione, prevista dall'art. 750 c.c. per i beni mobili, poiché - non conferendo ai soci un diritto reale sul patrimonio societario riferibile alla società, che è soggetto distinto dalle persone dei soci - attribuisce un diritto personale di partecipazione alla vita societaria. La collazione della quota di azienda, che rappresenta la misura della contitolarità del diritto reale sulla "universitas rerum" dei beni di cui si compone, va compiuta, invece, secondo le modalità indicate dall'art. 746 c.c. per gli immobili, sicché - ove si proceda per imputazione - deve aversi riguardo al valore non delle singole cose, ma a quello assunto dalla detta azienda, quale complesso organizzato, al tempo dell'apertura della successione (conf. Cass. n. 502/2003). (...) Al fine di individuare il corretto valore di mercato delle quote societarie (non potendosi limitare a far riferimento al loro valore nominale) occorre stimare le varie componenti del patrimonio societario (...). A tal fine valga il richiamo alla costante giurisprudenza di questa Corte secondo cui (cfr. Cass. n. 24769/2018) in **tema di valutazione della quota sociale ex art. 2289 c.c., occorre tener conto anche del valore dell'avviamento e, secondo una stima di ragionevole prudenza, della futura redditività dell'azienda, considerato che la norma, facendo riferimento allo scioglimento del rapporto nei confronti di un solo socio, presuppone la continuazione dell'attività sociale che non può riferirsi solo ad un compendio statico e disaggregato di beni, ma deve essere valutata anche avuto riguardo alla sua fisiologica e naturale propensione verso il futuro** (conf. Cass. n. 5449/2015; Cass. n. 7595/1993; Cass. n. 4210/1992). Va peraltro ricordato che, anche secondo la giurisprudenza tributaria (Cass. n. 25262/2017), se la cessione di quote di partecipazioni sociali (...) non consente all'Amministrazione di prendere in considerazione l'avviamento, poiché, consistendo questo nell'attitudine di un complesso aziendale a conseguire risultati economici diversi di quelli raggiungibili attraverso l'utilizzazione isolata dei singoli elementi che lo compongono, tuttavia deve essere preso in esame nel caso di sostituzione nell'impresa di un soggetto diverso attraverso il trasferimento dell'intera azienda, o di un suo ramo, ad altra società o ad altro imprenditore individuale,

ovvero mediante concentrazione dell'intero capitale nella persona di un unico socio (...). La venditrice aveva dichiarato che intendeva avvalersi del trattamento fiscale agevolato di cui all'art. 5 della legge n. 448/2001, che le aveva permesso di azzerare ogni plusvalenza tassabile. La scelta di ricorrere ad una cessione di quote si giustificava proprio al fine di assicurare tale risparmio fiscale che invece non vi sarebbe stato ove le parti avessero optato per una cessione di azienda. (...), anche a voler reputare che il ricorso alla cessione di quote risieda nell'esigenza di carattere fiscale (...) il motivo non si confronta con il fondamento della decisione che ha ravvisato la liberalità proprio nella sproporzione voluta e notevole tra prezzo dichiarato e valore effettivo delle quote alienate. Se è tale l'elemento che ha indotto a ravvisare la donazione quanto alla differenza di valore, (...) in realtà il vantaggio fiscale vi sarebbe stato per la venditrice anche ove fosse stato dichiarato l'effettivo valore delle quote, sicché l'opportunità di trarre la massima convenienza ai fini fiscali avvalendosi dal regime di cui alla legge n. 448/2001, non elide il rilievo che il prezzo dichiarato e formalmente incassato era notevolmente inferiore a quello corrispondente al valore delle quote. (...) Si rileva che la sentenza si sarebbe fermata alla determinazione del valore delle quote all'atto della cessione, trascurando che ai fini della collazione occorre stabilire il valore della donazione alla data di apertura della successione. La ricorrente aveva sempre chiesto procedersi alla stima alla data della morte della genitrice, e ciò anche alla luce della necessità di dover procedere diversamente per l'ipotesi di collazione della donazione di quote rispetto a quella di collazione d'azienda. (...) In conformità della giurisprudenza di questa Corte che ha chiarito che (Cass. n. 10759/2019) si ha donazione indiretta di un bene anche quando il donante paghi soltanto una parte del prezzo della relativa compravendita dovuto dal donatario (ovvero incassi solo parte dell'effettivo valore della res alienata), laddove sia dimostrato lo specifico collegamento tra dazione e successivo impiego delle somme, dovendo, in tal caso, individuarsi l'oggetto della liberalità, analogamente a quanto affermato in tema di vendita mista a donazione, nella percentuale di proprietà del bene acquistato pari alla quota di prezzo corrisposta con la provvista fornita dal donante. Ciò chiarito, va altresì rilevato che, ferma restando la diversa modalità di collazione che va seguita a seconda che si abbia donazione di azienda ovvero di quote societarie (ed in disparte il rilievo per cui, vertendosi in tema di collazione di una donazione indiretta, l'unica forma di collazione è quella per imputazione, cfr. Cass. n. 11496/2010), nella vicenda non rileva la determinazione del valore del bene alla data di apertura della successione, in vista della collazione della donazione, atteso (...) non risulta anche avanzata la domanda di divisione, cui la collazione è funzionale, ma la sola domanda di accertamento della natura parzialmente simulata della vendita di quote, il che impone unicamente di verificare se alla data della vendita vi fosse la dedotta sproporzione. (...)"

Ai fini della dimostrazione del possesso non è sufficiente la coltivazione del fondo ed il requisito della non clandestinità sussiste anche nel caso in cui il fondo sia intercluso

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 28 gennaio 2022, n. 2682)
stralcio a cura di Ilaria Marrone

“(…) Il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 1163 c.c. La sentenza è oggetto di censura nella parte in cui la Corte d'appello ha ritenuto che ricorresse il requisito della pubblicità del possesso, nonostante l'interclusione del fondo. Si sostiene che non è pubblico il possesso esercitato su particelle intercluse, qualora l'accesso non sia consentito tramite servitù di passaggio. Il motivo è infondato. In tema di usucapione, ai fini della qualificazione del possesso come non clandestino, è sufficiente che esso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di volere assoggettare la cosa al proprio potere senza che sia necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato (Cass. n. 2800/1979). È stato anche chiarito che il requisito della non clandestinità va riferito non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo dal precedente possessore o da una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto con quest'ultimo (Cass. n. 11465/2021). L'accertamento relativo alla qualificazione del possesso ed alla determinazione del decorso del tempo utile al verificarsi dell'usucapione è devoluto al giudice del merito ed il relativo apprezzamento è incensurabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici (Cass. n. 26633/2021). Ora, la sentenza impugnata non rivela errori nell'identificazione della nozione di clandestinità, che ricorre quando l'azione sia tale da tale da sottrarsi alla conoscenza dell'interessato, in modo da impedirne la reazione e il ricorso ai rimedi di legge (Cass. n. 346/1967). Invero, la pretesa del ricorrente, di far discendere la clandestinità dalla interclusione del fondo (negata in fatto dalla Corte d'appello), costituisce petizione di principio. Il terzo motivo denuncia l'erronea valutazione circa la sussistenza del possesso utile per l'usucapione, che non è integrato, nel caso di terreni agricoli, dalla semplice coltivazione del terreno. Il motivo è fondato. L'assunto fatto proprio dalla Corte d'appello di Bari, la quale ha riconosciuto, sufficiente, ai fini della prova del possesso utile per l'usucapione, la coltivazione del fondo, contrasta, infatti, con il recente orientamento della seconda sezione civile di questa Corte, secondo cui «ai fini della prova degli elementi costitutivi dell'usucapione - il cui onere grava su chi invoca la fattispecie acquisitiva - la coltivazione del fondo non è sufficiente, perché, di per sé, non esprime, in modo inequivocabile, l'intento del coltivatore di possedere, occorrendo, invece, che tale attività materiale, corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, sia accompagnata da univoci indizi, i quali consentano di presumere che essa è svolta uti dominum (così Cass. n. 17376/18; conformi Cass. n. 18215/13). Tale più recente orientamento è stato condiviso da Cass. n. 6123 del 2020, con **la significativa precisazione che l'accertamento del corpus possessionis è accertamento di fatto, che il giudice di merito deve operare caso per caso/esaminando l'intero reticolo dei poteri concretamente esercitati su un bene**; cosicché nel relativo apprezzamento non ci si può limitare a considerare l'attività di chi si pretende possessore (nella specie, la coltivazione del fondo)

ma è necessario considerare anche il modo in cui tale attività si correla con il comportamento del proprietario. La sentenza, pertanto, deve essere cassata in relazione a tale motivo e la corte di rinvio dovrà accertare la esistenza del possesso utile per l'usucapione attenendosi al principio di cui sopra. (...)"

Intervento in causa e litisconsorzio necessario

Argomento: Procedura Civile

(Cass. Civ., Sez. I, 2 febbraio 2022, n. 3252)

stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(…) L'istituto del litisconsorzio necessario rinviene la sua base normativa nell'art. 102 c.p.c., che è stato giustamente definito "una norma in bianco", in quanto si limita a descrivere una particolare disciplina processuale senza specificare le ragioni in forza delle quali questa debba in concreto applicarsi. Le riflessioni che su tale norma (e più generale sull'istituto dalla stessa disciplinato) sono state compiute dalla dottrina e giurisprudenza, peraltro, hanno ormai posto in luce, con estrema chiarezza, che la sussistenza del litisconsorzio necessario non può considerarsi limitata alle ipotesi in cui vi sia una specifica norma di legge "legittimante" (come pure spesso accade), ma affonda le sue radici in più ampie esigenze di carattere sistematico, legate (salvi i rari casi in cui la necessità del litisconsorzio sia meramente propter opportunitatem) da un lato alla configurazione della sottostante situazione soggettiva da tutelare (e in particolare alla sua riferibilità soltanto a due ovvero a più soggetti), nonché, dall'altro lato, agli effetti della decisione che l'autorità giudiziaria è chiamata a pronunciare. In questa prospettiva, come noto, la concezione tradizionale richiede per la sussistenza del litisconsorzio necessario la presenza di un diritto o rapporto giuridico direzionato nei confronti di più soggetti, nonché l'instaurazione di un processo di natura costitutiva, perché soltanto in quest'ultimo caso lo scopo della tutela giurisdizionale e la produzione degli effetti richiesti dovrebbero ritenersi impossibili laddove perseguiti inter pauciores. Dunque, è nella concorrente sussistenza di entrambi tali dati che il rapporto processuale viene normalmente ritenuto inscindibile ed il relativo giudizio necessariamente unitario.

(…) Nell'ampia schiera dei legittimati attivi rientra, dunque, senza dubbio, anche la figura dell'altro genitore, il cui legame di filiazione non viene messo in discussione tramite l'azione; ma la littera legis tace, invece, sulla posizione di quest'ultimo, nell'eventualità in cui l'azione sia stata da altri esercitata, ed induce, così, a chiedersi se lo stesso debba comunque essere chiamato a partecipare al giudizio in qualità di litisconsorte necessario ovvero possa rimanervi estraneo, per prendere poi atto, in un successivo momento, degli effetti della decisione.

(…) Basta qui solo rimarcare che gli argomenti per la nuova riflessione sul tema sono stati individuati: 1) nell'istituzione di un parallelo con il regime del riconoscimento di cui all'art. 250 c.c. Secondo questa norma, invero, il genitore che per primo ha effettuato il riconoscimento ha sempre diritto di esprimersi in ordine alla richiesta di riconoscimento da parte di un diverso soggetto. La previsione intende così attestare non soltanto il particolare legame che si instaura tra genitore e figlio per effetto del riconoscimento, ma anche l'innegabile influenza che, rispetto al primo, potrebbe derivare dal (preteso) riconoscimento da parte dell'altro genitore. In altri termini, se entrambi i genitori (colui che ha già effettuato il riconoscimento e colui che intenderebbe effettuare quello ulteriore) sono portatori di diritti omogenei e distinti (così come, del resto, un ulteriore autonomo diritto, distinto e speculare, è sempre ravvisabile in capo al figlio), è naturale che gli stessi (esattamente al pari del figlio stesso) debbano sempre essere partecipi della vicenda processuale nella quale si intenda modificare lo status filiationis del minore.

(…) Deve pronunciarsi, allora, il seguente principio di diritto: **"Nell'azione, intrapresa da un terzo interessato, di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento di un figlio nato da genitori non uniti in matrimonio, già maggiorenne, pienamente consapevole e responsabile del proprio agire, oltre che economicamente indipendente, al momento della instaurazione del corrispondente giudizio ex art. 263 c.c., l'altro genitore non è litisconsorte necessario, perchè l'eventuale pronuncia caducatoria dello status filiationis del soggetto**

maggiorenne non produce effetti primari di alcun genere, nei confronti del primo, sotto il profilo della responsabilità genitoriale, così come degli obblighi morali di crescita, educazione ed istruzione e di quelli materiali al mantenimento del figlio, ormai non più ipotizzabili. Egli, comunque, può intervenire volontariamente nel processo, ove intenda tutelare eventuali propri diritti e/o interessi, o esservi chiamato dal figlio stesso, laddove quest'ultimo voglia giovare della sua partecipazione alla lite".

(...) Nell'azione, intrapresa da un terzo interessato, di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento di un figlio nato da genitori non uniti in matrimonio e già maggiorenne al momento della instaurazione del corrispondente giudizio ex art. 263 c.c., il bilanciamento che il giudice adito è tenuto ad effettuare tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto ed il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata, nè può implicare, ex se, il sacrificio dell'uno in nome dell'altro, ma impone di tenere conto di tutte le variabili del caso concreto, tra cui il diritto all'identità personale, correlato non solo alla verità biologica, ma anche ai legami affettivi e personali interni alla famiglia, al consolidamento della condizione identitaria acq.ta per effetto del falso riconoscimento e all'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore. (...)"

Il rispetto del c.d. scarto di garanzia e la riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario

Argomento: Del Contratto di mutuo

(Cass. Civ., Sez. I, 9 febbraio 2022, n. 4117)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) Al contrario, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza il carattere imperativo dell'articolo 38, come norma che non è volta alla tutela della stabilità patrimoniale della singola banca, ma diretta a proteggere un interesse (pubblico) economico nazionale, vede nella nullità del contratto (compresa la costituzione dell'ipoteca) l'unica conseguenza possibile, salva l'applicazione del meccanismo della conversione in un mutuo ordinario ipotecario, ricorrendo agli estremi dell'articolo 1424 c.c.

Riguardo a tale aspetto, potrebbe tuttavia, in senso opposto, rilevarsi (ed in tal senso valgono proprio le considerazioni svolte dalle sentenze "gemelle" del 2013) che il rispetto del limite del finanziamento non è una circostanza rilevabile dal contratto: in concreto, la verifica del reale valore del cespite può avvenire solamente attraverso valutazioni estimatorie che presentano indubbi margini di opinabilità e di incertezza valutativa, come tali non rilevabili dal testo del contratto ma spesso ricavabili, solo in corso di causa, all'esito dell'espletamento di una consulenza tecnica.

Tanto più che, secondo Cass. 19/11/2018, n. 29745, "l'indicazione nel contratto di mutuo fondiario del valore del bene offerto in garanzia non assurge a requisito di forma prescritto "ad substantiam", non essendo previsto come tale dalla disciplina specifica di cui agli articoli 38 e 117 T.U.B. e non rientrando nell'ambito delle "condizioni" contrattuali di carattere economico. Ne consegue che la sua omissione non impedisce l'applicabilità del limite di finanziabilità, che è requisito di sostanza del contratto".

Se allora è vero che, come afferma il precedente da ultimo richiamato, l'effettivo rispetto del limite di finanziabilità non pone una questione di validità delle dichiarazioni negoziali, ma di "oggettivo riscontro fattuale", e che dunque l'indicazione del valore dell'immobile nello scritto contrattuale non possiede valore costitutivo, è anche vero che, essendo tale verifica affidata ad un accertamento tecnico, la sanzione della nullità potrebbe apparire sproporzionata se ed in quanto fondata sulla verifica di valori di mercato che presentano un certo margine di opinabilità (destinato inevitabilmente ad accrescersi se, come accade nella maggioranza dei casi, l'indagine demandata al ctu viene svolta a distanza di anni dalla data di stipulazione del contratto). Tanto più che nessuna delle parti potrebbe fare affidamento sulla stabilità e soprattutto sulla validità ab origine del contratto stipulato, essendo ben possibile che il valore immobiliare, sia pure oggetto di iniziale perizia estimativa, sia stato inconsapevolmente sopravvalutato.

Senza trascurare, poi, l'esistenza di un vantaggio obiettivamente sproporzionato per il mutuatario che, per il sol fatto di aver ricevuto dall'istituto una somma superiore a quella consentita dal c.d. scarto di garanzia, realizzerebbe la completa liberazione dell'immobile dall'ipoteca; con effetti che ben potrebbero definirsi paradossali nel caso di esecuzione individuale promossa dall'istituto di credito mutuante (atteso che la nullità darebbe luogo all'estinzione della procedura, per il venir meno del titolo esecutivo, anche in danno degli eventuali creditori intervenuti non muniti di titolo), e che appaiono connotati da anomalie anche nel caso di apertura di una procedura concorsuale, in cui l'interesse dei creditori al rispetto della par condicio anziché essere tutelato con lo strumento della revocatoria (ossia con il rimedio tipico previsto per il contratto in danno dei creditori),

verrebbe ad essere protetto attraverso una sanzione di nullità dell'intero contratto derivante unicamente dall'illegittima costituzione della garanzia fondiaria.

Sulla scorta di tali considerazioni, dunque, occorre verificare se la tutela degli interessi in gioco non sia più efficacemente presidiata attraverso un'operazione che, senza necessariamente utilizzare la sanzione della nullità del contratto, si limiti a risolvere la questione attraverso l'utilizzo di una semplice tecnica di natura qualificatoria (adoperata da quella parte della giurisprudenza di merito che non ha inteso aderire all'indirizzo di legittimità inaugurato da Cass. 17352/2017 cit.).

Sul presupposto del difficile utilizzo della conversione del contratto nullo (in quanto dal punto di vista sostanziale essa richiede l'ignoranza di entrambe le parti circa l'invalidità del contratto stipulato - cfr. Cass. 09/02/1980, n. 899 - e sotto il profilo processuale richiede che l'istanza venga formulata nella prima difesa utile successiva al rilievo della nullità), un percorso effettivamente alternativo potrebbe essere costituito dalla riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal nomen iuris adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari.

In tal modo il rispetto del c.d. scarto di garanzia finirebbe per incidere non sul piano della validità del contratto, ma unicamente sulla possibilità di applicare, al programma negoziale posto in essere dalle parti, le peculiari conseguenze ricollegate dalla legge al finanziamento fondiario e dunque sulla possibilità per l'istituto di godere della relativa disciplina di favore. (...)"

Responsabilità da cose in custodia: il comportamento imprudente del danneggiato interrompe il nesso tra fatto ed evento dannoso

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. VI, 4 marzo 2022, n. 7173)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“1.2. (...) in tema di responsabilità civile per danni da cose in custodia, la condotta del danneggiato, che entri in interazione con la cosa, si atteggia diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione, anche ufficiosa, dell'art. 1227, primo comma, c.c., richiedendo una valutazione che tenga conto del dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione. Ne consegue che, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione da parte del danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca un'evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale, connotandosi, invece, per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro.(...) **l'espressione "fatto colposo" che compare nell'art. 1227 cod. civ. non va intesa come riferita all'elemento psicologico della colpa, che ha rilevanza esclusivamente ai fini di una affermazione di responsabilità, la quale presuppone l'imputabilità, ma deve intendersi come sinonimo di comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta, stabilita da norme positive e/o dettata dalla comune prudenza.** L'accertamento in ordine allo stato di capacità naturale della vittima e delle circostanze riguardanti la verifica dell'evento, anche in ragione del comportamento della stessa vittima tenuto, costituisce quaestio facti riservata esclusivamente all'apprezzamento del giudice di merito. (...)”

Successione necessaria: nella riunione fittizia rientra anche il donatum al non coerede

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. II, 14 marzo 2022, n. 8174)

Stralcio a cura di Ilaria Marrone

“5.1. Con la prima, riferita all'art. 360 co. 1 n. 3) c.p.c., si denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 556 c.c. in cui la Corte d'Appello sarebbe in corsa escludendo dalla riunione fittizia la metà del valore della donazione che il de cuius effettuò a favore della figlia (...) e di (...), ossia il valore della quota donata. Secondo la ricorrente, l'inammissibilità della domanda di riduzione della donazione da lei proposta nei confronti del donatario (...), dovuta alla mancata accettazione con beneficio di inventario, non rileverebbe ai fini della ricostituzione dell'asse; cosicché la Corte territoriale avrebbe dovuto procedere alla riunione fittizia includendo nel computo anche tale valore, con conseguente diversa quantificazione della quota di legittima a lei spettante e, quindi, accogliendo il suo appello. 5.2. Con la seconda censura, riferita all'art. 360 co. 1 n. 4) c.p.c., la ricorrente impugna lo stesso capo di sentenza lamentando l'omessa motivazione. Lamenta la ricorrente come sarebbe incomprensibile l'iter logico seguito dalla Corte d'Appello che ha concluso nel senso dell'esclusione della metà del valore della donazione dalla riunione fittizia affermando laconicamente di "aderire alla motivazione del Tribunale, la quale correttamente esclude dalla ricostruzione dell'asse la metà del valore del bene donato al non coerede" (pag. 11, righe 3-5 sentenza impugnata). Inoltre, asserisce la ricorrente, la motivazione non potrebbe dirsi sufficiente poiché resa per relationem, atteso che "neppure dalla sentenza di primo grado è dato rinvenire una qualsivoglia motivazione sul punto" (pag. 9, ultimo rigo e 10, primo rigo del ricorso).

6. La prima delle due censure in cui si articola il primo motivo di ricorso è fondata e assorbe la seconda. L'affermazione su cui si fonda la sentenza impugnata («va calcolata la sola metà perché l'altra porzione riguarda un non coerede») viola, infatti, la disciplina della riunione fittizia, la quale prevede il cumulo di relictum e donatum a prescindere dalla concreta possibilità di esperire l'azione di riduzione nei confronti dei donatari. Soccorre, sul punto, l'insegnamento offerto da questa Suprema Corte con la sentenza n. 12919/12, che ha chiarito che, in tema di successione necessaria, per accertare la lesione della quota di riserva va determinato il valore della massa ereditaria, quello della quota disponibile e della quota di legittima. A tal fine, occorre procedere alla formazione del compendio dei beni relitti ed alla determinazione del loro valore al momento dell'apertura della successione; quindi, alla detrazione dal relictum dei debiti, da valutare con riferimento alla stessa data; e, ancora, alla riunione fittizia, cioè meramente contabile, tra attivo netto e donatum, costituito dai beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione, da stimare, in relazione ai beni immobili ed ai beni mobili, secondo il loro valore al momento dell'apertura della successione (artt. 747 e 750 cod. civ.) e, con riferimento al valore nominale, quanto alle donazioni in denaro (art. 751 cod. civ.). Devono calcolarsi, poi, la quota disponibile e la quota indisponibile sulla massa risultante dalla somma tra il valore del relictum al netto ed il valore del donatum ed imputarsi, infine, le liberalità fatte al legittimario, con conseguente diminuzione, in concreto, della quota ad esso spettante (art. 564 cod. civ.). Alla stregua di tale insegnamento, va dunque affermato che l'inammissibilità della domanda nei confronti del donatario non coerede (...) è ininfluenza ai fini della determinazione dell'entità della quota di legittima di (...) e che - una volta stabilita l'entità di tale quota, calcolata sul cumulo di relictum e donatum - la relativa reintegrazione va realizzata riducendo in primo luogo le disposizioni testamentarie e, solo se la riduzione di queste non fosse sufficiente, procedendo alla riduzione delle donazioni (art. 555 co. 2 c.c.). Il primo motivo di ricorso va quindi accolto”.

Emotrasfusioni risalenti nel tempo e responsabilità del Ministero della salute

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. VI - 3, 15 marzo 2022, n. 8419)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) La Corte territoriale afferma che all'epoca delle prime trasfusioni effettuate (...) le conoscenze scientifiche e i conseguenti obblighi di controllo non fossero adeguatamente delineati, con conseguente esclusione di responsabilità del Ministero della Salute.

L'affermazione è errata, in quanto costituisce oramai costante affermazione di questa Corte alla quale il Collegio aderisce e intende assicurare continuità, che (Cass. n. 24163 del 2019): «il Ministero della salute è tenuto in adempimento degli obblighi specifici posti da una pluralità di fonti normative speciali risalenti addirittura al 1958, atteso che già la L. n. 296 del 1958, art. 1 attribuisce al Ministero il compito di provvedere alla tutela della salute pubblica, di sovrintendere ai servizi sanitari svolti dalle amministrazioni autonome dello Stato e dagli enti pubblici, provvedendo anche al relativo coordinamento, nonché ad emanare, per la tutela della salute pubblica, istruzioni obbligatorie per tutte le amministrazioni pubbliche che provvedono a servizi sanitari (cfr. al riguardo, da ultimo, Cass., 23 /1 / 2014, n. 1355; e già Cass., 29 / 812011, n.17685; Cass., Se. Un., 11 /1 / 2008, n. 581).

A tale stregua, la trasmissione del virus resa possibile dalla condotta colposa di chi tale evenienza era chiamata ad impedire comporta doversi ritenere al medesimo causalmente ascrivibile la malattia che da quel virus si sviluppi, anche in conseguenza della relativa evoluzione o mutazione, tale evento costituendo integrazione del rischio specifico che la regola violata tende (va) ad evitare. Non può pertanto non ritenersi il Ministero della salute tenuto, anche anteriormente alle sopra riportate date indicate da Cass. 31/5/2005, n. 11609, a controllare che il sangue utilizzato per le trasfusioni o per gli emoderivati fosse esente da virus e che i donatori non presentassero alterazione delle transaminasi, in adempimento di obblighi specifici posti dalle fonti normative speciali più sopra indicate». (…)”

Non compensazione tra indennizzo ex L. n. 210 del 1992 richiesto ed ottenuto dal dante causa e risarcimento iure proprio

Argomento: Dei Fatti illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2022, n. 9223)
stralcio a cura di Ida Faiella

“(…) La Corte di appello di Perugia ha riformato questa decisione parzialmente poichè, pur confermando l'intervenuto giudicato sulla domanda di risarcimento iure hereditatis (...) l'evento morte sopravvenuto nel (OMISSIS) ha costituito un nuovo e diverso termine di decorrenza, e, nel merito, ha accolto la domanda ed escluso che la somma cui i congiunti hanno diritto iure proprio possa essere compensata con quella che a titolo di indennizzo ex L. n. 210 del 1992 ha percepito la loro dante causa. 3.-Avverso tale decisione ricorre il Ministero della Salute con tre motivi di censura (...) Il ricorso verte unicamente sulla questione della compensazione tra l'indennizzo ex L. n. 210 del 1992, percepito dalla danneggiata in primis, dante causa dei ricorrenti, ed il risarcimento che costoro iure proprio vantano per la perdita del rapporto parentale dovuto al decesso della congiunta. (...) Secondo il Ministero, infatti, la citata norma legittima all'indennizzo anche i congiunti della vittima, che dunque devono considerarsi come aventi diritto al pari di quest'ultima, con la conseguenza che non c'è diversità soggettiva tra chi ottiene l'indennizzo e chi vanta un risarcimento del danno a causa della morte per trasfusione del congiunto.

6.-Il motivo è infondato. Invero l'istituto della compensazione del lucro con il danno presuppone che il soggetto che, essendo danneggiato da un fatto, ha diritto al risarcimento in ragione di quello stesso fatto, abbia pure diritto ad un vantaggio che va a compensare la perdita consistente nel danno, con la conseguenza che **la regola della compensazione trova il suo fondamento nel divieto di arricchimento del danneggiato il quale ha diritto soltanto al risarcimento integrale del danno subito e non già ad un guadagno ulteriore rispetto a tale compensazione.** E' noto che sugli ambiti della compensatio lucri cum damno questa Corte ha affermato, a Sezioni unite, il principio per cui il vantaggio conseguito a causa del danno subito, come il fatto di ricevere una pensione o un indennizzo, non va compensato con il risarcimento ricevuto per quel danno qualora quel vantaggio abbia una finalità diversa da quella risarcitoria: nella specie si trattava della pensione di reversibilità percepita dal superstite, ritenuta cumulabile con il diritto al risarcimento del danno patrimoniale che lo stesso superstite aveva ottenuto quale conseguenza della perdita del congiunto (Sez. Un. 12654/ 2018). Va ovviamente osservato che quale che sia l'ambito dell'istituto, ed è quello precisato da ultimo dalle Sezioni unite, la compensazione presuppone pur sempre che ci sia coincidenza del soggetto che, subito il danno, ha diritto al risarcimento, con quello che, proprio a causa del danno, ha diritto ad un vantaggio diverso, per l'appunto, da quel risarcimento: solo in tal caso è possibile ipotizzare che il danneggiato, ottenendo un indennizzo o un emolumento oltre al risarcimento del danno, finisca con l'arricchirsi, ossia con l'ottenere una somma che è superiore alla mera riparazione della perdita subita. E' dunque evidente che non può prospettarsi una ipotesi simile nel caso in cui i soggetti che ricevono l'uno il risarcimento e l'altro l'indennizzo siano tra loro diversi ed alleghino due diritti diversi alla relativa somma. (...) Va tuttavia considerato che "l'indennizzo di cui alla L. n. 210 del 1992 può essere scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno ("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 il "lucrum"; pertanto la detrazione non è limitata

alle somme percepite al momento della pronuncia ma concerne anche le somme da percepire in futuro, purché riconosciute e dunque liquidate o determinabili "(Cass. 8866/2020). (...)"

Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 23 marzo 2022, n. 9475)

Stralcio a cura di Edvige Pellegrino

“Il Tribunale di Sassari accoglieva l'opposizione proposta da F.A.C. e P.G. avverso il Decreto Ingiuntivo emesso dal medesimo Tribunale sul ricorso della Banca di S. per la somma di Euro 135.421,38 a titolo di saldo negativo del conto corrente intrattenuto con la medesima banca e di rate scadute e a scadere di un mutuo chirografario stipulato fra le parti. Il Tribunale adito, espletata una consulenza tecnica d'ufficio (...) riteneva non provati i fatti costitutivi della pretesa creditoria della banca intimante sulla scorta delle conclusioni esposte nella consulenza tecnica d'ufficio che aveva evidenziato l'esistenza di un saldo attivo a favore della correntista una volta espunte le poste nulle, e cioè quelle relative al tasso ultra legale e all'anatocismo non pattuito espressamente e dichiarava, inoltre, la nullità del mutuo chirografario stipulato l'11 maggio del 2007 per illiceità della causa, in quanto dagli estratti conto prodotti risultava che le somme mutate erano state utilizzate per ripianare l'esposizione debitoria della correntista, circostanza non contestata dall'opposta. La Banca proponeva appello avverso la suddetta sentenza. Osservava la Corte d'Appello che il contratto di mutuo non è un contratto di scopo (...) Ciò premesso, nella specie, la parte mutuataria non aveva allegato in modo circostanziato il motivo illecito comune perseguito da entrambe le parti ai sensi dell'art. 1345 c.c. La motivazione della decisione di primo grado risultava sul punto apparente, limitandosi al rilievo di illiceità alla circostanza che il finanziamento era stato erogato mediante accredito sul conto corrente già negativo, fatto questo neutro rispetto alla possibilità di utilizzo della somma, non potendosi quindi evincere un collegamento negoziale tra i due contratti.

(...) La Corte d'Appello ha ritenuto non dimostrato il collegamento negoziale tra i due contratti. In particolare, si legge nella sentenza impugnata che la motivazione con la quale il giudice di primo grado aveva dichiarato la nullità del mutuo era meramente apparente e fondata sull'unica circostanza che il finanziamento era stato erogato mediante accredito sul conto corrente. Tale circostanza non era sufficiente per affermare un collegamento negoziale dal quale farne discendere l'illiceità della causa del contratto di mutuo (...) La decisione, peraltro, è conforme all'insegnamento di questa Corte secondo il quale: **affinchè possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi, ma è necessario che il collegamento dipenda dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza cioè che uno dei due negozi trovi la propria causa (e non il semplice motivo) nell'altro, nonchè dall'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica, soltanto se la volontà di collegamento si sia obiettivata nel contenuto dei diversi negozi potendosi ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell'altro (Sez. I, Sent. n. 12567 del 2004)**. In altri termini, nella specie, non risulta provato un collegamento tra il rapporto di conto corrente e il contratto di mutuo al fine di una loro considerazione unitaria, non ricorrendo sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra gli atti volti alla regolamentazione degli interessi di una o più parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere, non solo l'effetto tipico del singolo contratto posto in essere, ma anche

il coordinamento con l'altro per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale. (...)"

La clausola "vista e piaciuta" non può riferirsi ai vizi occulti emersi dopo i normali controlli eseguiti anteriormente l'acquisto

Argomento: Del Contratto di compravendita

(Cass. Civ., Sez. II, 24 marzo 2022 n. 9588)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(...) Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1490 e 1494 cod. civ., nonché degli artt. 128, 129, 130 e 134 del codice del consumo. A mente delle due norme codicistiche evocate, precisa la ricorrente, il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano non idonea all'uso di destinazione o ne diminuiscano apprezzabilmente il valore e che, in caso egli venga meno a un tale obbligo è tenuto a risarcire il danno. (...) Con il secondo profilo di doglianza la (omissis) evidenzia che la Corte di Milano aveva ingiustamente negato la garanzia che compete all'acquirente di beni di consumo. (...) La sentenza impugnata ha fondato la propria decisione sugli asserti motivazionali sopra riportati, senza, tuttavia, peritarsi di misurare la fattispecie accertata con quella astratta descritta dalla legge. Le circostanze fattuali evidenziate dal Giudice d'appello, invero, in sé, non escludono la garanzia per i vizi della cosa venduta, prevista dal Codice civile (art. 1490) e non esonerano, pertanto, il giudice dall'accertare se la cosa venduta sia «immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore». Né, tantomeno (ove si versasse in presenza di contratto consumeristico), se il venditore abbia consegnato al consumatore un bene conforme al contratto di vendita, secondo la previsione di cui all'art. 129 del codice del consumo. La mera circostanza, infine, che la vendita abbia riguardato un'autovettura usata non costituisce ragione per esonerare il venditore dalla responsabilità (espressamente, in tal senso, l'art. 128, u.c., del codice del consumo). **Questa Corte, proprio a riguardo della vendita di autovettura usata, ha chiarito che la clausola contrattuale "vista e piaciuta", che ha lo scopo di accertare consensualmente la presa visione, ad opera del compratore, della cosa venduta, esonera il venditore dalla garanzia per i vizi di quest'ultima limitatamente a quelli riconoscibili con la normale diligenza e non taciuti in mala fede, sicché, anche in considerazione dei principi fondamentali della buona fede e dell'equità del sinallagma contrattuale, essa non può riferirsi ai vizi occulti emersi dopo i normali controlli eseguiti anteriormente l'acquisto. (...)**”

In tema di danno da lesione della salute, il giudice può incrementare la misura standard con motivazione analitica

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. VI, 24 marzo 2022, n. 9612)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“Secondo principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, "in tema di danno non patrimoniale da lesione della salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato negli uffici giudiziari di merito (nella specie, le tabelle milanesi) può essere incrementata dal giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, solo in presenza di conseguenze anomale o del tutto peculiari (tempestivamente allegare e provare dal danneggiato), mentre le conseguenze ordinariamente derivanti da pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età non giustificano alcuna personalizzazione in aumento" (Cass. n. 5865 del 2021; n. 28988 del 2019).

(...) Il grado di invalidità permanente indicato da un *barème* medico legale esprime in misura percentuale la sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione si presume riverberi sullo svolgimento delle attività comuni ad ogni persona; in particolare, le conseguenze possono distinguersi in due gruppi:

- quelle necessariamente comuni a tutte le persone che dovessero patire quel particolare grado di invalidità;
- quelle peculiari del caso concreto che abbiano reso il pregiudizio patito dalla vittima diverso e maggiore rispetto ai casi consimili.

Tanto le prime quanto le seconde costituiscono forme di manifestazione del danno non patrimoniale aventi identica natura che vanno tutte considerate in ossequio al principio dell'integralità del risarcimento, senza, tuttavia, incorrere in duplicazioni computando lo stesso aspetto due o più volte sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni.

Soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali allegare dal danneggiato, che rendano il danno più grave rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione.

Orbene, nel caso di specie, la decisione di merito si conforma a tale principio, avendo evidenziato, in punto di fatto, che **il controvalore della percentuale dell'invalidità permanente già tiene conto di tutti i riflessi pregiudizievoli, soggettivi e oggettivi, connessi alla relativa lesione dell'integrità psico-fisica, secondo una valutazione della lesione in termini standardizzabili (perché normalmente ricorrenti) sia quanto agli aspetti anatomico-funzionali, sia quanto agli aspetti relazionali sia quanto agli aspetti di sofferenza soggettiva. (...)**”

L'esame clinico strumentale quale mezzo idoneo a fornire la dimostrazione della sussistenza della lesione dell'integrità psico-fisica

Argomento: Dei Fatti illeciti

(Cass. Civ., Sez. VI, 24 marzo 2022, n. 9674)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(…) se è vero, che, in tema di risarcimento del danno da c.d. micropermanente, ai sensi della richiamata norma, l'accertamento della sussistenza della lesione dell'integrità psico-fisica deve avvenire con criteri medico-legali rigorosi ed oggettivi, è anche vero però che nulla impone di ritenere che, a tal fine, l'esame clinico strumentale sia l'unico mezzo utilizzabile, poiché, in ogni caso, è l'accertamento medico legale corretto, riconosciuto dalla scienza medica, a stabilire se tale lesione sussista e quale percentuale del detto postumo sia ad essa ricollegabile, dovendosi soltanto tenere conto che possono esservi situazioni nelle quali solo il menzionato accertamento strumentale è idoneo a fornire la dimostrazione richiesta dalla legge (v. ex aliis Cass. n. 7753 del 08/04/2020; n. 26249 del 16/10/2019; n. 10816 del 18/04/2019; n. 5820 del 28/02/2019; n. 1272 del 19/01/2018; n. 18773 del 26/09/2016). (...) Resta impregiudicata anche la valutazione della sussistenza di un apprezzabile danno morale, con riferimento al quale va ricordato che - ferma l'ontologica diversità di tale pregiudizio dal danno biologico, trattandosi di sofferenza di natura del tutto interiore e non relazionale (v. Cass. n. 910 del 2018; n. 7513 del 2018; n. 28989 del 2019) e fermo altresì l'onere di allegazione e prova delle sofferenze soggettive di cui si pretende la riparazione ed escluso, quindi, l'operare di alcun automatismo risarcitorio - tale prova, attesa l'inerenza del danno ad un bene immateriale e la sua dimensione eminentemente soggettiva, non potrà che essere rappresentata da presunzioni semplici, ex art. 2729 cod. civ., in funzione delle quali non può a priori escludersi anche la rilevanza indiziaria dei dati emergenti dai menzionati certificati medici in una con il ricorso a massime di comune esperienza (v. Cass. 10/11/2020, n. 25164). (...)”

Decadenza dalla responsabilità genitoriale

Argomento: Delle Persone E Della Famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 24 marzo 2022, n. 9691)

stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(…) Va richiamata la giurisprudenza di questa Corte secondo la quale, in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una sindrome di alienazione parentale (PAS), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità del fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena (Cass., n. 6919/16; n. 7041/13).

(…) Ogni qualvolta sia necessario adottare una decisione che interesserà un minorenni specifico, un gruppo di minorenni identificati o di minorenni in generale, il processo decisionale dovrà includere una valutazione del possibile impatto (positivo o negativo) della decisione sul minorenni o sui minorenni in questione.

Tale complessa e stratificata caratterizzazione del diritto del minore impone, dunque, nell'applicazione delle singole norme, un'interpretazione che valorizzi in ogni caso il miglior interesse del minore, con prevalenza su altri diritti la cui attuazione possa, seppur parzialmente e indirettamente, comprimerlo; l'interprete è chiamato, dunque, ad una delicata interpretazione ermeneutica di bilanciamento la cui specialità consiste nel predicare in ogni caso la preminenza del diritto del minore e la recessività dei diritti che con esso possano collidere.

(…) Si ritiene che, al fine della tutela del diritto alla bigenitorialità, ciò che dev'essere adeguatamente provato non è se la condotta abbia o meno provocato una PAU, che abbia le caratteristiche nosografiche descritte, almeno da chi la qualifica come sindrome. Ciò che occorre provare è invece se la condotta sia stata tale da aver leso in modo grave il rapporto tra il figlio e l'altro genitore, sino al peggior risultato ipotizzabile, quello di renderlo difficilmente recuperabile o del tutto irrecuperabile. Tutto ciò tenendo sempre al centro il principio secondo il quale ogni decisione sull'affidamento del minore dev'essere prioritariamente orientata a garantire il massimo benessere per quel determinato minore, protagonista di quella determinata vicenda.

(…) come affermato più volte da questa Corte, il richiamo alla sindrome d'alienazione parentale e ad ogni suo, più o meno evidente, anche inconsapevole, corollario, non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori, in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale della madre (Cass. 13217/21). Occorre sul punto evidenziare che il collegio non intende, né potrebbe, sindacare valutazioni proprie della disciplina della psicologia o delle scienze mediche, ma può certo verificarne la correttezza applicativa sulla base di criteri universalmente conosciuti ed approvati. Orbene, **in questo perimetro valutativo, il concetto di abuso psicologico, di cui discorrono i c.t.u., appare indeterminato e vago, e di incerta pregnanza scientifica, insuscettibile di essere descritto secondo i parametri diagnostici della scienza medica, e di ardua definizione anche secondo le categorie della disciplina psicologica.** Non può essere sottaciuto che quest'ultima, a differenza della disciplina medica, utilizza modalità e parametri che pervengono a risultati valutativi non agevolmente suscettibili di verifiche empiriche, che siano ripetibili, falsificabili e confutabili secondo i canoni

scientifici universalmente approvati, e di riscontri univoci attraverso protocolli condivisi dalla comunità scientifica. (...)”

Nota a cura di
Antonio Di Santo

La Corte di Cassazione è tornata a riflettere su una delle questioni più delicate che negli ultimi anni ha travagliato il diritto di famiglia: l'elaborazione e l'applicazione della cosiddetta 'Sindrome da alienazione parentale' (PAS), consistente in un pernicioso condizionamento da parte di un genitore che ostacola o impedisce l'instaurarsi di un proficuo e continuativo rapporto con l'altro genitore. La Suprema Corte afferma chiaramente i limiti e le criticità di siffatta creazione della psicologia più recente, elevando l'interesse del minore a principio guida nelle scelte compiute dai togati.

La dolorosa fine di una relazione extraconiugale, dalla quale era nato un figlio, è la premessa di una difficile gestione dell'affidamento condiviso: un decreto del Tribunale per i Minorenni di Roma aveva disposto la decadenza dall'esercizio della potestà genitoriale della madre e l'immediato allontanamento del minore dalla dimora familiare, nonché il collocamento dello stesso presso una casa-famiglia e la sospensione di ogni rapporto tra madre e figlio. La motivazione della grave decisione era rinvenuta nell'improcrastinabile necessità di consentire al minore la legittima instaurazione di un rapporto con il padre: la madre ne avrebbe, infatti, costantemente ostacolato la frequentazione, generando, secondo la CTU, una sindrome da alienazione parentale.

La Suprema Corte di Cassazione, dopo avere preliminarmente dichiarato ammissibile il ricorso, accoglieva sei dei nove motivi, trattandoli unitariamente e, attraverso un argomentare accurato e appassionato censurava l'atteggiamento delle Corti territoriali di primo e secondo grado, che avrebbero compiuto l'errore, nell'intento di soddisfare il legittimo diritto del padre al rapporto con il figlio, di separare con violenza quest'ultimo dalla figura materna, lacerando consuetudini di vita e legami affettivi.

Il principio della bigenitorialità e la preminente protezione del minore: la composizione degli interessi e lo spettro della PAS.

La decisione in esame si muove alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra due principi fondamentali del diritto di famiglia: la bigenitorialità e la protezione del minore. La bigenitorialità è una mera espressione del più generale interesse del minore, ma molto spesso, anche a causa di costruzioni prive di fondamento empirico, come la PAS, risulta sovrachianta rispetto alla difesa del soggetto più debole.

Il richiamo alla bigenitorialità è ormai da tempo penetrato sia nella nostra legislazione, con la generale previsione dell'affidamento condiviso, sia nella giurisprudenza di legittimità, declinato quale affermazione del diritto del minore a crescere contando sulla presenza di entrambi i genitori, costruendo con essi relazioni stabili e un percorso affettivo soddisfacente e sereno (cfr. Cass. Civ. n. 28723/2020; n. 9764/2019; n. 18817/2015; n. 11412/2014).

Anche rispetto a tale obiettivo, però, l'interesse del minore deve prevalere, essendo, come afferma la Corte di Cassazione, 'superiore' e 'sostanziale, rappresentato dalla previsione dell'art. 337-ter c.p.c. e art. 8 Cedu e dalla ratifica, operata dall'Italia con la legge n. 176/1991, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza: *“il miglior interesse del minore configura un principio giuridico interpretativo fondamentale: se una disposizione di legge è aperta a più di un'interpretazione, si dovrebbe scegliere l'interpretazione che corrisponde nel modo più efficace al superiore interesse del minore”*. Giunge a conclusioni conformi anche l'arresto esaminato, affermando che *“pur riconoscendo all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento di un figlio di età minore, ha precisato che è comunque necessario un rigoroso controllo sulle “restrizioni supplementari”, ovvero quelle apportate dalle autorità al diritto di visita dei genitori, e sulle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto*

della loro vita familiare, di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo” (ex multis, Corte Edu, 4 maggio 2017, Improta v. Italia).

Specificamente, la novità della sentenza n. 9691/2022 consiste nell'aver ridefinito i confini della bigenitorialità, da ritenersi valore ancillare e funzionale alla difesa del minore, sferrando un deciso colpo alla 'teorica della PAS'. In particolare, la Corte ritiene che la 'sindrome da alienazione parentale', che si concretizza in una sorta di 'patto di lealtà' stretto tra il minore e il genitore alienante, nonché ogni suo “*più o meno evidente, anche inconsapevole, corollario, non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi sulla vita dei minori, in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale della madre*” (Cass. Civ., n. 13217/21). In altre parole, l'alienazione messa in atto da un genitore deve essere provata secondo i consueti strumenti processuali, non potendosi dedurre da essa, *ipso iure*, la decadenza della potestà genitoriale (come avvenuto nel caso in esame). Considerazioni conclusive: la sentenza in commento si fonda sull'idea che la bigenitorialità non possa essere perseguita fino al punto da mettere in discussione il preminente interesse del minore: essa è un diritto del minore, prima ancora che del genitore e, semmai, quello che deve essere provato non è l'esistenza o meno di un comportamento alienante (criterio privo di verificabilità scientifica), quanto il concreto danno o, addirittura, l'irrecuperabilità del rapporto genitore/figlio. D'altra parte, il diritto sovranazionale aveva già chiarito l'illegittimità di una decisione che, come sanzione alla mera difficoltà (quant'anche cagionata da uno dei genitori) di esercizio del ruolo parentale, preveda una brusca interruzione della vita familiare e un brutale annientamento della vita emotiva del minore: la tutela del minore si tramuterebbe nel peggior danno che gli possa venire cagionato.

La contestazione della riconduzione dei fatti accertati è sindacabile in sede di impugnazione del lodo

Argomento: Procedura Civile

(Cass. Civ., Sez. VI, 25 marzo 2022, n. 9735)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“2.1(...) l'art. 829 c.p.c. ammette l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, se espressamente disposta dalle parti o prevista dalla legge.

(...) «Nei giudizi arbitrali per la risoluzione di controversie inerenti o comunque connesse ai lavori pubblici, forniture e servizi il lodo è impugnabile davanti alla Corte di appello, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.»

(...) la denuncia di nullità del lodo arbitrale, per inosservanza delle regole di diritto in iudicando, è ammissibile solo se circoscritta entro i medesimi confini della violazione di legge opponibile con il ricorso per cassazione ex art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c. (tra le altre, v. Cass., Sez. 1, Ordinanza n. 16559 del 31/07/2020 e, con riferimento alla disciplina previgente, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 21802 del 11/10/2006).

2.2. In tale ottica, deve subito rilevarsi che l'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c. e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità, prevista dall'art. 1455 c.c., dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento stesso, da porre in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine ed alla permanenza (o meno) dell'interesse all'esecuzione della prestazione (Cass., Sez. 2, Sentenza n. 18696 del 04/09/2014).

(...) In numerose pronunce, questa Corte ha spiegato la portata dell'art. 1455 c.c., secondo il quale «il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra» (...).

In particolare, ha affermato che si deve tenere conto sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione nel quadro dell'economia generale del contratto sia degli aspetti soggettivi rilevabili, tramite un'indagine unitaria che attenga al comportamento del debitore e all'interesse del creditore all'esatto e tempestivo adempimento (così Cass., Sez. II, Sentenza n. 9314 del 18/04/2007; sulla valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi, v. da ultimo Cass., Sez. VI-III, Ordinanza n. 8220 del 24/03/2021; sull'interesse del creditore alla prosecuzione del contratto, v. Cass. Sez. I, Ordinanza n. 8212 del 27/04/2020 e Cass., Sez. III, Ordinanza n. 4022 del 20/02/2018).

Ove, poi, si tratti, (...), di parziale o inesatto adempimento della prestazione, l'indagine circa la gravità dell'inadempimento, ai fini della risoluzione, deve tenere conto del valore, determinabile mediante il criterio di proporzionalità, della parte dell'obbligazione non adempiuta rispetto al tutto, considerando anche se, per effetto dell'inadempimento, si sia verificata ai danni della controparte una sensibile alterazione dell'equilibrio contrattuale (così Cass., Sez. II, Sentenza n. 15052 del 11/06/2018; v. anche Cass., Sez. II, Sentenza n. 24003 del 27/12/2004).

2.3. (...) Ricorre (...), la violazione di legge ogni volta in cui vi sia un vizio nell'individuazione o nell'attribuzione di significato ad una disposizione normativa. Ricorre invece la falsa applicazione qualora l'errore si sia annidato nella individuazione della esatta portata precettiva della norma, che il giudice di merito abbia applicato ad una fattispecie non corrispondente a quella descritta nella norma stessa. Dalla violazione o falsa applicazione di norme di diritto va tenuta nettamente distinta la denuncia dell'erronea ricognizione della fattispecie concreta in funzione delle risultanze di causa,

ricognizione che si colloca al di fuori dell'ambito dell'interpretazione e applicazione della norma di legge. Il discrimine tra l'una e l'altra ipotesi - violazione di legge in senso proprio a causa dell'erronea ricognizione dell'astratta fattispecie normativa, ovvero erronea applicazione della legge in ragione della carente o contraddittoria ricostruzione della fattispecie concreta - è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa (così Cass., Sez. I, Ordinanza n. 640 del 14/01/2019).

3. (...) occorre distinguere la contestazione dell'accertamento in fatto operata dagli arbitri dalla contestazione della riconduzione dei fatti accertati alla norma che dovrebbe disciplinarli, perché, mentre la prima, in sede di impugnazione del lodo, non può essere oggetto di sindacato, la seconda sì. (...) la valutazione di gravità dell'inadempimento richiede un accertamento che inserisca il comportamento nel contesto negoziale in cui è tenuto e nello svolgimento del rapporto, perché solo in questo modo è possibile verificare la persistenza di un interesse dell'altra parte alla prestazione. (...)"

Amministrazione di sostegno: compatibilità tra la normativa interna e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità

Argomento: Delle Persone e Della Famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 31 marzo 2022, n. 10483)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) 2.3. L'amministrazione di sostegno, introdotta dalla L. n. 6 del 2004, art. 3 innovando il sistema delle tutele previste in favore dei soggetti deboli, persegue la finalità di offrire, a chi si trovi - all'attualità - nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi per una qualsiasi "infermità" o "menomazione fisica" non necessariamente di ordine mentale (Cass. n. 12998/2019), uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la "capacità di agire" e che - a differenze dell'interdizione e dell'inabilitazione - sia idoneo ad adeguarsi alle esigenze del beneficiario, in ragione della sua flessibilità e della maggiore agilità della relativa procedura applicativa.

L'amministrazione di sostegno, ancorché non esiga che la persona versi in uno stato di vera e propria incapacità di intendere o di volere, nondimeno presuppone una condizione attuale di menomata capacità che la ponga nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi, mentre è escluso il ricorso all'istituto nei confronti di chi si trovi nella piena capacità di autodeterminarsi, pur in condizioni di menomazione fisica, in funzione di asserite esigenze di gestione patrimoniale, in quanto detto utilizzo implicherebbe un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona, tanto più a fronte della volontà contraria all'attivazione della misura manifestata da un soggetto pienamente lucido (Cass. n. 29981/2020).

Invero, come è stato già affermato da questa Corte, **la valutazione della congruità e conformità del contenuto dell'amministrazione di sostegno alle specifiche esigenze del beneficiario, riservata all'apprezzamento del giudice di merito, richiede che questi tenga essenzialmente conto, secondo criteri di proporzionalità e di funzionalità, del tipo di attività che deve essere compiuta per conto dell'interessato, della gravità e durata della malattia o della situazione di bisogno in cui versa l'interessato, nonché di tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie, in modo da assicurare che il concreto supporto sia adeguato alle esigenze del beneficiario senza essere eccessivamente penalizzante.**

2.4. La lettura dell'istituto, come si andata delineando nelle recenti pronunce di legittimità di cui si è dato conto, appare in linea, ed anzi è confortata, dal rilievo che, con L. 3 marzo 2009, n. 18, entrata in vigore il successivo 15 marzo 2009, l'Italia ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con disabilità (adottata il 13 dicembre 2006). Confermata la valutazione di compatibilità tra la disciplina normativa dell'amministrazione di sostegno e la Convenzione anzidetta (Cass. n. 18320/2012), è opportuno ricordare, come precisato all'art. 1, che la Convenzione ha l'obiettivo di promuovere, proteggere ed assicurare alle persone con disabilità il pieno godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali nel rispetto della dignità umana e riguarda non soltanto le persone cd. inferme di mente, ma tutte quelle che presentano minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine "che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri". Si tratta di una disciplina che supera la logica della protezione tipicamente patrimoniale della persona, a favore di un modello sociale fondato sui diritti umani, che si pone in linea di evidente novità rispetto agli odierni ordinamenti giuridici. Una disciplina nella quale scompare ogni

riferimento alla incapacità, per dare spazio alla disabilità, come condizione complessiva della persona, che non può limitare né deve incidere sulla sua capacità di agire e che, all'art. 12, prescrive a tutti gli Stati l'obbligo di riconoscere che le persone con disabilità godono della piena capacità in tutti gli aspetti della vita e di assumere tutte le misure per assicurare e garantire che le persone con disabilità godano della piena capacità legale (...).

2.5. Ad oltre un decennio, ormai, dal momento in cui la menzionata Convenzione delle Nazioni Unite è stata ratificata dalla nostra Repubblica - ritenuta la compatibilità della disciplina nazionale dell'amministrazione di sostegno rispetto alla Convenzione - occorre interrogarsi, allora, sulla necessità di valorizzare, nell'ambito della disciplina nazionale, le disposizioni e le soluzioni interpretative potenzialmente coerenti con i principi espressi in questo strumento internazionale.

2.6. In questa prospettiva, decisivo rilievo è destinato ad assumere, compatibilmente con il tipo ed il grado di disabilità dell'amministrando, l'audizione della persona cui il procedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno si riferisce. Invero, - a differenza di quanto previsto per il procedimento di interdizione o inabilitazione (art. 419 c.c.) - il giudice tutelare non solo deve sentire la persona ma, con previsione peculiare propria dell'istituto di protezione in esame, "deve tener conto, compatibilmente con gli interessi e le esigenze di protezione della persona, dei bisogni e delle richieste di questa" (art. 407 c.c., comma 3). L'audizione del beneficiario risulta, invero, centrale nell'ambito del procedimento in esame (Cass. n. 6861/2013) per l'adozione di un provvedimento congruo e commisurato alle concrete esigenze dell'amministrando, anche se la volontà espressa dal beneficiario non appare decisiva in relazione all'esito del procedimento di apertura della amministrazione di sostegno (...).

2.7. Ugualmente, costituiscono punti di forza dell'istituto, **l'intrinseco dinamismo e la strumentale flessibilità che lo connotano, desumibili dalla previsione normativa, non formale, del dovere dell'amministratore di sostegno di riferire periodicamente al giudice tutelare non solo in ordine alle attività svolte con riguardo alla gestione del patrimonio, ma anche in ordine ad ogni mutamento delle condizioni di salute e delle condizioni di vita personale e sociale dell'amministrato** (art. 405 c.c., comma 5, n. 6) e, soprattutto, dalla possibilità che il provvedimento che ha dichiarato aperta la procedura sia sempre suscettibile di adeguamento e modifiche anche d'ufficio (art. 407 c.c., comma 4; art. 411 c.c., comma 4). Questo strumentario, sintonico all'obiettivo di una individualizzata rispondenza tra il provvedimento e la sua effettiva e perdurante adeguatezza alle esigenze di assistenza del beneficiario, merita di essere valorizzato, anche nei sensi indicati dall'art. 12 della Convenzione.

2.8. Le caratteristiche proprie dell'amministrazione di sostegno impongono, quindi, in linea con le indicazioni rivenienti dall'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite, che l'accertamento della ricorrenza dei presupposti di legge sia compiuto in maniera specifica, circostanziata e focalizzata sia rispetto alle condizioni di menomazione del beneficiario - da accertare anche mediante CTU, ove necessario-, sia rispetto alla incidenza della stesse sulla capacità del beneficiario di provvedere ai propri interessi personali e patrimoniali, anche eventualmente avvalendosi, in tutto o in parte, di un sistema di deleghe dallo stesso approntato; inoltre, il perimetro dei poteri gestori ordinari attribuibili all'amministratore di sostegno va delineato in termini direttamente proporzionati ad entrambi gli anzidetti elementi, di guisa che la misura risulti specifica e funzionale agli obiettivi individuali di tutela, altrimenti implicando un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona. (...)"

Anche la divisione stragiudiziale presuppone l'accettazione tacita dell'eredità

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 1 aprile 2022, n. 10655)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) L'accettazione dell'eredità in forma tacita avviene ove il chiamato all'eredità compia un atto che necessariamente presupponga la volontà di accettare la medesima e che egli non avrebbe il diritto di compiere se non nella qualità di erede; il che ben può concretizzarsi non solo attraverso la domanda di divisione giudiziale, ma anche nell'iniziativa assunta dal chiamato per la divisione amichevole dell'asse con istanza proposta anche in sede non contenziosa (Cass. n. 19833/2019; cfr. Cass. n. 1585/1987, che in applicazione del medesimo principio ha annullato la sentenza del merito che aveva omesso di valutare la configurabilità di una tacita accettazione dell'eredità, nell'iniziativa assunta dal chiamato per la divisione amichevole dell'asse con istanza proposta in sede non contenziosa al conciliatore).

Non si c'è nessuna ragione per non attribuire una tale valenza al procedimento di mediazione promosso in vista della proposizione della domanda di divisione ereditaria. Anche in questo caso si è in presenza di un atto che suppone necessariamente la qualità di erede. Si ricorda ancora che ex art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 228/2010, «Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale (...)»

Negozio dissimulato: necessaria la forma scritta per ricorrere ai mezzi di prova

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 5 aprile 2022, n. 10933)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“3.1. (...) E’ opportuno premettere che la "datio in solutum", costituendo un contratto a titolo oneroso solutorio-liberatorio, che estingue l’obbligazione in modo soddisfacente, è assoggettata alla disciplina generale dei contratti, con la conseguenza che deve essere rispettata la forma che attiene alla natura della prestazione oggetto di dazione (Cass. 17810/2021, secondo cui è soggetto alla forma scritta ad substantiam anche il patto modificativo di un contratto di alienazione immobiliare con cui le parti abbiano sostituito ad un originario trasferimento immobiliare la consegna di somme di denaro; analogamente, nel senso che solo le modifiche dei contratti formali che non investano gli elementi essenziali del negozio, ma ad es. prevedano modifiche alle modalità di adempimento, non richiedano la formalizzazione scritta: Cass. 2268/1980; Cass. 5290/1982; Cass. 6990/1986; Cass. 13703/2005; Cass. 419/2006; 525/2020). E’ altresì noto che l’art. 1414 c.c. vuole che tra le parti non produca effetto il contratto simulato ma che abbia effetto il contratto dissimulato purché ne sussistano i requisiti di forma e di sostanza. Nella specie, quindi, essendo stato concepito un trasferimento immobiliare in funzione solutoria, la datio in solutum, quale negozio dissimulato, era sottoposto alla forma scritta a pena di invalidità (art. 1350 c.c.). Questa Corte ha più volte affermato che, in tema di prova della simulazione di una compravendita immobiliare, la mancanza della controdeklarazione osta all’ammissibilità dell’interrogatorio formale, ove rivolto a dimostrare la simulazione relativa, giacché la confessione, in cui si risolve la risposta positiva ai quesiti posti, non può supplire al difetto dell’atto scritto, necessario per il contratto diverso da quello apparentemente voluto; viceversa, ove sia diretto a dimostrare la simulazione assoluta del contratto, l’interrogatorio formale è ammissibile, anche tra i contraenti, perché, in tal caso, oggetto del mezzo di prova è l’inesistenza stessa della compravendita (Cass. 6262/2017; Cass. 4071/2008). Più in particolare, per il disposto dell’art. 1417 c.c., le limitazioni di prova della simulazione per i contraenti concernono la prova per testimoni e quella per presunzioni (sempreché non si tratti di far valere l’illiceità del contratto dissimulato, nel qual caso la prova anzidetta è ammessa senza limiti). L’anzidetta limitazione probatoria non osta, invece, all’ammissibilità dell’interrogatorio formale, in quanto diretto a provocare la confessione giudiziale del soggetto cui è deferito, ad eccezione del caso in cui si tratti di contratto per il quale sia richiesta la forma scritta "ad substantiam" (e sempre che si tratti simulazione relativa, poiché quella assoluta non incontra limiti di prova: Cass. 13584/1991; Cass. 954/1995; Cass. 3869/2004; Cass. 19435/2008; Cass. 10240/2007; Cass.21822/2010). La confessione era quindi utilizzabile per superare la dichiarazione di quietanza, ma non anche per ritenere provato il valido perfezionamento del negozio dissimulato, che, in quanto sottoposto alla forma scritta a pena di validità, doveva risultare per iscritto, non potendo la confessione supplire alla carenza del requisito formale (Cass. 7861/1990; Cass. 13984/1991; Cass.2906/2001; Cass. 4071/2008). Né si può sostenere che il requisito di forma sarebbe soddisfatto dal negozio simulato, mancando la formalizzazione scritta di un elemento essenziale dello scambio (la controprestazione del trasferimento della proprietà immobiliare: sul punto Cass. S.U. 7246/2007). (...)”

Con la sentenza 10933/2022 la Suprema Corte interviene sulla vexata quaestio afferente ai limiti di prova che le parti contraenti incontrano in presenza di un negozio dissimulato "formale". Purtroppo, al fine di più proficua comprensione delle conclusioni interpretative cui addivene il giudice della nomofilachia, si rende necessaria una preliminare ricognizione del complesso sostrato fattuale sottostante la decisione.

Nella specie due coniugi agivano in giudizio al fine di ottenere la risoluzione per inadempimento di un contratto di compravendita stipulato con una società cooperativa ed avente ad oggetto un immobile del valore di lire 300.000.000 sostenendo che la quietanza contenuta nel rogito risultava simulata, atteso che l'acquirente giammai aveva corrisposto il prezzo della vendita.

La società convenuta si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto della domanda attorea, in quanto la stessa risultava infondata. Infondatezza derivante dalla circostanza che il mancato pagamento da parte della società stessa non era affatto un inadempimento, ma rientrava in un più articolato programma negoziale nell'ambito del quale il trasferimento immobiliare costituiva la controprestazione alla rinuncia da parte della società a richiedere il rimborso di somme di cui uno dei coniugi si era illegittimamente appropriato nel momento in cui aveva rivestito la carica di amministratore nella cooperativa. Nella sostanza le parti avevano dissimulato, dietro un'apparente vendita, una *datio in solutum*.

La domanda di risoluzione di parte attrice verrà rigettata sia in primo che in secondo grado, determinando la stessa a ricorrere per Cassazione.

Di seguito, con sentenza n. 23971/2013 la Suprema Corte cassava con rinvio la decisione d'appello, rilevando che la società aveva sempre ammesso il mancato pagamento, giustificandolo in quanto alla base dello stesso vi era una simulazione relativa, peraltro mai provata. In sede di rinvio si doveva pertanto stabilire se il mancato pagamento configurasse un inadempimento contrattuale o una *datio in solutum*.

Il giudice del rinvio propenderà nel secondo senso, in quanto dalle risultanze processuali era emerso che le parti, dietro l'ombrello di un'apparente vendita, avevano inteso dissimulare una *datio in solutum*. Pertanto, il mancato pagamento del prezzo, discendente dall'aver le parti dato luogo ad una *datio in solutum* (che doveva compensare il danno subito dalla società), non essendo qualificabile come inadempimento, conduceva al rigetto della domanda di risoluzione.

I due coniugi, soccombenti nel giudizio di rinvio, decidevano di impugnare la sentenza emessa in tale sede attraverso ricorso per Cassazione, che si concluderà con l'accoglimento delle censure prospettate dagli stessi.

Ricostruito il complesso quadro fattuale sotteso alla decisione, occorre soffermarsi sulla vexata quaestio su cui si innesta il dictum della Suprema Corte, afferente in particolare i limiti che le parti contraenti incontrano nella prova di un negozio dissimulato "formale". È tale il negozio del quale le parti, nell'ipotesi di simulazione relativa[1], vogliono gli effetti, e che viene occultato dietro l'apparenza del negozio simulato, inefficace tra le parti e ostentato verso terzi.

Nel caso deciso dalla Suprema Corte tale questione era strettamente connessa alla qualificazione del mancato pagamento lamentato dai ricorrenti, che poteva non integrare inadempimento se solo il medesimo risultava giustificato dalla sussistenza di una *datio in solutum* immobiliare, come riconosciuto anche dal giudice d'appello. Al riguardo la Suprema Corte richiama innanzitutto i principi generali che governano la prova del congegno simulatorio, desumibili dall'impianto codicistico, e determinanti una netta differenziazione probatoria[2] tra le parti contraenti e i terzi. Ed infatti mentre per questi ultimi la prova della simulazione può esser data con qualsiasi mezzo (finanche

testimoni e presunzioni), le parti incontrano limiti nel provare l'operazione di simulazione. In particolare, alle stesse sarà preclusa la prova della simulazione tramite testimoni o presunzioni, disponendo di regola della controdedichiarazione scritta[3].

L'applicazione di tali principi all'ipotesi di contratto dissimulato formale conduce la Suprema Corte a ritenere che la prova del medesimo ad opera delle parti può essere fornita solo tramite la controdedichiarazione scritta, la cui sussistenza consente il rispetto del vincolo formale discendente dal combinato disposto degli art. 1414 c. 2 e 1350 c.c. ed incidente sulla stessa validità del negozio. In tale prospettiva il Supremo Collegio rileva non solo che la confessione non può giammai supplire alla carenza di un onere formale imposto per la validità del negozio[4], ma che tale onere neppure può ritenersi soddisfatto per il tramite del negozio simulato, attesa la mancanza di una formalizzazione scritta di un elemento essenziale dello scambio, ovvero sia la controprestazione del trasferimento immobiliare[5].

[1] Per una trattazione sistematica della simulazione sia consentito il rinvio a: C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 652 e ss.; M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2015, p. 733 e ss.; L. GUAGLIONE, *Il contratto*, Torino, 2018, p. 430; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, (a cura di) F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2021, p. 650 e ss.

[2] La ratio di tale differente articolazione probatoria si ricollega alla difficoltà per i terzi di mettere le mani sul documento dal quale risulti l'intesa simulatoria. In ordine alla suindicata differenziazione probatoria si vd. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 659 e ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 665 e ss.

[3] Per le parti non vi sono limiti per la prova della simulazione allorché intendano far valere la illiceità del contratto dissimulato.

[4] Che pertanto doveva risultare per iscritto, ed in particolare dalla controdedichiarazione.

[5] Sul punto anche SS.UU. Cass. n. 7246/2007.

L'adozione e la coesistenza dei legami parentali sia con la famiglia del padre adottivo sia con quelli della famiglia del padre biologico

Argomento: Delle Persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 5 aprile 2022, n. 10989)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(…) Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, il giudice chiamato a decidere sullo stato di abbandono del minore, e quindi sulla dichiarazione di adottabilità, deve accertare la sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali, perché l'adozione legittimante costituisce una *extrema ratio* cui può pervenirsi quando non si ravvisi tale interesse, considerato che nell'ordinamento coesistono sia il modello di adozione fondato sulla radicale recisione dei rapporti con i genitori biologici, sia modelli che escludono tale requisito e consentono la conservazione del rapporto, quali le forme di adozione disciplinate dagli artt. 44 ss. della l. n. 184 del 1983 e in particolare l'art. 44, lett. d) (Cass., n. 3643/2020; Sez. Un., n. 12193/2019; n. 12692/2016). Le sentenze citate affermano, in particolare, il principio per cui l'adozione in questione implica la conservazione dello status di figlia dell'adottata rispetto al genitore biologico e la continuità relazionale con lo stesso. (...) nel caso concreto, in conformità della sentenza della Corte costituzionale, l'adozione, da parte del ricorrente, della figlia della moglie realizza appieno il preminente interesse della minore, anche attraverso la creazione di legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, e dunque sulla base della coesistenza dei legami sia con la famiglia di quest'ultimo sia con quelli della famiglia del padre biologico. Al riguardo, la Corte costituzionale ha altresì precisato che: l'idea per cui si possa avere una sola famiglia appare smentita proprio dalla riforma della filiazione e da come il principio di eguaglianza si è riverberato sullo status filiationis; il figlio nato fuori dal matrimonio ha, infatti, a ben vedere, due distinte famiglie giuridicamente tra di loro non comunicanti; **l'identità stessa del bambino è connotata da questa doppia appartenenza, e disconoscere i legami che scaturiscono dal vincolo adottivo, quasi fossero compensati dai rapporti familiari di sangue, equivale a disconoscere tale identità e, dunque, non è conforme ai principi costituzionali. La realizzazione del preminente interesse della minore risulta altresì confermata anche dalle positive relazioni dei servizi sociali circa il suo inserimento nella nuova famiglia creata dalla madre e dal genitore adottivo.** Inoltre, va osservato che l'impossibilità del padre biologico di far fronte al mantenimento della figlia, nella sua assoluta, incontrovertibile nettezza, per ragioni afferenti alla sfera economica, unitamente al pieno consenso all'adozione, denota una manifestazione d'intenti apprezzabile nel senso che essa risponde al miglior interesse della minore, garantendole un contesto familiare più adeguato per lo sviluppo della sua personalità, in piena sintonia con i principi affermati dalla Corte costituzionale. (...)”

Contratto di compravendita di cose: l'onere della prova del danno da ritardo è a carico dell'acquirente

Argomento: Del Contratto Di Compravendita

(Cass. Civ., Sez. II, 6 aprile 2022, n.11126)
stralcio a cura di Carla Bochicchio

“(…) Il collegio, infatti, intende ribadire il seguente principio di diritto: l'art. 1518 c.c., contiene un criterio per la liquidazione del danno da inadempimento delle obbligazioni nascenti dalla compravendita di cose che abbiano un prezzo corrente, a norma dell'art. 1515 c.c., comma 3, dispensando la parte adempiente dall'onere della prova del pregiudizio subito. Detta norma ha carattere eccezionale perché deroga ai normali criteri di liquidazione del danno ex art. 1223 c.c., ai quali, pertanto, deve farsi ricorso quando la cosa compravenduta non sia sussumibile nell'elenco di quelle indicate dall'art. 1515, comma 3, al quale l'art. 1518 rinvia o quando non vi sia stata risoluzione del contratto ma solo ritardata consegna della merce (…).

(…) Deve farsi applicazione del seguente principio di diritto: **nel contratto di vendita, fuori dei casi di cui all'art. 1518 c.c., in caso di ritardo da parte del venditore nella consegna della merce è onere dell'acquirente provare di aver subito un'effettiva lesione del proprio patrimonio per la perdita di valore del bene ovvero per aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, con valutazione rimessa al giudice del merito, che può al riguardo avvalersi di presunzioni, anche sulla base di elementi indiziari allegati dallo stesso danneggiato (…)**”

Nota a cura di
Cecilia De Luca

Con l'ordinanza in commento viene affrontata la questione relativa al riparto dell'onere probatorio in materia di responsabilità contrattuale per danno da ritardato adempimento ad opera del venditore nella consegna della merce.

Il caso in commento trae origine dalla richiesta di risarcimento dei danni derivanti dalla ritardata consegna di gasolio, ossia dall'inesatto adempimento dell'obbligo gravante sul venditore-debitore, in virtù di due distinti contratti aventi ad oggetto la vendita del carburante per 30.000 tonnellate.

All'esito dell'istruttoria documentale e testimoniale era emerso che il venditore aveva correttamente adempiuto all'obbligazione, di fornire l'atto di nomina della nave destinata a ricevere il carico, le istruzioni documentarie e la destinazione, prodromica rispetto all'assolvimento dell'obbligo di consegna da parte del medesimo, ma solo con otto giorni di ritardo rispetto ai tempi fissati.

Sulla base di ciò il giudice di primo grado rigettava la domanda relativa al risarcimento del danno da ritardo nell'adempimento delle obbligazioni assunte, ad opera del venditore, in quanto si trattava di danno “da ritardato adempimento” e non da risoluzione per grave inadempimento e, dunque, non era applicabile l'art. 1518 c.c., invocato dall'attrice bensì l'art. 1223 c.c., con onere per la parte inadempiente della prova dell'effettività del pregiudizio subito.

Avverso la suddetta decisione veniva interposto appello: il giudice del gravame confermava il motivo relativo alla non applicabilità dell'art. 1518 c.c., bensì dell'art. 1223 c.c.

L'art. 1518 è collocato nella sezione, del Titolo III del Libro IV del Codice civile, relativa alla “vendita di cose mobili”, la quale dedica una peculiare disciplina relativa al “contratto di compravendita” avente ad oggetto beni della suddetta natura. Il bene mobile in questione è il gasolio, ossia la merce il cui valore di mercato si era deprezzato a causa del presunto ritardo.

Trattandosi di un bene rientrante nell'elenco di cui all'art. 1515, comma terzo, c.c. si è prospettata l'ipotesi dell'applicazione dell'art. 1518 c.c., relativo alla risoluzione per inadempimento, il quale fornisce un criterio logico-giuridico applicabile anche per la determinazione dei danni da inesatto adempimento.

Inoltre, proprio l'art. 1515, nel comma terzo, c.c., pone una presunzione legale di danno, dispensando la parte inadempiente dall'onere della prova, stabilendo un meccanismo automatico di determinazione del danno provocato dall'inadempimento di una delle parti.

La suddetta ipotesi di responsabilità contrattuale, che segue all'inadempimento delle obbligazioni che derivano dal contratto di vendita, configura una fattispecie di responsabilità “speciale”, che diverge da quella ordinaria disciplinata dalle disposizioni generali sul contratto e sulle obbligazioni, *ex* artt. 1218 ss. e 1453 ss. c.c.: questo ordine di disposizioni, che introduce forme di responsabilità speciale, prevede particolari mezzi di tutela contro l'inadempimento dell'obbligazione di consegna della cosa o di pagamento del prezzo, per i quali è prevista una disciplina che devia da quella di diritto comune riguardo ai profili procedurali – poiché i mezzi di tutela in esame, il più delle volte, concretano forme di autotutela – alle condizioni necessarie per la loro attivazione, agli effetti e ai congegni attraverso i quali gli strumenti di tutelano trovano attuazione.

In particolare, la “vendita in danno” è un originale strumento di “rapida tutela” della parte contro l'inadempimento nella vendita immobiliare, disciplinato dagli artt. 1515 e 1516 c.c.

Un ulteriore strumento di speciale tutela è rappresentato dall'azione che l'art. 1519 c.c.: il rimedio in esame – che veniva chiamato sotto il Codice civile del 1865 “rivendicazione del venditore”, *ex* art. 1513 c.c. – concreta una speciale azione recuperatoria del possesso della cosa, la quale non è diretta né a risolvere il rapporto di vendita, né a determinare un ritorno della proprietà in capo al venditore, ed è opponibile ai terzi, salvi i limiti indicati nella medesima disposizione.

Proprio sulla base di questo quadro, sinteticamente, ricostruito a livello dottrinale, la Corte d'Appello di Genova ha ritenuto infondata la censura relativa all'art. 1518 c.c., reputatosi violato dalla ricorrente: la suddetta disposizione è norma di carattere eccezionale, poiché, contenendo un criterio di liquidazione del danno da inadempimento delle obbligazioni nascenti dalla compravendita di cose che abbiano un prezzo corrente e dispensando la parte adempiente dall'onere della prova del pregiudizio subito, deroga ai normali criteri di liquidazione del danno, *ex* art. 1223 c.c., ed è, dunque, applicabile esclusivamente alle merci ricomprese nell'elenco di cui all'art. 1515 c.c., al quale esso rinvia, e solo in caso di risoluzione contrattuale per inadempimento, e non per ritardata consegna della merce.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello ha preso in considerazione il tema della sussistenza o meno della prova del danno da perdita di *chance* o lucro cessante, ritenuto, già dal giudice di primo grado, non dimostrato poiché non si era provato che il prezzo di rivendita del gasolio era stato contrattato a condizioni peggiorative in conseguenza del ritardo o di aver perduto occasioni di vendita immediata.

Ben si sa che il risarcimento assolve la funzione di compensare la parte non inadempiente del danno subito a seguito dell'inadempimento dell'altra.

La disciplina del risarcimento è ispirata al principio della riparazione integrale del danno, desumibile dall'art. 1223 c.c., il quale indica una prospettiva tendenziale dell'ordinamento, che viene attuata sul piano concreto attraverso meccanismi che consentono di individuare il danno risarcibile, secondo una logica distributivo-allocaativa, i quali si basano sui criteri della certezza, della prevedibilità e dell'evitabilità del danno e del concorso di colpa del creditore danneggiato.

Le componenti del danno risarcibile sono individuate nel: danno emergente, che si ha se l'inadempimento sottrae al creditore utilità già entrate nel suo patrimonio; nel lucro cessante, o mancato guadagno, che si ha se l'inadempimento preclude la possibilità di acquistare nuovi elementi di utilità. La distinzione tra la voce del danno emergente e quella del lucro cessante opera su un piano giuridico più che economico, considerato che, da un punto di vista squisitamente economico, sono entrambe interamente risarcibili, ma assume rilevanza sul piano dell'onere della prova. Per il creditore, infatti, è più agevole provare il danno emergente: essendo quest'ultimo una posta attiva del patrimonio del soggetto, è sufficiente dimostrarne l'attualità e la sua conseguente lesione. Al contrario, è più difficoltosa la prova del lucro cessante: il creditore è costretto a provare il mancato guadagno che gli sarebbe potuto derivare da quella determinata operazione economica ove la prestazione fosse stata eseguita.

La distinzione tra danno emergente e lucro cessante tende a sfumare quando il risarcimento del danno si incentra sulla *chance*, cioè sulla perdita di una "buona probabilità di riuscita". La *chance*, dal latino "*cadentia*", che evoca il lasciar cadere dei dadi, è un bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto, la cui lesione configura una perdita, pari all'incremento patrimoniale netto che il creditore avrebbe conseguito con l'utilizzazione della prestazione inadempita.

Con l'espressione "danno da perdita di *chance*" si designa quel particolare pregiudizio patrimoniale che consiste nello sfumare di utilità che si atteggiano come possibilità, opportunità, occasioni. Il problema fondamentale del danno da perdita di *chance* è la sua risarcibilità: qualsiasi pregiudizio, per essere risarcibile, deve essere certo, od almeno ragionevolmente prevedibile secondo le facoltà umane, mentre un danno soltanto eventuale, per definizione, non costituisce un danno risarcibile. La giurisprudenza, in merito, ha offerto differenti prospettive: parte di essa configura la *chance* come un bene suscettibile di valutazione patrimoniale in sé e per sé e considera la perdita di *chance* come un'ipotesi di danno emergente, un danno certo, quindi, non eventuale – la c.d. teoria ontologica; un diverso orientamento della medesima, invece, assimila l'ipotesi della perdita di *chance* al lucro cessante e ne ammette la risarcibilità soltanto quando l'occasione perduta si presenta, se valutata con prognosi postuma, assistita da considerevoli possibilità di successo – la c.d. teoria eziologica. Per quanto concerne l'onere della prova del danno, in materia di responsabilità contrattuale, esso incombe sul danneggiato. Al riguardo trova applicazione la regola generale secondo la quale chi vuol fare valere un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, *ex art. 2697 c.c.* Per assolvere il suo onere probatorio il danneggiato deve allora dimostrare gli elementi costitutivi del danno sofferto, sia per quanto attiene agli eventi lesivi sia per quanto attiene agli effetti economici negativi.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello ha ritenuto che la ricorrente non abbia provato la perdita di "*chance*" per aver venduto il gasolio ad un prezzo inferiore rispetto a quello che avrebbe potuto ottenere in caso di consegna tempestiva.

Le censure, dunque, si risolvono in una richiesta di valutazione in fatto della vicenda al fine di ritenere provato il danno da lucro cessante.

In conclusione, il principio di diritto enucleato è stato il seguente: "Nel contratto di vendita, fuori dei casi di cui all'art. 1518 c.c., in caso di ritardo da parte del venditore nella consegna della merce è onere dell'acquirente provare di aver subito un'effettiva lesione del proprio patrimonio per la perdita di valore del bene ovvero per aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, con valutazione rimessa al giudice di merito, che può al riguardo avvalersi di presunzioni, anche sulla base di elementi indiziari allegato dallo stesso danneggiato".

La prescrizione del diritto al risarcimento del danno cagionato dal reato si inserisce nel quadro generale dell'istituto della prescrizione civile

Argomento: Della Tutela dei diritti

(Cass. Civ., Sez. III, 6 aprile 2022, n. 11190)
stralcio a cura di Ida Faiella

“(…) A seguito di querele (…)
per fatti risalenti all'8.1.1994, il Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi condannò il D.N. e il D.M. (…)
per il reato di lesioni, mentre mandò assolto il M.; il reato venne successivamente dichiarato estinto per intervenuta prescrizione (…)
il medesimo M. convenne in giudizio il D.M. e il D.N. per sentirli condannare al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali conseguiti al delitto di calunnia (…)

4.2. La controversia in esame concerne danni che si assumono provocati da un illecito costituente reato (la dedotta calunnia) e (…)
pone la questione della necessità o meno che il M. ponesse in essere atti interruttivi della prescrizione (civilisticamente rilevanti) (…)

4.3. Al riguardo, deve considerarsi che: nella giurisprudenza di questa Corte è assolutamente prevalente l'affermazione secondo cui "la costituzione di parte civile ha un effetto interruttivo permanente del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno scaturito dal reato, il quale riprende a decorrere dal momento in cui diviene irrevocabile la sentenza che definisce il processo penale" (Cass. n. 26887/2008; conformi Cass. n. 9942/98, Cass. n. 872/2008, Cass. n. 19741/2011, Cass. n. 17226/2014, Cass. n. 28456/2017); in tal senso deve leggersi anche Cass., S.U. n. 8348/13, che fonda la decorrenza della prescrizione dalla data di irrevocabilità della sentenza penale, anziché dalla data dell'evento integrante l'illecito, sull'"effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione conseguente all'esercizio dell'azione civile" compiuto mediante la costituzione di p.c.; è di tutta evidenza che, per il fatto stesso di rimarcare l'effetto interruttivo della costituzione di p.c., tale orientamento riconosce la rilevanza/utilità della costituzione, escludendo -implicitamente, ma univocamente- che la prescrizione possa ritenersi interrotta, ai fini civilistici, dalla mera pendenza del procedimento penale; se così fosse, infatti, la costituzione di p.c. sarebbe priva di concreta rilevanza e non si comprenderebbe la ragione dell'affermazione della sua efficacia interruttiva (…)
Ferma restando la necessità dell'interruzione della prescrizione ai fini civilistici, va peraltro precisato che essa può avvenire anche con modalità diverse dalla costituzione di parte civile nel procedimento penale, essendo sufficiente qualunque atto idoneo a manifestare la volontà di far valere il diritto, e - quindi - anche una richiesta stragiudiziale che valga a costituire in mora il debitore; in ogni caso, quale che sia la modalità con cui la pretesa risarcitoria venga fatta valere, essa deve intervenire entro il termine prescrizione stabilito per il reato. Il danneggiato può dunque impedire la prescrizione con atti interruttivi ripetuti prima che ciascun termine si consumi oppure interromperla in modo permanente costituendosi parte civile nel processo penale (…)
Si vuol dire, in altri termini, che la (nuova) decorrenza della prescrizione dalla irrevocabilità della sentenza penale (secondo i termini previsti dai primi due commi dell'art. 2947 c.c.) postula necessariamente che la prescrizione non sia nel frattempo già maturata, ossia che la stessa sia stata interrotta al fuori del processo penale o all'interno di esso (mediante costituzione di parte civile). Una siffatta conclusione si pone in linea di continuità col rilievo già compiuto da Cass., S.U. n. 1479/1997 e richiamato, da ultimo, da Cass. n. 2694/2021 - secondo cui "la prescrizione del diritto al risarcimento del danno cagionato dal reato, sebbene raccordata, sotto il circoscritto profilo del periodo di durata, alla disciplina della prescrizione dettata per il reato, si inserisce nel quadro

generale dell'istituto della prescrizione civile, senza comprometterne la sostanziale autonomia rispetto all'analogo istituto regolato nel sistema penale. Se si eccettua tale collegamento, ciascuno dei due istituti costituisce un complesso normativo in sè chiuso e perfetto, con la conseguenza che, ai fini del diritto al risarcimento, operano esclusivamente le cause di interruzione previste nella disciplina civilistica, senza possibilità di mutua integrazione o di interferenze fra le due discipline"; il che vale a evidenziare che(...) il diritto al risarcimento del danno derivante da un fatto illecito considerato dalla legge come reato rimane disciplinato - per il resto - dall'ordinarie regole civilistiche (a cominciare dagli artt. 2934 e 2935 c.c.).

4.5. Il motivo va conseguente rigettato, in quanto la Corte ha accertato la mancanza della prova della tempestiva interruzione della prescrizione prima del decorso dei dieci anni dalla commissione del reato, con la conseguenza che il danneggiato non poteva giovare della nuova decorrenza del termine prescrizione dalla irrevocabilità della sentenza penale. 5. Col secondo motivo (...) il ricorrente rileva che la Corte di Appello, dopo aver correttamente respinto l'eccezione di litispendenza sollevata [...] era incorsa in "evidente contraddizione" affermando la fondatezza del motivo di appello con cui era stata lamentata la duplice proposizione della pretesa relativa ai danni patrimoniali (...).

5.1. Il motivo è fondato (...) la Corte di Appello napoletana - per un verso - non poteva apprezzare l'esistenza della sentenza del 2016 come rivelatrice di un giudicato (non adeguatamente provato) e - per altro verso - pur dichiarando di escludere la litispendenza, ha finito per recuperarla là dove ha affermato l'inaffidabilità della seconda domanda perchè era già intervenuta una decisione su di essa in altro giudizio in cui era stata proposta (...) La sentenza impugnata dev'essere cassata perchè, per un verso l'esistenza della sentenza del 2016 non poteva nemmeno essere apprezzata come rivelatrice di un giudicato, nel senso che la cosa giudicata non risultava provata; per altro verso, del tutto incomprensibilmente all'esistenza di quella sentenza si sono attribuiti effetti che solo la persistenza della litispendenza avrebbe potuto giustificare (...) **Va ricordato che è principio consolidato quello per cui "la litispendenza postula la contemporanea pendenza della stessa causa davanti a giudici diversi e la relativa questione (che è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, e quindi anche nel giudizio di cassazione) deve essere decisa con riguardo alla situazione processuale esistente al momento della decisione;** la parte che eccipisce la litispendenza ha l'onere di produrre i documenti necessari per la verifica della persistenza della dedotta situazione fino all'udienza di discussione" (Cass. n. 22252 del 2004). (...)"

Principio della facoltatività del litisconsorzio in materia di obbligazioni solidali

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. VI, 13 aprile 2022, n. 12060)
stralcio a cura di Edvige Pellegrino

“(…) La vicenda ha visto coinvolti la D.A.M., nonché, C.M., C.S., C.L., C.P. e C.A., l'una come gli altri quali eredi di Ci.Fr., i quali hanno proposto ricorso sulla base di tre motivi, per la cassazione della sentenza n. 628/19, del 1 ottobre 2019, della Corte di Appello di Perugia (come "corretta" con ordinanza del 5 dicembre 2019), che - nel pronunciarsi quale giudice del rinvio, all'esito della decisione resa da questa Corte con sentenza rescindente n. 24075/17, del 18 ottobre 2017, che ebbe a cassare la sentenza n. 418/13, del 2 ottobre 2013, della stessa Corte umbra - ha accolto solo parzialmente l'appello da essi esperito contro la sentenza n. 197/10, del 21 marzo 2010, del Tribunale di Terni, provvedendo come di seguito meglio indicato; che, in particolare, il giudice del rinvio ha condannato, in solido, T.A. (in qualità di erede di S.C.E.) e la società Italiana Assicurazioni S.p.a. a risarcire agli odierni ricorrenti il danno morale patito da Ci.Fr., in conseguenza del sinistro stradale occorsogli il 2 gennaio 2004 sull'autostrada A11, nei pressi del Comune di Pistoia, allorché il furgone da lui condotto - e sul quale viaggiava come trasportato anche il figlio P. - entrò in collisione con un'autovettura di proprietà e guidata dal S., assicurata per la "RCA" con Italiana Assicurazioni, liquidando in C 33.073,77 tale pregiudizio, in applicazione delle c.d. "tabelle" in uso presso il Tribunale di Roma; che, in punto di fatto, gli odierni ricorrenti riferiscono che il C. ebbe ad adire il Tribunale temano, convenendo in giudizio la T. e la società Italiana Assicurazioni, agendo in proprio e quale esercente la potestà genitoriale sull'allora figlio minore P., per chiedere il ristoro dei danni subiti da entrambi in conseguenza delle gravi lesioni riportate all'esito del sinistro stradale sopra meglio descritto; che, in particolare, la somma liquidata a titolo di danno biologico e di danno morale in favore di Ci.Fr. - deceduto in corso di causa (senza, però, che la sua morte fosse stata dichiarata, per evitare il prodursi dell'effetto interruttivo del giudizio) - veniva determinata assumendo come riferimento la sua sopravvivenza "effettiva" dopo il sinistro, e non già l'aspettativa di vita del medesimo (...) che per tale ragione - oltre che per censurare la decisione sulle spese di lite - gli attuali ricorrenti esperivano gravame, rigettato dal giudice di appello, con decisione, però, cassata da questa Corte con la pronuncia rescindente di cui sopra (...) Va, quindi, secondo questa Corte in relazione alla relativa fattispecie, disattesa l'eccezione di nullità del ricorso sollevata dalla controricorrente T.; - che essendosi il rapporto processuale, innanzi a questa Corte, validamente instaurato, "ab origine", tra gli eredi di Ci.Fr. e la società Italiana Assicurazioni S.p.a., la decisione interlocutoria assunta, quanto alla rinnovazione della notificazione del ricorso verso T.A., altro non era se non un ordine integrazione del contraddittorio; - che detto provvedimento risultava imposto dalla circostanza che tutti i soggetti del presente giudizio sono uniti da litisconsorzio necessario, essendo la T. erede del proprietario del veicolo già assicurato, per la "RCA", da Omissis, soggetti, ambedue, nei confronti dei quali il C. - e, dopo la sua morte, i di lui eredi - hanno proposto l'azione risarcitoria; - che ciò ha determinato, infatti, la ricorrenza della situazione disciplinata dall'art. 102 c.p.c., in deroga al principio della facoltatività del litisconsorzio in materia di obbligazioni solidali; (...) quantunque il principio di diritto enunciato dalla pronuncia rescindente di questa Corte. 24075/2017 fosse nel senso che il giudice di merito, in sede di rinvio, dovesse valutare, ai fini della personalizzazione del danno morale, intensità e durata della sofferenza psichica, non può dubitarsi del fatto che la durata andasse accertata alla stregua della giurisprudenza di questa stessa Corte; - che, pertanto, avrebbe dovuto trovare applicazione il principio secondo cui danno non

patrimoniale, quale sofferenza patita dalla sfera morale del soggetto leso, si verifica nel momento stesso in cui questo l'evento dannoso si realizza", e ciò "pur dovendosi tener conto della natura istantanea o permanente dell'illecito o della sua reiterazione", sicché "la liquidazione del danno deve far riferimento al momento dell'evento dannoso ed alle caratteristiche indicate, mentre non vi incidono fatti ed avvenimenti successivi, quali la morte del soggetto leso. (...)"

In materia di danni da contagio, la compensazione tra l'importo dovuto a titolo di risarcimento ed equo indennizzo, non può operare qualora l'importo dell'indennizzo non sia determinato né provato

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 15 aprile 2022, n. 12388)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…)1. Con il primo motivo di ricorso - violazione e falsa applicazione della L. n. 210 del 1992, art. 1, art. 2697 c.c., comma 2 e art. 115 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 - parte ricorrente censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha disposto la decurtazione dell'indennizzo dal risarcimento sulla mera scorta del positivo responso della Commissione Medica Ospedaliera che aveva accertato la sussistenza del nesso causale tra la trasfusione subita e l'infezione contratta. (...)”

1.1 Il motivo è fondato. Come correttamente affermato dalla Corte territoriale, la compensatio lucrum cum danno integra un'eccezione in senso lato, vale a dire non già l'adduzione di un fatto modificativo o impeditivo o estintivo del diritto altrui, ma una mera difesa o articolazione difensiva in ordine all'esatta globale entità del danno effettivamente patito dal danneggiato, entità che resta l'oggetto iniziale della controversia e non è ampliata dalla detta valutazione. Pertanto, nella determinazione del danno il giudice può, nell'individuazione dell'esatta entità, fare riferimento a tutte le risultanze del giudizio, in virtù del principio di acquisizione della prova, in forza del quale ogni elemento istruttorio ritualmente acquisito concorre alla decisione, a prescindere dalla parte che lo abbia addotto (cfr., da ultimo, Cass., 3 n. 26757/2020 e Cass., 3 n. 24177/2020). Ciò posto, occorre però rilevare che, nel caso in esame, il giudice d'appello ha accolto l'eccezione di compensazione sollevata dal Ministero appellante in sede di comparsa conclusionale esclusivamente sulla base della generica ammissione della G. al riconoscimento dei benefici di cui alla L. n. 210 del 1992, che era stata allegata dalla stessa nella propria produzione documentale depositata in primo grado. Ha, di conseguenza, stabilito la decurtazione dell'indennizzo dall'ammontare risarcitorio senza operare alcun riscontro sull'effettiva quantificazione e sull'effettivo percepimento del beneficio da parte della G.(...) Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, **la compensazione, pure astrattamente sussistente tra l'importo dovuto a titolo di risarcimento e quello riconosciuto quale equo indennizzo, non può operare qualora, come nel caso di specie, l'importo dell'indennizzo non sia determinato né determinabile né vi sia prova del suo avvenuto pagamento**, in quanto l'astratta spettanza della somma non equivale alla sua corresponsione e non fornisce elementi per individuarne l'esatto ammontare, né il carattere predeterminato delle tabelle consente di individuare, in mancanza di dati specifici a cui è onerato chi eccepisce il lucrum, il preciso ammontare da portare in decurtazione del risarcimento (cfr., da ultimo, Cass., 3 n. 21837/2019). Ne deriva, pertanto, che la Corte territoriale non avrebbe potuto disporre la compensazione soltanto sulla base dell'esito positivo dell'istanza di ammissione al beneficio ex L. n. 210 del 1992, né comunque avrebbe potuto disporla se anche avesse conosciuto, come asserito dal Ministero nel proprio controricorso, la data di decorrenza dell'indennizzo e la categoria di classificazione tabellare ascritta.

(...) 2. Con il secondo motivo di ricorso - violazione e falsa applicazione della L. n. 238 del 1997, art. 1, comma 1, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 - parte ricorrente censura la sentenza nella parte in cui ha dato per ammesso l'an debeatur, cioè ha ritenuto dovuta la decurtazione, dall'importo del risarcimento, di quanto percepito o percipiendo a titolo di indennizzo.(...)la giurisprudenza di questa Suprema Corte, con orientamento assolutamente pacifico, ha ripetutamente chiarito che il diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da virus HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto ha natura diversa rispetto all'attribuzione indennitaria regolata dalla L. n. 210 del 1992 e che, tuttavia, nel giudizio risarcitorio promosso contro il Ministero della Salute per omessa adozione delle dovute cautele, l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato deve essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (compensatio lucri cum danno), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo (cfr., Cass., S.U., sent. n. 584/2008, costantemente ribadita, e da ultimo, Cass., Sez. ord. n. 8866/2021). (...)”

La definizione giurisprudenziale del principio di autoresponsabilità e la portata della garanzia ex art. 1491

Argomento: Del Contratto Di Compravendita

(Cass. Civ., Sez. II, 20 aprile 2022, n. 12606)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) L'esclusione della garanzia nel caso di facile riconoscibilità dei vizi della cosa venduta, ai sensi dell'articolo 1491 c.c., costituisce applicazione del principio di autoresponsabilità - come esposto dalla medesima ricorrente - e consegue all'inosservanza dell'onere di diligenza del compratore in ordine alla rilevazione dei vizi che si presentino di semplice percezione. Per costante giurisprudenza - sebbene il grado della diligenza esigibile non possa essere predicato in astratto, ma debba essere apprezzato in relazione al caso concreto, avuto riguardo alle particolari circostanze della vendita, alla natura della cosa ed alla qualità dell'acquirente - è tuttavia da escludere laddove l'onere di diligenza del compratore debba spingersi sino al punto di postulare il ricorso all'opera di esperti o l'effettuazione di indagini penetranti ad opera di tecnici del settore, al fine di individuare il vizio (Cass. 27 febbraio 2012 n. 2981). Inoltre, ai **fini dell'esclusione della garanzia per i vizi della cosa venduta, l'art. 1491 c.c., non richiede il requisito dell'apparenza, ma quello della facile riconoscibilità del vizio**. Ed è proprio siffatto onere che può essere richiesto al compratore, ai sensi dell'articolo 1491 c.c., il quale non postula una particolare competenza tecnica, né il ricorso all'opera di esperti, ma è circoscritto alla diligenza occorrente per rilevare i difetti di facile percezione da parte dell'uomo medio (Cass. 18 dicembre 1999 n. 14277; Cass. 27 febbraio 2012 n. 2981). In questo caso, il ricorso all'esperto segna il discrimen tra le ipotesi in cui sia prevista la garanzia e quelle in cui sia esclusa, e cioè, se il vizio sia o meno facilmente riconoscibile. La Corte di appello di Lecce - Sezione distaccata di Taranto, con la motivazione della sentenza impugnata (che si profila adeguata e logica in relazione alla valutazione degli accertamenti di fatto operati e, perciò, si prospetta incensurabile nella presente di legittimità e, del resto, non ha costituito nemmeno oggetto di specifica doglianza da parte della ricorrente), ha congruamente rilevato che, a seguito della stipula del contratto di compravendita (...), era rimasto comprovato che il vizio lamentato, costituito dalla importante alterazione del contachilometri, era emerso solo a seguito di apposito accertamento tecnico, avvalendosi dell'opera di esperti e di macchinari altamente tecnologici; né la (...) aveva sconfessato i dati riportati nella scheda esibita, avendo scelto di rimanere contumace. (...) Pertanto, sebbene il grado della diligenza esigibile da parte dell'acquirente debba essere apprezzato in relazione al caso concreto, compresa la stessa qualità dell'acquirente, tuttavia non può spingersi sino al punto di postulare il ricorso ad indagini con mezzi altamente specialistici, come, in effetti, verificatosi nel caso di specie, senza, che peraltro, i venditori avessero reso edotta l'acquirente finale delle reali condizioni del bene. (...)”

I rapporti tra la riunione fittizia e l'azione di riduzione

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. II, 5 maggio 2022, n. 14193)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“3. (...) La dispensa dalla collazione ha la finalità, potenziando la facoltà di disposizione del donante, di esonerare il donatario dal conferimento del *donatum*, con l'effetto che la successione si svolge, e la determinazione delle quote di eredità si attua, come se la donazione non fosse stata fatta e il bene, che ne fu l'oggetto, non fosse uscito dal patrimonio del *de cuius* a titolo liberale (Cass. n. 711/1966; n. 268/1984; n. 989/1995); il tutto, naturalmente, fino all'invalidabile limite dell'intangibilità della quota di riserva dei legittimari (Cass. n. 2633/1969). È fin troppo ovvio, infatti, tenuto conto del carattere cogente delle norme sulla c.d. successione necessaria, che la dispensa dalla collazione non importa l'esclusione del bene donato dalla riunione fittizia, ai fini della determinazione della porzione disponibile (Cass. n. 74/1967), né implica la non assoggettabilità della donazione alla riduzione. Ciò risulta dall'art. 737, comma 2, c.c., ove si dice che ex art. art. 553 c.c., (Cass. n. 7/1967; n. 837/1986), si deve certamente aggiungere quella del concorso di legittimari con istituiti non in quote determinate, ma genericamente nella disponibile. Le operazioni sono quelle solite, indicate nell'art. 556 c.c. In primo luogo, si determina il valore dei beni appartenenti al defunto al tempo della morte. Il valore del *relictum* va determinato con riferimento al momento dell'apertura della successione. Dal valore così calcolato si detrae l'ammontare dei debiti ereditari (se ci sono). Al valore netto del *relictum* si aggiunge il valore dei beni elargiti con atti di disposizione tra vivi a titolo gratuito, determinato in base alle regole dettate dagli art. 747 a 750 del Codice civile. Per determinare la quota spettante a ogni singolo legittimario occorre però ancora un'ulteriore operazione: occorre imputare alla sua porzione legittima le donazioni ed i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato (Cass. n. 12919/2012; n. 27352/2014). Il valore dei beni oggetto di liberalità in conto (o di legati in sostituzione di legittima) deve essere imputato alla porzione indisponibile fino a concorrenza delle quote individuali spettanti ai gratificati. In aggiunta a quanto ricevuto, il legittimario ha diritto di conseguire, a titolo di legittima, soltanto la differenza tra il valore della quota in astratto riservatagli dalla legge e quello dei beni a lui donati o legati (purché, si intende, il valore di tale quota sia maggiore di quello di questi beni). (...) È utile richiamare la regola secondo cui allorché il bene donato superi in valore la quota ereditaria del discendente (o coniuge) donatario, costui, se sceglie di conferire per imputazione, deve versare in modo effettivo nell'asse l'equivalente pecuniario dell'«eccedenza» (Cass. n. 74/1960; n. 1481/1979). È chiaro che il termine "eccedenza", rispetto alla collazione, ha un significato diverso rispetto a quello che il medesimo termine assume ai fini della riduzione. **L'eccedenza della donazione ai fini della riduzione consiste nel fatto che la misura della donazione comprende parte dei beni che sono necessari a completare la misura della quota di riserva, mentre l'eccedenza della donazione ai fini della collazione sta solo a indicare che il donatario ha ricevuto più di quanto a lui spetta nel concorso con gli altri condividenti, come lui discendenti del *de cuius*; i due concetti pertanto non coincidono** e, conseguentemente, l'eccedenza ai fini della collazione non significa anche eccedenza come lesione della quota di riserva (Cass. n. 1481/1979; n. 28196/2020). (...) 7 «la riunione fittizia, prevista dall'art. 556 c.c., non è necessariamente legata all'esperimento dell'azione di riduzione, ma è operazione sempre necessaria, nel concorso con eredi legittimari, ogni qual volta sia rilevante stabilire quale sia nel caso la disponibile, come nel caso di concorso di legittimari con uno di essi, al quale il testatore abbia lasciato genericamente la stessa disponibile»; «ai fini del

calcolo della disponibile ex art. 556 c.c. sono sempre assoggettate a riunione fittizia tutte le donazioni, a chiunque fatte, indipendentemente dalla qualità di congiunto, di erede o di estraneo del donatario»; «la dispensa dalla collazione sottrae il donatario del conferimento ma non importa l'esclusione del bene donato dalla riunione fittizia ai fini della determinazione della porzione disponibile. (...)»

Differenze tra preliminare di donazione e pactum fiduciae

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2022, n. 14524)
stralcio a cura di Camilla Ragazzi

“6.3. (...) le Sezioni Unite di questa Corte, dopo aver evidenziato che "il fenomeno fiduciario consiste in una operazione negoziale che consente ad una parte (il fiduciante) di far amministrare o gestire per finalità particolari un bene da parte di un'altra (il fiduciario), trasferendo direttamente al fiduciario la proprietà del bene o fornendogli i mezzi per l'acquisto in nome proprio da un terzo, con il vincolo che il fiduciario rispetti un complesso di obblighi volti a soddisfare le esigenze del fiduciante e ritrasferisca il bene al fiduciante o a un terzo da lui designato", hanno, tra l'altro, evidenziato le differenze (...): **"nel preliminare, infatti, l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio**, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti" (...). Ne consegue che, **mentre "l'obbligo nascente dal contratto preliminare si riferisce alla prestazione del consenso relativo alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita), (...), "diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario - analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706, secondo comma, cod. civ.) - si ha un'ipotesi di pagamento traslativo, perché l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina"**. Le differenze esistenti tra il contratto preliminare e il pactum fiduciae escludono (...) la possibilità (...) di ritenere che l'impegno al trasferimento assunto in sede fiduciaria abbia titolo in un contratto preliminare e, tanto meno, di ritenere che tale impegno, in quanto privo di corrispettivo, abbia il carattere della promessa di donazione.

6.4. Né, del resto, l'obbligo del fiduciario (...) deriva dalla dichiarazione (...) ricognitiva dell'intestazione fiduciaria e promissiva del ritrasferimento posto che "(...) tale dichiarazione (...) è produttiva dell'effetto di determinare la relevatio ab onere probandi e di rafforzare così la posizione del fiduciante destinatario della dichiarazione stessa, il quale, in virtù di questa, è esonerato dall'onere di dimostrare il rapporto fondamentale" (Cass. SU n. 6459 del 2020).

6.5. Quanto al resto, e cioè al collegamento tra la natura immobiliare del bene acquistato dal fiduciario e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferimento rimasto inadempito, non può che ribadirsi il principio (...) secondo il quale tale rimedio "è applicabile (...) anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, (...) e, dunque, "la possibilità di ricorrere al meccanismo che l'art. 2932 cod. civ. tipicamente configura per ottenere in forma specifica l'esecuzione dell'obbligo, che il fiduciario si è assunto con la stipulazione del pactum, di ritrasferire al fiduciante - o a un terzo da lui designato - il bene o la posizione di titolarità. (...)"

Mutuo perfezionato anche con parte delle somme versate in un deposito cauzionale infruttifero

Argomento: Del Contratto di mutuo

(Cass. Civ., Sez. I, 9 maggio 2022, n. 14683)

Stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) 2.3. – Come noto, il mutuo è un contratto di natura reale, che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altre cose fungibili). La stessa struttura contrattuale del mutuo implica il passaggio delle somme dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario, in modo da realizzare il trasferimento della relativa proprietà (art. 1814 c.c.), con connessa acquisizione della loro disponibilità, ex art. 832 c.c., da parte del mutuatario, senza la quale non potrebbe nemmeno configurarsi quell'obbligo di restituzione che la parte finale della disposizione dell'art. 1813 c.c. pone in capo al mutuatario.

2.4. – Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, la consegna idonea a perfezionare il contratto reale di mutuo non va intesa nei soli termini di materiale e fisica traditio del danaro (o di altre cose fungibili), risultando a tal fine sufficiente anche il conseguimento della sua disponibilità giuridica da parte del mutuatario.

2.5. – Tale disponibilità giuridica può essere ricavata anche dall'integrazione del relativo contratto con il separato atto di quietanza a saldo, tenuto conto della progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e della loro sostituzione con annotazioni contabili, nonché del fatto che, tanto la normativa antiriciclaggio, quanto le misure normative tese a limitare l'uso di contante nelle transazioni commerciali, hanno accentuato l'utilizzo di strumenti alternativi al trasferimento di danaro (Cass. 17194/2015).

2.6. – Per consolidata giurisprudenza di questa Corte, la traditio rei può essere realizzata anche attraverso l'accredito in conto corrente della somma mutuata, perché in tal modo il mutuante crea, con l'uscita delle somme dal proprio patrimonio, un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, restando irrilevante che le somme siano destinate al ripianamento del saldo negativo del conto stesso (Cass. 37654/2021, 2483/2001). Non rileva invece nel caso di specie l'orientamento per cui, laddove le somme mutate vengono utilizzate dall'istituto di credito solo ed esclusivamente per ripianare una pregressa esposizione debitoria del correntista – con contestuale costituzione in favore della banca di una garanzia reale – si configurerebbe un'operazione meramente contabile in dare ed avere sul conto corrente, non inquadrabile nel mutuo ipotecario (salvo che per la parte eccedente il saldo debitore), bensì in una sorta di pactum de non petendo ad tempus, poiché la posta “in dare” sul conto comporterebbe un'automatica e immediata modifica del saldo ex art. 1852 c.c., precludendo ogni possibile ed eventuale sua utilizzabilità da parte del cliente (Cass. 1517/2021, 7740/2020, 20896/2019).

2.7. – Sul piano probatorio, l'onere della prova dell'erogazione della somma data a mutuo è assolto dall'istituto di credito mutuante mediante la produzione in giudizio dell'atto pubblico notarile di erogazione e quietanza, senza che sia necessario produrre anche gli estratti conto comprovanti l'erogazione delle somme mutate (Cass. 10507/2019, 9389/2016).

2.8. – **Di recente, proprio in tema di insinuazione allo stato passivo, è stato ribadito il principio per cui la banca mutuante, che chieda l'ammissione del proprio credito nel fallimento del mutuatario, assolve l'onere di provare la consegna del denaro mediante la produzione della quietanza di erogazione del mutuo e della contabile che attesta lo svincolo delle somme, riprodotte in un atto notarile** (Cass. 28526/2019, con cui è stata cassata la decisione di merito che aveva ritenuto non provata l'erogazione del mutuo, in mancanza della produzione degli

estratti del conto corrente su cui era stato effettuato l'accredito, nonostante il deposito della suddetta documentazione).

2.9. – Alla luce di quanto precede, va data continuità al principio (...) in base al quale «ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l'uscita del denaro dal patrimonio dell'istituto di credito mutuante, e l'acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell'adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali» (Cass. 25632/2017, con cui è stata cassata la decisione che aveva negato alla banca l'ammissione allo stato passivo fallimentare ritenendo che le somme mutate, in quanto sottoposte a vincolo dall'istituto di credito, non fossero state effettivamente erogate). Ne consegue che il mutuante ha l'onere di provare l'erogazione delle somme al mutuatario, ma non anche l'inesistenza di fatti ostativi alla loro utilizzazione, verificandosi altrimenti una ingiustificata inversione dell'onere della prova. (...)”

Corresponsabile il conducente anche se irrazionale la condotta dell'altro

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2022, n. 14947)
stralcio a cura di Maria Avossa

“(…) ricorso - articolato in sei motivi (...) 2. Il secondo motivo denuncia la violazione degli articoli 115, primo comma, c.p.c., 2054, primo comma, 2043, 2732, 2733 c.c., 228, 116 c.p.c., 141, nn.1, 2, 3 e 4, e 142, nn. 2 e 3, lettera f), CdS, in relazione all'articolo 360, primo comma, n.3 c.p.c. (...) 3. Il terzo motivo verte "sulla violazione" degli articoli 115, primo comma, c.p.c., 2054, 2043, 2732, 2733 c.c., 116 e 228 c.p.c., 141, nn.1 e 3, e 142, nn. 2 e 3, lettera f), CdS, nonché 2054 c.c., in relazione all'articolo 360, primo comma, n.3 c.p.c. In sintesi, questo ampio motivo (...) censura la ricostruzione motivazionale dell'incidente, richiamando vari elementi probatori per evidenziare la "disattenzione" (...) le violazioni delle norme del codice stradale (...).

4. Il quarto motivo denuncia, in riferimento all'articolo 360, primo comma, n.3 c.p.c., violazione degli articoli 143 n.1 CdS, 2054 e 2043 c.c. (...) 5. Il quinto motivo denuncia, in relazione all'articolo 360, primo comma, n. 3 c.p.c., violazione degli articoli 2054, 2043 c.c., 115, 116 c.p.c., 2 Cost. e 1175 c.c., e altresì la nullità della sentenza per mancanza di motivazione in riferimento all'articolo 132, secondo comma, n.4 c.p.c. (...) è agevole constatare che tutti (...) motivi meritano vaglio congiunto, dal momento che denunciano, in sostanza, la violazione principalmente dell'articolo 2054 c.c. oltre che delle invocate norme del Codice della strada (...).

9.2 (...) viene richiamato espressamente l'articolo 2054, secondo comma, c.c. (...). (...)

12. Da quanto sin qui riassunto, dunque, emerge manifestamente la fondatezza dei motivi di ricorso in esame, sotto due profili (...).

12.1 In primo luogo, (...) è stato violato l'articolo 2054, (...) contravvenuto il consolidato insegnamento di questa Suprema Corte in ordine alla interpretazione dell'articolo 2054, secondo comma, c.c., per cui **l'accertamento in concreto della responsabilità di uno dei conducenti non supera di per sé la presunzione di colpa concorrente di cui all'articolo 2054, secondo comma, c.c., rimanendo allo scopo necessario accertare che l'altro conducente si sia pienamente uniformato alle norme sulla circolazione e a quelle di comune prudenza, e abbia comunque fatto il possibile per evitare il sinistro** (ex multis tra gli arresti massimati: Cass. sez. 3, 20 marzo 2020 n. 7479, Cass. sez. 3, 4 novembre 2014 n. 23431, Cass. sez. 3, 16 maggio 2008 n. 12444, Cass. sez. 3, 9 gennaio 2007 n. 195 Cass. sez. 3, 15 gennaio 2003 n. 477, Cass. sez. 3, 5 maggio 2000 n. 5671 e Cass. sez. 3, 18 dicembre 1998 n. 12692). 12.2 In secondo luogo, la motivazione della sentenza - così rendendosi apparente (cfr. S.U. 3 novembre 2016 n. 22232, seguita, tra gli arresti massimati, da Cass. sez. 6-5, ord. 23 maggio 2019 n. 13977 e Cass. sez. L, ord. 14 febbraio 2020 n. 3819) - è affetta da salti logici di inaccettabile contraddittorietà, (...)

13. Quanto rilevato conduce, in conclusione, all'accoglimento dei motivi dal secondo al quinto - disattesi come si è detto il primo e il sesto -- e alla conseguente cassazione della sentenza con rinvio, anche per le spese (...)

Videosorveglianza condominiale senza consenso unanime

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 11 maggio 2022, n.14969)
stralcio a cura di Daniela Evoluzionista

“(…) 1. E’ stato in più occasione chiarito da questa Corte che funzione dell’intercapedine è quella di fare circolare l’aria ed evitare umidità ed infiltrazioni d’acqua a vantaggio di tutto il fabbricato (Cass. n. 7889/2000; n. 4391/2005). In questo senso il Condominio aveva sollevato una contestazione non solo chiara e specifica, ma perfettamente in linea con il principio secondo il quale le spese relative alle opere e ai manufatti deputati a preservare l’edificio condominiale da agenti atmosferici sono assoggettate alla ripartizione in misura proporzionale al valore delle singole proprietà esclusive, ai sensi della prima parte dell’art. 1123 c.c., non rientrando, per contro, fra quelle parti suscettibili di destinazione al servizio dei condomini in misura diversa, ovvero al godimento di alcuni condomini e non di altri, di cui all’art. 1123, secondo e terzo comma, c.c. (Cass. n. 64/2013; n. 10371/2021). 2.(…) Una parte della giurisprudenza di merito sosteneva che la delibera dell’assemblea condominiale che approva l’installazione di un impianto di video sorveglianza relativo a parti comuni, non rientra, in senso assoluto, tra quelle riconducibili all’approvazione dell’assemblea. Altro orientamento faceva salvo il caso in cui la decisione fosse stata assunta all’unanimità dai condomini, perfezionandosi in questo caso un comune consenso idoneo a fondare effetti tipici di un negozio dispositivo dei diritti coinvolti. Una terza impostazione si accontentava della deliberazione a maggioranza e per la prospettata violazione della privacy dei condomini richiamava la giurisprudenza della Corte di cassazione penale secondo cui installare una telecamera sul cortile condominiale non integra gli estremi del reato di cui all’art. 615-bis c.p. Il legislatore della novella, con un articolo dedicato, ossia il **nuovo art. 1122-ter c.c., ha introdotto, nel sistema della disciplina condominiale, la video sorveglianza. La nuova disposizione prescrive che le deliberazioni concernenti l’installazione su parti comuni di impianti volti a consentire la video sorveglianza di essi sono approvate dall’assemblea con la maggioranza di cui all’art. 1136, comma 1, c.c.** La norma, quindi, ha confermato la correttezza della soluzione già anticipata da una parte della precedente giurisprudenza di merito.

2.1. In quanto alle obiezioni sul carattere voluttuario o gravoso dell’innovazione, deve ricordarsi che le innovazioni per le quali è consentito al singolo condomino, ai sensi dell’art. 1121 c.c., di sottrarsi alla spesa relativa, per la quota che gli compete, sono quelle che riguardano impianti suscettibili di utilizzazione separata e che hanno natura voluttuaria, cioè sono prive di utilità, ovvero risultano molto gravose, ossia sono caratterizzate da una notevole onerosità, da intendere in senso oggettivo, dato il testuale riferimento della norma citata alle particolari condizioni e all’importanza dell’edificio. Si precisa che l’onere della prova di tale estrema grava sul condomino interessato, vertendosi in tema di deroga alla disciplina generale della ripartizione delle spese condominiali (Cass. n. 2408/1981). (…)”

L'illecito endofamiliare si configura dal momento della nascita del figlio, producendo a quest'ultimo una lesione ex art. 2059 c.c.

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 12 maggio 2022, n. 15148)
stralcio a cura di Vito Quaglietta

“(…) 3.2. Secondo il consolidato orientamento di questa Corte l'obbligo del genitore naturale di concorrere al mantenimento del figlio nasce proprio al momento della sua nascita, anche se la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza (Cass. civ., sez. I, 22/11/2013, n. 26205, Cass. civ., sez. I, 10/04/2012, n. 5652; Cass. civ., sez. I, 20/12/2011, n. 27653; Cass. civ., sez. I, 3/11/2006, n. 23596), producendo la sentenza dichiarativa della filiazione naturale gli effetti del riconoscimento e comportando per il genitore, ai sensi dell'art. 261 cod. civ., tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ai sensi dell'art. 148 cod. civ. 3.3.(…) Anche nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, per ciò stesso non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, proprio perché il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato, nei confronti di entrambi i genitori, è sorto fin dalla sua nascita.

3.4. (...) **La giurisprudenza di legittimità che, enucleando la nozione di illecito endofamiliare, ritiene che la violazione dei relativi doveri non trovi la sua sanzione, necessariamente e soltanto, nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, ma comporta che la relativa violazione, nell'ipotesi in cui provochi la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo ad un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali, ai sensi dell'art. 2059 c.c. (...)**

3.5. Ai fini della quantificazione del danno patrimoniale e non patrimoniale subito dal figlio per la totale assenza della figura paterna, (...) si è, in particolare, precisato che, al fine di evitare che la relativa decisione si presenti come arbitraria e sottratta ad ogni controllo, è necessario che il giudice indichi, almeno sommariamente e nell'ambito dell'ampio potere discrezionale che gli è proprio, i criteri seguiti per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui ha basato la sua decisione in ordine al quantum (Cass. civ., sez. IV, 31/01/2018, n. 2327), dovendosi ritenere censurabili le liquidazioni basate su criteri «manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza» (Cass. civ., sez. III, 25/05/2017, n. 13153; Cass. civ., sez. II, 22/02/2018, n. 4310). Difatti, (...) «(...) il giudice è chiamato a compiere un ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze che nel caso concreto abbiano potuto avere incidenza positiva o negativa sull'ammontare del pregiudizio e a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito a ciascuna di esse, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento» (Cass. civ., sez. III, 13/09/2018, n. 22272). 3.6. (...) il danno subito dal figlio deve essere liquidato in misura proporzionale «alla maggiore incidenza dell'assenza della figura paterna durante il periodo cruciale degli anni di sviluppo e crescita (...) (0-18 anni) e poi in misura decrescente per il periodo successivo (...), quando ormai la situazione abbandonica può ritenersi, almeno parzialmente, stabilizzata ed ormai, presumibilmente, quasi metabolizzata o in fase di progressiva compensazione» (Cass. civ., del 2013 n. 26205)».

Il negozio concluso da falsus procurator si perfeziona con la ratifica del dominus

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2022, n. 15841)
stralcio a cura di Maria Avossa

“(…) 5. Secondo il costante insegnamento di questa Corte, il negozio concluso dal falsus procurator, o da chi abbia sorpassato i limiti delle facoltà conferitegli dal dominus, integra una fattispecie soggettivamente complessa a formazione successiva, la quale si perfeziona con la ratifica del dominus (cfr. tra tante, Cass. Sez. 3, 26/02/2004 n. 3872; Sez. 1, 14/05/1997, n. 4258 e Sez. 3, 24/06/1993 n. 7005). Inteso come negozio in itinere o in stato di pendenza, ma suscettibile di essere perfezionato in un secondo tempo, mediante la ratifica dello pseudo rappresentato, esso non è nullo e neppure annullabile, dal momento che ciò che è nullo è privo di ogni potenzialità di perfezionamento, mentre il negozio annullabile spiega i suoi effetti sin dall'inizio e li mantiene finché non intervenga l'eventuale pronuncia di annullamento, che valga a rimuovere quegli effetti. **La giurisprudenza di questa Corte (tra le altre, sin da Cass. Sez. 1, 20/06/1973 n. 1826) considera il negozio posto in essere da chi sia privo del potere rappresentativo come negozio perfetto, ma privo di efficacia.** Peraltro, tale inefficacia (temporanea) del contratto, proprio perché non si verte in ipotesi di nullità, **non è rilevabile d'ufficio, ma soltanto su eccezione di parte**, mentre legittimato a sollevare tale eccezione, cioè a dolersi dell'operato di colui che abbia stipulato il contratto come rappresentante senza averne i poteri, è unicamente lo pseudo rappresentato, non anche dell'altro contraente, al quale compete eventualmente solo il risarcimento del danno per avere confidato senza colpa sulla efficacia del contratto. (...)”

Diritto alla detrazione dell'iva in un soggetto qualificabile come soggetto passivo

Argomento: Diritto Tributario

(Cass. Civ., Sez. V, 19 maggio 2022, n. 16091)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) 26. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nozione di «soggetto passivo» va individuata in relazione a quella di «attività economica» (...), come comprendente ogni attività di produzione, di commercializzazione o di prestazione di servizi; tale disposizione precisa, inoltre, che si considera attività di questo tipo, in particolare, «lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi carattere di stabilità» (...)

27. Per quanto riguarda la nozione di «sfruttamento», tale nozione si riferisce a qualsiasi operazione, indipendentemente dalla sua forma giuridica, intesa a ricavare dal bene di cui trattasi introiti aventi carattere di stabilità (...) esulando conseguentemente dalla stessa il mero acquisto e la mera vendita di un bene, dal momento che l'unico reddito risultante da tali operazioni è costituito dall'eventuale profitto all'atto della vendita del bene stesso (...), così come il mero esercizio del diritto di proprietà da parte del suo titolare ovvero la mera detenzione di partecipazioni sociali (...).

28. E' stato, in proposito, affermato che al fine di stabilire se un'attività costituisca un'attività economica (...) il numero e la portata delle vendite non possono costituire un criterio di distinzione tra le attività di un operatore che agisce a titolo privato, che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva, e quelle di un operatore le cui operazioni costituiscono un'attività economica (...).

30. Orbene, questa Corte si interroga sul se la qualità di soggetto passivo e, conseguentemente, il diritto di detrazione dell'i.v.a. di rivalsa assoluta possono essere negati laddove il soggetto esegua operazioni attive rilevanti ai fini dell'i.v.a. in misura ritenuta non coerente - in quanto eccessivamente bassa - rispetto a quanto può ragionevolmente attendersi dagli asset patrimoniali di cui dispone per tre anni consecutivi e senza dimostrare, a giustificazione di tale circostanza, l'esistenza di oggettive situazioni ostative (...).

31. Le disposizioni nazionali, laddove interpretate (...) nel senso che il mancato superamento del test di operatività priva l'ente della qualità di soggetto passivo, in ragione del (presunto) mancato esercizio di un'attività economica, si risolverebbero nell'attribuire rilevanza ad un dato quantitativo, rappresentato dall'incongruo volume delle operazioni imponibili rispetto agli asset proprietari a disposizione.

32. Tuttavia, il mancato superamento del test di operatività non assumerebbe rilevanza quale prova incontrovertibile del difetto della qualità di soggetto passivo dell'ente, ma solo quale fondamento della presunzione legale dell'assenza del presupposto dell'esercizio di un'attività economica che il contribuente può superare (solo) attraverso la dimostrazione dell'esistenza di situazioni oggettive, estranee alla sua volontà, che non gli hanno consentito di realizzare operazioni imponibili per un volume di affari coerente con gli asset a disposizione.

33. Quanto al diritto dei soggetti passivi di detrarre dall'IVA di cui sono debitori l'IVA dovuta o versata a monte per i beni acquistati e i servizi loro prestati, esso costituisce, come noto, un principio fondamentale del sistema comune dell'IVA istituito dalla normativa dell'Unione (...). Tale diritto costituisce parte integrante del meccanismo dell'IVA e, in linea di principio, non può essere soggetto a limitazioni (...).

34. Il regime delle detrazioni è inteso a esonerare interamente il soggetto passivo dall'IVA dovuta o assolta nell'ambito di tutte le sue attività economiche. Il sistema comune dell'IVA garantisce, di conseguenza, la neutralità dell'imposizione fiscale per tutte le attività economiche,

indipendentemente dallo scopo o dai risultati di dette attività, purché queste siano, in linea di principio, di per sé soggette all'IVA (...).

35. Per poter beneficiare del diritto a detrazione, occorre, da un lato, che l'interessato sia un «soggetto passivo», ai sensi della direttiva in parola, e, dall'altro, che i beni o i servizi invocati a fondamento di tale diritto siano utilizzati a valle dal soggetto passivo ai fini delle proprie operazioni soggette a imposta e che, a monte, tali beni siano ceduti o che tali servizi siano forniti da un altro soggetto passivo (...). 36. Il diritto a detrazione è ammesso a beneficio del soggetto passivo anche in mancanza di un nesso diretto e immediato tra una specifica operazione a monte e una o più operazioni a valle che conferiscono un diritto a detrazione, qualora i costi dei servizi in questione facciano parte delle spese generali del soggetto passivo e, in quanto tali, siano elementi costitutivi del prezzo dei beni o dei servizi che esso fornisce; infatti, spese di tal genere presentano un nesso diretto e immediato con il complesso delle attività economiche del soggetto passivo (...). 37. Il principio fondamentale della neutralità dell'IVA esige che la detrazione dell'IVA pagata a monte venga riconosciuta se sono soddisfatti tali requisiti sostanziali, quand'anche taluni requisiti formali - quali gli obblighi di contabilità, fatturazione e dichiarazione - siano stati disattesi dai soggetti passivi (...).

38. E' di per sé irrilevante che il bene interessato non sia stato da subito utilizzato per operazioni imponibili, dovendosi riconoscere il diritto alla detrazione anche per le prime spese di investimento effettuate ai fini dell'esercizio di un'impresa, poiché sarebbe in contrasto con il principio della neutralità dell'i.v.a. ritenere che queste attività inizino solo nel momento in cui comincia ad aversi un reddito imponibile (...).

39. Il diritto a detrazione rimane, in linea di principio, acquisito anche se successivamente, a causa di circostanze estranee alla sua volontà, il soggetto passivo non utilizza detti beni e servizi che hanno dato luogo alla detrazione nell'ambito di operazioni soggette a imposta, essendo sufficiente che il soggetto passivo abbia effettivamente inteso utilizzare i beni e/o i servizi in questione per realizzare le attività economiche per le quali ha esercitato il suo diritto a detrazione (...).

41. Con specifico riferimento all'acquisto di beni o servizi non utilizzati per realizzare le attività economiche per le quali ha esercitato il suo diritto a detrazione, è stato affermato che l'amministrazione tributaria può chiedere al soggetto passivo di dimostrare che la sua intenzione sia confermata da elementi oggettivi e, nelle situazioni fraudolente o abusive in cui quest'ultimo ha finto di voler avviare un'attività economica specifica, ma ha in realtà cercato di far entrare nel suo patrimonio privato beni che possono essere oggetto di una detrazione, può chiedere, con effetto retroattivo, il rimborso delle somme detratte poiché queste detrazioni sono state concesse sulla base di false dichiarazioni (...).

42. Non può, tuttavia, stabilire modalità di prova, come la presunzione dell'esistenza di un abuso o di una frode, il cui effetto sarebbe quello di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto a detrazione dell'IVA da parte dei soggetti passivi (...).

43. Sotto altro aspetto, conformemente al principio di proporzionalità, le misure adottate dagli Stati membri non possono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo e, in particolare, non possono essere utilizzate in modo tale da rimettere sistematicamente in questione il principio della neutralità dell'IVA (...).

44. A questo riguardo, occorre rilevare che, in base a una consolidata giurisprudenza, l'accertamento di una pratica abusiva in materia di IVA richiede la sussistenza di due condizioni, vale a dire, da un lato, che le operazioni di cui trattasi, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della direttiva 2006/112 e della normativa nazionale di recepimento, abbiano come risultato la concessione di un'agevolazione fiscale il cui riconoscimento sarebbe contrario all'obiettivo perseguito da dette disposizioni e, dall'altro, che da un insieme di elementi oggettivi risulti che lo scopo essenziale delle operazioni di cui trattasi si limiti al conseguimento di tale agevolazione fiscale (...). 46. Ciò posto, questa Corte si domanda se una normativa quale quella in esame che nega

il diritto alla detrazione dell'i.v.a. di rivalsa assoluta sugli acquisti, di rimborso della stessa o di utilizzazione della stessa in un successivo periodo di imposta qualora, per tre periodi di imposta consecutivi, non superi il test di operatività sia compatibile con la disciplina dell'Unione europea e, in particolare, con il principio di neutralità dell'imposta, nonché della proporzionalità delle limitazioni di un siffatto diritto. (...)"

Nota a cura di
Antonio Borghetti

Con la presente ordinanza interlocutoria la Suprema Corte rinvia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea l'esame della compatibilità, con il diritto unionale, della predeterminazione[1] normativa volta a stabilire i requisiti minimi di operatività in capo agli operatori per essere considerati "soggetti passivi iva" e non perdere così il diritto alla detrazione dell'iva assoluta sugli acquisti. Le caratteristiche di imposta armonizzata a livello europeo incidono anche sull'interpretazione in quanto il Giudice ultimo del diritto dell'Unione Europea spesso interviene - nell'ambito di procedimenti per infrazione o di rinvio pregiudiziale - al fine di interpretare tali normative ed assicurarne l'applicazione omogenea su tutto il territorio dell'Unione[2]. La controversa disciplina delle "società di comodo", introdotta nell'ordinamento dall'art. 30 della L. 23 dicembre 1994, n. 724 ha vissuto e vive[3] incerte fortune; *il disfavore dell'ordinamento nazionale per tale incoerente impiego del modulo societario - ricavabile, oltre che dalla disciplina fiscale antielusiva, dal più generale divieto, desumibile dall'art. 2248 c.c., di regolare la comunione dei diritti reali con le norme in materia societaria - trova spiegazione nella distonia tra l'interesse che la società di mero godimento è diretta a soddisfare e lo scopo produttivo al quale il contratto di società è preordinato*. Il comma 4 della citata norma prevede, nel secondo periodo, che *qualora per tre periodi di imposta consecutivi la società o l'ente non operativo non effettui operazioni rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto non inferiore all'importo che risulta dalla applicazione delle percentuali di cui al comma 1, l'eccedenza di credito non è ulteriormente riportabile a scomputo dell'IVA a debito relativa ai periodi di imposta successivi*. Il diritto alla detrazione, previsto dagli artt. 19 - 19-ter del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 in recepimento degli artt. 167 - 172 della direttiva 2006/112/CE è elemento cardine - insieme all'obbligo di rivalsa - del meccanismo Iva il cui corretto funzionamento consente il rispetto del generale (e fondamentale[4]) principio di neutralità del tributo per i "soggetti passivi" del medesimo; criticabile, sia concesso, anche la scelta del legislatore in punto di collocazione della disciplina speciale prevista per la detrazione dell'Iva delle società di comodo nell'art. 30 in luogo degli, ritenuti più adeguati, dal punto di vista sistematico, artt. 19 e ss del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Benché riferito ad altri e diversi fini, lo specifico nesso, colto dalla Suprema Corte tra definizione dei "soggetti passivi" e rispetto del precetto di neutralità emerge anche dai considerando nn. 7 e 13 della Direttiva. La Corte nel formulare i motivi di rinvio opera una pregevole ricognizione del *corpus* normativo assumendo che la falcidia prevista dall'art. 30 comma 4 non possa che trovare fondamento nell'art. 9 della direttiva 2006/112/CE che definisce i soggetti passivi del tributo; ivi è scritto che *si considera «soggetto passivo» chiunque esercita, in modo indipendente e in qualsiasi luogo, un'attività economica, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività*. Ecco, quindi, che l'indipendenza dai risultati aziendali muove gli interrogativi della Suprema Corte circa la liceità della normativa domestica in punto di spazio, ritenuto assente, concesso al legislatore italiano nell'individuare in senso restrittivo i soggetti passivi del tributo armonizzato. L'*iter* logico della Corte è condivisibile: per poter inibire il diritto alla detrazione, pilastro fondamentale del meccanismo Iva, occorre che il soggetto non risponda positivamente alla definizione di soggetto passivo del medesimo. Considerato però che la Direttiva non prevede limiti quantitativi minimi (o massimi) per soddisfare tale requisito - ed anzi in più occasioni la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha sancito la detraibilità anche dell'Iva afferente alle

attività preparatorie allo start-up aziendale - l'intervento domestico risulta censurato sotto plurimi profili, *in primis*, quello di ingenerare un disallineamento tra imposizione diretta, ove il contribuente, anche se "di comodo" rimane "soggetto passivo" ed imposizione indiretta (e segnatamente ai fini Iva) ove, al contrario, non superando il cd. test di operatività per più esercizi perderebbe il diritto alla detrazione dell'Iva. La Cassazione è attenta nel rilevare che: *Tuttavia, il mancato superamento del test di operatività non assumerebbe rilevanza quale prova incontrovertibile del difetto della qualità di soggetto passivo dell'ente, ma solo quale fondamento della presunzione legale dell'assenza del presupposto dell'esercizio di un'attività economica che il contribuente può superare (solo) attraverso la dimostrazione dell'esistenza di situazioni oggettive, estranee alla sua volontà, che non gli hanno consentito di realizzare operazioni imponibili per un volume di affari coerente con gli asset a disposizione.* Ciò in quanto al contribuente è concessa - ex art. 30 comma 4-bis della L. 23 dicembre 1994, n. 724 - la facoltà di richiedere ed ottenere la disapplicazione della disciplina delle società di comodo e dei suoi conseguenti effetti ai fini delle imposte dirette ed indirette *in presenza di oggettive situazioni che hanno reso impossibile il conseguimento dei ricavi, degli incrementi di rimanenze e dei proventi nonché del reddito (...) ovvero non hanno consentito di effettuare le operazioni rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto di cui al comma 4 (...).* Trattasi quindi di predeterminazione normativa relativa e non assoluta, che ammette quindi (documentata) prova contraria da rappresentare nella forma dell'interpello ex art. 11, comma 1, lettera b) della legge 27 luglio 2000, n. 212. Questo tentativo di bilanciamento, introdotto successivamente alla novella del 1994, appare tuttavia un rimedio parziale^[5] posta la limitazione alla tipologia di fonti di prova ed anche al riferimento all'oggetto della prova, non definito. Tale possibilità è però dirimente nel chiarire che il parametro forfettario individuato dal legislatore per l'individuazione dei requisiti di vitalità dell'impresa non è insindacabile ed insuperabile: è un parametro, un filtro, un meccanismo di selezione per agevolare l'azione amministrativa ed orientare i comportamenti dei contribuenti. Va da sé quindi che se queste sono le caratteristiche della norma, questa non potrà ragionevolmente porsi l'obiettivo di falcidiare l'essenziale diritto di detrazione per come impostato dalla direttiva UE.

La Corte, nelle questioni pregiudiziali, altresì non tralascia un aspetto pregnante: il *principio della certezza del diritto, (...) il cui corollario è il principio della tutela del legittimo affidamento.* Infatti, *avuto riguardo alla situazione di incertezza in cui si viene a trovare il soggetto passivo al momento dell'effettuazione di un'operazione imponibile, in relazione alla idoneità della stessa a determinare l'insorgenza del diritto alla detrazione o al rimborso della relativa Iva non può non evidenziarsi come questo diritto venga sottoposto alla duplice condizione (1) del raggiungimento di predeterminati livelli di ricavi (2) nei tre esercizi successivi consecutivi.*

Ancora, la Corte richiama l'attenzione sul generale principio unionale della proporzionalità ex art. 5 del trattato UE: *sotto altro aspetto, conformemente al principio di proporzionalità, le misure adottate dagli Stati membri non possono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo e, in particolare, non possono essere utilizzate in modo tale da rimettere sistematicamente in questione il principio della neutralità dell'IVA. Nondimeno, la lotta contro frodi, evasione fiscale ed eventuali abusi costituisce un obiettivo riconosciuto e incoraggiato dalla direttiva IVA (...); Sotto altro aspetto, conformemente al principio di proporzionalità, le misure adottate dagli Stati membri non possono eccedere quanto necessario per raggiungere tale obiettivo e, in particolare, non possono essere utilizzate in modo tale da rimettere sistematicamente in questione il principio della neutralità dell'IVA.*

La Suprema corte, in esito alla pregevole e motivata ordinanza, in chiusura sottopone alla Corte di Giustizia UE tre questioni pregiudiziali: (1) la verifica del rispetto, ad opera del comma 4 dell'art. 30 della norma sulle società di comodo dell'art. 9 della Direttiva Iva (2) (in caso di esito negativo al primo quesito) il rispetto del principio di neutralità e del parametro di proporzionalità di tale normativa (3) (in caso di esito negativo al secondo quesito) il rispetto dei principi di certezza del diritto e tutela dell'affidamento.

^[1] TOSI L., *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Giuffrè editore, 1999 Milano, p. 354 e ss.

^[2] PISTONE P., *Diritto tributario internazionale*, 2021, II edizione, Giappichelli, Torino, p. 162.

^[3] Vedasi le recenti CGUE C-433/21 e C-434/21.

- [4] DÉ CAPITANI DI VIMERCATE P., *Diritto tributario internazionale*, (coautori Uckmar V., Corasaniti G., De' Capitani di Vimercate P., Corrado Oliva C.), II edizione, 2012, Cedam, Padova, p. 158.
- [5] TOSI, *op. cit.*, p. 365.

L'azione di rivendica è proponibile solo nei confronti di chi possiede il bene o è proprietario

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 19 maggio 2022, n. 16271)
stralcio a cura di Maria Avossa

“2.1 (...) l'azione con cui, a qualsiasi titolo, si rivendica una proprietà (nella specie, a titolo di usucapione), deve essere proposta unicamente nei confronti di chi possiede il bene o ne è proprietario all'atto della domanda, e non anche dei precedenti danti causa, che non hanno veste di litisconsorti necessari (Sez. 6- 2, Ord. n. 24260 del 2018). (...) richiama (...) pronuncia delle Sezioni Unite n. 1238 del 2015 (...). In tale occasione, infatti si è affermato il seguente principio di diritto: «Il litisconsorte necessario pretermesso (come anche il terzo titolare di diritto autonomo e incompatibile, il falsamente rappresentato e il titolare di "status" incompatibile con quello accertato tra altre parti), che ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ. è ammesso all'opposizione ordinaria avverso la sentenza resa in un giudizio "inter alios", può anche proporre una azione di accertamento autonoma della sua posizione, ma, sino al passaggio in giudicato della sentenza che riconosca la situazione come da lui dedotta, gli è preclusa ogni tutela, anche cautelare, avverso l'efficacia esecutiva o gli effetti esecutivi o accertativi derivanti dalla sentenza "inter alios" non opposta». (...) Secondo la citata pronuncia, pertanto, al terzo legittimato all'opposizione ordinaria ai sensi dell'art. 404, primo comma, cod. proc. civ., è preclusa solo l'opposizione all'esecuzione promossa sulla base di un titolo giudiziale formatosi inter alios. In conclusione, quanto alla domanda di rivendica (...) deve ribadirsi che: Il terzo estraneo ad un giudizio reso "inter alios", può chiedere, con azione diretta in separato giudizio, l'accertamento dei propri autonomi diritti, cioè statuizioni nuove e di contenuto diverso rispetto a quelle della sentenza resa tra le altre parti e contro la quale avrebbe potuto proporre opposizione (Sez. 2, Sent. n. 30941 del 2017). (...), le Sezioni Unite di questa Corte hanno ritenuto che: nella controversia avente ad oggetto la rivendicazione di un bene, deve riconoscersi la legittimazione ad intervenire in grado d'appello in favore del terzo che assuma di essere proprietario o possessore esclusivo del bene medesimo, dato che l'art. 344 cod. proc. civ., nel consentire tale intervento a chi potrebbe proporre opposizione ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ., include il caso del terzo, il cui diritto, pure se azionabile in separato giudizio, potrebbe subire indiretto pregiudizio dalla sentenza che venga fra altri pronunciata (Sez. U, Sent. n. 5808 del 1985). (...)”

Nel conflitto tra gli atti traslativi della proprietà dei medesimi cespiti prevale l'atto trascritto per primo

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 20 maggio 2022, n. 16356)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) In primis si evidenzia che, ove ne ricorrano le condizioni, le ragioni petitorie fatte valere dal convenuto possono avere una portata meramente inibitoria della tutela possessoria invocata dall'attore, e non già giustificare la prevalenza funzionale e sincronica, sulle lamentate lesioni della signoria di fatto sulla res, dell'autonoma difesa petitoria articolata in un separato giudizio, con la conseguente denegata, potenziale idoneità della decisione petitoria ad assumere efficacia di giudicato in pendenza del giudizio possessorio. Ad avviso della giurisprudenza di legittimità più recente, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 25 del 3 febbraio 1992 - che ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 705 c.p.c., nella parte in cui subordina la proposizione del giudizio petitorio alla definizione della controversia possessoria e alla esecuzione della relativa decisione anche quando da tale esecuzione possa derivare al convenuto pregiudizio irreparabile -, il convenuto in giudizio possessorio può opporre le sue ragioni petitorie quando dalla esecuzione della decisione sulla domanda possessoria potrebbe derivargli un danno irreparabile, purchè l'eccezione sia finalizzata solo al rigetto della domanda possessoria (e non anche ad una pronuncia sul diritto con efficacia di giudicato) e non implichi, quindi, una deroga delle ordinarie regole sulla competenza (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 16000 del 18/06/2018; Sez. 2, Ordinanza n. 6236 del 14/03/2018; Sez. 2, Sentenza n. 10862 del 30/10/1998; Sez. 2, Sentenza n. 12579 del 06/12/1995; Sez. 2, Sentenza n. 3825 del 22/04/1994). (...) Riconoscere, in presenza di un pregiudizio irreparabile, la separata tutelabilità delle pretese petitorie ha, infatti, conseguenze ben più invasive del mero riconoscimento della facoltà di far valere tale pregiudizio esclusivamente in chiave inibitoria all'interno del giudizio sul possesso. Senonchè l'odierno ricorrente ha fatto valere le proprie ragioni petitorie non già nel giudizio possessorio, ma intraprendendo un'autonoma azione di regolamento di confini a giudizio possessorio in corso. In secondo luogo - e ciò varrebbe quand'anche si aderisse all'orientamento minoritario e più risalente secondo cui il danno irreparabile al diritto dominicale del preteso spoliante infrange "soltanto" il divieto, per il convenuto in possessorio, di agire separatamente in petitorio finchè il primo giudizio non sia finito o la decisione non sia stata eseguita (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1795 del 29/01/2007; Sez. 2, Sentenza n. 9285 del 20/04/2006; Sez. 2, Sentenza n. 15753 del 13/08/2004) -, non risulta affatto che in entrambi i giudizi di merito la C. abbia prospettato che dall'attuazione della tutela possessoria sarebbe derivato un pregiudizio irreparabile alle sue ragioni petitorie, proprio alla stregua dell'esposta, limitata lunghezza del muro, a fronte della più ampia estensione del confine. E segnatamente non è per nulla dedotto che l'invocato ripristino del muro abbattuto, per una lunghezza di ml. 10, avrebbe leso in modo irreparabile il diritto di proprietà vantato dalla C. sul suo fondo. Nè a tale nocumento insanabile è equiparabile l'asserita inscindibilità tra l'oggetto della domanda possessoria e l'oggetto della domanda petitoria, stante che il presupposto della deroga, nei ristretti termini anzidetti, al principio della priorità della tutela del possesso sulla tutela della proprietà attiene ad un requisito di natura sostanziale e non ad una condizione processuale di correlazione tra i beni della vita sottesi alle due azioni intraprese. 2.1.4.- Anche la doglianza con cui si deduce l'integrazione di un vizio di ultrapetizione è priva di fondamento. (...) **In conseguenza, non viola il principio della corrispondenza tra il chiesto e**

il pronunciato il giudice che, nell'esercizio del potere di interpretazione della domanda, senza mutare gli elementi obiettivi fissati dall'attore, dispone la cessazione della turbativa anziché la reintegrazione nel possesso, dato che la mera turbativa costituisce un minus rispetto allo spoglio e nella domanda di reintegrazione nel possesso è ricompresa o implicita quella di manutenzione dello stesso (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 6246 del 04/03/2019; Sez. 2, Sentenza n. 20459 del 11/10/2016; Sez. 2, Sentenza n. 19586 del 30/09/2016; Sez. 2, Sentenza n. 10624 del 23/05/2016; Sez. 2, Sentenza n. 23718 del 11/11/2011). Al contempo, l'estensione dell'ordine giudiziale di astensione dall'attuazione di turbative, oltre che alla ricostruzione del muro demolito, anche alla garanzia del pieno potere sull'annesso fondo, ai fini di non renderne disagiata o scomoda la disponibilità, non importa una petizione ultronea rispetto all'oggetto della pretesa, attenendo comunque la declaratoria adottata all'esigenza di non consentire aggravamenti futuri analoghi a quelli denunciati (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1800 del 16/03/1984; Sez. 2, Sentenza n. 3811 del 12/11/1975; Sez. 2, Sentenza n. 38 del 08/01/1969).

(...) 6.- Con il quinto motivo la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione degli artt. 2643 e 2644 c.c., per non avere la Corte territoriale attribuito rilevanza dirimente alla trascrizione degli atti di acquisto della proprietà immobiliare, ai fini di stabilirne la priorità e quindi la validità. (...) In questa prospettiva, l'atto di permuta del 1916, non trascritto e non eseguito, sarebbe stato inopponibile, oltre che inefficace e invalido, ai fini di stabilire un'azione ricognitiva in seno all'azione di regolamento di confini, dovendo invece farsi riferimento al titolo più risalente del 1913 oppure al titolo del 1928 per la C. e al titolo del 1952 per l'Arcidiocesi, entrambi trascritti e opponibili. (...) 6.2.- La critica è fondata. (...) la successione degli acquisti sino all'Arcidiocesi di (OMISSIS) ha seguito il seguente percorso: con atto del 1913 l'impresa P.- Gr. acquistava da F.R. e M.M.G., con atto del 1927 B.P. acquistava dalla società in liquidazione P.- Ma., con ulteriore atto del 1928 B.P. acquistava altra parte di terreno di F.R., con aggiudicazione d'asta del 1935 i beni di B.P. passavano a Fl.Al., con atto del 1952 Ca.Ga. acquistava da Fl.Al., infine Ca.Ga. lasciava con testamento i beni alla *Omissis* di *Omissis*. Tale doppia serie di acquisti derivativi di terreni limitrofi, originariamente appartenenti ad un comune dante causa, ha trascurato le risultanze dell'atto intermedio di permuta del 1916, non trascritto, attraverso cui avveniva uno scambio delle proprietà di terreni tra l'impresa P.- Gr. e i coniugi F.- M.

6.5.- Pertanto, muovendo dai passaggi di proprietà relativi ai titoli primari delle due sequenze o catene di atti derivativi, si ricava che tutti gli acquisti hanno avuto inizio dal medesimo autore F.- M.. Tanto legittima l'operatività del principio di priorità della trascrizione ex art. 2644 c.c., unitamente al principio di continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c. (...) Pertanto, nell'ipotesi in cui, a fronte di un primo acquisto non trascritto (o trascritto tardivamente), segua l'acquisto del medesimo bene da parte di un terzo dallo stesso autore, con tempestiva trascrizione del suo titolo di acquisto, i successivi trasferimenti del bene derivati dall'acquisto trascritto anteriormente, a loro volta debitamente trascritti, prevalgono sull'acquisto non trascritto (o trascritto posteriormente) e sugli ulteriori acquisti degli eventuali aventi causa di tale ultimo acquirente, in base ai principi di risoluzione dei conflitti degli acquisti immobiliari tra più aventi causa dallo stesso dante causa e di continuità delle trascrizioni (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2516 del 10/08/1962). Ne consegue che l'atto di permuta non trascritto e non eseguito è inopponibile alle parti e non è utilizzabile ai fini della regolamentazione dei confini, dovendo, invece, attribuirsi rilevanza, nell'accertamento del confine tra due fondi limitrofi costituenti lotti separati di un appezzamento originariamente unico, ai tipi di frazionamento allegati ai singoli atti di acquisto - ovvero, nel caso di specie, al decreto di aggiudicazione del 14 ottobre 1958 e all'atto di compravendita del 22 marzo 1952 - e, nel caso in cui i dati sul confine siano discordanti e gli acquisti siano stati effettuati in tempi diversi, al confine indicato nel tipo di frazionamento allegato al titolo di acquisto formatosi e trascritto in epoca più risalente - ossia all'atto di compravendita del 3 ottobre 1928 e agli atti di compravendita del 22 luglio 1913

e del 12 giugno 1928 - (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 12322 del 23/06/2020; Sez. 2, Sentenza n. 17756 del 08/09/2015; Sez. 2, Sentenza n. 512 del 13/01/2006). (...)”

Il professionista non può esperire azione di indebito arricchimento contro l'ente pubblico se il rapporto obbligatorio nasce direttamente con il funzionario

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 24 maggio 2022, n. 16756)
stralcio a cura di Maria Avossa

“(…) In tema di assunzione di impegni e di effettuazione di spese da parte degli enti locali, l'art. 23, terzo comma, del D.L. 3 marzo 1989, n. 66 (convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 aprile 1989, n. 144), dispone che qualsiasi spesa degli enti comunali deve essere assistita da un conforme provvedimento dell'organo munito di potere deliberativo e da uno specifico impegno contabile registrato nel competente bilancio di previsione, costituendosi, in mancanza, il rapporto obbligatorio direttamente con il funzionario, onde il professionista non può esperire nei confronti dell'ente pubblico l'azione di indebito arricchimento (art. 2041 c.c.), perché tale azione difetta del necessario requisito della sussidiarietà (art. 2042 c.c.)” (Cass. Sez. I, Sentenza n. 24478 del 30/10/2013, Rv. 628196; conf. Cass. Sez. I, Sentenza n. 12880 del 26/05/2010, Rv. 613213; nonché Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 1391 del 23/01/2014, Rv. 629726, secondo la quale è, al massimo, il funzionario che, dopo aver pagato, può esperire la domanda ex art. 2041 c.c. nei confronti del Comune che abbia profittato della sua opera, ovviamente nei soli limiti dell'arricchimento dell'ente locale). (…)
Il requisito della sussidiarietà, infatti “(…) è escluso quando esista altra azione esperibile non solo contro l'arricchito, ma anche verso persona diversa” (Cass. Sez. I, Sentenza n. 18567 del 21/09/2015, Rv. 636705).

(…) ai fini della configurazione della responsabilità del funzionario che ha eseguito l'ordine di lavori fuori bilancio non occorre che costui assuma “(…) un ruolo di iniziativa o di determinante intervento (…), essendo sufficiente che quegli ometta di manifestare il proprio dissenso e presti invece la sua opera come in presenza di una valida ed impegnativa obbligazione dell'ente locale” (Cass. Sez. II, Sentenza n. 21340 del 09/10/2014, Rv. 632675). Basta, dunque, anche un comportamento meramente passivo, come è avvenuto nel caso di specie, posto che il funzionario non ha, pacificamente, regolarizzato l'ordinativo entro l'esercizio (…)
L'unica ipotesi in cui si può ipotizzare la responsabilità dell'ente locale, in relazione ai cd. debito fuori bilancio, si configura quando l'ente riconosca "a posteriori" il debito fuori bilancio, ai sensi dell'art. 194 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (…).”

Secondo il criterio del “più probabile che non”, è necessaria una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 1 giugno 2022, n. 17918)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) 4.1. – Giova premettere, alla luce dell’orientamento consolidato di questa Corte (Cass. n. 4439/2014; Cass. n. 13096/2017; Cass. n. 9985/2019), che la denuncia di violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ai sensi dell’art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., quanto all’accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra fatto illecito ed evento, deve riguardare un preteso errore del giudice del merito nell’individuare la disciplina giuridica in base alla quale tale accertamento deve essere effettuato, mentre l’eventuale errore nell’individuazione delle conseguenze che sono derivate dall’illecito, alla luce della disciplina giuridica applicata, costituisce una valutazione di fatto, come tale denunciabile nei limiti del vizio di cui al vigente art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., ossia di omesso esame di fatto, storico, decisivo e discusso tra le parti. Quanto, poi, ai principi giuridici implicati in tale accertamento - là dove riguardi, in particolare (per quanto interessa in questa sede), il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento -, essi rinvergono la propria disciplina, seppure non esaustiva, nelle norme di cui agli artt. 40, 41 c.p. e 1227 c.c., dovendo il giudice, per farne corretta applicazione (secondo quanto evidenziato dalla giurisprudenza di questa Corte: tra le molte, oltre alle decisioni già richiamate, cfr. Cass. n. 26997/2005, Cass. n. 21619/2007, Cass., S.U., n. 576/2008, Cass. n. 15895/2009, Cass. n. 8885/2010, Cass. n. 15991/2011, Cass. n. 3390/2015, Cass. n. 13096/2017, Cass. n. 18753/2017, Cass. n. 21530/2021, Cass. n. 3285/2022), individuare, tra le possibili concause, gli antecedenti in concreto rilevanti per la verifica del danno e ciò tramite un criterio selettivo che giunga ad identificare la c.d. “causa prossima di rilievo” quale causa di per sé sufficiente a produrre l’evento, secondo quanto dispone l’art. 41, secondo comma, c.p. A tal fine, per determinare una causalità giuridicamente rilevante, occorre selezionare, tra le varie condizioni che possono concorrere nella causazione dell’evento dannoso, soltanto quelle che non appaiano del tutto inverosimili. In tal senso, il principio di equivalenza delle cause (c.d. teoria condizionalistica: art. 41, primo comma, c.p.) trova un duplice temperamento. Il primo, fornito dalla teoria della c.d. regolarità o adeguatezza causale, per cui la responsabilità è esclusa per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili al momento della condotta; il secondo, dato dalla teoria della c.d. causalità efficiente, per cui il *novus actus superveniens* (la nuova serie causale) è tale da sterilizzare il principio dell’equivalenza delle cause se la condotta sopravvenuta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto, così da potersi ascrivere l’evento soltanto a quest’ultimo agente. Un siffatto accertamento deve compiersi, in ambito di responsabilità civile, sulla scorta del criterio (o regola di funzione o, altrimenti detta, regola probatoria) 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 inconfidente, 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). Alla luce, dunque, del criterio del “più probabile che non”, diventa necessaria una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, della singola vicenda di danno, della singola

condotta causalmente efficiente alla produzione dell'evento, tutte a loro volta permeate di una non ripetibile unicità. L'ineludibile esigenza di ancorare l'accertamento del nesso causale alla concretezza della vicenda storica comporta una traslazione della disciplina sostanziale in quella processuale, tale che la valorizzazione del caso concreto non risulti svalutazione della legge scientifica, soprattutto nella sua declinazione di legge statistica, per dar corpo ad "ideali aneliti riparatori *tout court*" (così la citata Cass. n. 15991/2011), ma impone di calare il giudizio sull'accertamento del nesso causale all'interno del processo, così da verificare, secondo il prudente apprezzamento rimesso al giudice del merito (art. 116 c.p.c.), la complessiva evidenza probatoria del caso concreto e addivenire, all'esito di tale giudizio comparativo, alla più corretta delle soluzioni possibili. Di qui, la vitalità del criterio della c.d. evidenza del probabile nell'ambito del singolo processo e della singolare vicenda processuale, che, dunque, non si risolve nella preponderanza dell'evidenza legata al criterio del "50% + 1" (tipico della cultura giuridica anglosassone), ma potrà giungere all'affermazione di sussistenza del nesso di causalità materiale anche in situazioni di probabilità minori (senza per ciò dar luogo ad ipotesi di "perdita di *chance*"), tenuto conto delle acquisizioni probatorie, sia in positivo, che in negativo, ossia come assenza di fattori alternativi plausibili. (...)"

La cessione di un credito inesistente e l'ambito di applicazione dell'art. 2166 c.c.

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. III, 3 giugno 2022, n. 17985)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) 7. Il dato normativo da cui prendere le mosse è costituito dall'art. 1266 cod.civ., il quale, occupandosi della garanzia della esistenza del credito al tempo della cessione, disciplina i casi in cui il credito, in tale momento, non esista o in quanto mai sorto (avvenga ciò per invalidità o inefficacia del negozio che ne costituisce titolo), oppure in quanto già estinto, e ne fa derivare la responsabilità del cedente, a carico del quale pone il rischio del mancato effetto traslativo della cessione per inesistenza del credito. Questa Corte ha già avuto occasione di affermare che il rischio del mancato effetto traslativo per inesistenza del credito, perché mai sorto o perché, come in questo caso, già estinto, è a carico del cedente, ai sensi dell'art. 1266 cod.civ. (...) (...) in dottrina, si contendono il campo due orientamenti: il primo è quello che reputa che il contratto di cessione di un credito inesistente al tempo della cessione difetti di oggetto e sia pertanto nullo e fuori dall'ambito di applicazione della garanzia ex art. 1266 comma 1, cod.civ.; specularmente, il secondo orientamento ritiene valida la cessione di un credito inesistente e che, proprio ad essa, si applichi l'art. 1266 comma 1°, cod.civ. (...) (...) secondo alcune pronunce (...) di questa Corte, alla cessione di credito futuro va ricondotta anche quella di credito semplicemente sperato ovvero eventuale, ed essa è valida, ma l'effetto reale si realizza solo quando il credito viene ad esistenza (cfr. Cass. 22 novembre 1993, n. 11516; 11 maggio 1990, n. 4040); ed il cedente pro soluto deve garantire non solo che il credito è sorto, ma anche che non si è ancora estinto al tempo della cessione. (...) l'art. 1266 cod.civ. finisce - per derogare all'art. 1325 c.c., n. 3, art. 1346 cod.civ. e art. 1418 cod.civ., comma 2, inserendosi invece nell'ambito delle disposizioni di cui agli artt. 1348 e 1472 cod.civ.: mentre, secondo il principio comune dettato dai primi, la cessione di credito inesistente sarebbe nulla per mancanza di oggetto, una deroga al riguardo emerge dalle disposizioni in tema di contratto e di vendita ad oggetto futuro nonché dall'art. 1266 cod.civ., il quale, ponendo a carico del cedente una mera obbligazione di "garanzia", costituisce particolare eccezione alla regola secondo cui l'inesistenza dell'oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto ne determina la nullità (...). Ne deriva, ad ogni modo (...) che la cessione di un credito inesistente è, come si è anticipato, valida e che l'art. 1266, comma 1°, cod.civ. si riferisce proprio a tale ipotesi. **Infatti, nella cessione di credito, l'obbligazione di garanzia del cedente ex art. 1266 cod.civ. costituisce un'obbligazione accessoria che ha la funzione di assicurare comunque il ristoro del cessionario nei casi in cui l'effetto traslativo della cessione manchi, in tutto od in parte, a causa dell'inesistenza, completa o parziale, del credito o per altro impedimento equipollente (...).**

8. (...), deve mettersi in evidenza che la previsione di cui all'art. 1266 comma 10 cod.civ. non è un inutile doppione dell'art. 1229 cod.civ. Al contrario, essa ha una sua specifica area di applicazione, la cui estensione non può che essere individuata riempiendo di contenuto "il fatto proprio del cedente", al quale allude il secondo inciso del primo comma dello stesso art. 1266, là dove prevede che la garanzia ex lege di esistenza del credito ceduto può essere convenzionalmente esclusa, a meno che la inesistenza non dipenda da fatto proprio del cedente.(...) In particolare, (...) le due disposizioni hanno un ambito di applicazione distinto. **L'art. 1229 cod.civ. regola il comportamento del debitore rispetto ad un'obbligazione già sorta, colpendo con la sanzione della nullità le pattuizioni che escludono o limitano preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave;** dolo e colpa grave sono le valutazioni circa il comportamento del

debitore successivo alla nascita dell'obbligazione. Nei contratti ad effetti reali, invece - quindi, anche nella cessione del credito - non prospettandosi l'esigibilità di un comportamento del venditore e/o del cedente successivo alla vendita e/o alla cessione, non è possibile prospettare che il venditore e/o il cedente siano in dolo e tantomeno in colpa grave. (...) In altri termini, al dolo ed alla colpa grave che costituiscono un limite alla esclusione della responsabilità del debitore, nei contratti ad effetti reali fa da pendant il fatto proprio del tradens. (...) la quaestio iuris, peraltro, assai dibattuta in dottrina, è cosa debba intendersi per "fatto proprio". Sulla nozione incide l'idea che si abbia in ordine alla garanzia, giacché solo se la garanzia coincidesse con l'adempimento si dovrebbe ritenere che il fatto proprio del tradens costituisca non già la tipizzazione legale della valutazione del comportamento del trasferente, ma un equivalente del comportamento doloso o gravemente colposo dell'obbligato. Così non è, secondo la giurisprudenza di questa Corte, (...) perché la legge o il contratto pongono direttamente in capo ad un dato soggetto il rischio connesso al verificarsi di un dato risultato. In ragione di tale ordine di rilievi la giurisprudenza di questa Corte viene ad escludere che, per ravvisare la sussistenza dell'inadempimento di obblighi di questa specie, occorra un riscontro di colpevolezza del soggetto tenuto (...). (...) Nel sistema dell'art. 1266 cod.civ. l'interprete si trova dunque di fonte alla necessità di interpretare la nozione di fatto proprio, la quale non evoca in alcun modo l'art. 1229 cod.civ., con la conseguenza che, se anche nella pattuizione dell'esclusione della garanzia il cedente sia consapevole o debba essere consapevole secondo la nozione di colpa grave che il credito è inesistente, tanto non basta ad escludere l'operatività dell'esclusione della garanzia nonostante sia stata pattuita, occorrendo invece che oggettivamente ricorra solo l'estremo della determinazione dell'estinzione per un "fatto proprio". Sicché, il cedente può anche essere più che convinto che il credito non esista, ma ciò non è sufficiente ad escludere l'efficacia della clausola di esclusione della garanzia.

9.(...) Il fatto proprio, secondo la dottrina prevalente, (...) non implica la ricorrenza di un comportamento colpevole del cedente, ma la mera oggettiva riferibilità del fatto che determina l'inesistenza del credito alla sfera di controllo del cedente. In altri termini, se il cedente conosceva l'inesistenza del credito ceduto egli è in dolo, ma non ricorre il fatto proprio; se egli ignorava l'inesistenza del credito, ma avrebbe potuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza, lo si ritiene in colpa, ma non si imputa l'inesistenza del credito al fatto proprio del cedente. L'interprete dell'art. 1266, primo comma, secondo inciso, cod.civ. è certamente portato (...) a domandarsi che cosa il legislatore abbia inteso e, dunque, si debba intendere per "fatto proprio" determinante l'estinzione del credito prima o al momento della cessione. Si allude - la lettera della legge lo rivela - ad una estinzione del credito che deve derivare, dev'essere cagionata dal "fatto del cedente". Possono farsi degli esempi per riempire di contenuto concreto "il fatto proprio del cedente": il cedente all'atto della cessione ha già rimesso il debito; il cedente ha contribuito con un suo comportamento in modo decisivo all'estinzione: si pensi alla ricezione del pagamento, ma si pensi pure ad un accordo convenzionale con il debitore da cui origina l'estinzione (...). Ebbene, seguendo la logica indicata dell'imputabilità dell'estinzione ad un comportamento del cedente in via decisiva, parrebbe doversi ritenere che i crediti per cui al momento della cessione era avvenuta la riscossione, ancorché eventualmente tramite l'esattore, risultavano estinti per fatto proprio del creditore cedente, dato l'avvalimento da parte sua dell'esattore. Parimenti estinti per fatto del creditore cedente si dovevano ritenere i crediti venuti meno per effetto di transazione, atteso che il comportamento di stipula della stessa risultava secondo la logica negoziale determinante dell'effetto estintivo e dunque decisivo. Non altrettanto è a dirsi per i crediti oggetto di annullamento di cartelle esattoriali seguito da rateizzazione: il credito in questi casi è rimasto ed ha subito solo una modifica dei termini di esigibilità. Altrettanto dicasi per i crediti che risultavano inesistenti a causa di sentenze passate in cosa giudicata: ancorché alla formazione del giudicato si sia pervenuti tramite lo svolgimento o il mancato svolgimento della difesa in giudizio, in questo caso l'estinzione è prodotta dalla sentenza e non dal fatto della difesa o non difesa. Si può rilevare che nelle ipotesi appena indicate, in cui l'estinzione segue all'esito di

vicende giudiziarie, il fatto proprio non ricorre e si resta nell'ambito della genuina funzione di garanzia supposta dall'art. 1266 cod.civ., risultando tendenzialmente irrilevante e non valutabile la condotta processuale del cedente o di chi per lui nel processo. (...)”

Efficacia del contratto di locazione unicamente tra il conduttore e il locatore a non domino

Argomento: Del Contratto Di Locazione

(Cass. Civ., Sez. III, 7 giugno 2022, n. 18322)
stralcio a cura di Vito Quaglietta

“(…) 4. (...) l'indisponibilità (sia giuridica che di fatto) dell'immobile da parte del locatore costituisce un caso di difetto di legittimazione a stipulare, dal quale consegue non l'invalidità ma l'inefficacia del contratto, la quale opera soltanto nei confronti del legittimato effettivo e non impedisce l'attuazione del rapporto obbligatorio (Cass. civ., Sez. III, 19 novembre 2013, n. 25911; Cass. civ., Sez. VI 05 giugno 2019, n. 15292). 4.1. (...) Ove il locatore di cosa altrui non sia in grado di garantire al conduttore il pacifico godimento della cosa, egli si rende inadempiente alle obbligazioni assunte con la stipula del contratto, ed in particolare a quelle di cui all'art. 1575 cod. civ., ciò che però rileva nei rapporti interni tra le parti del contratto e sul piano (del tutto estraneo all'odierno tema di lite) funzionale del contratto (quale presupposto, nel concorso delle altre condizioni, di una domanda di risoluzione del contratto per inadempimento) non già della sua validità. Unica eccezione a tale principio è rappresentata dall'ipotesi in cui la detenzione da parte del locatore sia stata acquisita *vi aut clam*, o comunque in violazione di norme di ordine pubblico (come nel caso dell'usurpatore): ma in tali casi l'invalidità del contratto deriverebbe dall'illiceità del suo oggetto, non certo dal difetto di legittimazione del locatore. Il possesso da parte del locatore di un titolo giuridico per disporre del bene è necessario «solo per negare la possibilità di opporre, al terzo proprietario, il contratto locativo stipulato dal detentore senza titolo, non anche per riconoscere l'inefficacia del contratto nel rapporto interno tra il locatore che abbia ceduto in locazione il bene senza titolo detenuto ed il conduttore che, in forza del contratto, abbia di fatto utilizzato l'immobile locato» (Cass. Civ. Sez. III 11 aprile 2006, n. 8411). Il difetto, dunque, del potere dispositivo in capo al locatore non è di per sé sufficiente per ritenere il contratto stipulato *a non domino* non vincolante per le parti del contratto medesimo. **Nel rapporto tra il locatore ed il conduttore, pertanto, il contratto stipulato dal detentore di fatto è valido e vincolante, salva l'ipotesi estrema già ricordata (nella specie non ricorrente, non essendo al riguardo accertato né dedotto alcunché) in cui la detenzione sia stata acquistata illecitamente.**

4.2. tutto ciò premesso (...) l'accertata insussistenza di un possesso utile ad usucapire in capo ad Tizio non varrebbe comunque di per sé ad escludere la validità del contratto di locazione tra lo stesso e Sempronio e il conseguente diritto del primo (...) a riscuotere i canoni; b) l'insussistenza di un diritto autonomo di godimento opponibile dal locatore alle proprietarie non legittima certo queste ultime a pretendere *ex se* i canoni pattuiti con il conduttore ma solo ad ottenere il rilascio dell'immobile, senza che a tale pretesa possa da parte del locatore e/o del conduttore opporsi, appunto, l'esistenza del contratto. (...)”

Contratto di conto corrente: prescrizione decennale dell'azione ex art. 2033 c.c. e riparto dell'onere della prova

Argomento: Del Contratto Di Conto Corrente

(Cass. Civ., Sez. I, 10 giugno 2022, n. 18815)
stralcio a cura di Camilla Ragazzi

“2. (...) Il principio, da tempo affermato (...) è che l'azione di ripetizione di indebitato, (...), è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale che inizia a decorrere, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. (...) (in questo senso: Cass. S.U., n. 24418 del 2010; Cass., n. 24051 del 2019). Quanto all'onere della prova circa la natura delle rimesse, se aventi natura ripristinatoria ovvero solutoria, trova applicazione il principio secondo cui, in tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte: invero, come non si richiede ai fini della valida proposizione della domanda di ripetizione che il correntista specifichi una ad una le rimesse dallo stesso eseguite che, in quanto solutorie, si siano tradotte in pagamenti indebiti a norma dell'art. 2033 cod. civ., in modo simmetrico, la banca che eccepisca la prescrizione non può essere gravata dall'onere di indicare i versamenti solutori (in questo senso, cfr., in sede di composizione di contrasto di giurisprudenza, Cass. S.U., n. 15895 del 2019; ...). (...) Per stabilire, dunque, se un versamento abbia avuto natura solutoria ovvero ripristinatoria occorre eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dalla banca (...) e (...), rideterminare il reale saldo passivo del conto, verificando se i versamenti di volta in volta eseguiti si collochino all'interno del massimale di fido ovvero se essi siano stati eseguiti per eliminare il suo superamento (...). (...) La sentenza impugnata si conforma a tali principi nell'affermare che è onere del correntista, che contrasti che l'eccezione di prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitato sollevata dalla banca senza indicare quali siano le rimesse solutorie ritenute prescritte; soprattutto perché il ricorrente non risulta avere indicato la misura massima dell'affidamento a lui concesso e predicato, in buona sostanza, che tutte le rimesse avessero natura ripristinatoria della provvista. (...)”

Sopraelevazione del muro in comproprietà: è legittima?

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 13 giugno 2022, n. 19040)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) 1.2 (...) L'esercizio da parte del comproprietario della facoltà di innalzare il muro comune ai sensi dell'art. 885 cod. civ. non richiede che la sopraelevazione sia estesa a tutto lo spessore del muro, potendo essere contenuta nei limiti della linea mediana sempre che le modalità della costruzione consentano al vicino di fare analogo uso del muro stesso e in particolare non gli sottraggano il diritto di chiedere in futuro la comunione della parte sopraelevata per l'intera estensione. Nello stesso senso deve richiamarsi come perfettamente aderente al caso di specie il seguente principio di diritto: Il condomino che sopraeleva per primo il muro comune può non estendere la nuova costruzione all'intero spessore, purché esegua la stessa verso l'area di sua esclusiva proprietà e senza invadere il muro sottostante oltre la linea mediana. (...) la Corte d'Appello, pur trattando delle facoltà di cui all'art. 885 primo comma cc, non ha però verificato se la sopraelevazione realizzata dai (*omissis*) ricomprenda l'intero spessore del muro sul quale è costruita o solo una porzione di esso, come sostengono i ricorrenti. Trattasi di fatto decisivo perché, in tale ultimo caso, per riconoscersi la legittimità della sopraelevazione è necessario che la costruzione sia effettuata verso l'area di esclusiva proprietà di (*omissis*) e senza invadere il muro sottostante oltre la linea mediana. (...) La sentenza, pertanto, deve essere cassata in relazione all'omesso esame del fatto oggetto di discussione e rappresentato dalla localizzazione della sopraelevazione, se posizionata o meno sulla porzione di muro oltre la linea mediana nella parte rivolta verso la proprietà dei ricorrenti. Il giudice del rinvio, accertati i fatti, farà applicazione del seguente principio di diritto: ***Il comproprietario ha facoltà di sopraelevare il muro comune ma deve iniziare, in ogni caso, la costruzione dal confine della sua proprietà esclusiva, anche quando non intenda estendere la sopraelevazione a tutto lo spessore del muro giacché diversamente, egli attrarrebbe nella sfera della sua proprietà esclusiva una porzione della cosa comune.*** (...)”

L'installazione dell'ascensore sulle parti comuni, a cura di taluni condomini, a loro spese, è legittima ex art. 1102 c.c.

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 14 giugno 2022, n. 19087)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

"(...) T.R. e CA. El., in qualità di proprietarie degli appartamenti posti al terzo piano del fabbricato facente parte del Condominio sito in (OMISSIS), interni nn. 5 e 6, convenivano, davanti al Tribunale di Roma, G.M.C., C.G., P.A. e Ca. Io. nonché CO. Gi., rispettivamente proprietari degli altri quattro appartamenti posti ai piani primo e secondo dello stabile (...) chiedendo che fosse accertato il loro diritto di installare, a proprie spese, un ascensore all'interno dell'edificio realizzato nell'anno 1960, che ne era sprovvisto. (...) con il primo motivo i ricorrenti denunciano, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione dell'art. 1120 c.c., comma 4 (già comma 2), per avere la Corte d'appello ammesso l'innovazione relativa all'installazione dell'ascensore, nonostante, in base al progetto presentato dagli attori, essa rendesse le scale comuni inservibili all'uso e alla sicurezza sia dei condomini sia delle persone terze (loro ospiti). (...) In primis, la Corte di merito ha fatto corretta applicazione del principio secondo cui, qualora un esborso relativo ad innovazioni non debba essere ripartito fra i condomini, per essere stato assunto interamente a proprio carico da uno di essi, trova applicazione la disposizione generale dell'art. 1102 c.c., che contempla anche le innovazioni, in forza della quale ciascun partecipante può servirsi della cosa comune - purchè non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri condomini di farne uguale uso, secondo il loro diritto - e può, perciò, apportare alla stessa, a proprie spese, le modificazioni necessarie a consentirne il migliore godimento (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 16815 del 24/05/2022; Sez. 2, Sentenza n. 4439 del 20/02/2020; Sez. 2, Ordinanza n. 31462 del 05/12/2018; Sez. 2, Sentenza n. 1529 del 11/02/2000). (...) Per le stesse ragioni è legittima la delibera dell'assemblea di condominio che, con la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136 c.c., comma 5, (ante novella di cui alla L. n. 220 del 2012), richiamato dall'art. 1120, deliberi l'installazione di un ascensore nel vano scala condominiale a cura e spese di alcuni condomini soltanto, purchè sia fatto salvo il diritto degli altri condomini di partecipare in qualunque tempo ai vantaggi di tale innovazione, contribuendo nelle spese di esecuzione dell'impianto ed in quelle di manutenzione dell'opera, ed ove risulti che dalla stessa non derivi, sotto il profilo del minor godimento delle cose comuni, alcun pregiudizio a ciascun condomino ai sensi dell'art. 1120 c.c., comma 2, (sempre ante novella), non dovendo necessariamente derivare dall'innovazione un vantaggio compensativo per il condomino dissenziente (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 18147 del 26/07/2013; Sez. 2, Sentenza n. 20902 del 08/10/2010; Sez. 2, Sentenza n. 1529 del 11/02/2000). (...) **Infatti, l'interesse all'installazione dell'impianto di ascensore, nonostante il dissenso di alcuni condomini, è funzionale al perseguimento di finalità non limitabili alla sola tutela delle persone versanti in condizioni di minorazione fisica, ma individuabili anche nell'esigenza di migliorare la fruibilità dei piani alti dell'edificio da parte dei rispettivi utenti, apportando una innovazione che, senza rendere talune parti comuni dello stabile del tutto o in misura rilevante inservibili all'uso o al godimento degli altri condomini, facilita l'accesso delle persone a tali unità abitative, in particolare di quelle meno giovani.** (...) E tanto nel debito rispetto dell'assunto in forza del quale, in tema di condominio negli edifici, nell'identificazione del limite all'immutazione della cosa comune, disciplinato dall'art. 1120 c.c., comma 2, (dopo la novella art. 1120 c.c., u.c.), il concetto di inservibilità

della stessa non può consistere nel semplice disagio subito rispetto alla sua normale utilizzazione - coesistente al concetto di innovazione -, ma è costituito dalla concreta inutilizzabilità della res communis, secondo la sua naturale fruibilità; (...)In definitiva, il ricorso deve essere disatteso. (...)”

Come contestare l'autenticità di un testamento olografo: i vari orientamenti giurisprudenziali

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. II, 14 giugno 2022, n. 19092)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) 4.1.2. (...) È noto che la sentenza Cass. Sez. Unite, 15/06/2015, n. 12307, ha affermato che la parte che contesti l'autenticità di un testamento olografo deve proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura, gravando su di essa l'onere della relativa prova, secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo. Le Sezioni Unite di questa Corte, in particolare, hanno ritenuto inadeguato, al fine di superare l'efficacia probatoria di un testamento olografo, sia il ricorso al disconoscimento che la proposizione di querela di falso, prescegliendo, all'uopo, la terza via predicativa della necessità di proporre, appunto, un'azione di accertamento negativo della falsità della scheda testamentaria. La successiva elaborazione giurisprudenziale (in particolare, Cass. Sez. 2, 11/03/2019, n. 6918; Cass. Sez. 6 - 2, 09/11/2021, n. 32827) ha peraltro spiegato che non spetta la rimessione in termini alla parte che, confidando in uno dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali di legittimità, in ordine allo strumento processuale utilizzabile per contrastare l'autenticità di un testamento olografo - poi superato da Cass., S.U., n. 12307 del 2015 -, si era limitata a disconoscere la conformità della copia prodotta all'originale (proprio come avvenuto nel caso in esame). Ad escludere la configurabilità, ai fini dell'invocata rimessione in termini, di un affidamento incolpevole degli originari convenuti stanno proprio i principi dettati dall'autorevole precedente costituito da Cass. Sez. Unite, 11/07/2011, n. 15144. Questa pronuncia ha effettivamente chiarito come debba evitarsi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante da un mutamento della propria precedente interpretazione di una norma processuale da parte del giudice della nomofilachia (cosiddetto *overruling*), nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità della decisione che abbia invertito la precedente ricostruzione) in una consolidata precedente interpretazione della regola di rito, di tal che l'*overruling* si connoti del fisionomico carattere dell'imprevedibilità, per aver agito in modo inopinato e repentino su di un pacifico orientamento pregresso. Di seguito, peraltro, **Cass. Sez. Unite, 12/10/2012, n. 17402, ha ulteriormente spiegato come il mutamento di una progressa interpretazione giurisprudenziale, non preceduto da un orientamento univoco, non dà luogo ad una fattispecie di *overruling***, postulando essa un rivolgimento ermeneutico avente carattere, se non proprio repentino, quanto meno inatteso, o comunque privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, quali possono essere quelli di un, sia pur larvato, dibattito dottrinale o di un qualche significativo intervento della giurisprudenza sul tema (si veda ancora Cass. Sez. Unite, 10/02/2014, n. 2907). Cass. Sez. Unite, 15/06/2015, n. 12307, e la stessa ordinanza di rimessione n. 28696 del 20 dicembre 2013, davano, invece, espressamente atto di come esistesse un evidente contrasto di orientamenti nella giurisprudenza della Corte di cassazione sulla questione dello strumento processuale utilizzabile per contestare l'autenticità di un testamento olografo, e proprio la rilevata difformità di decisioni aveva giustificato la rimessione della questione alle Sezioni Unite di questa Corte, a norma dell'art. 374, comma 2, c.p.c. Tale contrasto fu poi composto dalle Sezioni Unite adottando la “*terza via, già indicata dalla giurisprudenza di questa Corte con la risalente sentenza del 1951 (Cass. 15.6.1951 n. 1545, Pres. Mandrioli, est. Torrente), e cioè quella predicativa della necessità di proporre un'azione di accertamento negativo della falsità*”. (...)”

La Suprema Corte si pronuncia sull'impugnazione di un testamento olografo e, nel dar continuità all'orientamento delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12307), che pretende un accertamento negativo, si sofferma su un particolare aspetto processuale. Il punto nodale della sentenza in esame è che l'affermazione per cui non spetterebbe «la rimessione in termini alla parte che, confidando in uno dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali di legittimità, in ordine allo strumento processuale utilizzabile per contrastare l'autenticità di un testamento olografo si era limitata a disconoscere la conformità della copia prodotta all'originale (proprio come avvenuto nel caso in esame)».

I giudici escludono, nel caso in esame, che si ritrovino i presupposti del così detto *perspective overruling*, affermati dalla giurisprudenza a Sezioni Unite, per cui sarebbe da negare «l'operatività della preclusione o della decadenza derivante da un mutamento della propria precedente interpretazione di una norma processuale da parte del giudice della nomofilachia (cosiddetto *overruling*), nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità della decisione che abbia invertito la precedente ricostruzione) in una consolidata precedente interpretazione della regola di rito, di tal che l'*overruling* si connoti del fisionomico carattere dell'imprevedibilità, per aver agito in modo inopinato e repentino su di un pacifico orientamento pregresso» (con riguardo alla Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, di recente ripresa, fra le tante, dalla Cass., 4 agosto 2022, n. 24256).

Merita solo ricordare che l'elaborazione attorno al rimedio in caso di mutamento repentino di una interpretazione di una norma processuale discenda dalla lettura dell'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ., in merito alla rimessione in termini della parte che dimostra di essere incorsa in una decadenza per cause ad essa non imputabile, alla luce del principio racchiuso nell'art. 24 Cost., che riconosce il diritto di far valere e di difendere le proprie pretese in giudizio.

La pronuncia delle Sezioni Unite del 2011, poi seguita da quella in commento, suscita, invero, qualche perplessità. Si rende opportuno limitare l'indagine a due profili particolarmente delicati che caratterizzano l'istituto giurisprudenziale dell'*overruling* giurisprudenziale: il primo riguarda il significato di mutamento repentino nell'interpretazione della legge; il secondo ha a che vedere con il suo oggetto, che la giurisprudenza rinviene nella interpretazione di una norma processuale.

Merita anzitutto riprendere la nota pronuncia a Sezioni Unite, la quale ha affermato che la parte impugnante l'autenticità di un testamento olografo debba proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura, gravando su di essa l'onere della relativa prova (Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12307). Le Sezioni Unite, in particolare, hanno ritenuto inadeguato, al fine di superare l'efficacia probatoria di un testamento olografo, sia il ricorso al disconoscimento che la proposizione di querela di falso: questi orientamenti, invero, erano sedimentati in giurisprudenza poiché, da una indagine retrospettiva, emergono numerose pronunce che aderivano alla tesi della necessità del disconoscimento di scrittura privata (Cass., 5 luglio 1979, n. 3849; Cass., 12 aprile 2005, n. 7475; Cass. 29 settembre 2014, n. 20484), sia quelle che sostenevano occorresse una querela di falso (Cass., 30 ottobre 2003, n. 16362, Cass., 24 maggio 2012, n. 8272).

La pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, invece, opta per quella che è stata definita una «terza via» interpretativa e aderisce a una risalente e isolata pronuncia che sostenne l'impugnabilità del testamento olografo con azione di accertamento negativo (Cass., 15 giugno 1951, n. 1545). Ebbene, senza indagare più a fondo il ragionamento condotto dalla Suprema Corte, è opportuno porre in luce che è arduo non notare un mutamento repentino nell'interpretazione della giurisprudenza, non

fosse altro per i numerosi precedenti difformi e per l'adesione a una pronuncia risalente all'inizio degli anni '50.

Passando al secondo profilo, è bene considerare che non sempre è chiaro quando vi sia un mutamento interpretativo che conduca a salvaguardare la posizione della parte, disapplicando una preclusione o una decadenza. Difatti, il rimedio invocato è senz'altro di natura processuale (ossia il tipo di azione si renda necessario per impugnare il testamento), ma va compreso quale cambiamento della giurisprudenza consolidata lo renda attuabile. La Cassazione a Sezioni Unite, nel 2011, riteneva che solo una diversa interpretazione delle regole di rito potesse configurare un *overruling* giurisprudenziale. Certo è che anche questo criterio non appare del tutto convincente. Oltre a fondate ragioni di carattere generale e di teoria del diritto, è opportuno limitare il discorso a quanto concerne l'impugnazione del testamento olografo.

A tal proposito, non è scontato ricordare che il Codice civile, quanto alla forma degli atti, risulti poco ordinato e che, leggendo le norme di legge, le prescrizioni di forma siano spesso contenute all'interno della disciplina organica degli stessi: si faccia l'esempio del matrimonio (art. 107 cod. civ.), del testamento (artt. 601 ss. cod. civ.), della donazione (artt. 782 ss. cod. civ.), del contratto in generale (art. 1350 ss. cod. civ.) e via dicendo. Invece, la documentazione in cui si concretizzano queste forme è rappresentata dalle norme, contenute nel Libro VI del Codice civile, che disciplinano la scrittura privata, semplice o con sottoscrizione autenticata, e l'atto pubblico, a cui si possono aggiungere, oggi, le prescrizioni sul documento informativo (D.lgs. n. 72 del 2005). Il complesso normativo ora descritto che richiede una interpretazione sistematica e lo dimostra solo il fatto che certi atti debbano essere documentati in forma pubblica affinché si dia loro una pubblicità legale (che ne costituisce titolo ai sensi dell'art. 2657 cod. civ.).

Già solo queste semplici considerazioni rivelano che nella disciplina degli artt. 2699 ss. cod. civ. convivano esigenze di prova, la cui raccolta è disciplinata nel Codice di rito, ed esigenze di manifestazione e pubblicità. La documentazione degli atti assume, pertanto, una valenza per così dire eclettica e capace di manifestare effetti su piani non coincidenti. L'azione giudiziale con cui si fa valere un vizio di documentazione (qual è il disconoscimento di scrittura privata o la querela di falso) determina effetti processuali e al contempo sostanziali: i primi discendono dalla capacità che quel documento possa fungere da prova all'interno del giudizio; i secondi, invece, rappresentano il valore sostanziale che assume quella documentazione. Esprimendo questo concetto con un esempio, un contratto falsificato non solo non comporta che vi sia alcun titolo per fondare una pretesa processuale alla condanna all'adempimento (aspetto probatorio), ma neppure consente di ritrovare un valido rapporto giuridico fra le parti (aspetto sostanziale).

D'altronde, si è accuratamente posto in luce che il diritto sostanziale non possa esistere senza la pretesa processuale e, viceversa, che il processo serva per dare soddisfazione alle situazioni giuridiche soggettive della persona. Né pare accettabile che il diritto di difesa possa essere garantito con maggiore intensità in caso di mutamenti interpretativi di norme processuali, rispetto a quelli sostanziali. Si pongono, infine, evidenti profili di disparità di trattamento.

Quanto esposto si rende ancora più evidente considerando la disciplina sulla forma del testamento olografo. Difatti, tenendo in conto la fondamentale necessità che le ultime volontà sopravvivano al loro autore, è arduo comprendere come possano tenersi distinti il piano sostanziale, circa la validità del testamento per rispetto delle forme legali, e quello processuale, in merito alla prova delle ultime volontà. La dottrina, in particolare, ha ricordato che, nel testamento, alla dimensione processuale si associa la valenza sostanziale. Si rende così palese la necessità di un giudizio complesso, che non sempre può trovare esaurimento nella sola valutazione documentale dell'atto, tipica dei procedimenti di verifica e di querela di falso.

Ciò induce a due considerazioni: anzitutto, si conferma il pregio della sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite che ha reputato necessario impugnare il testamento ritenuto falso con un'azione di accertamento negativo. In secondo luogo, si conforta il giudizio, sopra esposto, di

inadeguatezza nel riconoscere il rimedio della rimessione in termini ai soli casi di mutamento repentino della giurisprudenza nell'interpretazione di norme processuali. Questa affermazione appare semplicistica e poco adatta a cogliere il sistema nella sua complessità.

A conclusione del discorso, una conferma di queste incertezze si può trarre dalla giurisprudenza che si è soffermata sull'assegno di divorzio. In particolare, si fa riferimento a un contrasto che è sorto nella Suprema Corte circa la possibilità di chiedere la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 153 cod. civ., in merito ai noti orientamenti sull'accertamento dei presupposti dell'assegno divorzile. Si registrano, difatti, alcune pronunce che, a distanza di poco tempo l'una dall'altra, divergono proprio su questo aspetto: le sentenze che negano la possibilità di invocare un *overruling* si pongono in linea con l'insegnamento delle Sezioni Unite e affermano che verrebbe in rilievo un mutamento interpretativo di una norma sostanziale (l'art. 5, sesto comma, L. n. 898/1970), e non processuale (Cass. civ., 23 maggio 2022, n. 16604); di contro, quelle che lo ammettono, fanno leva sul diritto di difesa delle parti (Cass. civ., 23 aprile 2019, n. 11178).

Al lavoratore spetta un'indennità se il mancato godimento delle ferie dipende da causa a lui non imputabile

Argomento: Diritto Del Lavoro E Della Previdenza Sociale

(Cass. Civ., Sez. Lavoro, 15 giugno 2022, n. 19330)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“3.1. (...) **Le ferie, i riposi ed i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, delle amministrazioni pubbliche** inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, nonché delle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), **sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi. La presente disposizione si applica anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro per mobilità, dimissioni, risoluzione, pensionamento e raggiungimento del limite di età.** Eventuali disposizioni normative e contrattuali più favorevoli cessano di avere applicazione a decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto. La violazione della presente disposizione, oltre a comportare il recupero delle somme indebitamente erogate, è fonte di responsabilità disciplinare ed amministrativa per il dirigente responsabile. Il presente comma non si applica al personale docente e amministrativo, tecnico e ausiliario supplente breve e saltuario o docente con contratto fino al termine delle lezioni o delle attività didattiche, limitatamente alla differenza tra i giorni di ferie spettanti e quelli in cui è consentito al personale in questione di fruire delle ferie.”

3.2.1. La Corte costituzionale nella sentenza n. 96 del 2016 ha dichiarato: “Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 8, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 2012, n. 135), impugnato, in riferimento agli artt. 3, 36, commi primo e terzo, e 117, primo comma, Cost., in quanto vieterebbe, nell'ambito del lavoro pubblico, di corrispondere trattamenti economici sostitutivi delle ferie non godute anche quando la mancata fruizione non sia imputabile alla volontà del lavoratore, come nel caso della malattia”. (...)

Il legislatore, infatti, correla il divieto di monetizzazione a fattispecie in cui la cessazione del rapporto di lavoro è riconducibile a una scelta o a un comportamento del lavoratore (dimissioni, risoluzione) o ad eventi (mobilità, pensionamento, raggiungimento dei limiti di età), che sempre consentono di pianificare per tempo la fruizione del periodo di riposo e di attuare il necessario contenimento delle scelte organizzative del datore e quelle del prestatore. Lo scopo della normativa è, infatti, quello di reprimere il ricorso incontrollato alla "monetizzazione" del periodo di ferie non goduto, contrastandone gli abusi, e di riaffermare la preminenza del godimento effettivo delle stesse, nell'alveo di una razionale programmazione, con lo scopo di favorire comportamenti virtuosi delle parti nel rapporto, ma senza arrecare alcun pregiudizio al lavoratore incolpevole.

Del resto, viene osservato, sia la prassi amministrativa che le decisioni della magistratura contabile escludono dall'ambito applicativo del divieto le vicende estintive del rapporto di lavoro che non dipendono dalla volontà del lavoratore e tutta la giurisprudenza di legittimità riconosce sempre al lavoratore il diritto ad un'indennità per le ferie non godute, quando il mancato godimento dipende da causa a lui non imputabile, e ciò anche quando difetti un'esplicita previsione negoziale in tal senso, ovvero quando la normativa settoriale formuli il divieto di "monetizzazione".

Ebbene, è di tutta evidenza che, (...), **la disciplina de qua non pregiudica affatto l'inderogabile diritto alle ferie, garantito da radicati principi espressi dalla Carta fondamentale nonché dalle fonti internazionali ed europee.**

Né la normativa qui in discussione sopprime la tutela risarcitoria civilistica del danno da mancato godimento incolpevole delle ferie.

3.2.2. Quanto alla giurisprudenza della CGUE (in particolare nella causa 619/2016 del 6.11.2018 e nelle altre di seguito citate) emerge che: - l'art. 7, paragrafo 2, della direttiva 2003/88, in particolare, riconosce al lavoratore il diritto a un'indennità finanziaria per i giorni di ferie annuali non goduti e che tale norma deve essere interpretata nel senso che essa osta a disposizioni o pratiche nazionali le quali prevedano che, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, non sia versata alcuna indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute al lavoratore che non sia stato in grado di fruirle prima della cessazione di tale rapporto di lavoro, in particolare perché era in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto; - l'art. 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88 non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale recante modalità di esercizio del diritto alle ferie annuali retribuite espressamente accordato da tale direttiva, che comprenda finanche la perdita del diritto in questione allo scadere del periodo di riferimento o di un periodo di riporto, purché, però, il lavoratore che ha perso il diritto alle ferie annuali retribuite abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare il diritto medesimo (...)"

Liquidazione del danno da perdita parentale e danno biologico, scelta tra le tabelle milanesi e quelle romane

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. VI, 23 giugno 2022, n. 20292)
stralcio a cura di Vito Quaglietta

“(…) in via preliminare che la morte di un prossimo congiunto può causare nei familiari superstiti oltre al danno parentale, consistente nella perdita del rapporto e nella correlata sofferenza soggettiva, anche un danno biologico vero e proprio, in presenza di una effettiva compromissione dello stato di salute fisica o psichica di chi lo invoca, l'uno e l'altro dovendo essere oggetto di separata considerazione come elementi del danno non patrimoniale, ma nondimeno suscettibili - in virtù del principio della "onnicomprensività" della liquidazione - di liquidazione unitaria (Cass. civ. Sez. III n. 28989 dell'11 novembre 2019; Sez. III n. 21084 del 19 ottobre 2015).

(…) deve essere data continuità a quanto affermato da Cass. civ., Sez. III, n. 33005 del 10 novembre 2021, enunciando, il principio di diritto: *“ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale mediante il criterio tabellare il danneggiato ha esclusivamente l'onere di fare istanza di applicazione del detto criterio, spettando poi al giudice di merito di liquidare il danno non patrimoniale mediante la tabella conforme a diritto;”*;

(…) direttamente alla liquidazione del danno parentale (…), la Cass. civ. Sez. III, n. 10579 del 21 aprile 2021 (...) ha affermato il seguente principio di diritto: *“al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, **il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti**, che preveda, oltre l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella.”*.

Le tabelle milanesi non rispondono ai requisiti indicati in punto di perdita di rapporto parentale, come rilevato dalla stessa Cass. civ. Sez. III, n. 10579 del 21 aprile 2021.

(…) si dovrà liquidare il danno non patrimoniale sulla base di tabella, conformemente alla domanda della parte danneggiata, ma facendo applicazione non delle tabelle milanesi, le quali restano conformi a diritto salvo che per la liquidazione del danno da perdita di rapporto parentale, bensì di altre tabelle che rispondano ai requisiti sopra indicati. Ed invero, (...) è che onere della parte è proporre l'istanza di liquidazione del danno patrimoniale mediante le tabelle, mentre spetta poi al giudice, in sede di qualificazione giuridica, applicare la liquidazione tabellare conforme a diritto.

(…) **“per la liquidazione del danno biologico devono prendersi a riferimento i parametri delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, salvo che l'eccezionalità del caso concreto non imponga di discostarsene dando atto delle relative ragioni in motivazione”**. Nel dare attuazione a tali principi di diritto il giudice di merito dovrà fare applicazione di tabella aggiornata alla data della decisione (Cass. civ. Sez. III, n. 21245 del 20 ottobre 2016). (...)”

L'interpretazione del contratto alla luce della buona fede

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 24 giugno 2022, n. 20434)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“In tema di interpretazione del contratto, l'elemento letterale, pur assumendo funzione fondamentale nella ricerca della effettiva volontà delle parti, deve, invero, essere riguardato alla stregua degli ulteriori criteri ermeneutici e, segnatamente, di quello dell'interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 cod. civ., avuto riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto, e quindi della relativa causa concreta (Cass., Sez. III, 17 novembre 2021, n. 34795). L'obbligo di buona fede oggettiva ex art. 1366 cod. civ. quale criterio d'interpretazione del contratto si specifica, in particolare, nel significato di lealtà, sostanziandosi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi, come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte. A tale stregua, esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale. Assume, dunque, fondamentale rilievo che il contratto venga interpretato avuto riguardo alla sua ratio, alla sua ragione pratica, in coerenza con gli interessi che le parti hanno specificamente inteso tutelare mediante la stipulazione contrattuale (Cass., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6675). Oltre a fungere da argine a qualsiasi deriva formalistica, l'interpretazione secondo buona fede esercita una funzione più specifica, imponendo all'interprete di attribuire alle manifestazioni di volontà dei contraenti il significato oggettivo in cui la parte accettante poteva e doveva ragionevolmente intenderle. **La buona fede costituisce espressione del più generale principio di solidarietà contrattuale che deve guidare l'attività ermeneutica e che si specifica nel criterio del legittimo affidamento dell'uomo medio, senza consentire all'interprete di assegnare all'atto una portata diversa da quella che emerge dal suo contenuto obiettivo.** L'interpretazione secondo buona fede riflette parametri di lealtà, correttezza, ragionevole sensibilità agli interessi di controparte. (...) Conclusivamente, nello specifico contesto, si appalesa **contraria a buona fede l'interpretazione della clausola contrattuale prevedente l'impegno del promittente venditore di curare, a propria cura e spese, l'estinzione della ipoteca prima del rogito notarile**, che assegni alla stessa il significato di ritenere necessario, ai fini dell'adempimento dell'obbligo, anche il completamento della formalità della cancellazione dell'ipoteca entro il termine pattuito, anziché considerare sufficiente l'estinzione per pagamento dell'obbligazione garantita, corredata dal consenso del creditore ipotecario alla cancellazione rilasciato con atto autentificato da notaio che abbia avviato la relativa formalità presentando al conservatore l'atto su cui la richiesta è fondata”. (...)”

Fornitura di energia elettrica: incombe sul fornitore l'onere di provare la funzionalità del contatore, ove contestata dal consumatore

Argomento: Del contratto di somministrazione

(Cass. Civ., Sez. III, 7 luglio 2022, n. 21564)
stralcio a cura di Giorgio Potenza

“(…) Il giudice di merito non ha fatto corretta applicazione delle regole relative alla ripartizione dell'onere probatorio nei contratti di somministrazione, là dove la rilevazione dei consumi sia effettuata mediante lettura del contatore. In tema di contratti di somministrazione, la rilevazione dei consumi mediante contatore è assistita infatti da una mera presunzione semplice di veridicità sicché, in caso di contestazione, grava sul somministrante, anche se convenuto in giudizio con azione di accertamento negativo del credito, l'onere di provare che il contatore era perfettamente funzionante, mentre il fruitore deve dimostrare che l'eccessività dei consumi è dovuta a fattori esterni al suo controllo e che non avrebbe potuto evitare con un'attenta custodia dell'impianto, ovvero di aver diligentemente vigilato affinché eventuali intrusioni di terzi non potessero alterare il normale funzionamento del misuratore o determinare un incremento dei consumi (Cass. n. 19154 del 2018; Cass. n. 297 del 2020). In presenza di contestazioni sulla funzionalità del sistema di misurazione, dunque, incombe sul somministrante l'onere di dare la prova della funzionalità del contatore. **Se il somministrante ha assolto a tale onere probatorio, il consumatore ove lamenti l'eccessività dei consumi rilevati, è tenuto a provare, per liberarsi dall'obbligo di pagare il corrispettivo richiesto, che il consumo risultante come elevato, sulla base di un contatore funzionante, è dipeso da cause esterne alla sua volontà e non a lui imputabili.** Se però a fronte di una contestazione di malfunzionamento, l'impresa erogatrice non prova che il contatore funziona regolarmente - prova nel caso di specie non fornita, anzi preclusa dallo stesso comportamento della somministrante che con l'irregolare asportazione del misuratore senza contraddittorio ha impedito, alla controparte ma anche a sé stesso, di provare la regolarità o meno dei consumi - cade la presunzione di consumo a carico del somministrato. Ne consegue che il giudice di merito, dopo aver accertato che il precedente contatore, sulla base della cui ultima lettura era stata emessa la fattura contestata, per eccessività dovuta proprio ad un lamentato malfunzionamento, non avrebbe potuto legittimamente fondare la prova del consumo di energia sulla rilevazione fotografica dell'ultima lettura risultante dal vecchio contatore, effettuata subito prima del definitivo e irregolare asporto del contatore al di fuori del contraddittorio tra le parti, perché, essendo caduta la presunzione di veridicità della lettura stessa, essa non spiegava più valore probatorio in ordine all'entità del consumo. L'idoneità probatoria della prova fotografica è posta nel nulla, nel caso di specie, dal venir meno della possibilità di fornire la prova contraria per fatto imputabile alla parte che se ne vuole avvalere. (...)”

Nota a cura di
Giorgio Potenza

L'ordinanza in commento, pur non essendo innovativa in materia, ha tuttavia il pregio di precisare con estrema chiarezza i criteri di riparto dell'onere probatorio in tema di fornitura di energia elettrica con rilevazione dei consumi mediante contatore.

Nel caso giunto all'attenzione della Suprema Corte, un consumatore, titolare di un contratto di somministrazione di energia elettrica, aveva citato in giudizio la società fornitrice con un'azione di accertamento negativo del credito ex adverso vantato, al fine di contestare una fattura nella quale erano stati conteggiati a suo carico alcuni consumi a conguaglio, ritenuti eccessivi rispetto ai consumi medi dei mesi precedenti, debitamente allegati in giudizio.

Nel corso del primo grado di giudizio, il consumatore aveva dedotto che la fattura inviata dalla società fornitrice era da considerarsi inattendibile, poiché si riferiva ad una rilevazione di consumi che era stata effettuata al momento della sostituzione del contatore (avvenuta in sua assenza) ad opera di un soggetto estraneo e non autorizzato. Aveva contestato, pertanto, sia la corretta rilevazione dei consumi, eseguita in difetto di contraddittorio con il contraente somministrato, sia l'eccessività dei consumi fatturati a causa di un malfunzionamento del vecchio contatore, che, tuttavia, non era più verificabile proprio in ragione dell'avvenuta sostituzione.

Il giudice di prime cure aveva rigettato integralmente la domanda attorea mentre il giudice del secondo grado, pur rilevando l'irregolarità delle operazioni di sostituzione del contatore in assenza di contraddittorio tra le parti, aveva statuito che l'utente-consumatore non aveva disconosciuto la rilevazione fotografica dell'ultima lettura effettuata con il precedente contatore prima della sua sostituzione, dalla quale potevano comunque ritenersi provati i consumi fatturati dalla Società fornitrice. Aveva quindi rigettato l'impugnazione, con condanna dell'appellante al pagamento delle spese processuali.

Proposto ricorso per Cassazione, il ricorrente aveva impugnato la sentenza del grado di appello con la quale, contraddittoriamente, da un lato era stata accertata l'irregolarità delle operazioni di sostituzione del vecchio contatore, e dall'altro era stato ritenuto comunque soddisfatto l'onere della prova del credito vantato dalla società fornitrice, in ragione della predetta documentazione fotografica.

In particolare, secondo la prospettazione del ricorrente, il giudice del secondo grado aveva erroneamente considerato non disconosciuta la rilevazione del contatore attestata nella fotografia versata in atti, laddove invece il consumatore aveva contestato la legittimità e la regolarità dell'intera procedura di sostituzione del contatore - e, quindi, di tutti gli elementi di prova scaturenti dalla procedura stessa - nonché l'anomalo funzionamento del vecchio misuratore, non più suscettibile di verifica tecnica a causa della sua sostituzione.

La Terza Sezione della Corte di Cassazione ha accolto il ricorso sulla scorta di tre motivi dei cinque proposti, cassando la sentenza impugnata con rinvio e ribadendo il seguente principio di diritto: "In tema di contratti di somministrazione, la rilevazione dei consumi mediante contatore è assistita infatti da una mera presunzione semplice di veridicità, sicché, in caso di contestazione, grava sul somministrante, anche se convenuto in giudizio con azione di accertamento negativo del credito, l'onere di provare che il contatore era perfettamente funzionante, mentre il fruitore deve dimostrare che l'eccessività dei consumi è dovuta a fattori esterni al suo controllo e che non avrebbe potuto evitare con un'attenta custodia dell'impianto, ovvero di aver diligentemente vigilato affinché eventuali intrusioni di terzi non potessero alterare il normale funzionamento del misuratore o determinare l'incremento dei consumi".

Secondo un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, infatti, (cfr. Cass. Civ., Sez. VI -3 Ord., 24 giugno 2021 n. 18195; Cass. civ., Sez. VI - 3, Ord., 09 gennaio 2020, n. 297; Cass. civ., Sez. III, Ord., 19 luglio 2018, n. 19154; Cass. Civ., Sez. III, Sent., 22 novembre 2016, n. 23699) in presenza di contestazioni circa la funzionalità del contatore, spetta al somministrante l'onere di fornire la prova di tale funzionalità, mentre in capo al somministrato incombe l'onere probatorio di dimostrare, ove lamenti l'eccessività dei consumi rilevati da un contatore funzionante, che la stessa eccessività rispetto ai consumi medi precedenti è dipesa da cause esterne alla sua volontà ed a lui non imputabili.

Nel caso di specie, non risultava allegata alcuna prova circa il regolare funzionamento del vecchio contatore nella registrazione dei consumi e la sua sostituzione (peraltro eseguita in assenza dell'utente) ne aveva altresì precluso ogni possibilità di dimostrazione tecnica della sua funzionalità. Di conseguenza, a fronte di espressa contestazione della funzionalità del contatore formulata dal fruitore della somministrazione di energia elettrica, la società fornitrice non aveva soddisfatto il proprio onere probatorio. Né alcun valore probatorio in ordine alla effettiva entità dei consumi poteva ritenersi spiegato dalla rilevazione attestata nella documentazione fotografica prodotta in giudizio, essendo caduta la presunzione di veridicità della lettura stessa proprio in ragione del dedotto malfunzionamento del misuratore.

La pronuncia in commento, nella parte in cui tiene conto in concreto della impossibilità per l'utente- somministrato di provare circostanze che non ricadono nella propria sfera d'azione, gravando dunque dell'onere di dimostrare la funzionalità del contatore la parte (rectius il fornitore) a cui "è più vicino il fatto da provare", si pone sostanzialmente in linea con l'insegnamento delle Sezioni Unite di cui alla sentenza del 30/10/2001 n. 13533, sulla c.d. "vicinanza della prova" o "riferibilità della prova", secondo il quale, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento (eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero che il termine per adempiere alla propria obbligazione non sia ancora scaduto).

Ed infatti, i guasti, per lo più occulti, dei contatori utilizzati come sistema di misurazione dei consumi di energia elettrica, comportano verifiche tecniche non eseguibili dall'utente, il quale è sprovvisto delle necessarie competenze. Per tale motivo, ai fini del riparto dell'onus probandi la giurisprudenza afferma che l'utente deve (e può limitarsi a) contestare il malfunzionamento dello strumento di misurazione dei consumi di energia, mentre il fornitore è tenuto, al contrario, a dimostrare che il contatore è regolarmente funzionante.

Né i termini della questione possono mutare ove si proponga, come nel caso di specie, un'azione di accertamento negativo del credito ex adverso vantato, giacché è noto (si veda, ex plurimis, Cass. Civ. n. 16197/2012) che "In tema di riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava sempre su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché sia convenuto in giudizio di accertamento negativo".

In caso di contestazione della fattura da parte dell'utente-consumatore, dunque, grava sul fornitore di energia elettrica la prova del corretto funzionamento del contatore e dunque della corrispondenza tra il consumo rilevato e quello indicato in fattura, dovendosi attribuire al sistema di registrazione dei consumi tramite contatore il valore di mera presunzione semplice di veridicità.

Violazione del principio di buona fede in pendenza della condizione sospensiva ex art. 1358 c.c.

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 6 luglio 2022, n. 21427)

stralcio a cura di Francesco Taurisano

“5. (...) L'art. 1358 c.c. sancisce una specifica applicazione del generale principio di correttezza in materia contrattuale per ogni tipo di condizione alla quale le parti subordinano la produzione o l'eliminazione degli effetti della pattuizione (con esclusione della sola condizione meramente potestativa, che non conferisce all'altra parte alcuna aspettativa tutelabile o coercibile), imponendo alla parte condotte tali da conservare integre le ragioni dell'altra. Durante il periodo di pendenza della condizione, il contratto vincola i contraenti al puntuale ed esatto adempimento delle obbligazioni rispettivamente assunte: la condizione rende infatti incerta la produzione (o l'eliminazione) degli effetti contrattuali ma il vincolo pattizio appare già fermo e irrevocabile (Cass. n. 14006/2014). Ne deriva che la mancata o inesatta osservanza dell'obbligo di buona fede, dalla quale derivi pregiudizio alla realizzazione del complessivo assetto di interessi sotteso all'atto di autonomia privata (ossia la tenuta di un comportamento scorretto che vanifichi la realizzazione del programma negoziale), identifica una fattispecie di inadempimento attuale e immediatamente rilevante. **La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede – che permea tutta la materia contrattuale ed appare espressione del dovere di solidarietà ex art. 2 Cost. – nel caso di un contratto “condizionato”, unitamente ai due specifici rimedi dettati dagli artt. 1356 e 1359 c.c., in presenza dei presupposti stabiliti da queste norme, genera dunque anche un obbligo risarcitorio per lesione della situazione di aspettativa della parte e, in casi specifici, può dare ingresso al rimedio risolutorio.** Da tempo la giurisprudenza di questa Corte (v. in particolare, con specifico riferimento alla condizione c.d. mista, Cass., n. 6676/1992; Cass., S.U., n. 18450/2005, Cass. n. 3207/2014; Cass. n. 24977/2018) ha ricostruito la struttura dell'illecito contrattuale per mancata osservanza del comportamento leale in pendenza della condizione, in maniera autonoma sia da specifiche previsioni contrattuali, come pure dal generale dovere del *neminem laedere*, intercettando la concezione dell'obbligazione non più strutturalistica, formale e statica ma di tipo teleologico, sostanziale e dinamico proposta dalla dottrina civilistica più moderna. (...)”

Rapporto tra disciplina dell'usura ed interessi moratori e corrispettivi

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. III, 12 luglio 2022, n. 21973)
stralcio a cura di Giovanni Pagano

“(…) le Sezioni Unite di questa Corte hanno già avuto modo di affermare (la disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria dovuta in relazione al contratto, si applica anche agli interessi moratori, la cui mancata ricomprensione nell'ambito del Tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui all'art. 2, comma 1, L. n. 108 del 1996, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali; (...) dall'accertamento dell'usurarietà discende l'applicazione dell'art. 1815, 2° co., c.c., di modo che gli interessi moratori sono dovuti non nella pattuita misura usuraria bensì in quella degli interessi corrispettivi lecitamente convenuti, in applicazione dell'art. 1224, 1° co., c.c. (v. Cass., Sez. Un., 18/9/2020, n. 19597).

Si è al riguardo precisato che tale soluzione trova invero fondamento nella circostanza che una volta caduta la clausola degli interessi moratori resta un danno per il creditore insoddisfatto che viene automaticamente ristorato mediante la corresponsione degli interessi corrispettivi nella stessa misura dovuta per il tempo dell'adempimento in relazione alla disponibilità del denaro. A tale stregua, la nullità degli interessi moratori non determina di per sé la nullità degli interessi corrispettivi, sicché (anche) gli interessi moratori sono -come detto- dovuti nella minor misura degli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti, dall'usurarietà dei soli interessi moratori non dovendo invero desumersi la totale gratuità del contratto di mutuo, venendosi altrimenti a determinare addirittura un vantaggio patrimoniale per il debitore inadempiente (v. Cass., Sez. Un., 18/9/2020, n. 19597). **Orbene, di tale principio la Corte di merito ha (...) fatto piena e corretta applicazione (...) laddove ha affermato che “l'usurarietà del tasso degli interessi moratori previsto dall'art. 11 del contratto di leasing” non incide “sulla validità della pattuizione relativa agli interessi corrispettivi”, dando altresì atto che “l'art. 11 non esaurisce la regolamentazione dell'entità degli interessi dovuti in forza del contratto, essendo disciplinati gli interessi corrispettivi dalla clausola dell'art. 6 (che rimanda alle condizioni particolari di contratto)”, e che “per le due tipologie di interessi le parti hanno inteso stabilire tassi diversi e alternativi, applicabili sulla base di presupposti diversi, costituendo gli interessi corrispettivi il prezzo dell'operazione di leasing e il vantaggio che il concedente riceve nel sinallagma contrattuale (che dalle condizioni particolari è fissato al di sotto del tasso soglia, definito come tasso leasing pari al 7,065%), e gli interessi di mora una sorta di risarcimento del danno da inadempimento determinato in via forfettaria “e non un costo del finanziamento)”.** (...) “l'usurarietà di ciascuna categoria di interessi deve, di conseguenza, essere valutata singolarmente», sicché nella specie “la nullità dell'art. 11 del contratto di leasing non si estende al precedente art. 6 ed alle condizioni particolari (e, quindi, al tasso leasing), concernente gli interessi corrispettivi”. (...)”

Il coerede che dopo la morte del de cuius sia rimasto nel possesso del bene ereditario può usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. VI - 2, 18 luglio 2022, n. 22504)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) - Il giudizio trae origine dalla domanda di usucapione proposta dal sig. N.G.A., N.F., N.A., N.R. e Ni.An. (figli di P.T., figlia di P.A.R., fratello di P.V.) nei confronti della sig.ra S.G. (figlia di P.A., sorella di P.V.), nonché di altri discendenti, avente ad oggetto un fabbricato in proprietà tra i germani del de cuius per averlo ricevuto in successione dal premorto fratello P.V. prima, e per la quota di questi, dal premorto padre P.G.;(…) - Il ricorso, inoltre, non coglie la ratio posta a fondamento della decisione perchè incentrato sulla sola affermazione della Corte circa il difetto di prova del momento della decorrenza nel possesso idoneo ai fini dell'usucapione. - La Corte d'appello, oltre a rilevare l'incertezza dell'effettiva data di decorrenza del possesso del bene, ha rigettato la domanda di usucapione del bene immobile in quanto, trattandosi di bene in proprietà e comproprietà tra i germani del de cuius P.V., gli attori, diversamente da quanto avvenuto in sede di giudizio, dovevano dimostrare un tramutamento del possesso da *uti condominus* a *uti dominus*. - La decisione ivi impugnata è conforme alla **giurisprudenza consolidata di questa Corte, secondo la quale il coerede che dopo la morte del de cuius sia rimasto nel possesso del bene ereditario può usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso**; a tal fine, egli, che già possiede animo proprio ed a titolo di proprietà, è tenuto ad estendere tale possesso in termini di esclusività, il che avviene quando il coerede goda del bene con modalità incompatibili con la possibilità di godimento altrui e tali da evidenziare una inequivoca volontà di possedere *uti dominus* e non più *uti condominus*; a tale riguardo non è univocamente significativo che egli abbia utilizzato ed amministrato il bene ereditario e che i coeredi si siano astenuti da analoghe attività, sussistendo la presunzione *iuris tantum* che abbia agito nella qualità e operato anche nell'interesse anche degli altri coeredi (Cassazione civile sez. II, 16/01/2019, n. 966; Cass. 04/05/2018, n. 10734; Cass. 25/03/2009, n. 7221); (...) - il ricorso, pertanto, deve essere respinto; (...)”

Nota a cura di
Fabio Trolli

Una recente pronuncia della Corte di cassazione da continuità a un orientamento, oramai sedimentato in giurisprudenza, con cui si precisano i requisiti affinché un coerede possa acquistare un bene parte della massa comune per usucapione.

La Suprema Corte conferma la pronuncia della Corte d'Appello che, oltre a rilevare l'incertezza dell'effettiva data di decorrenza del possesso del bene, ha rigettato la domanda di usucapione del bene immobile motivando come, trattandosi di bene in proprietà e comproprietà tra i germani del *de cuius*, gli attori avrebbero mancato di dimostrare un mutamento del possesso da *uti condominus* a *uti dominus*. Si richiama, quindi, la consolidata giurisprudenza per cui il coerede che, dopo la

morte del *de cuius*, sia rimasto nel possesso del bene ereditario, può usucapire la quota degli altri eredi, senza necessità di interversione del titolo del possesso; a tal fine, egli, che già possiede con animo proprio ed a titolo di comproprietà, è tenuto ad estendere tale possesso in termini di esclusività. Ciò avviene quando il coerede goda del bene con modalità incompatibili con la possibilità di godimento altrui e tali da evidenziare una inequivoca volontà di possedere con pienezza della proprietà del bene e non, invece, solamente la sua *pars* quota.

A tale riguardo, precisano i giudici, non pare univocamente significativo che il coerede abbia utilizzato ed amministrato il bene ereditario e che i coeredi si siano astenuti da analoghe attività, sussistendo la presunzione *iuris tantum* che abbia agito nella qualità e operato anche nell'interesse anche degli altri coeredi (facendosi richiamo alla Cass., 16 gennaio 2019, n. 966; Cass., 4 maggio 2018, n. 10734; Cass., 25 marzo 2009, n. 7221).

La sentenza offre l'occasione per riflettere sul possesso del coerede e di svolgere qualche utile considerazione circa il mutamento della situazione di fatto che viene invocata dalla giurisprudenza. Ciò in quanto non è sempre agevole, dal punto di visto concreto, comprendere la linea di demarcazione fra interversione del possesso ed estensione del dominio esclusivo del comproprietario.

Conviene prendere le mosse dal possesso utile per l'usucapione e ricordare che la disciplina del Codice civile risulti essere in linea con la tradizione romanistica, richiamando la necessità che il possesso sia continuo (art. 1165 ss. cod. civ.), non violento e non clandestino (art. 1163 cod. civ.). Vi può essere o meno la consapevolezza dell'altrui titolarità del diritto reale, da cui discende la buona fede o la mala fede con cui si possiede il bene. Seguendo il dettato dell'art. 1164 cod. civ., nel caso in cui una persona abbia già il possesso corrispondente all'esercizio di un diritto reale su cosa altrui, questi non può usucapire la proprietà della cosa stessa se il titolo del suo possesso non è mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il diritto del proprietario. Il legislatore precisa poi che il tempo necessario per l'usucapione decorra dalla data in cui il titolo del possesso è mutato.

La norma appena riportata, che disciplina l'interversione del possesso, va coordinata con quella racchiusa nell'art. 1141, secondo comma, cod. civ. Quest'ultima, infatti, disciplina il mutamento della detenzione in possesso, precisando che, anche in detta fattispecie, ciò non possa avvenire se non per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione fatta dal detentore contro il possessore. Si aggiunge, poi, che ciò valga anche per i successori a titolo universale.

La dottrina e la giurisprudenza, sulla scorta della Relazione ministeriale al Codice civile, leggono le due norme in consonanza fra loro e affermano, concordemente, che per l'interversione del possesso non basti un semplice atto di volizione interna, ma occorra una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che chi esercita il potere di fatto sulla cosa abbia cessato di farlo in nome altrui (segnatamente per la detenzione) ed abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio (fra le tante, si rinvia alla Cass., 5 febbraio 2016, n. 26327).

Assecondando la disciplina positiva e l'interpretazione della giurisprudenza, pare potersi sostenere che il legislatore, pur disciplinando l'usucapione per evidenti motivi storici e per consentire una più agevole circolazione della ricchezza, veda con sfavore un mutamento repentino della situazione di fatto a danno del proprietario, che deve essere posto in condizione di poter far valere il proprio diritto dominicale verso coloro che vi attentino, o, quantomeno, richieda un bilanciamento di valori.

Occorre ora considerare se detto principio possa estendersi anche al di fuori dei casi contemplati, nello specifico, dagli artt. 1141, secondo comma, e 1164 cod. civ. Il punto nodale, sollevato dalla sentenza commentata, riguarda la ricostruzione della disciplina circa l'usucapione del bene comune da parte di un comproprietario. Il tema tocca una problematica di ordine generale, inerente ai titoli di possesso, e dovrebbe essere indagato a fondo considerando se, e in che misura, possa ammettersi una situazione di possesso *pro-quota*, qualitativamente diverso dal possesso dell'intero: vale a dire se, a fianco delle situazioni prese in considerazione dal legislatore, quali il possesso del (pieno)

proprietario, la detenzione (semplice o qualificata) e il possesso del titolare del diritto reale di godimento, possa aversi un possesso del comproprietario.

Il punto è delicato, ma per ora basti limitarsi a considerare la disciplina della comunione in generale. Scorrendo le norme che il legislatore prescrive per regolare la posizione del comproprietario, si trae anzitutto il principio per cui, come è noto, il diritto del comproprietario è limitato a quanto corrisponde alla sua quota di titolarità (art. 1101 cod. civ.). La quota non è altro che una proporzione del diritto del comproprietario, espresso in termini numerici. Essa, però, è una nozione quantitativa e non offre, al contempo, un indice qualitativo del diritto del comproprietario.

Il potere di fatto sul bene comune, invece, si trae dalla lettura delle norme seguenti e, segnatamente, dai due commi dell'art. 1102 e dal primo comma dell'art. 1103 cod. civ. Da una lettura coordinata delle due disposizioni si evince che il comproprietario ha il possesso sul bene comune, ma nei limiti dell'utilizzo che ne possono fare gli altri comproprietari (art. 1102, primo comma, cod. civ.); di conseguenza, può cedere ad altri il godimento della cosa, ma nei limiti della quota (art. 1103, primo comma, cod. civ.). È significativa la norma affidata al secondo comma dell'art. 1102 cod. civ. ove il legislatore afferma che il partecipante non possa estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno agli altri, salvo che non compia atti idonei a mutare il titolo del possesso.

Fermandosi ad analizzare la lettera della norma, il legislatore discorre di mutamento del «titolo del possesso». Ciò conferma che il comproprietario è possessore del bene, ma che detto possesso risulti fondato sul titolo che giustifica il suo diritto sulla quota. La lettura della norma però suggerisce anche un altro elemento, che risulta centrale nel ragionamento della Suprema Corte, ossia che per mutare il titolo del possesso il comproprietario debba compiere «atti idonei»: formula, questa, diversa da quella adottata negli artt. 1141, secondo comma, e 1164 cod. civ., in cui il titolo può mutare per fatto del terzo o per opposizione nei confronti del possessore. Ciò pare segnare una differenza qualitativa, o di intensità, dell'atteggiamento che deve assumere il comproprietario rispetto a quello che il detentore o il possessore di un diritto limitato di godimento deve avere per usucapire il bene posseduto.

Per questo motivo, la sentenza in commento, dando continuità a un orientamento giurisprudenziale sedimentato, afferma che non occorra un'interversione del possesso, ma una inequivoca volontà, manifestata con segni esteriori, di possedere il bene in via esclusiva. Non basterebbe, in particolare, l'esercizio dei diritti del comproprietario sul bene comune, bensì una qualche forma di estensione del possesso all'intero diritto di proprietà.

Certo è che, lo si è detto, riprendendo la disciplina della comunione, pare poco agevole rinvenire un confine ben definito fra l'opposizione che fonda il mutamento della detenzione in possesso e l'estensione del diritto del comproprietario. Difatti, andrebbero esclusi i meri atti gestori, poiché tutti i partecipanti alla comunione hanno diritto di amministrare la cosa comune (art. 1105 cod. civ.), mentre risulterebbero illegittimi gli atti di innovazione o di straordinaria amministrazione del bene decisi unilateralmente dal singolo comproprietario (art. 1108 cod. civ.). L'estensione del diritto del comproprietario, quindi, potrebbe consistere nel compimento di più atti di amministrazione straordinaria, senza che gli altri comproprietari si curino di opporsi alla loro realizzazione, trascurando di far valere le proprie ragioni. Il che non potrebbe accadere per il detentore o il possessore di un diritto limitato di godimento, il quale col decorso del tempo perderebbe solamente il proprio diritto di credito senza che ciò possa integrare gli estremi dell'opposizione nei confronti del proprietario.

Questa soluzione pare coerente anche con la *ratio* che ispira il sistema codicistico. Difatti, si è posto in luce che il legislatore ponga degli stretti limiti all'interversione del possesso, bilanciando le esigenze di circolazione della ricchezza con la salvaguardia del diritto di proprietà. Rispetto alla comproprietà, invece, si deve aggiungere un dato ulteriore starebbe nello sfavore verso la situazione di contitolarità dei diritti reali, che è reputata dal legislatore necessariamente transitoria (art. 1111, primo comma, cod. civ.). Pare logico, quindi, che nel favorire la concentrazione della proprietà in

capo a una sola persona, discenda anche una maggiore tolleranza verso l'estensione del possesso, giustificando il minor rigore con cui si esprime il secondo comma dell'art. 1102 cod. civ. rispetto agli artt. 1141, secondo comma, e 1164 cod. civ.

La liquidazione del danno alla salute in favore del danneggiato portatore di una pregressa patologia

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, del 20 luglio 2022, n. 22724)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“(…) 3. (...) in tema di responsabilità civile, qualora la produzione di un evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale (come il pregresso stato di invalidità del danneggiato), l'autore del fatto illecito risponde, in base ai criteri della causalità naturale, di tutti i danni che ne sono derivati, a nulla rilevando che gli stessi siano stati concausati anche da eventi naturali; eventi, viceversa, la cui incidenza rileva ai fini della stima del danno, in applicazione del principio della c.d. causalità giuridica (...)”

4. Tali principi hanno trovato frequente applicazione in caso di liquidazione dei danni alla salute, per cui, ove il danneggiato sia affetto da una patologia invalidante pregressa e irreversibile, **il danno alla salute concretamente risarcibile dev'essere determinato considerando sia la differenza tra lo stato di invalidità complessivamente presentato dal danneggiato dopo il fatto illecito e lo stato patologico pregresso, sia la situazione che si sarebbe determinata se non fosse intervenuto il fatto lesivo imputabile.**

5. In termini più analitici, ove la preesistenza della malattia in capo al danneggiato costituisca una concausa naturale dell'evento di danno, il concorso del fatto umano la rende irrilevante in virtù del precetto dell'equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p., sicché di essa non dovrà tenersi conto nella determinazione del grado di invalidità permanente e nella liquidazione del danno. In tali casi, peraltro, occorrerà distinguere tra la diversa natura delle patologie preesistenti, assumendo rilievo, sul piano della causalità giuridica (ai sensi dell'art. 1223 c.c.), la circostanza che la preesistente menomazione abbia carattere di *'coesistenza'* o di *'concorrenza'*. In particolare, la pregressa menomazione *coesistente* è, di norma, irrilevante rispetto ai postumi dell'illecito apprezzati secondo un criterio controfattuale (vale a dire stabilendo cosa sarebbe accaduto se l'illecito non si fosse verificato), sicché anche di essa non dovrà tenersi conto nella determinazione del grado di invalidità permanente e nella liquidazione del danno; viceversa, secondo lo stesso criterio, quella *concorrente* assume rilievo in quanto gli effetti invalidanti sono meno gravi, se isolata, e più gravi, se associata ad altra menomazione (anche se afferente ad organo diverso) sicché di essa dovrà tenersi conto ai fini della liquidazione del risarcimento del danno (...).

6. I principi così rassegnati dalla giurisprudenza di questa Corte (...) trovano applicazione nei casi in cui si faccia questione della liquidazione di un pregiudizio alla salute denunciato dal soggetto danneggiato, il quale, portatore di una pregressa patologia indipendente dal fatto illecito, è legittimato a rivendicare, a titolo risarcitorio, le sole conseguenze dannose effettivamente e concretamente prodotte dall'illecito, necessariamente depurate (in tesi) dall'incidenza della pregressa patologia *concorrente* responsabile dell'aggravamento delle complessive conseguenze prodotte sul proprio stato di salute.

7. Nel caso di specie, viceversa, la natura delle conseguenze dannose denunciate dai congiunti della vittima dell'illecito (deceduta) non attiene alla determinazione dei pregiudizi alla salute provocati direttamente a carico del danneggiato gravato da una pregressa patologia (sì che ragionevolmente di quest'ultima occorrerà tener conto ai fini della determinazione concreta delle conseguenze effettivamente provocate dal danneggiante), bensì a carico dei congiunti della vittima dell'illecito deceduta; congiunti, la cui rivendicazione risarcitoria risulta immediatamente riferita, non già alla lesione di un danno alla salute (ossia alla reintegrazione delle conseguenze di un pregiudizio inferto al diritto

garantito, in primo luogo, dall'art. 32 Cost.), quanto invece alle conseguenze consistite nella definitiva cancellazione, in virtù dell'illecito, della relazione affettiva già intrattenuta con la persona deceduta e, dunque, a situazioni soggettive connesse alla coltivazione delle proprie relazioni in ambito familiare o, in ogni caso, affettivo, rilevanti ai sensi dell'art. 29 o, in ogni caso, dell'art. 2 della Cost., trattandosi di aspetti dell'esperienza individuale misurabili sul piano dello svolgimento della personalità e/o dell'integrità delle formazioni sociali in cui tale svolgimento è destinato a compiersi.

8. Appare, pertanto, del tutto evidente come l'integrità psico-fisica pregressa della persona deceduta risulti del tutto irrilevante in relazione all'intensità o alla gravità dell'incidenza sulla sfera giuridica dei congiunti-danneggiati, dovendo evidentemente escludersi che la gravità o l'intensità del pregiudizio non patrimoniale arrecato attraverso l'uccisione di un proprio congiunto (nelle sue due dimensioni, emotivo-soggettiva e dinamico-relazionale) valga a porsi alla stregua di una *'funzione'* della maggiore o minore integrità psicofisica pregressa dell'ucciso. (...)

12. (...) secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di questa Corte, **qualora la vittima di un danno alla salute sia deceduta, prima della conclusione del giudizio, per causa non ricollegabile alla menomazione risentita in conseguenza dell'illecito, l'ammontare del risarcimento spettante agli eredi del defunto *iure successionis* va parametrato alla durata effettiva della vita del danneggiato e non a quella statisticamente probabile, sicché tale danno va liquidato in base al criterio della proporzionalità**, cioè assumendo come punto di partenza il risarcimento spettante, a parità di età e di percentuale di invalidità permanente, alla persona offesa che sia rimasta in vita fino al termine del giudizio e diminuendo quella somma in proporzione agli anni di vita residua effettivamente vissuti. (...)"

Locazione commerciale: volontà delle parti nella determinazione del canone e accertamento del divieto di eludere la clausola ISTAT

Argomento: Del Contratto Di Locazione

(Cass. Civ., Sez. III, 25 luglio 2022, n. 23145)
stralcio a cura di Camilla Ragazzi

“(…) invito rivolto a questa Corte: i) di «precisare le facoltà concesse al locatore di convenire eventuali aumenti del canone locativo ai sensi dell’art. 32 Legge 392/78, riaffermando la nullità di qualsiasi pattuizione che non indicando in modo chiaro l’esatto ammontare del canone pattuito per tutta la durata della locazione, anche se per misure differenti nel tempo, ne prevede la variazione in aumento degli importi corrisposti negli anni precedenti, ove quest’ultimi, come nel caso in esame, siano già oggetto di aggiornamento della intervenuta variazione dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati come accertata dall’ISTAT»; ii) di «precisare l’orientamento giurisprudenziale ... in ordine all’onere probatorio circa la sussistenza o meno di una violazione al divieto degli aumenti riconosciuti dal 2° comma dell’art. 32 Legge 392/78, affermando che sul conduttore grava l’onere di allegare, ossia dedurre tale violazione, mentre grava sul locatore la prova che gli incrementi del canone dovuti durante la locazione siano stati inizialmente convenuti come originario canone determinato per tutta la durata della locazione»(…) Il Collegio ritiene che debba darsi seguito all’indirizzo che riconosce univocamente «il potere delle parti del contratto di locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello di abitazione di determinare liberamente la misura del canone» e di farlo ricorrendo a più opzioni; vale a dire attraverso: 1) la pattuizione di un canone differenziato e crescente per frazioni successive di tempo; 2) il pagamento di rate predeterminate per ciascun segmento temporale; 3) il frazionamento dell’intera durata del contratto in periodi più brevi a ciascuno dei quali corrisponda un canone passibile di maggiorazione; 4) la correlazione dell’entità del rateo all’incidenza di elementi e fatti predeterminati influenti sull’equilibrio sinallagmatico; l’unico limite posto all’esercizio dell’autonomia privata è costituito dalla clausola [(…)che persegua il solo scopo di neutralizzare gli effetti della svalutazione monetaria, perché essa, eludendo i limiti imposti dalla L. n. 392 del 1978, art. 32, risulterebbe nulla ex art. 79 della medesima Legge (Cass. 10/11/2016, n. 22908);(…)Non può non riconoscersi che sia stato enunciato da questa Corte il principio, (...) secondo cui il patto che differenzia il canone ove non risulti vincolato ad elementi oggettivi e predeterminati, idonei a influire sull’equilibrio economico degli interessi contrattualmente disposti non possa che esprimere una sostanziale volontà elusiva del divieto stabilito dall’art. 32 cit., ai sensi del quale l’aggiornamento periodico del canone di una locazione commerciale non può avere luogo in termini quantitativamente superiori al 75% dell’indice dei prezzi al consumo (...); né che esso risulti discorde rispetto al principio (...)secondo cui la possibilità che il canone locativo degli immobili destinati per uso non abitativo sia concordato secondo misure contrattualmente stabilite e, quindi, differenziate nel loro importo, è espressione di una deroga eccezionalmente solo per le clausole di aggiornamento (...) Istat, con una disposizione che non può essere estesa, per analogia, alle altre clausole contrattuali volte ad incrementare, secondo la comune intenzione delle parti, il valore reale del corrispettivo per diverse e successive frazioni del medesimo rapporto e che debbono, pertanto, ritenersi valide a meno che non sia in concreto accertata la loro funzione elusiva del citato limite posto dall’art. 32 (Cass. n. 8883 del 19/08/1991); come è stato rilevato da parte ricorrente, il terreno su cui si misura la divergenza è quello del ruolo rivestito dal richiamo, operato dalle parti, ad elementi obiettivi e predeterminati, diversi e autonomi dalla

svalutazione monetaria, idonei a influire sull'equilibrio economico del piano contrattuale; per un indirizzo il richiamo, sempreché corrisponda ad un dato effettivo, acquisterebbe il significato e l'effetto giuridico di una condizione preliminare cui è subordinato il libero svolgimento della autonomia contrattuale; per l'altro, l'ancoraggio ad elementi obiettivi e predeterminati rappresenterebbe uno degli strumenti (...) atto a fornire una determinazione obiettiva, al momento della conclusione del contratto, dell'entità esatta degli oneri economici posti in nesso di corrispettività con la concessione in godimento dell'immobile locato (...). (...) Il problema delle locazioni commerciali era quello, connotato alla sua maggiore durata, che spingeva le parti ad anticipare le fluttuazioni dell'eventuale rischio di una riduzione futura del potere di acquisto della moneta; si pensi di fronteggiarlo concedendo ai contraenti di convenire (contestualmente alla stipulazione del contratto o successivamente) la variazione del canone secondo una percentuale ancorata all'indice Istat (...) Controindicazioni a quanto ora affermato non possono essere desunte dall'art. 32; e ciò, non tanto perché nel testo originario di quella norma la previsione che il canone fosse dovuto secondo misure (al plurale) contrattualmente stabilite lasciasse sottintendere che le misure stesse fossero anche differenziate nel loro importo; quanto e soprattutto perché il principio generale e immanente della libera determinazione convenzionale del canone locatizio (per immobili destinati ad uso non abitativo) soffre, attraverso quella disposizione, di una deroga eccezionale limitatamente alla valenza delle clausole di aggiornamento (...) Istat, la quale mai potrebbe essere estesa, per via di interpretazione analogica, al di fuori del predetto settore e con riferimento ad altre clausole contrattuali o a patti successivi volti a incrementare giusta la comune intenzione delle parti - il valore reale del corrispettivo nel corso del rapporto»: Cass. 12/11/2021, n.33884; (...) In materia di locazioni commerciali vige il principio della piena e incondizionata libertà delle parti di assicurare al locatore un corrispettivo crescente. (...) Ove non vi sia prova del perseguimento di tale intento elusivo, il patto di determinazione differenziata del canone per frazioni di tempo successive, così come il patto successivamente intercorso tra le parti al fine di modificare in aumento l'entità del canone, devono ritenersi comunque validi (Cass. 12/11/2021, n. 33884); (...) il fatto che la clausola contrattuale di variazione in aumento del canone prevedesse anche l'aggiornamento Istat costituiva la riprova che le parti non avevano inteso eludere i criteri di aggiornamento del canone ISTAT di cui all'art. 32 della l. 392/1978 e quindi non erano incorse nel divieto di pattuire *contra legem* (...) accredita la conclusione che, ricostruita attraverso l'interpretazione giudiziale dell'art. 4 del contratto di locazione, la volontà perseguita dalle parti fosse quella di valida libera determinazione del canone di locazione. (...)”

Il diritto di cronaca e di critica e la responsabilità civile del giornalista rispetto alle dichiarazioni rese dall'intervistato

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2022, n. 23166)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“6. (...) in tema di diffamazione a mezzo stampa, qualora la cronaca abbia ad oggetto il contenuto di un'intervista, il requisito della verità dei fatti deve essere apprezzato in relazione alla corrispondenza fra le dichiarazioni riportate dal giornalista e quelle effettivamente rese dall'intervistato. Ne discende che il giornalista non può essere chiamato a rispondere di quanto affermato dall'intervistato laddove non abbia manipolato od elaborato tali dichiarazioni, in modo da falsarne anche parzialmente il contenuto, sempreché ricorrano gli ulteriori requisiti dell'interesse pubblico alla diffusione dell'intervista e della contenenza, da intendersi rispettato per il sol fatto che il giornalista abbia riportato correttamente le dichiarazioni, a prescindere da qualsiasi valutazione sul loro contenuto (v. Cass. 23168/2014; si vedano nello stesso senso, nella giurisprudenza penale di questa Corte, Cass. 41013/2021, Cass., Sez. U., 37140/2001). 8.1. (...) A proposito dell'azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa la giurisprudenza di questa Corte, infatti, ha più volte chiarito che la ricostruzione storica dei fatti, la valutazione del contenuto degli scritti, la valutazione dell'esistenza o meno dell'esimente dell'esercizio dei diritti di cronaca e di critica costituiscono oggetto di accertamenti in fatto, riservati al giudice di merito ed insindacabili in sede di legittimità se sorretti da argomentata motivazione (Cass. 5811/2019, Cass. 6133/2018). 8.3. Se è pur vero che il diritto di critica non si concreta, come quello di cronaca, nella narrazione veritiera di fatti, ma si esprime in un giudizio che, come tale, non può che essere soggettivo e separato rispetto ai fatti stessi, resta comunque fermo che il fatto presupposto ed oggetto della critica deve corrispondere a verità, sia pure non assoluta, ma ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze oggettive, così come accade per il diritto di cronaca (Cass. 7847/2011). In altri termini, il diritto di critica non si concreta nella mera narrazione di fatti, ma si esprime in un giudizio avente carattere necessariamente soggettivo rispetto ai fatti stessi; tuttavia, per riconoscere efficacia esimente all'esercizio di tale diritto, occorre che il fatto presupposto ed oggetto della critica corrisponda a verità, sia pure non assoluta, ma – come già si è detto - ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze soggettive (Cass. 25420/2017) 8.4. È evidente, poi, che togliendo porzioni della complessiva realtà fattuale che si intende criticare si può alterare la veridicità della descrizione fattuale, nel caso in cui le parti tralasciate abbiano caratteristiche tali da compromettere il significato di quanto espressamente riferito. La ricostruzione parziale dei fatti, ove sia avvenuta omettendo di riferire circostanze capaci di attribuire a quanto narrato un senso del tutto diverso, influisce quindi sul carattere di veridicità del fatto presupposto ed oggetto della critica. Il che significa che la narrazione del fatto presupposto dalla critica, per corrispondere a verità, deve avvenire non solo riferendo circostanze in sé veridiche, ma anche avendo cura di non tralasciare ogni rilevante circostanza di contorno che sia, per sua natura, capace di alterare in maniera rilevante il significato della narrazione compiuta. Non è perciò corretto il procedere a una ricostruzione volontariamente distorta della realtà fattuale, omettendo ad arte porzioni di significativo rilievo con lo scopo di attirare l'attenzione negativa dei lettori sulla persona criticata (v. Cass. 6902/2012).

8.5 La giurisprudenza penale di questa Corte in materia di diffamazione a mezzo stampa ha ritenuto che il diritto di cronaca non ricorra quando si offre il resoconto di fatti distanti nel tempo, in relazione ai quali è legittimo pretendere un'attenta verifica di tutte le fonti disponibili, con la conseguenza che, laddove si dia conto di vicende giudiziarie, incombe l'obbligo di accertare e rappresentare compiutamente lo sviluppo degli esiti processuali delle stesse (Cass. 13941/2015). Il principio può essere mutuato rispetto alla narrazione del fatto presupposto ed oggetto del diritto di critica – che, come detto, si ispira ai medesimi principi regolatori del diritto di cronaca – con riguardo alla necessaria corrispondenza a verità della notizia di natura giudiziaria su cui l'opinione si fonda e all'obbligo di non tralasciare circostanze che possano influire in maniera rilevante sul significato di quanto narrato. **La necessaria corrispondenza a verità della notizia su cui l'opinione si fonda, laddove si dia conto di vicende giudiziarie risalenti nel tempo, comporta quindi l'obbligo di accertare e rappresentare compiutamente lo sviluppo degli esiti processuali delle stesse, ove tale sviluppo abbia un significativo rilievo nella rappresentazione della realtà fattuale, cosicché un riferimento selettivo ed incompleto delle sorti del procedimento giudiziario costituente il fatto presupposto della critica mina il fondamento del diritto esercitato e con esso la sua portata esimente. (...)**”

Nota a cura di
Giulia Nespolo

La questione prospettata dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I Civile, 25 luglio 2022, n. 23166, richiede l'analisi del rapporto tra il reato di diffamazione a mezzo stampa, la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica e la possibilità che sorga responsabilità civile in capo al giornalista che abbia riportato le dichiarazioni rese dall'intervistato. Ai fini di una completa analisi della sentenza in commento, appare opportuno procedere ad una breve disamina sulla vicenda in esame. In particolare, i giornalisti esercitavano correttamente il diritto di cronaca, poiché lo scritto riportava fedelmente e in modo imparziale un'intervista giornalistica resa dall'intervistato che presentava profili di interesse pubblico all'informazione. Orbene, chiariti i termini della vicenda, ai fini di un corretto inquadramento giuridico del caso di specie su cui si fonda la sentenza in esame, appare opportuno eseguire un'attenta disamina in ordine alle possibili fattispecie criminose integrate dai giornalisti con la loro condotta. In particolare, occorre analizzare il reato di diffamazione a mezzo stampa ex art. 595, comma 3, c. p. e la rilevanza del diritto di cronaca e di critica in merito all'applicabilità della scriminante dell'esercizio del diritto ex art. 51 c. p. Il reato di diffamazione a mezzo stampa si sostanzia nella condotta di offendere la reputazione altrui attraverso il mezzo di comunicazione della stampa. A tal proposito, il bene giuridico tutelato dal reato consiste nell'interesse a prestare tutela alla reputazione altrui. Quest'ultima, risulta meritevole di protezione costituzionale, atteso che la reputazione altrui rientra nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo ex art. 2 Cost. Per quanto concerne l'elemento oggettivo del reato, è rappresentato dalla condotta di offendere la reputazione altrui attraverso il mezzo di comunicazione della stampa. Essa costituisce una forma aggravata del reato di diffamazione, quindi devono sussistere gli ulteriori presupposti richiesti da tale delitto. Il reato in parola è considerato particolarmente lesivo, poiché tale mezzo di comunicazione per sua natura consente di raggiungere un numero elevato di persone, maggiore diffusività. Per quanto attiene all'elemento soggettivo del reato, è richiesto il dolo generico, ossia la coscienza e la volontà di offendere la reputazione altrui attraverso il mezzo di comunicazione della stampa. Alla stregua di quanto rammentato, in tale reato assume particolare rilevanza la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica. In ossequio alla libertà di manifestazione del pensiero tutelata a livello costituzionale ex art. 21 Cost., vengono considerate scriminanti della fattispecie in esame il diritto di cronaca e di critica, a condizione che siano rispettati canoni della notizia fornita,

verità dei fatti narrati, interesse pubblico all'informazione e continenza delle espressioni utilizzate. Nell'ipotesi in cui i giornali riferiscono fatti che ledono la reputazione altrui non ricorre il reato di diffamazione. Ciò posto, chiariti i termini in merito ai profili normativi del reato di diffamazione a mezzo stampa e dell'applicabilità della causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica, ai fini di una completa analisi della sentenza in commento, appare opportuno esaminare le peculiarità della responsabilità civile che sorge dal reato di diffamazione a mezzo stampa di natura non patrimoniale ex art. 2059 c. c. La responsabilità civile di natura non patrimoniale si sostanzia in tutti quei danni indicati tassativamente dalla legge e deve avere ad oggetto la lesione di un bene giuridico tutelato a livello costituzionale. Difatti, si ha oramai una lettura costituzionalmente orientata di tale danno. Per danno morale si intendono le affezioni fisiche anche di natura psichica cagionate dall'illecito. Il danno non patrimoniale inteso come danno morale, si inquadra nel sistema risarcitorio tripolare, che è incentrato sulle figure del danno biologico, del danno morale soggettivo e del danno patrimoniale. Il danno non patrimoniale va risarcito integralmente, senza duplicazioni. La lesione deve aver cagionato un pregiudizio serio. Ciò posto, è necessario procedere alla risoluzione della questione sottesa alla vicenda sottoposta al vaglio della sentenza in esame. Occorre valutare se il giornalista che riporti fedelmente in uno scritto le dichiarazioni rilasciate dall'intervistato, senza manipolarle in alcun modo, abbia esercitato correttamente il diritto di cronaca ex art. 51 c. p., ovvero abbia integrato il reato di diffamazione a mezzo stampa ex art. 595, comma 3, c. p. Peraltro, occorre verificare se, anche non integrando il suddetto reato, per effetto della lesione della reputazione altrui, sia comunque tenuto al risarcimento dei danni ex art. 2059 c. c. Sul punto, si è ritenuto che in tema di diffamazione a mezzo stampa, qualora la cronaca abbia ad oggetto il contenuto di un'intervista, il requisito della verità dei fatti deve essere apprezzato in relazione *alla corrispondenza fra le dichiarazioni riportate dal giornalista e quelle effettivamente rese dall'intervistato. Ne discende che il giornalista non può essere chiamato a rispondere di quanto affermato dall'intervistato laddove non abbia manipolato od elaborato tali dichiarazioni, in modo da falsarne anche parzialmente il contenuto, sempre che ricorrano gli ulteriori requisiti dell'interesse pubblico alla diffusione dell'intervista e della continenza, da intendersi rispettato per il sol fatto che il giornalista abbia riportato correttamente le dichiarazioni, a prescindere da qualsiasi valutazione sul contenuto* (Cons. in dir. 6., Cass. civ., Sez. I., sent. n. 23166/2022). Alla luce di tale fondamentale passaggio della sentenza in commento, il diritto di critica non si concreta nella mera narrazione di fatti, ma si esprime in un giudizio avente carattere necessariamente soggettivo rispetto ai fatti stessi. Tuttavia, al fine di riconoscere efficacia esimente all'esercizio di tale diritto, occorre che il fatto presupposto ed oggetto della critica corrisponda a verità, seppure non assoluta, ma ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze oggettive, così come accade per il diritto di cronaca. A seguito della sentenza cd. decalogo dei giornalisti è stato riconosciuto ai soggetti diffamati e lesi dal reato di diffamazione il diritto di tutelare la propria reputazione in sede civile, senza che sussista la necessità di avviare l'azione penale, portando tali soggetti a preferire l'azione civile rispetto a quella penale. Ai fini della risarcibilità dei danni conseguenti dal reato di diffamazione a mezzo stampa non è richiesto che la responsabilità dell'autore del fatto illecito sia stata accertata a seguito di un procedimento penale. L'onore e la reputazione che costituiscono diritti inviolabili della persona, la quale ha generato il reato di diffamazione a mezzo stampa, fa sorgere in capo all'offeso il diritto al risarcimento del danno, a prescindere dalla circostanza che il fatto lesivo integri o meno un reato. Ai fini risarcitori è del tutto irrilevante che il fatto sia stato commesso con dolo o colpa. Nell'ipotesi in cui il soggetto sia leso dal reato di diffamazione a mezzo stampa e agisca in sede civile, si deve accertare *incidenter tantum* la sussistenza della fattispecie penale del reato di diffamazione. Tale accertamento, a differenza che in sede penale, prescinde dalla sussistenza dell'elemento psicologico del dolo. In ambito civilistico, l'accertamento del reato di diffamazione avviene *incidenter tantum*. Nel caso in cui tale accertamento emerga anche in assenza di una condanna in sede penale, viene dichiarata la risarcibilità del danno di natura non patrimoniale ex art. 2059 c. c., derivante dal fatto illecito. A tal proposito, nel caso di specie, appare evidente che i

giornalisti abbiano riportato fedelmente nello scritto le dichiarazioni rilasciate dall'intervistato. In tal modo, i giornalisti, così operando, hanno esercitato il loro diritto di cronaca e di critica. Per tale ragione, gli stessi non rispondono delle dichiarazioni offensive riportate nello scritto e rilasciate dall'intervistato, non avendole manipolate in alcun modo. Tuttavia, i giornalisti saranno tenuti al risarcimento del danno nei confronti del soggetto che è stato lesa nella propria reputazione. Dunque, alla luce delle enunciazioni giurisprudenziali e delle superiori argomentazioni si deve concludere che i giornalisti, con la loro condotta, non abbiano integrato il reato di diffamazione a mezzo stampa ex art. 595, comma 3, c. p., in quanto scriminato dalla causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica ex art. 51 c. p. Tuttavia, i giornalisti, seppure ritenuti esenti dalla responsabilità penale, saranno tenuti a rispondere in sede civile per il medesimo fatto di diffamazione a mezzo stampa, rispondendo della responsabilità civile di natura non patrimoniale ex art. 2059 c. c. Difatti, la soluzione alla quale è addivenuta la sentenza in commento, è apparsa condivisibile, atteso che la stessa abbia attribuito rilevanza alla scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica anche per i giornalisti che riportino fedelmente in uno scritto le dichiarazioni rilasciate dall'intervistato, senza manipolarle in alcun modo, escludendo la responsabilità penale per il reato di diffamazione a mezzo stampa. In tale prospettiva, anche non essendovi stato l'accertamento della responsabilità in sede penale, si riconosce il risarcimento dei danni in sede civile, di natura non patrimoniale ex art. 2059 c. c. in favore della persona a cui è stata lesa la reputazione.

Responsabilità per diffamazione a mezzo stampa: criteri di individuazione e liquidazione del danno non patrimoniale

Argomento: Dei Fatti Illeciti

(Cass. Civ., Sez I, 25 luglio 2022, n. 23175)
stralcio a cura di Vito Quaglietta

“4. (...) in materia di diffamazione a mezzo stampa nonché dell’art. 2043 cod. civ., con riguardo alla legittimazione attiva, **5. (...) secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l’obbligo di risarcire il danno non patrimoniale causato da una diffamazione commessa col mezzo della stampa sorge non solo quando la persona diffamata sia nominata nello scritto, ma anche quando - pur non essendo nominata - sia chiaramente ed univocamente identificabile** (Cass. civ. Sez. III, n 16543 del 28 settembre 2012). In assenza di un’esplicita indicazione nominativa, quindi, assume rilevanza la possibilità di individuare il soggetto diffamato attraverso tutti gli elementi della fattispecie concreta (quali le circostanze narrate, oggettive e soggettive, i riferimenti personali e temporali e simili), desumibili anche da fonti informative di pubblico dominio al momento della diffusione della notizia offensiva diverse da quella della cui illiceità si tratta, se la situazione di fatto sia tale da consentire al pubblico di riconoscere con ragionevole certezza la persona alla quale la notizia è riferita (Cass. civ. Sez. III, n 8476 del 5 maggio 2020, Cass. civ. Sez. III, n 17207 del 27 agosto 2015). (...) posto che in materia di risarcimento del danno a causa di diffamazione a mezzo stampa la ricostruzione storica dei fatti, la valutazione del contenuto degli scritti e l’apprezzamento, in concreto, delle espressioni usate come lesive dell’altrui reputazione costituiscono accertamenti di fatto, riservati al giudice di merito ed insindacabili in sede di legittimità, se sorretti – come nel caso di specie - da adeguata motivazione, esente da vizi logici e da errori di diritto (Cass. civ. Sez. III, n. 5811 del 28 febbraio 2019, Cass. civ. Sez. III, n. 4543 del 15 febbraio 2019, Cass. civ. Sez. III, n. 6133 del 14 marzo 2018). (...)

6. (...) riguardo alla quantificazione del danno, 7. (...) la liquidazione del danno non patrimoniale causato da diffamazione a mezzo stampa va necessariamente operata con criteri equitativi, il ricorso ai quali è insito nella natura del danno e nella funzione del risarcimento, realizzato mediante la dazione di una somma di denaro compensativa di un pregiudizio di tipo non economico (Cass. civ. Sez. III, n. 25739 del 5 dicembre 2014). **La valutazione, necessariamente equitativa, operata al fine di liquidare il danno non patrimoniale causato da diffamazione a mezzo stampa non è poi censurabile in Cassazione, sempre che i criteri seguiti siano enunciati in motivazione e non siano manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza, ovvero l’esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o per difetto** (Cass. civ. Sez. III, n. 13153 del 25 maggio 2017).”

Applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori anche se solo pattuiti

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. I, 1 agosto 2022, n. 23857)
stralcio a cura di Giovanni Pagano

“(…) Con un unico motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione (…) per aver la Corte di appello escluso che il tasso moratorio usurario previsto contrattualmente non potesse travolgere anche il tasso corrispettivo. Il motivo (…) è comunque infondato. Come ritenuto dalle Sezioni Unite di questa Corte "la disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria dovuta in relazione al contratto, si applica anche agli interessi moratori, la cui mancata ricomprensione nell'ambito del Tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui alla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali; ne consegue che, in quest'ultimo caso, il tasso-soglia sarà dato dal T.e.g.m., incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dall'art. 2, comma 4, mentre invece, laddove i decreti ministeriali non rechino l'indicazione della suddetta maggiorazione media, la comparazione andrà effettuata tra il Tasso effettivo globale (T.e.g.) del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori, e il T.e.g.m. così come rilevato nei suddetti decreti (Cass. sez. Un. 19597/2020). La regola della usura vale dunque anche per gli interessi di mora.

Inoltre, essa vale sol che gli interessi vengano pattuiti, in quanto l'art. 644 c.p. qualifica come illecita la condotta di chi si fa dare, sì, ma anche semplicemente promettere, interessi a tasso usurario; senza considerare che la sanzione della nullità mira a tutelare il debitore, e sarebbe vanificata se costui potesse agire per la nullità della clausola solo dopo aver corrisposto gli interessi e dunque dopo averla attuata adempiendovi. (...) affermato che anche la mera pattuizione di interessi moratori a tasso di usura è nulla, è infondato il motivo nella parte in cui asserisce che tale nullità si estende agli interessi corrispettivi. Anche su questo punto è sufficiente richiamare la regola fissata dalle già citate Sezioni Unite secondo cui "dall'accertamento dell'usura discende l'applicazione dell'art. 1815 c.c., comma 2, di modo che gli interessi moratori non sono dovuti nella misura (usura) pattuita, bensì in quella dei corrispettivi lecitamente convenuti, in applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1; (Cass. sez. Un. 19597/2020; 2021 nr 12964). La Corte di merito si è attenuta a tali principi escludendo che l'accertato superamento del tasso soglia relativamente agli interessi moratori (...) potesse spiegare un qualche effetto sugli interessi corrispettivi sottraendosi così alla critica che le è stata mossa. (...)”

La forma scritta del contratto di vendita non è integrata dalla quietanza di pagamento

Argomento: Del contratto di compravendita

(Cass. Civ., Sez. II, 4 agosto 2022, n. 24238)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) la procura speciale necessaria per introdurre il giudizio di legittimità non è sottoposta a rigorosi vincoli formalistici, in quanto la sua specificità emerge ex se dalla giustapposizione all’atto cui essa si riferisce. «La procura al difensore apposta a margine o in calce al ricorso per cassazione o anche su un foglio separato ma congiunto materialmente al ricorso, è, per sua natura, speciale e non richiede alcuno specifico riferimento al processo in corso, sicché è irrilevante la mancanza di un espresso richiamo al giudizio di legittimità ovvero che la formula adottata faccia cenno a poteri e facoltà solitamente rapportabili al procedimento di merito» (Cass. n. 9935/2022).(…) secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte i documenti scritti costituenti quietanza di pagamento non integrano validamente il requisito della forma scritta di un contratto di vendita, non essendo idonei a manifestare la volontà traslativa delle parti. Del resto, secondo un consolidato orientamento, «nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di beni immobili, ad integrare l'atto scritto, richiesto "ad substantiam", non è sufficiente un qualsiasi documento, ma occorre che questo contenga la manifestazione di volontà di concludere il contratto e sia posto in essere dalle parti al fine specifico di esprimere tale volontà. Ne consegue che non vale ad integrare la necessaria forma scritta una dichiarazione di quietanza, la quale dà la prova dell'avvenuto pagamento, ma non pone in essere il contratto, presupponendone, invece, l'esistenza» (Cass., ord. n. 10846/2019; Cass., 5158/2012; ancor prima Cass., n. 10649/1994). Ancor più in generale, l'atto traslativo, per considerarsi propriamente tale, deve tanto esprimere la volontà traslativa delle parti quanto essere specificamente posto in essere al fine di manifestare la stessa: «l'atto scritto, richiesto dalla legge "ad substantiam" e non "ad probationem" per la validità dei negozi definitivi e preliminari di vendita di immobili o di quota di immobili, deve essere rappresentato non da un qualsiasi documento, da cui risulti la precedente stipulazione, ma da uno scritto che contenga la manifestazione della volontà di concludere il contratto e che sia posto in essere al fine specifico di manifestare tale volontà [...]» (Cass., n. 25424/2013; nel caso di specie è stato ritenuto che “non soddisfa l'esigenza del combinato disposto degli artt. 1350 e 1351 cod. civ., secondo cui i contratti preliminari di vendita di beni immobili debbono essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata a pena di nullità, l'attestazione di pagamento sottoscritta dall' "accipiens" e dal "solvens", e concernente somma corrisposta in esecuzione di un patto negoziale di cui si presuppone la futura stipula senza che ne sia documentata la giuridica esistenza nella sola forma valida richiesta dalla legge”). (….) ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., nel testo introdotto dalla legge n. 134 del 2012, il vizio denunciabile è limitato all'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione fra le parti, essendo stata così sostituita la precedente formulazione (omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio). La riformulazione dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione. Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata (a prescindere dal confronto con le risultanze processuali). Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella “motivazione apparente”, nel "contrasto irriducibile tra affermazioni

inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione (cfr. S.U. 8053/2014). Pertanto, non possono essere sollevate doglianze per censurare, ai sensi dell'art. 360 n. 5 citato, la correttezza logica del percorso argomentativo della sentenza, a meno che non sia denunciato come incomprensibile il ragionamento ovvero che la contraddittorietà delle argomentazioni si risolva nella assenza o apparenza della motivazione (in tal caso, il vizio è deducibile quale violazione della legge processuale ex art. 132 c.p.c.). (...) Secondo la giurisprudenza di questa Corte, «l'erronea indicazione della norma processuale violata nella rubrica del motivo non determina "ex se" l'inammissibilità di questo se la Corte possa agevolmente procedere alla corretta qualificazione giuridica del vizio denunciato sulla base delle argomentazioni giuridiche ed in fatto svolte dal ricorrente a fondamento della censura, in quanto la configurazione formale della rubrica del motivo non ha contenuto vincolante, ma è solo l'esposizione delle ragioni di diritto della impugnazione che chiarisce e qualifica, sotto il profilo giuridico, il contenuto della censura» (Cass., ord. n. 12690/2018). (...) (...) per costante giurisprudenza (Sez. 2, 4 ottobre 2011, n. 20311; Sez. 1, 20 settembre 2013, n. 21612), ad integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia non basta la mancanza di un'espressa statuizione del giudice, ma è necessario che sia stato completamente omesso il provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto: ciò non si verifica quando la decisione adottata comporti la reiezione della pretesa fatta valere dalla parte, anche se manchi in proposito una specifica argomentazione, dovendo ravvisarsi una statuizione implicita di rigetto quando la pretesa avanzata col capo di domanda non espressamente esaminato risulti incompatibile con l'impostazione logicogiuridica della pronuncia. Il principio è stato ribadito anche recentemente da questa stessa sezione: «Il giudice non è tenuto ad occuparsi espressamente e singolarmente di ogni allegazione, prospettazione ed argomentazione delle parti, risultando necessario e sufficiente, in base all'art. 132, n. 4, c.p.c., che esponga, in maniera concisa, gli elementi in fatto ed in diritto posti a fondamento della sua decisione, e dovendo ritenersi per implicito disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con l'iter argomentativo seguito. Ne consegue che il vizio di omessa pronuncia - configurabile allorché risulti completamente omesso il provvedimento del giudice indispensabile per la soluzione del caso concreto - non ricorre nel caso in cui, seppure manchi una specifica argomentazione, la decisione adottata in contrasto con la pretesa fatta valere dalla parte ne comporti il rigetto» (Cass., ord. n. 12652/2020). (...) «Le mere difese, volte a contrastare genericamente le avverse pretese senza tradursi nell'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo rispetto alle stesse, non sono precluse, ancorché "nuove", in appello poiché esse non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 345, comma 2, c.p.c. che vieta espressamente la proposizione delle sole nuove eccezioni in senso proprio, ossia quelle non rilevabili d'ufficio, e non, indistintamente, tutte le difese comunque svolte dalle parti» (Cass., ord. n. 23796/2018; cfr. anche Cass., ord. n. 14515/2019; Cass., n. 15211/2005). (...)"

Attribuzione testamentaria di beni determinati: legato o successione universale?

Argomento: Delle Successioni

(Cass. Civ., Sez. II, 5 agosto 2022, n. 24310)
stralcio a cura di Giulia Solenni

“1. (...) Di fronte all'attribuzione testamentaria di beni determinati occorre vedere quale sia stata la intenzione del testatore, se di attribuire quei beni e soltanto quelli come beni determinati e singoli, ed allora si avrà successione a titolo particolare o legato, ovvero se, pur indicando nominativamente quei beni, il testatore abbia inteso lasciarli quale quota del suo patrimonio, ed allora si avrà successione a titolo universale e istituzione di erede (Cass. n. 6125/2020; n. 24163/2013). Trattasi comunque di una *quaestio voluntatis*, che va esaminata dal giudice di merito in base ai canoni ermeneutici fondamentali (Cass. n. 5773/1980). È certamente ammesso il ricorso a qualunque mezzo utile ai fini della ricostruzione della volontà del testatore (Cass. n. 4582/1980); si deve tuttavia convenire con chi suggerisce un'applicazione ermeneutica rigorosa della disposizione (cfr. Cass. n. 42121/2021; n. 5625/1985; n. 3304/1981; n. 3452/1973). Il carattere universale della disposizione potrà essere riconosciuto solo qualora, dopo attento esame di tutto il complesso delle disposizioni testamentarie, resti accertata l'intenzione del testatore di considerare i beni assegnati come una quota della universalità del suo patrimonio (Cass. n. 5414/1978). Si osserva giustamente che può esservi istituzione *ex re certa* anche se questa non costituisce una quota rilevante del patrimonio del testatore 1.2. In materia di istituzione *ex re certa* uno dei problemi maggiormente dibattuti attiene alla destinazione dei cespiti dei quali il testatore non abbia espressamente disposto, o perché da lui ignorati, o perché da lui volontariamente taciuti o, ancora, perché sopravvenuti al momento della confezione del testamento. La giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito in passato che *l'istitutio ex re certa* vale a determinare la quota dell'istituito, non già ad attribuirgli la qualità di unico erede (Cass. n. 737/1963). La possibilità del concorso fra l'istituito *ex re* e l'erede legittimo è stata in tempi recenti riconosciuta da Cass. n. 17868/2019. È stato precisato che **in mancanza di una manifestazione contraria all'apertura della successione legittima, i beni consapevolmente esclusi sono attribuiti al chiamato *ex lege* (arg. ex art. 734 c.c.)**. La quota dell'istituito *ex re* è determinata, perciò, in base al rapporto fra le cose attribuite e il valore globale dei beni che il testatore sapeva di possedere in quel dato momento, tenuto conto anche di quelli non contemplati nel testamento. Nella quota differenziale, formata dalle altre cose dell'asse, succede l'erede legittimo; nella stessa proporzione, in forza della virtù espansiva che costituisce connotato essenziale della vocazione a titolo universale, si ripartiranno fra erede testamentario e legittimo i beni ignorati dal testatore o sopravvenuti dopo la confezione della scheda (Cass. n. 9487/2021). Nella giurisprudenza della Corte di cassazione, è stato talvolta affermato un principio, apparentemente diverso da quello recepito dalla giurisprudenza più recente, che sembra negare, in termini assoluti, la possibilità del concorso fra l'erede legittimo e l'istituito *ex re*, che sarebbe l'unico erede in virtù della forza espansiva implicita nel riconoscimento della qualifica ereditaria (Cass., S.U., n. 17122/2018; n. 12158/2015). In verità, come recentemente chiarito da Cass. n. 42121 del 2021, nei casi definiti da quelle pronunce l'esclusione della concorrente apertura della successione legittima si sarebbe giustificata pure in base alla tesi, fatta propria dalla recente giurisprudenza di legittimità, in base alla quale deve ammettersi la possibilità del concorso fra successione legittima e successione testamentaria anche in caso di istituzione ai sensi dell'art. 588, comma 2, c.c. 1.3. Il connotato essenziale della istituzione *ex re certa* non va ricercato nell'implicita volontà del testatore di attribuire all'istituito la totalità dei beni di cui egli avrebbe potuto disporre al momento della confezione

del testamento, ma nell'assegnazione del bene determinato o del complesso di beni come quota del suo patrimonio (Cass. n. 42121/2021). Ciò che è essenziale ai fini del riconoscimento del carattere universale della disposizione, piuttosto, è la possibilità di una partecipazione anche dell'erede istituito *ex re* anche all'acquisto di altri beni e quindi la sua attitudine a raccogliarli in proporzione della sua quota, da determinarsi in concreto attraverso il rapporto proporzionale tra il valore delle *res certae* attribuite e il valore dell'intero asse (Cass. n. 5773/1980; n. 2050/1976; n. 1368/1971). Se non vi è quella attitudine, ma l'acquisto è limitato esclusivamente a beni determinati, il chiamato, anche se designato erede, non può che essere considerato legatario (Cass. n. 42121/2021) 1.4. Conseguenza da quanto sopra che, in materia di interpretazione di una disposizione testamentaria di uno o più beni determinati, l'indagine, sulla composizione del patrimonio del testatore al momento della formazione della scheda, è rilevante ad ampio raggio, non solo per stabilire se la disposizione sia legato o istituzione di erede, ma, in ipotesi risoltasi la questione interpretativa nel senso della istituzione *ex re*, al fine di stabilire se ci siano i presupposti del concorso dell'erede istituito con l'erede legittimo. (...) 1.6 (...) Il giudice, chiamato a qualificare una disposizione testamentaria come eredità o legato, o chiamato a stabilire se la disposizione, in ipotesi considerata istituzione *ex re*, esaurisca o meno l'asse tenuto presente dal testatore, non potrebbe espungere dall'indagine i beni in ipotesi acquistati prima del testamento, soltanto perché non ancora intavolati (...)"

Nota a cura di
Ida Faiella

La sentenza in commento verte su una successione testamentaria a seguito della quale la *de cuius* disponeva dei propri beni, dichiarando di volere lasciare in eredità al coniuge la parte di sua proprietà, di determinati immobili. La causa è stata promossa dal fratello della *de cuius* il quale ha rivendicato la sua qualità di erede legittimo in concorso con il coniuge superstite. Nelle more, il coniuge superstite aveva ottenuto dal Tribunale di Gorizia un certificato di eredità nel quale si assumeva che fosse l'unico erede della moglie, di conseguenza tanto il Tribunale quanto la Corte di Appello hanno confermato il certificato di eredità rilasciato dal Tribunale di Gorizia. La Suprema Corte, con la Sentenza in commento, si è soffermata sull'istituzione *ex re certa* ossia sulla possibilità per il testatore di effettuare una chiamata ereditaria omettendo la determinazione di una quota patrimoniale ed indicando meramente i singoli beni che andranno a costituire il lascito ereditario.

Il caso di specie, se pur apparentemente semplice, solleva, in realtà, una questione estremamente complessa e delicata: per potersi avere l'istituzione *ex re certa* è necessario porre in essere un'attenta interpretazione della disposizione testamentaria, individuando l'esatta volontà del testatore e distinguendo tra la mera attribuzione del bene determinato costituente legato e la volontà dello stesso di voler "lasciare" quel determinato bene quale quota del suo patrimonio, costituendosi in tal caso una successione a titolo universale e quindi istituzione di erede (si v. Cass. n. 6125/2020; n. 24163/2013).

Orbene, il criterio cardine che permette la distinzione tra un legato ed un'istitutio di erede è enucleato dall'art. 588, comma 2, c.c. il quale prevede che "*l'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio*"; per poter incardinare le disposizioni testamentarie in uno o nell'altro genere, ossia titolo universale o particolare, occorre verificare se esse comprendano l'universalità o una quota dei beni ereditari. La parte conclusiva del testo cede rispetto alla funzione dal momento che assume rilevanza primaria il contenuto della disposizione testamentaria^[1], ossia il fatto che essa comprenda l'universalità o una quota^[2] dei beni del testatore.

Per una distinzione degli istituti è quindi indispensabile il concetto di quota, nel momento in cui il testatore attribuisce l'universalità del patrimonio o di una quota dello stesso vi sarà indubbiamente

l'istituzione ex re, diversamente, l'attribuzione di un bene determinato costituirà legato, di tal guisa l'assegnazione del bene o del complesso dei beni al beneficiario avrà come conseguenza "naturale" la determinazione della quota ereditaria.

Scopo dell'indagine sulla volontà del testatore è quello di verificare se, nonostante l'attribuzione di beni determinati, egli abbia inteso mantenere fermo il concetto di quota, considerando quei beni in rapporto al complesso del patrimonio (composto non soltanto dai beni menzionati nel testamento ma anche quelli di cui il testatore non abbia disposto). L'attività esegetica non può certo limitarsi ad una ricostruzione della volontà del testatore attenendosi meramente al testo, sarà altresì necessario valutare il contesto che lo circonda e lo influenza.

In conformità con l'orientamento dottrinario la Sentenza in commento statuisce che *"Di fronte all'attribuzione testamentaria di beni determinati occorre vedere quale sia stata la intenzione del testatore, se di attribuire quei beni e soltanto quelli come beni determinati e singoli, ed allora si avrà successione a titolo particolare o legato, ovvero se, pur indicando nominativamente quei beni, il testatore abbia inteso lasciarli quale quota del suo patrimonio, ed allora si avrà successione a titolo universale e istituzione di erede (Cass. n. 6125/2020; n. 24163/2013). Trattasi comunque di una quaestio voluntatis, che va esaminata dal giudice di merito in base ai canoni ermeneutici fondamentali (Cass. n. 5773/1980). E' certamente ammesso il ricorso a qualunque mezzo utile ai fini della ricostruzione della volontà del testatore (Cass. n. 4582/1980); si deve tuttavia convenire con chi suggerisce un'applicazione ermeneutica rigorosa della disposizione (cfr. Cass. n. 42121/2021; n. 5625/1985; n. 3304/1981; n. 3452/1973). Il carattere universale della disposizione potrà essere riconosciuto solo qualora, dopo attento esame di tutto il complesso delle disposizioni testamentarie, resti accertata l'intenzione del testatore di considerare i beni assegnati come una quota della universalità del suo patrimonio (Cass. n. 5414/1978). Si osserva giustamente che può esservi istituzione ex re certa anche se questa non costituisce una quota rilevante del patrimonio del testatore (Cass. n. 1029/1971)."*

La questione in questa sede analizzata è stata oggetto di numerose statuizioni da parte degli Ermellini, nell'ordine si possono segnalare le seguenti: Cass. Civ. 10 ottobre 2012 n. 17266 sul criterio di distinzione tra legato ed istituzione ex re certa; Cass. Civ. 25 ottobre 2013, n. 24163 anch'essa incentrata sul criterio interpretativo distintivo la quale precisa che si è in presenza di un apprezzamento di fatto, riservato ai giudici del merito e, quindi, incensurabile in cassazione, se congruamente motivato; ed ancora Cass. Civ., SS.UU., 28 giugno 2018, n. 17122, che affrontando il tema del rapporto tra *is ex re* e successione legale, apre lo sbocco dell'apertura della successione legale sui beni non compresi nei lasciti. Da ultimo, con la sentenza della Cass. Sez. II del 31/12/2021, n. 42121, la Suprema Corte oltre a ribadire l'importanza della valutazione dell'intenzione del testatore richiama altresì la possibilità del concorso tra l'istituto ex re e l'erede legittimo.

Una volta determinata la quota, il problema, non poco frequente, sorge allorché il *de cuius* (come nel caso *de quo*) non abbia disposto di tutti i suoi beni. Sul punto si è a lungo interrogata la dottrina, giungendo a conclusioni differenti.

Una parte della dottrina ha ritenuto di dover escludere l'ipotesi di attribuzione all'istituto *ex re certa* di tutti quei beni di cui il *de cuius* non abbia disposto, ritenendo che questi ultimi debbano essere assegnati esclusivamente agli eredi legittimi; d'altro canto, tesi diametralmente opposta ritiene che tutti i beni debbano essere assegnati all'istituto *ex re*, immaginandolo come erede universale. Quest'ultima tesi, come è noto, ha forgiato le decisioni della Cassazione (si vedano le sentenze Cass. Civ. 11 giugno 2015, n. 12158 e Cass. Civ., SS.UU., 28 giugno 2018, n. 17122).

Orbene, da siffatta interpretazione si scosta notevolmente la più recente giurisprudenza, come nel caso *de quo*, infatti, nel momento in cui il testatore assegna un determinato bene (quota) del suo patrimonio, è innegabile che per l'assegnazione dei restanti beni si apra la successione legittima.

Il problema della tesi che esclude l'istituto *ex re* dal riparto dei beni residui è duplice, da un lato si andrebbe a disattendere la volontà del testatore di considerare quegli stessi beni quale quota del patrimonio, limitando l'istituto all'acquisto esclusivo del bene assegnatogli (estromettendolo, quindi, dall'acquisto della quota di patrimonio realmente spettantegli); dall'altro si potrebbe

incorrere in un'errata interpretazione del testamento violando la norma interpretativa precedentemente introdotta.

Ebbene, volendo partire dalla più ampia definizione di eredità quale insieme di tutti i diritti ed obblighi (quindi rapporti giuridici attivi e passivi) è evidente che limitare l'acquisto di un solo determinato bene, e non della quota, in capo all'istituito *ex re* costituirebbe una violazione del concetto di eredità stessa, ed ecco quindi il plasmarsi dell'ormai acclarato principio del concorso del successore legittimo con il chiamato *ex re certa*. Infatti, la Suprema Corte, nella sentenza in commento così argomenta: *“La giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito in passato che l'institutio ex re certa vale a determinare la quota dell'istituito, non già ad attribuirgli la qualità di unico erede (Cass. n. 737/1963). La possibilità del concorso fra l'istituito ex re e l'erede legittimo è stata in tempi recenti riconosciuta da Cass. n. 17868/2019. E' stato precisato che in mancanza di una manifestazione contraria all'apertura della successione legittima, i beni consapevolmente esclusi sono attribuiti al chiamato ex lege. (arg. ex art. 734 c.c.). La quota dell'istituito ex re è determinata, perciò, in base al rapporto fra le cose attribuite e il valore globale dei beni che il testatore sapeva di possedere in quel dato momento, tenuto conto anche di quelli non contemplati nel testamento. Nella quota differenziale, formata dalle altre cose dell'asse, succede l'erede legittimo; nella stessa proporzione, in forza della virtù espansiva che costituisce connotato essenziale della vocazione a titolo universale, si ripartiranno fra erede testamentario e legittimo i beni ignorati dal testatore o sopravvenuti dopo la confezione della scheda (Cass. n. 9487/2021).”*

Alla luce delle predette osservazioni, possiamo concludere che, a seguito di un lungo percorso dottrinario e giurisprudenziale, la Suprema Corte ha finalmente chiarito una questione tanto artificiosa quanto delicata, superando l'orientamento precedente che escludeva a priori il concorso tra l'istituzione *ex re certa* e la successione legale.

[1] G. Amadio, L'oggetto della disposizione testamentaria, cit., 899.

[2] L. Coviello, L'istituzione di erede ed il lascito di beni determinati, in Foro it., 1931, I, 1, 1157 ss.

Contratto preliminare di compravendita: integra inadempimento del promittente alienante la mancata consegna o rilascio del certificato di abitabilità

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 5 agosto 2022, n. 24317)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…)1.- Con il primo motivo il ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 1477, terzo comma, 1460 c.c. e 115 c.p.c., per avere la Corte d'appello escluso che il certificato di agibilità o abitabilità fosse requisito essenziale dell'immobile, con l'effetto che, contrariamente all'assunto della pronuncia impugnata, qualora il promittente venditore non lo avesse consegnato, il promissario acquirente avrebbe potuto rifiutare la stipula del definitivo, senza che la mera conoscenza dell'insussistenza di detta attestazione, al momento del rogito, valesse a negare l'inadempimento del promittente alienante per consegna di *aliud pro alio*. (...)”

1.1.- Il motivo è fondato.(...) 1.2.- E ciò perché, in tema di contratto preliminare di compravendita immobiliare, la mancata consegna o il mancato rilascio del certificato di abitabilità (o agibilità), pur non incidendo sul piano della validità del contratto, integra però un inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio*, adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 c.c., o come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, salvo che quest'ultimo non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o comunque esonerato il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 19749 del 22/09/2020; Sez. 6-2, Ordinanza n. 12324 del 23/06/2020; Sez. 6-2, Ordinanza n. 10665 del 05/06/2020; Sez. 2, Ordinanza n. 23265 del 18/09/2019). Sicché il rifiuto del promissario acquirente di stipulare la compravendita definitiva di un immobile privo del certificato di abitabilità o di agibilità, pur se il mancato rilascio dipenda da inerzia del Comune - nei cui confronti, peraltro, è obbligato ad attivarsi il promittente venditore - è giustificato, poiché il predetto certificato è essenziale, avendo l'acquirente interesse ad ottenere la proprietà di un immobile idoneo ad assolvere la funzione economico-sociale nonché a soddisfare i bisogni che inducono all'acquisto, cioè la fruibilità e la commerciabilità del bene (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2196 del 30/01/2020; Sez. 2, Sentenza n. 10820 del 11/05/2009; Sez. 2, Sentenza n. 15969 del 19/12/2000).

1.3.- Né a tale conclusione può derogarsi in ragione dell'asserita conoscenza, a cura del promissario acquirente, del difetto di tale attestazione. E tanto in quanto se, per un verso, l'eccezione di inadempimento basata sulla mancanza del certificato di abitabilità dell'immobile non può essere proposta qualora risulti che il promissario acquirente era a conoscenza di tale situazione, per altro verso, il presupposto dell'obbligo che l'art. 1477, ultimo comma, c.c. pone a carico del venditore (e non del promittente venditore), in ordine alla consegna dei documenti relativi all'uso della cosa venduta, è che tali documenti siano necessari all'uso della medesima e si trovino in possesso del venditore, il quale, in caso negativo, dovrà comunque curarne la formazione al momento della conclusione del contratto, sicché, in caso di preventiva conclusione del contratto preliminare, è necessario che tali documenti siano acquisiti e consegnati al promissario acquirente all'atto della stipula del contratto definitivo di vendita (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 20426 del 02/08/2018; Sez. 2, Sentenza n. 25427 del 12/11/2013; Sez. 2, Sentenza n. 16024 del 14/11/2002). (...)”

2.- Con il secondo motivo il ricorrente prospetta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 1490, 1491, 1492, 1497, 1460 e 1465 c.c., per avere la Corte territoriale respinto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare di vendita e la contestuale domanda di riduzione del prezzo pattuito nel preliminare nonché di risarcimento del danno subito (...). Ad avviso della consolidata giurisprudenza di legittimità, **nel contratto preliminare di compravendita, qualora la cosa pattuita risulti difforme o alterata o presenti comunque vizi, il promittente acquirente può, in sede di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, domandare, oltre alla sentenza di cui all'art. 2932 c.c., la riduzione del prezzo pattuito o in alternativa la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi; l'ammissibilità di tali rimedi di carattere generale, previsti per i contratti sinallagmatici, discende dalla violazione dell'impegno traslativo assunto dal promittente venditore col preliminare**, costituente la sola fonte dei diritti e degli obblighi contrattuali delle parti, la quale esige che il bene oggetto del contratto sia trasferito in conformità alle previsioni e senza vizi (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 3855 del 26/02/2016; Sez. 2, Sentenza n. 19984 del 30/08/2013; Sez. 2, Sentenza n. 1562 del 26/01/2010; Sez. 2, Sentenza n. 26943 del 15/12/2006; Sez. 2, Sentenza n. 9636 del 16/07/2001). (...) Infatti, in tema di garanzia della cosa venduta, qualora ricorrano i presupposti richiesti dall'art. 1490 c.c. (inidoneità della cosa all'uso cui è destinata o apprezzabile diminuzione del suo valore), il compratore ha la facoltà di scegliere liberamente fra la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo, prescindendo dal minore o maggior grado di gravità del vizio denunciato. E tanto perché la regolamentazione della garanzia per i vizi nella vendita inserisce una disciplina della materia completa e non integrabile con le regole dell'art. 1455 c.c. sull'importanza dell'inadempimento (...) In questa sede si aderisce all'indirizzo prevalente, secondo cui i presupposti indicati dall'art. 1490 c.c., affinché possa essere fatta valere la garanzia speciale per i vizi, sono suppletivi - e non già integrativi - rispetto al presupposto generale dell'azione di risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1455 c.c. (...). Per converso, in spregio a tali precetti, il Giudice del gravame ha escluso l'operatività della garanzia sulla scorta di una valutazione basata sulla gravità dei vizi in relazione alla sola utilizzabilità del bene, senza sondarne l'incidenza in sé - ossia a prescindere dalla gravità comparata ex art. 1455 c.c. - sulla diminuzione in modo apprezzabile del valore. (...) La sentenza impugnata va cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Napoli, in diversa composizione, che deciderà uniformandosi ai principi di diritto enunciati e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche alla pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione. (...)"

Contratto preliminare: non è vessatoria la clausola che subordina l'efficacia della pattuizione ad un evento futuro e incerto

Argomento: Delle Obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 5 agosto 2022, n. 24318)
stralcio a cura di Giulia Solenni

"(...) 7.3 (...) il riconoscimento, in favore di una delle parti, dello *ius poenitendi*, ai sensi dell'art. 1373 c.c., inserisce nel contratto un diritto potestativo di sciogliersi *ad nutum* dal negozio, attraverso una semplice manifestazione di volontà da comunicare alla controparte. Tale evenienza è, per definizione, ontologicamente diversa dalla previsione secondo cui l'efficacia del negozio è subordinata (in via sospensiva o in via risolutiva) alla verifica di un avvenimento futuro e incerto. Sicché è intrinsecamente contraddittoria la qualificazione in termini di recesso di una previsione contrattuale che subordini lo scioglimento del negozio alla mancata verifica di un determinato evento ad una certa data. In proposito, si osserva che la pattuizione, inserita in un preliminare di vendita immobiliare, che preveda la risoluzione *ipso iure* qualora – con riferimento al bene, che ne costituisce l'oggetto (nella fattispecie in una vendita di appartamenti facenti parte di un fabbricato da costruire) - non vengano rilasciati i permessi a costruire entro una determinata data, per fatto non dipendente dalla volontà delle parti, deve qualificarsi come condizione risolutiva propria, determinando l'effetto risolutivo di quel contratto, evidentemente consistente nella sua sopravvenuta inefficacia, in conseguenza dell'avverarsi di un evento estraneo alla volontà dei contraenti (sebbene specificamente dedotto pattiziamente) nonché dello spirare del termine, pure ritenuto nel loro interesse comune. Ne discende che dal tenore testuale della clausola emerge che la statuizione sull'efficacia del negozio contemplata dall'art. 10 del preliminare dovesse essere ancorata, non già ad una facoltà del predisponente di sciogliersi unilateralmente dal contratto con efficacia *ex nunc*, bensì ad un avvenimento futuro e incerto con efficacia *ex tunc*. Difettando qualsiasi riferimento ad una potestà di sciogliersi dal contratto ove ricorra una determinata condizione - ed essendo, per converso, previsto che il preliminare non abbia efficacia qualora la condizione stabilita non si verifichi entro la data indicata -, neanche può ritenersi che si tratti dell'attribuzione ad una delle parti della facoltà di recesso subordinata ad un avvenimento futuro ed incerto (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2873 del 19/05/1979). Tanto più che la clausola con la quale si attribuisce ad uno o ad entrambi i contraenti la facoltà di recesso ex art. 1373 c.c., siccome derogativa al principio generale per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti, pur non richiedendo alcuna formula sacramentale, deve essere sempre redatta in termini inequivoci, tali da non lasciare alcun dubbio circa la volontà dei contraenti di inserirla nel negozio da loro sottoscritto. Dubbi che, per quanto anzidetto, ricorrono nel caso in disputa, così da escludere la sua qualificazione giuridica in termini di recesso convenzionale. 7.4 (...) il procedimento ermeneutico volto all'accertamento della esatta qualificazione giuridica di un negozio consta di una duplicità di fasi consistenti, la prima, nella individuazione ed interpretazione della comune volontà dei contraenti, la seconda, nell'inquadramento della fattispecie negoziale nello schema legale paradigmatico corrispondente agli elementi (in precedenza individuati) che ne caratterizzano la esistenza giuridica: mentre le operazioni ermeneutiche attinenti alla prima fase costituiscono espressione dell'attività tipica del giudizio di merito, il cui risultato, concretandosi in un accertamento di fatto, non è sindacabile in sede di legittimità (salvo il limite della inadeguatezza della motivazione e della patente violazione delle regole codicistiche di interpretazione), quelle relative alla seconda possono formare oggetto di verifica e di riscontro in sede di legittimità in ordine

sia alla descrizione del modello tipico della fattispecie giuridica, sia alla rilevanza qualificante gli elementi di fatto emergenti dalla fattispecie concreta, sia, infine, alla individuazione delle implicazioni effettuali conseguenti alla sussunzione di quest'ultima nel paradigma normativo. 7.5.- Il descritto approdo esegetico esclude in radice che si rientri nell'ambito delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, secondo comma, c.c., non solo con riguardo all'ipotizzata previsione di un diritto di recesso - in realtà non prospettato dalla clausola -, ma anche con riferimento all'esclusione del diritto al risarcimento dei danni in favore del promissario acquirente ove il preliminare si fosse sciolto per il mancato avveramento dell'evento futuro e incerto entro la data indicata, appunto perché tale precisazione costituiva un mero corollario dello scioglimento del negozio all'esito del mancato avveramento dell'evento. (...)"

Nota a cura di
Vito Quaglietta

In data 5 agosto 2022, la II Sezione civile della Corte di Cassazione, ha emesso l'ordinanza n. 24318, risolvendo l'annosa questione relativa all'inquadramento giuridico di una clausola contrattuale che condizioni il perfezionamento del contratto al verificarsi di un evento futuro e incerto. La Corte ha quindi vagliato la possibilità di ricondurre tale clausola ad un diritto di recesso (ai sensi 1373 c.c.) ovvero ad una condizione sospensiva o risolutiva (ai sensi 1353 c.c.).

La pronuncia in questione trae origine dalla vicenda processuale che può essere come di seguito riassunta. Il promissario acquirente citava innanzi al Tribunale di Roma il promittente alienante, chiedendo l'accertamento della natura vessatoria di una clausola del contratto preliminare di vendita di cosa futura.

Tale clausola stabiliva che il contratto avrebbe dovuto ritenersi nullo, *rectius inefficace*, nel caso in cui il promittente alienante non avesse ottenuto entro le tempistiche stabilite le autorizzazioni necessarie, con contestuale rinuncia del promissario acquirente ad agire, nei confronti del promittente alienante, per ottenere il risarcimento degli eventuali danni che sarebbero potuti derivare dalla mancata vendita dell'immobile.

In considerazione del fatto che la clausola in esame era stata unilateralmente redatta dal contraente forte - *i.e.* il promittente alienante - senza possibilità di contrattazione per il contraente debole - *i.e.* il promittente acquirente, i Giudici di merito ritenevano che la clausola avesse previsto un diritto di recesso in capo al promittente alienante. Ciò avrebbe comportato una limitazione di responsabilità, che avrebbe consentito di qualificare la clausola come vessatoria ai sensi dell'articolo 1341, co. 2, cc.

Di conseguenza, tanto il Giudice del primo grado, quanto la Corte territoriale, avevano ritenuto pienamente valido ed efficace il contratto, circoscrivendo la nullità alla sola clausola, per mancanza di duplice sottoscrizione da parte del promittente acquirente (per come richiesta dall'art. 1341 c.c.). Il promissario acquirente, soccombente nel giudizio di appello, ricorreva quindi per Cassazione, affidando il proprio ricorso a cinque motivi di gravame.

In particolare, con il quarto motivo, il ricorrente deduceva la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1367, 1353 e 1373 c.c. in relazione all'art. 360 co. 1, n.3 c.p.c. Con tale censura il ricorrente deduceva l'erronea interpretazione della clausola contrattuale da parte della Corte di appello, per aver ritenuto la stessa prevedere un diritto di recesso in favore del promittente alienante. Al contrario, secondo il ricorrente, la clausola avrebbe previsto una condizione sospensiva o risolutiva. La Suprema Corte, in accoglimento del suddetto motivo di gravame, ha ritenuto che la Corte territoriale non corrispondente al contenuto letterale del contratto.

Secondo il ragionamento seguito dai giudici di legittimità, il riconoscimento, in favore di una delle parti, dello *ius poenitendi*, ai sensi dell'articolo 1373 c.c., inserirebbe nel contratto un diritto potestativo. Tale diritto sarebbe da individuarsi nella possibilità per la parte di recedere dal contratto *ad nutum*. Una simile previsione, prosegue la Corte, sarebbe per definizione ontologicamente diversa da una condizione risolutiva, in cui l'efficacia del contratto è subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto, essendo "*intrinsecamente contraddittoria la qualificazione in termini di recesso di una previsione contrattuale che subordini lo scioglimento del negozio alla mancata verifica di un determinato evento ad una certa data*".

In definitiva, la Suprema Corte ha chiarito che l'inserimento, in un contratto preliminare di compravendita, di una clausola che preveda la risoluzione *ipso iure* del contratto nel caso in cui non si verifichi un fatto non dipendente dalla volontà delle parti, debba qualificarsi come condizione risolutiva propria^[1].

Infatti, l'assenza nella clausola di un qualsivoglia riferimento alla possibilità per il contraente di sciogliersi dal contratto e, prevedendo al contempo l'inefficacia dello stesso nell'ipotesi di mancato avveramento di un evento futuro ed incerto, secondo la Corte, non può portare a ritenere che si tratti dell'attribuzione ad una delle parti della facoltà di recesso subordinata ad un avvenimento futuro ed incerto. Al contrario, tale circostanza, confermerebbe la natura di condizione risolutiva della clausola in esame.

Alla luce delle argomentazioni sopra riportate, gli ermellini hanno quindi escluso che la clausola in questione potesse rientrare nel novero delle clausole vessatorie di cui all'articolo 1341, secondo comma, c.c. Tale conclusione sarebbe ulteriormente confortata non solo dalla mancata previsione di un diritto di recesso, ma anche dal riferimento all'esclusione del diritto al risarcimento dei danni in favore del promissario acquirente, ove il preliminare si fosse sciolto per il mancato avveramento dell'evento futuro e incerto entro la data indicata.

In conclusione, la sentenza della Suprema Corte qui brevemente analizzata rappresenta un fondamentale tassello per gli operatori del diritto che quotidianamente sono chiamati ad interpretare clausole di tale portata. Il ragionamento logico-giuridico espresso dalla Corte di Cassazione ha dunque ribadito, ove mai necessario, l'importanza prioritaria del dato letterale del contratto, dovendo i giudici di merito interpretare la comune volontà delle parti in modo più conforme possibile al testo contrattuale.

[1] V. Cass. Civ. Sez. II, n. 21215 del 27 agosto del 2018; Cass. Civ. Sez. II n.22310 del 30 settembre del 2013; Cass. Civ. Sez. II n. 17181 del 24 giugno del 2008.

Mediazione immobiliare: l'onere di diligenza del mediatore non può essere spinto sino al punto di dover assicurare in ogni caso la validità dell'atto

Argomento: Del Contratto Di Mediazione

(Cass. Civ., Sez. II, 9 agosto 2022, n. 24486)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 2. I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati per la loro connessione, sono infondati. (...) Riservata la disamina della questione della ipotizzata frode alla legge per effetto della conclusione del preliminare avente ad oggetto un bene per il quale sussiste il divieto di alienazione ai sensi della normativa in esame, oggetto di un successivo motivo di ricorso, rileva il Collegio che non possa accedersi alla tesi della nullità in sé del preliminare oggetto della proposta di acquisto dei danti causa dei ricorrenti, e ciò anche avuto riguardo alla giurisprudenza di questa Corte, maturata in relazione ad analoghe ipotesi di divieto di alienazione, essendosi appunto affermato che la nullità della cessione di alloggio di edilizia economia e popolare da parte dell'assegnatario con patto di riscatto, se stipulata in violazione del D.P.R. n. 1265 del 1956, art. 26 non toglie che l'assegnatario possa validamente stipulare un preliminare di vendita che, pur se effettuato in pendenza del termine di assegnazione, anche eventualmente accompagnato dall'anticipata attribuzione del possesso dell'immobile, richiede un'ulteriore manifestazione della volontà negoziale dopo l'acquisto della proprietà, al fine di produrre effetti traslativi, quando il giudice di merito, interpretando la volontà negoziale, abbia ritenuto la stessa, anche in relazione al principio di conservazione del negozio, diretta ad operare in tempo successivo (Cass. n. 196/2018; Cass. n. 11664/2007). Una volta quindi esclusa la nullità in sé della conclusione di un preliminare avente ad oggetto un immobile oggetto di acquisto ai sensi della cd. cartolarizzazione, essendo la nullità espressamente riferibile al solo compimento di atti aventi efficacia traslativa, la tesi dei ricorrenti posta a fondamento del primo motivo, secondo cui non potrebbe reputarsi intervenuta la conclusione di un affare ai sensi dell'art. 1755 c.c., comma 1 risulta contraddetta dalla costante giurisprudenza di questa Corte a mente della quale, in relazione alla analoga problematica della conclusione tramite l'attività di mediazione di contratti preliminari aventi ad oggetto immobili abusivi, e quindi incommerciabili, ai sensi delle norme urbanistiche succedutesi nel tempo, poichè la sanzione della nullità trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, ove risulti intermediata la conclusione di quest'ultimo, spetta egualmente al mediatore il diritto alla provvigione, essendosi costituito tra le parti un valido vincolo giuridico (Cass. n. 28456/2013), e ciò perchè tale contratto abilita ciascuna ad agire per l'esecuzione (o risoluzione) del contratto stesso (Cass. n. 13260/2009; Cass. n. 7519/2005). (...) Quanto alla necessità di accertamenti di fatto, al fine di verificare la ricorrenza di una frode alla legge, va ribadito che ricorre la frode alla legge quando le parti utilizzano un determinato contratto, in sé lecito, per realizzare un risultato vietato attraverso la combinazione con altri atti giuridici ovvero costruendo il regolamento contrattuale sul piano del contenuto al fine di eludere il divieto normativo.(...) Avuto riguardo, quindi, ai caratteri che devono sussistere per la verifica della frode, è evidente come il suo riscontro imponga degli accertamenti in fatto, posto che diviene necessario riscontrare non già e non solo l'idoneità del negozio a porre in essere un aggiramento della norma imperativa, ma la circostanza che lo stesso sia frutto di un comune intento dei contraenti, verifica questa che appare evidentemente riservata al giudice di merito, ed insuscettibile di verifica invece in sede di legittimità. Ma anche a voler accedere ad una nozione rigorosamente oggettiva del contratto in frode alla legge,

e prescindendo quindi dalla volontà anche dei promissari acquirenti di favorire l'aggiramento del divieto di alienazione, la prospettiva di parte ricorrente si fonda sul dato secondo cui il trasferimento dei promittenti venditori sarebbe stato assicurato senza che vi fosse alcuna effettiva necessità, ma al solo fine di realizzare una delle condizioni che, in base alla normativa previgente, permettevano l'alienazione infradecennale dell'alloggio, affermazione anche questa che presuppone un accertamento in fatto, parimenti precluso in questa sede. Il motivo va quindi dichiarato inammissibile.(...) Infatti, oltre a diversi ribadire che la conclusione di un preliminare di vendita non costituisce diretta violazione del divieto legislativo qui in esame, e che quindi non impedisce di ravvisare la conclusione dell'affare, cui la legge correla il diritto alla provvigione del mediatore, residua esclusivamente la possibilità di configurare come causa idonea a legittimare il mancato pagamento della provvigione la violazione del precetto di cui all'art. 1759 c.c.

Ma nel richiamare quanto esposto in occasione della disamina del quinto motivo di ricorso, circa l'adempimento degli obblighi informativi in capo alla Omissis, va qui ribadito che compito del mediatore professionale è quello di fornire le necessarie informazioni così come esigibili sulla base del grado di diligenza suscettibile di essere preteso in ragione della natura del mediatore stesso, ma senza che tali obblighi possano essere estesi sino a garantire la bontà del successivo affare, e precisamente l'effettiva validità dell'atto di acquisto.

Nella specie, risulta appurato che la società ha provveduto ad informare gli acquirenti delle problematiche giuridiche connesse alla situazione di provenienza del bene oggetto della trattativa e che, nonostante tali informazioni, i danti causa dei ricorrenti hanno formulato una seconda proposta.

L'onere di diligenza del mediatore si esaurisce appunto nel dover dare le opportune indicazioni in merito anche ai potenziali rischi connessi all'acquisto, ma non può essere spinto sino al punto di dover assicurare in ogni caso la validità dell'atto, trattandosi di esito che esula dall'ambito delle competenze e dei doveri incumbenti sul mediatore. (...)"

La tipicità dei modi di interruzione della prescrizione e i requisiti del possesso ad usucapionem

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 12 agosto 2022, n. 24802)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) Del resto, sul piano squisitamente giuridico, è risaputo che, in tema di usucapione, poiché - con il rinvio fatto dall'art. 1165 c.c. al successivo art 2943 - risultano tassativamente elencati gli atti interruttivi del possesso, non è consentito attribuire efficacia interruttiva ad atti diversi da quelli stabiliti dalla legge (per quanto con essi si sia inteso manifestare la volontà di conservare il diritto, giacché la tipicità dei modi di interruzione della prescrizione non ammette equipollenti), con la conseguenza che non può riconoscersi tale efficacia se non ad atti che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa, ovvero ad atti giudiziali diretti ad ottenere "ope iudicis" la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapiente, con conseguente irrilevanza, pertanto, di meri atti deliberativi privati che non comportino alcuna diretta incidenza sulla relazione materiale con il bene del possessore (cfr., ad es., Cass. n. 13625/2009. Cass. n. 16234/2011 e, da ultimo, Cass. n. 30079/2019).(…) Del resto, quando è dimostrato il potere di fatto, pubblico e indisturbato, esercitato sulla cosa per il tempo necessario ad usucapirla, ne deriva, a norma dell'art. 1141, comma 1, c.c., la presunzione che esso integri il possesso, con la conseguenza che incombe alla parte – la quale correli detto potere ad una condizione di detenzione - provare il suo assunto (circostanza, questa, rimasta esclusa nel caso di specie), dovendosi, in mancanza, ritenere l'esistenza della prova del possesso ad usucapionem. Allo stesso modo costituisce principio **pacifico quello secondo cui si presume possessore del bene colui che esercita il potere di fatto su di essa perché l'animus possidendi è normalmente insito nell'esercizio di tale potere, che lo rende manifesto, e pertanto spetta a chi contesta tale possesso provare gli atti di tolleranza o i titoli giustificativi della detenzione.** Inoltre, questa Corte (cfr. Cass. n. 9106/2000) – avuto riguardo ad una fattispecie per certi versi assimilabile a quella oggetto della presente controversia – ha statuito che sussiste un possesso idoneo all'usucapione in capo ad un soggetto che riceva la consegna di un immobile in base ad una convenzione che, per quanto con effetti solo obbligatori, non si limiti ad assicurare il mero godimento della cosa, senza alcun trasferimento immediato o differito del bene, ma tenda a realizzare il trasferimento della proprietà o di un altro diritto reale su di esso, quando alla convenzione stessa acceda un immediato effetto traslativo del possesso sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che con essa le parti si sono ripromesse di realizzare (...). In tal caso, l'immediato trasferimento del possesso, perfettamente compatibile con la convenzione stessa, caratterizza anche la consegna del bene oggetto della medesima, conferendole effetti attributivi della disponibilità possessoria, e non della mera detenzione, anche in mancanza dell'immediato effetto reale del contratto. La consegna, del resto, essendo il possesso un fenomeno che prescinde dal fondamento giustificativo, è atto neutro, o negozio astratto, che non richiede affatto il requisito del fondamento causale (con la richiamata pronuncia questa Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato, rispetto ad un determinato locale, un possesso esclusivo animo domini da parte dell'assegnatario in godimento, con patto di futura vendita, del sottostante alloggio economico e popolare, essendo la convenzione intervenuta con l'(omissis), caratterizzata da cessione in uso dell'alloggio medesimo con promessa di vendita e non da un'assegnazione con locazione semplice). (...)”

La Corte di Cassazione, con l'ord. n. 24802/2022, torna ad occuparsi di una tematica già ampiamente trattata in passato qual è quella degli *“atti interruttivi del possesso ad usucapionem”* (*“ex plurimis”* Cass. civ. sent. 27376/2021, Cass. civ. sent. 30079/2019).

L'occasione è, quindi, proficua per analizzare nel dettaglio detto istituto giuridico.

Detta pronuncia della Suprema Corte si fonda su un ricorso per Cassazione presentato da una Società Cooperativa Edile contro l'accertamento e la dichiarazione (effettuata dalla competente Corte di Appello) di acquisto in favore di un soggetto terzo a titolo di usucapione di un immobile di sua proprietà.

L'originario attore, infatti, aveva presentato apposita domanda al giudice di prime cure al fine di ottenere, nei confronti di detta società, una sentenza (dichiarativa) di accertamento dell'usucapione della proprietà di un locale situato al piano porticato dell'immobile, asserendo di averlo posseduto ininterrottamente per oltre vent'anni.

I fatti allegati dall'attore a supporto della sua istanza giudiziale erano i seguenti:

- la società aveva, con apposita delibera, manifestato la propria volontà di vendere detto locale di sua proprietà all'attore (stipulando apposito contratto di vendita);
- nonostante non si fosse pervenuti alla stipula dell'atto contrattuale, l'attore-acquirente da subito era immesso nella disponibilità materiale del locale, provvedendo anche a corrispondere alla Società il pattuito prezzo di acquisto;
- per anni l'attore, quindi, aveva avuto la disponibilità materiale *“nec vir, nec dam, nec precario”* della zona di porticato dedotta in causa (come confermato dal certificato di completamento dei lavori, dal frazionamento immobiliare catastale che ha reso il locale urbanisticamente separato dal resto dell'immobile e dalla stipula dei contratti di locazione del cespite con plurimi inquilini succedutisi nel tempo).

In seguito ad una sentenza di primo grado di rigetto, la Corte di Appello aveva accolto detta azione giudiziale, ritenendo integrati tutti i requisiti richiesti dall'art. 1158 c.c. (ovverosia l'aver esercitato un possesso palese, non violento, continuo, ininterrotto e di durata ventennale sulla res; cfr. Cass. civ. n. 27376/2021 sulla distinzione tra continuità e non interruzione del possesso).

La Società edile proponeva ricorso per Cassazione, in particolare, *“per violazione degli artt. 115 comma 1° e 116 cpc ...avendo la Corte territoriale omissa di considerare le deliberazioni assembleari della Cooperativa, dalle quali risultava che il OMISSIS era mero detentore dei locali da lui occupati”*.

Nell'ottica del ricorrente era questa una omissione decisiva, avuto riguardo alla circostanza che l'attore, *“durante il ventennio in cui aveva assunto di aver esercitato il possesso sul predetto immobile idoneo all'acquisto per usucapione, aveva partecipato alle assemblee dei soci della Cooperativa dove, esprimendo più volte voto favorevole all'assegnazione in suo favore dei locali di porticato in questione, ne aveva sempre riconosciuto la proprietà in capo ad essa”*.

Difatti queste delibere assembleari (successive a quella originaria in cui si era manifestata la volontà di vendere e si era deliberata la consegna dell'immobile all'attore), avendo ad oggetto l'assegnazione definitiva di detto locale, avrebbero interrotto il possesso *ad usucapionem* del possessore.

La Corte, analizzata siffatta doglianza, decide di respingerla *“in toto”* sulla base di una duplice argomentazione.

In primo luogo, dal punto di vista processual-civilistico, quella del ricorrente è una censura inammissibile posto che si risolve in una critica agli apprezzamenti probatori compiuti dalla Corte di Appello e che richiederebbe una valutazione di merito da parte della Suprema Corte.

Inoltre, per la Cassazione, il giudice di secondo grado ha *“correttamente escluso la rilevanza di successive deliberazioni dell'assemblea dei soci della Cooperativa, siccome non avevano inciso sul possesso incardinatosi in capo*

al controricorrente, né avevano fatto venir meno il suo animus possidendi". Ciò che rileva, infatti, è che il "titolo astrattamente idoneo ad usucapire", ossia la delibera societaria originaria con cui si era consegnato il porticato, abbia mantenuto la sua efficacia giuridica (non essendo stata né impugnata ex artt. 2377 e 2516 c.c. né revocata) e che siano integrati tutti i presupposti ex art. 1158 c.c.

A ciò si aggiunga che, in virtù dell'art. 1141 c.1° c.c., vi è una presunzione (relativa) che tale potere di fatto integri il possesso. Il ricorrente per Cassazione, quindi, avrebbe dovuto dimostrare che dette delibere societarie successive hanno mutato quel potere di fatto in una mera detenzione (incapace di dar vita ad un acquisto a titolo originario qual è l'usucapione); poiché tale prova non è stata in alcun modo fornita, essendosi limitato il ricorrente ad eccepire l'esistenza di dette delibere assembleari, è inevitabile continuare a qualificare come possessorio il potere di fatto esercitato sulla res.

Sul punto la Corte, richiamando espressamente un proprio precedente (Cass. n. 9106/2000), chiarisce come vi sia un possesso idoneo all'usucapione anche in quei casi, come quello oggetto in analisi, in cui si "*riceva la consegna di un immobile in base ad una convenzione con effetti solo obbligatori*" purchè alla stessa "*acceda un immediato effetto traslativo del possesso sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che con essa le parti si sono ripromesse di realizzare*".

Nel caso oggetto di causa l'attore, in forza dell'originaria delibera assembleare, aveva addirittura corrisposto il prezzo che gli aveva consentito l'immediata apprensione del bene, cominciando da subito a godere della disponibilità materiale del bene con "*animus sibi habendi*". Al fine dell'usucapione, quindi, a nulla rileva che non si sia successivamente stipulato un formale negozio di cessione, posto che la consegna, di base qualificabile come "*atto neutro*", era stata effettuata proprio per far entrare da subito l'acquirente nella disponibilità della res.

In secondo luogo, la censura è da considerarsi infondata, posto che l'emanazione di delibere assembleari successive a quella originaria (in base alla quale si era consegnato il bene) non è un atto/fatto idoneo ad interrompere il possesso "*ad usucapionem*" esercitato dall'attore.

Sul punto merita di essere posto in rilievo il disposto dell'art. 1165 c.c. secondo cui "*le disposizioni sulla prescrizione, quelle relative alle cause di sospensione e di interruzione e al computo dei termini si osservano, in quanto applicabili, rispetto all'usucapione*".

Il rinvio operato dall'art. 1165 c.c. all'art. 2943 c.c. fa sì che l'elencazione legislativa degli atti interruttivi del possesso sia da considerarsi tassativa e non meramente esemplificativa (né applicabile analogicamente).

Pertanto, la Corte, anche con detta pronuncia, chiarisce come non sia consentito "*attribuire efficacia interruttiva ad atti diversi da quelli stabiliti dalla legge*".

Da ciò ne deriva che non possa "*riconoscersi tale efficacia (rectius "interruttiva") se non ad atti che comportino, per il possessore, la perdita materiale del potere di fatto sulla cosa (c.d. "interruzione naturale"), ovvero ad atti giudiziali diretti ad ottenere ope iudicis la privazione del possesso nei confronti del possessore usucapiente (c.d. "interruzione civile")*".

Le delibere societarie oggetto di censura del ricorrente (qualificate dalla Corte come "*meri atti deliberativi privati che non comportino alcuna diretta incidenza sulla relazione materiale con il bene del possessore*") non determinando nel possessore una perdita materiale del potere di fatto sulla cosa né costituendo atti giudiziali in grado di ottenere giudizialmente la privazione del possesso verso il possessore, non producono, quindi, alcun effetto interruttivo.

Gli atti interruttivi del possesso, dunque, sono tassativi e non ammettono equipollenti.

Nel sostenere l'irrilevanza, ai fini interruttivi, di dette sopravvenute delibere societarie la Suprema Corte opera, dunque, una lettura restrittiva dell'ambito applicativo dell'istituto dell'interruzione possessoria.

E' questa una impostazione coerente con quella accolta dalla medesima Corte in altre occasioni, nelle quali si è disconosciuta la rilevanza interruttiva di una serie di atti. Sintomatica è l'ord. n. 20611/2017 con la quale gli Ermellini hanno contemporaneamente stabilito sia l'irrilevanza

interruttiva degli atti di diffida e di messa in mora sia la rilevanza, per tali medesimi fini, della notifica dell'atto di citazione col quale si chiede la materiale consegna di tutti i beni sui quali si vanta un diritto dominicale (peraltro soluzione confermata anche da Cass. civ. sent. n. 30079/2019).

Gli atti di diffida e di messa in mora (come anche la richiesta per iscritto di rilascio dell'immobile occupato), si diceva in quella pronuncia, *“sono idonei ad interrompere la prescrizione dei diritti di obbligazione ma non anche il termine per usucapire, potendosi esercitare il possesso anche in aperto e dichiarato contrasto con la volontà del titolare del diritto reale”*.

La stessa introduzione di un giudizio di riduzione per la lesione di legittima, nonostante sia un atto giudiziale (astrattamente quindi riconducibile ai casi di “interruzione civile”), acquista efficacia di atto interruttivo dell'usucapione *“solo se contiene una chiara manifestazione della volontà di riacquistare all'asse ereditario il bene sul quale il possesso viene esercitato”* (Cass. civ. sent. n. 30079/2019).

Ciò posto, così brevemente analizzate anche altre pronunce intervenute in materia, appare ancora più chiaro come l'impostazione accolta dalla Suprema Corte nell'ord. n. 24802/2022 sia del tutto coerente con le coordinate ermeneutiche poste nel tempo dalla giurisprudenza di legittimità.

D'altronde, a ben vedere, la scelta pretoria di non estendere eccessivamente l'ambito applicativo dell'interruzione ex art. 1165 c.c. risulta in linea con la *“voluntas legis”* di dare grande rilevanza alle situazioni di fatto aventi rilevanza esterna (“rompendo”, in tal modo, il binomio diritto soggettivo/tutela, dato che le azioni possessorie non presuppongono alcun preventivo accertamento dell'esistenza di un diritto).

Ne deriva che attribuire efficacia interruttiva ad ogni atto/fatto avrebbe significato, di fatto, eludere le finalità di tutela delle situazioni possessorie perseguite dal legislatore.

Pertanto il continuare a sostenere la tassatività degli atti interruttivi è operazione interpretativa rispettosa non solo del dato normativo letterale (posto che l'art. 1165 c.c. espressamente richiama l'art. 2943 c.c.) ma anche della *“ratio legis”* su cui si fonda l'intera disciplina normativa delle situazioni possessorie.

Le azioni di rivendicazione e di restituzione ed il rapporto con le difese del convenuto

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 22 agosto 2022, n. 25084)
stralcio a cura di Camilla Ragazzi

“(…) La domanda con la quale l'attore invocava la condanna del convenuto al rilascio di un bene abusivamente occupato avrebbe dovuto essere qualificata come azione di rivendicazione.

(…) Sul punto, va ribadito il principio per cui *"L'interpretazione della domanda deve essere diretta a cogliere, al di là delle espressioni letterali utilizzate, il contenuto sostanziale della stessa, desumibile dalla situazione dedotta in giudizio e dallo scopo pratico perseguito da/ l'istante con il ricorso all'autorità giudiziaria"* (Cass. Sez. U, Sentenza n. 3041 del 13/02/2007, Rv. 594291). Tale operazione ermeneutica è riservata al giudice di merito ed è sindacabile in Cassazione soltanto: *"... a) ove ridondi in un vizio di nullità processuale, [...] b) qualora comporti un vizio del ragionamento logico decisorio, eventualità in cui, [...] c) quando si traduca in un errore che coinvolge la qualificazione giuridica dei fatti allegati nell'atto introduttivo, ovvero la omessa rilevazione di un fatto allegato e non contestato da ritenere decisivo."* (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 11103 del 10/06/2020, Rv. 658078).

(…) L'interpretazione fornita dalla Corte di merito è coerente con l'insegnamento di questa Corte, secondo cui *"In tema di difesa della proprietà, l'azione di rivendicazione e quella di restituzione, pur tendendo al medesimo risultato pratico del recupero della materiale disponibilità del bene, hanno natura e presupposti diversi: con la prima, di carattere reale, l'attore assume di essere proprietario del bene e, non essendone in possesso, agisce contro chiunque di fatto ne disponga onde conseguirne nuovamente il possesso, previo riconoscimento del suo diritto di proprietà; con la seconda, di natura personale, l'attore non mira ad ottenere il riconoscimento di tale diritto, del quale non deve, pertanto, fornire la prova, ma solo ad ottenere la riconsegna del bene stesso, e, quindi, può limitarsi alla dimostrazione dell'avvenuta consegna in base ad un titolo e del successivo venir meno di questo per qualsiasi causa, o ad allegare l'insussistenza ab origine di qualsiasi titolo. In tale seconda ipotesi, la difesa del convenuto che pretenda di essere proprietario del bene in contestazione, non è idonea a trasformare in reale l'azione personale proposta nei suoi confronti, atteso che, per un verso, la controversia va decisa con esclusivo riferimento alla pretesa dedotta, per altro, la semplice contestazione del convenuto non costituisce strumento idoneo a determinare l'immutazione, oltre che dell'azione, anche dell'onere della prova incumbente sull'attore, imponendogli, una prova ben più onerosa -la probatio diabolica della rivendica- di quella cui sarebbe tenuto alla stregua dell'azione inizialmente introdotta"* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4416 del 26/02/2007, Rv. 596948; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1929 del 27/01/2009, Rv. 606400; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 26003 del 23/12/2010, Rv. 615321; Cass. Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 884 del 17/01/2011, Rv. 615949).

(…) La Corte di Appello avrebbe dovuto rigettare la domanda proposta (...), poiché essa, ove qualificata come di restituzione, era già stata decisa con sentenza (...) La censura è fondata.

La Corte distrettuale (...) tralascia di considerare che, proprio per effetto della avvenuta qualificazione della domanda in termini di azione personale di restituzione, sarebbe stato necessario verificare l'esistenza di un giudicato esterno (...). L'effetto della pronuncia di risoluzione del comodato, infatti, è proprio la restituzione del bene al comodante, ovvero sia lo stesso effetto derivante dall'eventuale accoglimento della domanda proposta nel presente giudizio. (...)"

Mediazione immobiliare: avveramento della condizione sospensiva e diritto alla provvigione

Argomento: Del Contratto Di Mediazione

(Cass. Civ., Sez. II, 17 agosto 2022, n. 24838)
stralcio a cura di Gianmarco Meo

“(…) L'esistenza di una condizione sospensiva dell'efficacia del preliminare di vendita, divenuta irrealizzabile ed incidente sul diritto alla provvigione ai sensi dell'art. 1757, comma primo, c.c., non integrava un'eccezione in senso stretto, proposta tardivamente solo nelle comparse conclusionali di primo grado. Ai sensi dell'art. 1755 c.c. il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti, se l'affare è concluso per effetto del suo intervento. Il successivo art. 1757 c.c. prevede, altresì, con riferimento ai contratti condizionali o invalidi, che se il contratto è sottoposto a condizione sospensiva, il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui si verifica la condizione; se è apposta una condizione risolutiva, il diritto alla provvigione non viene meno col verificarsi della condizione. La disciplina della condizione risolutiva si applica in causa di contratto annullabile o rescindibile, se il mediatore non conosceva la causa di invalidità. **La presenza di una condizione sospensiva di efficacia del preliminare di vendita è dunque circostanza che incideva sull'efficacia del contratto preliminare e che, se non avveratasi, impediva che maturasse la provvigione, sostanziando perciò l'allegazione di un fatto impeditivo (la presenza della clausola condizionale) oggetto non di un'eccezione in senso stretto, riservata alla parte, ma di un'eccezione in senso lato, non soggetta alle preclusioni processuali.** Con un ormai risalente arresto delle S.U. di questa Corte, si è stabilito che, in relazione all'opzione difensiva del convenuto, consistente nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto su cui la pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione: il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito. Non si determina in tal modo il superamento del divieto di scienza privata del giudice o delle preclusioni e decadenze processuali, atteso che il generale potere - dovere di rilievo d'ufficio delle eccezioni facente capo al giudice - si traduce solo nell'attribuzione di rilevanza a determinati fatti ai fini della decisione di merito, essendo in entrambi i casi necessario che i predetti fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultino legittimamente acquisiti al processo e provati alla stregua della disciplina processuale in concreto applicabile (Cass. S.U. 1099/1998). (…)”

L'indennità di sopraelevazione in presenza di estensione orizzontale

Argomento: Della Proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 22 agosto 2022, n. 25103)

stralcio a cura di Giovanni Pagano

“(..).1. Con il primo motivo (...) i ricorrenti hanno inteso sostenere che, al fine della determinazione dell'indennità in questione, la Corte di appello non aveva tenuto conto che la nuova costruzione oggetto di controversia era stata edificata non al di sopra dell'ultimo piano (coincidente con il primo), ma al di sopra del piano terra in una porzione dove l'edificio era costituito dal solo piano terra, con estensione del piano (...) in senso orizzontale e non con il prolungamento in direzione verticale.

2. Con la seconda ed ultima doglianza, i ricorrenti hanno dedotto (...) che il giudice di appello aveva erroneamente valutato l'indennità in contrasto con le risultanze delle c.t.u. del giudizio di primo e secondo grado.

3. Ciò chiarito, il primo motivo è da dichiarare infondato (...) l'indennità di sopraelevazione (che si configura come un debito per responsabilità da atto lecito del proprietario dell'ultimo piano che, realizzando la sopraelevazione, abbia aumentato il proprio diritto sulle parti comuni dell'edificio: v., per tutte, Cass. n. 23256/2016) va correlata al valore dell'area su cui insiste l'edificio o parte di esso che viene sopraelevata e deve essere determinata dividendo il relativo importo per il numero dei piani, compreso quello di nuova costruzione, poi diminuendo il quoziente così risultante della quota spettante al condomino che ha eseguito la sopraelevazione e, infine, ripartendo il risultato residuo tra i proprietari degli altri piani preesistenti (cfr. Cass. n. 12292/2003 e Cass. n. 12880/2005).

(...) le Sezioni unite di questa Corte – con la sentenza n. 16794/2007 (in senso conforme v., successivamente, Cass. n. 24327/2011) – **hanno chiarito che l'indennità di sopraelevazione è dovuta dal proprietario dell'ultimo piano di un edificio condominiale ai sensi dell'art. 1127 c.c., non solo in caso di realizzazione di nuovi piani o nuove fabbriche, ma anche per la trasformazione dei locali preesistenti mediante l'incremento delle superfici e delle volumetrie indipendentemente – si noti - dall'aumento dell'altezza del fabbricato.**

Tale indennità trae, infatti, fondamento dall'aumento proporzionale del diritto di comproprietà sulle parti comuni conseguente all'incremento della porzione di proprietà esclusiva e, in applicazione del principio di proporzionalità, si determina sulla scorta del maggior valore dell'area occupata ai sensi dell'art. 1127, quarto comma, c.c. **Pertanto, il diritto all'indennità di sopraelevazione appartiene a tutti i condomini (...) a prescindere – si badi – dall'ubicazione della parte sopraelevata.**

(...) anche la costruzione realizzata su lastrico solare di proprietà esclusiva del proprietario dell'adiacente appartamento (e, quindi, in prolungamento orizzontale dello stesso), quando detto lastrico sia quello dell'ultimo piano dell'edificio condominiale, così assolvendo alla funzione di copertura della parte sottostante detto edificio, va considerata come sopraelevazione (...) costituente espressione del diritto di proprietà esclusiva dell'ultimo piano del lastrico solare. Pertanto, in virtù di tali presupposti giuridici generali, la Corte di appello ha esattamente computato l'indennità in discorso (...).

5. Anche il secondo ed ultimo motivo non coglie nel segno e deve essere disatteso. Infatti (...) la Corte di appello, nell'esaminare gli esiti delle c.t.u. espletate in primo e secondo grado, ha ritenuto inattendibili gli esiti di quella del giudizio di prime cure, spiegando le ragioni di condivisione di

quella esperita nel giudizio di appello, sulla base della valutazione di mercato delle superfici da prendere in considerazione ai fini del computo dell'indennità di sopraelevazione (euro 1.750,00 al mq) e della misura complessiva di tale superficie come suddivisa tra *omissis* e *omissis*, così giungendo, per il tramite delle operazioni prima indicate, alla determinazione della suddetta indennità ripartita. 6. In definitiva, alla stregua delle complessive argomentazioni svolte, il ricorso deve essere respinto. (...)"

In tema di servitù, l'aggravamento derivante da diverse modalità di esercizio non è mai *in re ipsa*, ma va valutato caso per caso

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 22 agosto 2022, n. 25105)
stralcio a cura di Vito Quaglietta

“(…)1. *Omissis* evocò innanzi il Tribunale di Venezia *omissis*, e dopo aver premesso di essere titolare di una porzione di fabbricato condominiale [...] e che godeva di una servitù di scarico e conduttura di acque e fognature gravante sul fondo di titolarità dei convenuti, chiese che il Tribunale lo autorizzasse ad installare, sempre sul fondo del resistente, una vasca di condensa grassi, necessaria per esercitare attività commerciale di produzione e vendita di snacks fritti. (...)”

2. (...) - la servitù esistente a favore del fondo dell'appellante si era costituita per destinazione del padre di famiglia, essendo appartenuti in origine fondo dominante e fondo servente al medesimo proprietario;

- detta servitù aveva sempre avuto i caratteri dello scarico e fogna a favore di abitazioni e negozi, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 1065 c.c., l'appellante poteva giovare di essa esclusivamente nei limiti e con l'estensione originariamente contemplati nel titolo ed univocamente individuabili;

- la collocazione della vasca condensa grassi (...), in quanto finalizzata allo svolgimento di attività produttive, (...) assumeva invece i caratteri di innovazione che avrebbe reso più gravoso l'esercizio della servitù, con esiti preclusi dall'art. 1067 c.c. (...)

4. (...) Ciò premesso, va rammentato che costituiscono *adminicula servitutis* contemplati dall'art. 1064 c.c. le facoltà accessorie, indispensabili per l'esercizio del diritto e senza le quali *l'utilitas* della servitù non potrebbe ricevere attuazione e la cui modifica non si ripercuote sul vincolo, né sulle modalità di attuazione della servitù medesima (Cass. civ. Sez. VI - II, n. 16322 del 30 luglio 2020; Cass. civ. Sez. II, n. 3097 del 28 maggio 1979).

(...) in tema di servitù, l'aggravamento derivante da diverse modalità di esercizio non è mai *in re ipsa*, ma va valutato caso per caso in relazione alle concrete circostanze, con indagine di fatto riservata al giudice di merito e di per sé non sindacabile in sede di legittimità (Cass. civ. Sez. II, n. 22831 del 11 novembre 2005; Cass. civ. Sez. II, n. 5233 del 29 luglio 1983).

(...) il caso qui in esame, (...) assumerebbe i caratteri di servitù di scarico per usi industriali (tali dovendosi qualificare gli scarichi derivanti dall'attività di produzione di cibi fritti), da ciò derivando che l'installazione della vasca per condensa grassi non può ritenersi costituire né *adminiculum* né modificazione priva di aggravio ma vera e propria nuova servitù, risultando ben più pertinente sul punto il precedente di questa Corte che ha escluso che in caso di realizzazione di “doppi servizi” si potesse realizzare una nuova condotta fognaria, anche per esigenze di adeguamento alla normativa sanitaria (Cass. Civ. Sez. II, n. 14582 del 2012). (...)”

Amministrazione di sostegno: il giudice tutelare può modificare o integrare d'ufficio le determinazioni assunte in sede di nomina poiché l'istituto in questione mira a conformarsi alle specifiche esigenze di tutela del beneficiario

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 1 settembre 2022, n. 25855)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 2. Il reclamo proposto dalla B. è stato rigettato dalla Corte d'appello di Venezia con decreto del 23 giugno 2020. A fondamento della decisione, la Corte ha innanzitutto escluso la necessità di disporre sia una nuova c.t.u., ritenendo sufficiente quella espletata nel procedimento di nomina dell'amministratore, sia la rinnovazione dell'audizione della beneficiaria, non essendo state dedotte nuove circostanze. Rilevata inoltre la genericità della richiesta di emissione dei provvedimenti più utili alla B. e la novità di quella di cessazione della misura dell'amministrazione di sostegno, ha osservato che dalla relazione del c.t.u. emergeva un'insufficienza mentale lieve, caratterizzata da uno sviluppo incompleto delle funzioni cognitive, che non escludeva la capacità di provvedere adeguatamente alla cura personale, ma richiedeva un supporto nelle attività complesse della vita quotidiana, avendo la B. dimostrato di non essere in grado di amministrarsi e di provvedere adeguatamente ai propri interessi patrimoniali, in quanto incapace di intendere la portata e gli effetti giuridici degli atti compiuti e di esprimere un consenso integro e consapevole. Tanto premesso, e precisato che da altri provvedimenti risultavano l'esistenza di un'indagine penale per circonvenzione d'incapace, l'effettuazione di consistenti movimenti di denaro all'apparenza non giustificati, un sospetto incontro con un estraneo per la concessione di un finanziamento, l'acquisto di un'automobile lasciata in uso a terzi e l'estrema difficoltà dell'amministratore di avere contatti diretti con la beneficiaria, a causa dell'interposizione del legale di fiducia di quest'ultima, che ne contestava qualsiasi iniziativa, la Corte ha ritenuto che non sussistessero fatti concreti idonei a giustificare la sostituzione dell'Avv. C., non corrispondendo all'interesse della B. difendersi dalla stessa o impegnarsi in un contenzioso con la madre, ma solo trovare un accordo con quest'ultima. Ha reputato altresì giustificati l'ampliamento dei poteri dell'amministratore e la limitazione della somma di denaro disponibile dalla beneficiaria, osservando che l'Avv. C. aveva accertato l'avvenuta proposizione di richieste di finanziamento per Euro 57.000,00 nell'arco di poco più di un anno, e considerando sintomatico dell'incapacità della beneficiaria il tentativo di sostenere l'indispensabilità dell'automobile, a fronte dei relativi costi e del rischio di responsabilità civile in caso di sinistro. Ha infine escluso la nullità del decreto di primo grado, nella parte in cui aveva modificato i poteri dell'amministratore di sostegno, osservando che il Giudice Tutelare poteva provvedere anche d'ufficio, a fronte delle plurime istanze avanzate dalla beneficiaria.

3. Avverso il predetto decreto la B. ha proposto ricorso per cassazione (...)

7. I predetti motivi, da esaminarsi congiuntamente, in quanto aventi ad oggetto la comune problematica riguardante la sostituzione dell'amministratore, sono inammissibili. (...) Ai sensi dell'art. 407 c.c., comma 4, il giudice tutelare può modificare o integrare in ogni tempo, anche d'ufficio, le decisioni assunte con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, e può quindi intervenire anche sull'individuazione dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore ha il potere di

compiere in nome e per conto del beneficiario, nonché di quelli che quest'ultimo può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore, dei quali l'art. 405 c.c., comma 5, nn. 3 e 4, prescrive l'indicazione nel decreto di nomina: caratteristica dell'istituto in questione, che lo distingue dalle tradizionali misure di protezione degli incapaci, quali l'interdizione e l'inabilitazione, è infatti la sua duttilità, collegata proprio alla previsione di modalità applicative non definite in via astratta ed immutabile dalla legge, ma suscettibili di conformazione alle specifiche esigenze di tutela del beneficiario, da valutarsi caso per caso (cfr. Cass., Sez. I, 21/05/2018, n. 12460 ; 1/03/2010, n. 4866; 12/06/2006, n. 13584), non solo in relazione alle condizioni psico-fisiche dello stesso ed alle altre circostanze concrete accertate al momento dell'adozione della misura, ma anche in relazione alle modificazioni eventualmente sopravvenute nel corso della sua applicazione, il cui apprezzamento consente al giudice tutelare di attenuare o di aggravare, in qualsiasi momento ed anche di propria iniziativa, le limitazioni imposte alla sfera negoziale di del beneficiario, in modo tale da evitare il rischio che egli possa rimanere esposto alle conseguenze di attività negoziali a sè pregiudizievoli. (...) Il procedimento volto all'adozione dei predetti provvedimenti non richiede poi l'audizione personale del beneficiario, prevista dall'art. 407 c.c., comma 2, soltanto ai fini della nomina dell'amministratore, nè il ministero del difensore, necessario soltanto nel caso in cui il decreto che il giudice ritenga di emettere, sia o meno corrispondente alla richiesta dell'interessato, incida sui diritti fondamentali della persona, attraverso la previsione di effetti, limitazioni o decadenze analoghi a quelli previsti dalle disposizioni di legge riguardanti l'interdetto o l'inabilitato, e non anche nelle ipotesi, corrispondenti al modello legale tipico, in cui il provvedimento si limiti ad individuare specificamente i singoli atti o categorie di atti, in relazione ai quali si richiede l'intervento dell'amministratore (cfr. Cass., Sez. I, 13/03/2020, n. 7241 ; 20/03/2013, n. 6861; 29/11/2006, n. 25366). Nella specie, d'altronde, sebbene non sia stata disposta l'audizione personale della ricorrente, quest'ultima ha avuto la più ampia possibilità di partecipare al procedimento, il quale è stato anzi avviato proprio a seguito dell'istanza di sostituzione dello amministratore di sostegno presentata dal suo difensore, successivamente integrata mediante il deposito di ulteriori deduzioni, attraverso le quali ha potuto far valere le proprie ragioni, anche di ordine tecnico-giuridico, con la conseguente insussistenza della lamentata lesione del contraddittorio e della violazione del diritto di difesa. (...)

9.1. L'art. 407 c.c., comma 4, nel consentire al giudice tutelare di modificare o integrare, anche d'ufficio, le determinazioni assunte con il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, non subordina l'esercizio di tale potere alla sopravvenienza di nuove circostanze di fatto, idonee a modificare la situazione tenuta presente ai fini dell'adozione della misura di protezione, rendendo pertanto possibile l'emissione dei predetti provvedimenti anche sulla base di una rinnovata valutazione delle esigenze di tutela del beneficiario, come manifestatesi in sede di concreta applicazione della misura, nonché alla luce di eventuali approfondimenti in ordine alle condizioni psico-fisiche dell'interessato ed alla sua situazione esistenziale e patrimoniale. (...) 11. Il ricorso va pertanto rigettato, con la conseguente condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano come dal dispositivo. (...)"

Recesso *ad nutum* del socio: è possibile solo quando la società è contratta a tempo indeterminato e non anche a tempo determinato, sia pure per un lungo periodo

Argomento: Delle società

(Cass. Civ., Sez. I, 5 settembre 2022, n. 26060)
stralcio a cura di Vito Quaglietta

“(…) l’art. 2473, secondo comma, cod. civ, con disposizione che ricalca analoga disciplina dettata per le S.p.A. non quotate, riconosce a ciascun socio di una società a responsabilità limitata il diritto di recedere in ogni momento dalla stessa, salvo preavviso, qualora la società risulti contratta a tempo indeterminato; (…)

- la sentenza non definitiva impugnata aderisce alla tesi secondo cui il diritto di recesso *ad nutum* va riconosciuto non solo quando la società è contratta a tempo indeterminato, ma anche quando lo statuto preveda un termine particolarmente lungo, facendo leva sul precedente rappresentato dalla sentenza di questa Corte n. 9662 del 22 aprile 2013, che ha valorizzato sia il criterio, proprio della disciplina delle società di persone ma richiamato per ragioni di ordine sistematico, relativo alla durata della vita del socio, sia il collegamento funzionale tra il termine di durata della società e il progetto di attività che si intende perseguire, sia l’impossibilità di ricostruire l’effettiva volontà delle parti circa l’opzione fra una durata a tempo determinato o indeterminato della società in caso di fissazione di un termine di durata oltremodo lontano nel tempo (nel caso di specie, 2100); (…)

- tuttavia, deve osservarsi che questa Corte, con successiva ordinanza (Cass. Civ., Sez. I, n. 8962 del 19 marzo 2019,) si è espressa, sia pure con riferimento ad una previsione statutaria recante una durata meno lontana nel tempo (2050, anziché 2100), in senso contrario all’assimilazione delle situazioni di durata indeterminata e di durata eccessivamente lontana nel tempo, ponendo in evidenza sia il dato letterale dell’art. 2473, secondo comma, cod. civ., che limita tassativamente la possibilità di recedere *ad nutum* al solo caso di società contratta a tempo indeterminato, sia la necessità di pervenire ad una valutazione sistematica delle disposizioni, che tenga conto della differente disciplina dettata per le società a responsabilità limitata rispetto a quella operante per le società di persone, sia, infine, l’interesse dei creditori sociali al mantenimento dell’integrità del patrimonio sociale; (…)

- tesi interpretativa ha ricevuto conferma dalla sentenza di questa Corte (Cass. Civ. Sez I, n. 4716 del 21 febbraio 2020), la quale, pronunciandosi con riferimento al diritto di recesso *ad nutum* del socio di una società per azioni – la cui disciplina è, come rilevato in precedenza, analoga a quella delle società a responsabilità limitata –, ha ribadito il principio per cui la possibilità per il socio di recedere *ad nutum* sussiste solo nel caso in cui la società sia contratta a tempo indeterminato e non anche a tempo determinato, sia pure lontano nel tempo, ponendo a fondamento della decisione gli elementi rappresentati dal dato testuale della disciplina del recesso nelle società di capitali e dalla prevalenza, sull’interesse del socio al disinvestimento, dell’interesse della società a proseguire nella gestione del progetto imprenditoriale e dei terzi alla stabilità dell’organizzazione imprenditoriale e all’integrità della garanzia patrimoniale offerta esclusivamente dal patrimonio sociale, non potendo questi fare affidamento – diversamente da quanto accade per le società di persone – anche sul patrimonio personale dei singoli soci; (…)

- (...) la ricostruzione ermeneutica da ultimo esposta merita condivisione e che, pertanto, all'orientamento espresso dalle più recenti pronunce di questa Corte va assicurata continuità;
- va sottolineata, in particolare, la necessità di assicurare carattere di certezza e univocità alle informazioni desumibili dalla consultazione degli atti iscritti nel registro delle imprese, senza imporre ai terzi un'attività di valutazione e interpretazione delle stesse connotata da un margine di opinabilità e, dunque, dall'esito non concludente, ed esporli ai rischi connessi alla indeterminatezza dei relativi dati; (...)
- l'adesione ad un'interpretazione letterale del testo dell'art. 2473, secondo comma, cod. civ., si impone, pertanto, in primo luogo, in ragione della necessità di tutelare l'interesse dei creditori sotto il profilo patrimoniale, in relazione alla conservazione della garanzia patrimoniale rappresentata dal patrimonio sociale, a tutela (anche) del quale è dettata la disciplina del procedimento di liquidazione della quota, interesse già esposto al rischio del *recesso ad nutum* laddove sia pattuita l'intrasferibilità della partecipazione (art. 2469, secondo comma, cod. civ.), oltre che nelle altre ipotesi previste dall'atto costitutivo o dalla legge (art. 2473, primo comma, cod. civ.). (...)"

Responsabilità sanitaria e la lesione del consenso informato

Argomento: Dei fatti illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 5 settembre 2022 n. 26104)
stralcio a cura di Giovanni Pagano

“(…)7.4. (...) In tema di responsabilità sanitaria, questa Corte (...) ha affermato i seguenti principi (cui intende dare seguito): 1) **la manifestazione del consenso del paziente (o genitori se il paziente è minorenne) alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli** e, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.; 2) sebbene l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico (comportando la violazione dei distinti diritti alla libertà di autodeterminazione e alla salute), in ragione dell'unitarietà del rapporto giuridico tra medico e paziente - che si articola in plurime obbligazioni tra loro connesse e strumentali al perseguimento della cura o del risanamento del soggetto - non può affermarsi una assoluta autonomia dei due illeciti tale da escludere ogni interferenza tra gli stessi nella produzione del medesimo danno; **è possibile, invece, che anche l'inadempimento dell'obbligazione relativa alla corretta informazione sui rischi e benefici della terapia si inserisca tra i fattori "concorrenti" della serie causale determinativa del pregiudizio alla salute**, dovendo quindi riconoscersi all'omissione del medico una astratta capacità plurioffensiva, potenzialmente idonea a ledere due diversi interessi sostanziali, entrambi suscettibili di risarcimento qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche conseguenze dannose; 3) qualora venga allegato e provato, come conseguenza della mancata acquisizione del consenso informato, unicamente un danno biologico, ai fini dell'individuazione della causa "immediata" e "diretta" (ex art. 1223 c.c.) di tale danno-conseguenza, **occorre accertare, mediante giudizio controfattuale, quale sarebbe stata la scelta del paziente ove correttamente informato, atteso che, se egli avesse comunque prestato senza riserve il consenso a quel tipo di intervento (o di cure), la conseguenza dannosa si sarebbe dovuta imputare esclusivamente alla lesione del diritto alla salute**, se determinata dalla errata esecuzione della prestazione professionale; mentre, se egli avrebbe negato il consenso, il danno biologico scaturente dalla inesatta esecuzione della prestazione sanitaria sarebbe riferibile "ab origine" alla violazione dell'obbligo informativo, e concorrerebbe, unitamente all'errore relativo alla prestazione sanitaria (...); 4) le conseguenze dannose che derivino (...) dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente (...), e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico (...) (criterio della cd. vicinanza della prova (...): al riguardo, la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile in re ipsa derivante esclusivamente dall'omessa informazione. Pertanto, i confini entro cui ci si deve muovere ai fini del risarcimento in tema di consenso informato sono i seguenti: a) nell'ipotesi di omessa o insufficiente informazione riguardante un intervento che non abbia cagionato danno alla salute del paziente e al quale egli avrebbe comunque scelto di sottoporsi, nessun risarcimento sarà dovuto; b) nell'ipotesi di omissione o inadeguatezza informativa che non abbia cagionato danno alla salute del paziente ma che gli ha impedito tuttavia di accedere a più accurati attendibili accertamenti, il danno da lesione del diritto costituzionalmente tutelato all'autodeterminazione sarà risarcibile qualora il

paziente allegli che dalla omessa informazione siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e di contrazione della libertà di disporre di sé, in termini psichici e fisici. (...)"

La distinzione tra azione di rivendicazione e azione di regolamento di confini attiene alla differenza tra conflitto tra titoli di proprietà e conflitto tra fondi

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 15 settembre 2022, n. 27218)
stralcio a cura di Ida Faiella

“(…) 1. Con atto di citazione (…), *Omissis* conveniva in giudizio *Omissis* innanzi al Tribunale di Grosseto, chiedendo la determinazione del confine tra la (...) di sua proprietà, e le particelle (...) di proprietà della convenuta (...) 4. Con sentenza n. 168/2012 il Tribunale di Grosseto dichiarava che il confine tra le due proprietà coincideva con quello risultante dalle mappe catastali; rigettava le domande riconvenzionali della convenuta e la condannava al rilascio di una sottilissima striscia di terreno di 7 mq. quale risultante da una tavola allegata alla CTU. 5. Avverso detta sentenza proponeva appello *Omissis* (...) 6. Con decisione n. 1982/2018, la Corte d’Appello di Firenze ha respinto il gravame proposto (...) 7. *Omissis* propone ricorso per cassazione contro tale decisione affidandosi a quattro motivi. (...) 1.- Con il primo motivo la ricorrente sostiene che il Tribunale prima e la Corte di Appello poi avrebbero non correttamente qualificato l’azione proposta dalla *Omissis* quale azione di regolamento di confini anziché quale azione di rivendicazione, (...) 1.1. - Il motivo è infondato. **Il costante indirizzo giurisprudenziale di questa Corte ha tracciato la linea di separazione tra azione di rivendicazione e azione di regolamento di confini sul filo della distinzione fra conflitto tra titoli di proprietà e conflitto tra fondi. La prima azione presuppone un contrasto tra titoli determinato dal convenuto che nega la proprietà dell'attore, contrapponendo al titolo da lui vantato il suo possesso della cosa ovvero un proprio diverso ed incompatibile titolo di acquisto; nella seconda i titoli di proprietà non sono controversi e la contestazione attiene alla delimitazione dei rispettivi fondi a causa dell'incertezza dei confini** (a titolo esemplificativo Cass., sez. 2, n. 42045/2021; sez. 2, n. 10066/2018; sez. 2, n. 6681/2000). (...) posto che la determinazione del confine può comportare l’attribuzione ad una delle parti di una zona occupata dall’altra, la richiesta di tale attribuzione non incide sull’essenza dell’azione, trasformando l’azione di regolamento di confini in rivendica (Cass. n. 11942/2003), ma integra solo una naturale conseguenza della domanda di individuazione del confine (Cass. n. 671/1977; n. 1446/1996). L’azione di regolamento di confini non muta dunque natura trasformandosi in quella di rivendica nel caso in cui l’attore sostenga che il confine di fatto non sia esatto per essere stato parte del suo fondo usurpato dal vicino (Cass. n. 22645/2018) e pertanto l’azione non perde la sua natura ricognitiva nel caso in cui l’eliminazione dell’incertezza comporti come conseguenza l’obbligo di rilascio di una porzione di fondo indebitamente posseduta, generando un effetto recuperatorio della proprietà (Cass. n. 2297/2017). (...) 2.- Il secondo motivo è volto a censurare la violazione dell’art. 950 c.c. e degli artt. 115 e 116 c.p.c. (in relazione all’art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c.). Si duole la ricorrente che il giudice di merito abbia fatto riferimento alla determinazione del confine attraverso le mappe catastali, in violazione del carattere sussidiario di questo mezzo di prova (...) 2.1.- Il motivo è in parte inammissibile e in parte infondato. (...) In tema di azione di regolamento di confini, è orientamento consolidato di questa Corte che per l’individuazione della linea di separazione fra fondi limitrofi il ricorso alle mappe catastali è possibile, pur avendo le stesse carattere meramente sussidiario (*ex plurimis*: Cass.

14993/2012; n. 10121/2002) e le indicazioni catastali possono adoperarsi anche in presenza di altri elementi probatori se questi si rivelano inadeguati alla determinazione del confine (Cass. n. 3101/2005; n. 10997/1993). Al giudice di merito non è consentito basare la sua decisione sulle sole risultanze catastali, ma lo stesso giudice - pur essendo in materia di regolamento di confini la prova di maggior rilievo fornita dai titoli, che devono essere esaminati in concreto con riferimento al loro contenuto (Cass. n. 5552/1978; n. 2622/1978) - ben può fondare il suo convincimento sulle mappe catastali quando, esaminati e valutati gli altri elementi offerti dalle parti e le altre risultanze acquisite al processo, riscontri che solo le prime sono idonee alla determinazione certa del confine controverso. L'art. 950 c.c. risulta dunque violato nel solo caso in cui il giudice fonda la sua decisione esclusivamente sulla rispondenza della situazione dei luoghi alle mappe catastali, elevando queste a elemento unico di prova. (...) 3.- Il terzo motivo (...) la sentenza sarebbe nulla (...) in quanto presenterebbe una motivazione solo apparente e tale da impedire la comprensione del processo logico-deduttivo svolto dal giudice (...) 3.1. - (...) motivo (...) disatteso per la sua infondatezza (...) ricorre il vizio di motivazione apparente della sentenza, denunziabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. *“quando essa, benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inadeguate a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche, congetture”* (da ultimo, Cass. nn. 6758/2022; 13977/2019). Ad integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia non basta la mancanza di un'espressa statuizione del giudice, *“ma è necessario che sia stato completamente omesso il provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto: ciò non si verifica quando la decisione adottata comporti la reiezione della pretesa fatta valere dalla parte, anche se manchi in proposito una specifica argomentazione, dovendo ravvisarsi una statuizione implicita di rigetto quando la pretesa avanzata col capo di domanda non espressamente esaminato risulti incompatibile con l'impostazione logico-giuridica della pronuncia”* (cfr. Cass., ord. n. 24155/2017; sent. n. 20311/2011). (...) P.Q.M. La Corte rigetta il ricorso (...)

Il condominio risponde ai sensi dell'art. 2051 c.c. per i danni cagionati da beni e servizi comuni

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 26 settembre 2022, n. 27989)
stralcio a cura di Ida Faiella

“(…) OMISSIS e OMISSIS proposero opposizione avverso il decreto ingiuntivo (...) con il quale il Tribunale di Catanzaro ingiunse il pagamento in solido tra di loro, in favore del condominio di OMISSIS, (...) per le quote dovute per i lavori di manutenzione straordinaria del fabbricato condominiale. (...) Le odierne ricorrenti sostennero che l'importo ingiunto non fosse dovuto in quanto non interamente proprietarie dell'appartamento, essendo quest'ultimo originariamente intestato anche a OMISSIS del quale non avevano accettato l'eredità, e poichè tale importo scaturì dalla richiesta della ditta appaltatrice dei lavori che provocò gravissimi danni. Il giudizio, nel quale si costituì il condominio resistendo alla domanda, venne definito con sentenza di rigetto dell'opposizione in quanto infondata. (...) 2. La sentenza venne impugnata da OMISSIS e OMISSIS e confermata dalla Corte d'appello di Catanzaro. (...) 3. Avverso la decisione della Corte d'appello di Catanzaro OMISSIS e OMISSIS ricorrono con cinque motivi (...) 3. Con il terzo motivo si denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'art. 63 disp. att. c.p.c. (...) le ricorrenti specificano di dolersi per la assenza di una pregressa delibera di approvazione del rendiconto e del piano di riparto dei lavori di manutenzione. 4. Con il quarto motivo le ricorrenti si dolgono della violazione delle norme in tema di rinuncia all'eredità e di scioglimento della comunione. (...) 5. Con il quinto motivo si deduce la nullità della sentenza, ex art. 360 c.p.c., n. 3, per erronea applicazione delle norme in materia di responsabilità contrattuale in riferimento all'art. 2043 c.c., e art. 2051 c.c.; sotto ulteriore profilo si denuncia la violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, per non aver disposto la prova per l'accertamento della responsabilità del condominio in solido con l'appaltatore.

6. Il terzo ed il quarto motivo (...) sono infondati.

6.1. Quanto al terzo motivo, occorre evidenziare che le Sezioni Unite di questa Corte, con sentenza n. 9839 del 2021, hanno chiarito che **l'azione di annullamento delle delibere assembleari costituisce la regola generale, ai sensi dell'art. 1137 c.c.**, come modificato dalla L. n. 220 del 2012, art. 15, mentre la categoria della nullità ha un'estensione residuale ed è rinvenibile nelle seguenti ipotesi: mancanza originaria degli elementi costitutivi essenziali, impossibilità dell'oggetto in senso materiale o giuridico - quest'ultima da valutarsi in relazione al "difetto assoluto di attribuzioni" -, contenuto illecito, ossia contrario a "norme imperative" o all'"ordine pubblico" o al "buon costume". Pertanto, sono nulle le deliberazioni con le quali, a maggioranza, siano stabiliti o modificati i generali criteri di ripartizione delle spese previsti dalla legge o dalla convenzione, da valere per il futuro, trattandosi di materia che esula dalle attribuzioni dell'assemblea previste dall'art. 1135, nn. 2) e 3), c.c., mentre sono meramente annullabili le deliberazioni aventi ad oggetto la ripartizione in concreto tra i condomini delle spese relative alla gestione delle parti e dei servizi comuni adottate in violazione dei criteri generali previsti dalla legge o dalla convenzione stessi, trattandosi di deliberazioni assunte nell'esercizio di dette attribuzioni assembleari, cosicchè la relativa impugnazione va proposta nel termine di decadenza previsto dall'art. 1137 c.c., comma 2. Nella specie, si discorrerebbe quindi di una pretesa annullabilità (...) trova allora applicazione il seguente principio, affermato dalle citate Sezioni Unite, secondo cui "nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, il giudice può sindacare sia la nullità dedotta dalla parte o rilevata d'ufficio della deliberazione assembleare posta a fondamento dell'ingiunzione, sia l'annullabilità di tale deliberazione, a condizione che quest'ultima sia dedotta in via d'azione,

mediante apposita domanda riconvenzionale di annullamento contenuta nell'atto di citazione, ai sensi dell'art. 1137 c.c., comma 2, nel termine perentorio ivi previsto, e non in via di eccezione; ne consegue l' inammissibilità, rilevabile d'ufficio, dell'eccezione con la quale l'opponente deduca solo l'annullabilità della deliberazione assembleare posta a fondamento dell' ingiunzione senza chiedere una pronuncia di annullamento".

6.2. Quanto al quarto motivo, sul punto trova applicazione il principio statuito da Cass.n. 21907 del 2011 secondo cui i comproprietari di un'unità immobiliare sita in condominio sono tenuti in solido, nei confronti del condominio medesimo, al pagamento degli oneri condominiali, sia perchè detto obbligo di contribuzione grava sui contitolari del piano o della porzione di piano inteso come cosa unica e i comunisti stessi rappresentano, nei confronti del condominio, un insieme, sia in virtù del principio generale dettato dall'art. 1294 c.c., (secondo il quale, nel caso di pluralità di debitori, la solidarietà si presume), alla cui applicabilità non è di ostacolo la circostanza che le quote dell'unità immobiliare siano pervenute ai comproprietari in forza di titoli diversi. Trattandosi di un principio informatore della materia, al rispetto di esso è tenuto il giudice di pace anche quando decida secondo equità ai sensi dell'art. 113 c.p.c., comma 2, (Nella specie, la S.C. ha chiarito che il principio espresso non si pone in contrasto con quello già enunciato da S.U. n. 9148 del 2008, riguardando quest'ultima pronuncia la diversa problematica delle obbligazioni contratte dal rappresentante del condominio verso i terzi e non la questione relativa al se le obbligazioni dei comproprietari inerenti le spese condominiali ricadano o meno nella disciplina del condebito ad attuazione solidale).

7. Il quinto motivo di ricorso è fondato.

7.1. Le odierne ricorrenti, avevano chiesto che venisse riconosciuta la responsabilità del condominio ex art. 2051 c.c., per i danni, provenienti da infiltrazioni d'acqua dal lastrico solare, subiti dal loro appartamento e la Corte d'appello aveva rigettato la domanda. (...)

7.2. Le conclusioni cui è pervenuto il giudice di seconde cure sono erronee in quanto in contrasto con i principi affermati da questa Corte ed in particolare da quanto statuito da Cass. n. 11671 del 2018 (Conf. Cass. 11671/2011 si vedano inoltre anche Cass. n. 25251/2008; Cass. n. 6435/2009; Cass. n. 7553/2021 sul tema della responsabilità del condominio per danni in esecuzione di appalto). **In tema di appalto, infatti, se è vero che l'autonomia dell'appaltatore comporta che, di regola, egli deve ritenersi unico responsabile dei danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'opera, potendo configurarsi una corresponsabilità del committente soltanto in caso di specifica violazione di regole di cautela nascenti ex art. 2043 c.c., ovvero nell' ipotesi di riferibilità dell'evento al committente stesso per culpa in eligendo (per essere stata affidata l'opera ad un' impresa assolutamente inidonea) ovvero quando l'appaltatore, in base a patti contrattuali, sia stato un semplice esecutore degli ordini del committente, agendo quale nudus minister dello stesso** (Cass., n. 1234 del 2016), cionondimeno il committente può essere chiamato a rispondere dei danni derivanti dalla condizione della cosa di sua proprietà: a) laddove, per sopravvenute circostanze di cui sia venuto a conoscenza - come, ad es., nel caso di abbandono del cantiere o di sospensione dei lavori da parte dell'appaltatore sorga a carico del medesimo il dovere di apprestare quelle precauzioni che il proprietario della cosa deve adottare per evitare che dal bene ne derivino pregiudizi a terzi" (Cass., n. 14443/2010, in motivazione); b) "ove l'appalto non implichi il totale trasferimento all'appaltatore del potere di fatto sull' immobile nel quale deve essere eseguita l'opera appaltata, non viene meno per il committente e detentore del bene il dovere di custodia e di vigilanza e, con esso, la conseguente responsabilità ex art. 2051 c.c., che, essendo di natura oggettiva, sorge in ragione della sola sussistenza del rapporto di custodia tra il responsabile e la cosa che ha determinato l'evento lesivo" (Cass., n. 15734 del 2011). (...) **il lastrico svolge (...) una ineludibile funzione primaria di copertura e protezione delle sottostanti strutture** (arg. da Cass., n. 19779 /2017 e da S. U., n. 9449/2016): sicchè, quantomeno sotto tale profilo ed indipendentemente dall'avvenuta "consegna" quale area di cantiere - all'appaltatore, per l'esecuzione di lavori volti alla relativa manutenzione o ristrutturazione, " il lastrico deve

considerarsi nella persistente disponibilità del condominio, con conseguente permanenza, in capo a quest'ultimo, delle obbligazioni connesse alla sua custodia e delle connesse responsabilità per il relativo inadempimento" (arg. da Cass., n. 15734/2011, cit.). Il condominio di un edificio, quale custode dei beni e dei servizi comuni, è quindi obbligato ad adottare tutte le misure necessarie affinché tali cose non rechino pregiudizio ad alcuno, sicchè risponde ex art. 2051 c.c., dei danni da queste cagionati alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini (sul punto da ultimo Cass. n. 7044 del 2020). (...)"

Calcolo del danno differenziale e personalizzazioni

Argomento: Dei fatti illeciti

(Cass. Civ., Sez. VI, 29 settembre 2022, n. 28327)
stralcio a cura di Camilla Ragazzi

“(…) In materia di danno differenziale deve darsi continuità ai principi affermati da Cass. 11/11/2019, n. 28986 (e da ultimo ribaditi da Cass. 21/08/2020, n. 17555; 06/05/2021, n. 12052; 27/09/2021, n. 26117), **secondo cui in tema di risarcimento del danno alla salute, la preesistenza della malattia in capo al danneggiato costituisce una concausa naturale dell'evento di danno ed il concorso del fatto umano la rende irrilevante in virtù del precetto dell'equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p.** (...) quella "coesistente" è, di norma, irrilevante rispetto ai postumi dell'illecito apprezzati secondo un criterio controfattuale (vale a dire stabilendo cosa sarebbe accaduto se l'illecito non si fosse verificato) sicché anche di essa non dovrà tenersi conto nella determinazione del grado di invalidità permanente e nella liquidazione del danno; viceversa, secondo lo stesso criterio, quella "concorrente assume rilievo in quanto gli effetti invalidanti sono meno gravi, se isolata, e più gravi, se associata ad altra menomazione (anche se afferente ad organo diverso) sicché di essa dovrà tenersi conto ai fini della sola liquidazione del risarcimento del danno e non anche della determinazione del grado percentuale di invalidità (...)». In tema di liquidazione del danno alla salute, l'apprezzamento delle menomazioni policrone "concorrenti" in capo al danneggiato rispetto al maggior danno causato dall'illecito va compiuto stimando, prima, in punti percentuali, l'invalidità complessiva, risultante cioè dalla menomazione preesistente sommata a quella causata dall'illecito e poi quella preesistente all'illecito, convertendo entrambe le percentuali in una somma di denaro, con la precisazione che in tutti quei casi in cui le patologie pregresse non impedivano al danneggiato di condurre una vita normale lo stato di «validità» anteriore al sinistro dovrà essere considerato pari al cento per cento; procedendo infine a sottrarre dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata quello corrispondente al grado di invalidità preesistente, fermo restando l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa secondo la cd. equità giudiziale correttiva od integrativa, ove lo impongano le circostanze del caso concreto. (...) Le ragioni che rendono necessaria l'adozione di tale corretto metodo di calcolo, (...), sono le seguenti: le funzioni vitali perdute dalla vittima e le conseguenti privazioni a costituire il danno risarcibile, non il grado di invalidità, che ne è solo la misura convenzionale; tali privazioni (e le connesse sofferenze) progrediscono con intensità geometricamente crescente rispetto al crescere dell'invalidità; la misura convenzionale cresce invece secondo progressione aritmetica. Ciò si riflette nel metodo di liquidazione che, dovendo obbedire al principio di integralità del risarcimento (art. 1223 cod. civ.), opera necessariamente, sia quando è disciplinato dalla legge, sia quando avvenga coi criteri introdotti dalla giurisprudenza, con modalità tali che il *quantum debeat* cresce in modo più che proporzionale rispetto alla gravità dei postumi: ad invalidità doppie corrispondono perciò risarcimenti più che doppi. (...)”

La registrazione di una conversazione sul luogo di lavoro non giustifica il licenziamento se utilizzata per fini difensivi

Argomento: Diritto del lavoro e della previdenza sociale

(Cass. Civ., Sez. lavoro, 29 settembre 2022, n. 28398)

stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“32. Si censura la sentenza impugnata per avere escluso la ritorsività del licenziamento muovendo da un presupposto errato e cioè la non utilizzabilità delle registrazioni dei colloqui tra presenti, in contrasto con l'orientamento di legittimità e sebbene controparte non avesse in alcun modo contestato lo svolgimento dei colloqui registrati e il relativo contenuto. (...)”

34. Il primo motivo di ricorso incidentale è fondato.

35. Questa Corte ha affermato che la registrazione di una conversazione tra presenti possa costituire fonte di prova entro i limiti e le condizioni specificamente individuate. Si è, **in particolare, statuito che la registrazione su nastro magnetico di una conversazione possa costituire fonte di prova, ex art. 2712 c.c., se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta, nè che abbia avuto il tenore risultante dal nastro, e sempre che almeno uno dei soggetti, tra cui la conversazione si svolge, sia parte in causa**; il disconoscimento, da effettuare nel rispetto delle preclusioni processuali degli artt. 167 e 183 c.p.c., deve essere chiaro, circostanziato ed esplicito e concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra la realtà fattuale e quella riprodotta (Cass. n. 1250 del 2018; n. 5259 del 2017; n. 27424 del 2014). 36. Nel valutare se la condotta di registrazione di conversazioni tra un dipendente e i suoi colleghi presenti, all'insaputa dei conversanti, potesse integrare una grave violazione del diritto alla riservatezza che giustifica il licenziamento, questa Corte ha chiarito (v. Cass. n. 11322 del 2018; v. anche Cass. n. 12534 del 2019 e n. 31204 del 2021, entrambe in motivazione) che il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 24, permette di prescindere dal consenso dell'interessato quando il trattamento dei dati, pur non riguardanti una parte del giudizio in cui la produzione venga eseguita, sia necessario per far valere o difendere un diritto, a condizione che essi siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento (Cass. 20 settembre 2013, n. 21612); sicchè, l'utilizzo a fini difensivi di registrazioni di colloqui tra il dipendente e i colleghi sul luogo di lavoro non necessita del consenso dei presenti, in ragione dell'imprescindibile necessità di bilanciare le contrapposte istanze della riservatezza da una parte e della tutela giurisdizionale del diritto dall'altra e pertanto di contemperare la norma sul consenso al trattamento dei dati con le formalità previste dal codice di procedura civile per la tutela dei diritti in giudizio. (...) Da tali premesse si è tratta la conseguenza che la condotta di registrazione d'una conversazione tra presenti, ove rispondente alle necessità conseguenti al legittimo esercizio per diritto di difesa, e quindi "essendo coperta dall'efficacia scriminante dell'art. 51 c.p., di portata generale nell'ordinamento e non già limitata al mero ambito penalistico", non può di per sè integrare illecito disciplinare (Cass. n. 27424 del 2014 cit.), esigendosi un attento ed equilibrato bilanciamento tra la tutela di due diritti fondamentali, quali la garanzia della libertà personale, sotto il profilo della sfera privata e della riservatezza delle comunicazioni, da una parte e del diritto alla difesa, dall'altra (così Cass. n. 31204 del 2021 cit.). (...)”

Compravendita: gli accessori vanno obbligatoriamente consegnati all'acquirente salvo diversa ed espressa pattuizione tra le parti

Argomento: Del contratto di compravendita

(Cass. Civ., Sez. II, 3 ottobre 2022, n. 28613)
stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“(…) 2.1. Con il primo motivo si deduce, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, la "Violazione e falsa applicazione dell'art. 818 c.c. e dell'art. 817 c.c., (ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3) e dei principi applicabili in materia per avere il Giudice di appello sostanzialmente accordato rilievo alla circostanza secondo cui i beni rivendicati dagli istanti possano qualificarsi quali pertinenze o accessori dell'immobile acquistato e che siano strettamente connessi al 'normale utilizzo dell'immobile". (…)

2.2. Con il secondo motivo si deduce, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, la "Violazione e falsa applicazione dell'art. 818 c.c., e dell'art. 817 c.c., (ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3) e dei principi applicabili in materia per avere erroneamente postulato che i detti beni fossero ricompresi nella vendita al prezzo concordato in virtù dell'espresso riferimento all'acquisto unitamente a tutti gli accessori ed allo stato di fatto in cui si trovava l'immobile oggetto del contratto (pag. 6 della sentenza impugnata - terzultimo periodo)". (…)

2.3. I due motivi sono infondati. Correttamente, infatti, la Corte d'appello barese ha richiamato ed applicato la **distinzione tra pertinenze ed accessori. Il primo concetto, infatti, viene direttamente definito dal Codice civile come quelle cose - dotate di autonomia - che il proprietario ha destinato durevolmente al servizio o all'ornamento di un'altra cosa (art. 817 c.c.). Per accessori, invece, devono intendersi tutti i beni che vengono a costituire parti integranti o incorporate nella cosa principale (da una dottrina definiti "accessori in senso stretto"), oppure che sono destinati a completare la funzionalità di un altro bene (e pertanto definiti anche "accessori d'uso") al quale sono materialmente uniti, a differenza delle pertinenze per le quali non opera un vincolo di necessaria contiguità fisica, necessitando invece il vincolo funzionale** (Cass. Sez. 2 Sentenza n. 2804 del 02/02/2017 - Rv. 642813 - 01; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2278 del 19/03/1990 - Rv. 466043 - 01). Sebbene la categoria degli accessori non riceva dal Codice civile una definizione generale - al punto da aver determinato in parte della dottrina dubbi sulla sua effettiva autonomia - il suo reiterato richiamo in diverse previsioni codicistiche (art. 179 c.c., comma 1, lett. c), artt. 1007, 1477, 1617 e 2912 c.c.) - e talvolta (ci si riferisce ancora agli artt. 1617 e 2912 c.c.) in specifico ma distinto accostamento rispetto alle pertinenze - ha già in passato indotto questa Corte ad affermarne l'autonomia rispetto alle pertinenze (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 3570 del 29/10/1969 - Rv. 343765 - 01, la quale ha chiarito che l'accessorio non si identifica con la pertinenza, della quale costituisce al più, l'elemento oggettivo, col quale deve concorrere, per aversi pertinenza, una volontà effettiva di destinazione da parte degli aventi diritto). (…)
La distinzione tra pertinenze ed accessori presenta evidenti ricadute su varie fattispecie ed in particolare sull'ipotesi di alienazione del bene principale, in quanto per gli accessori viene a porsi il problema della possibilità di applicare o meno il disposto di cui all'art. 818 c.c., comma 1, norma dettata espressamente per le sole pertinenze. Si tratta, del resto, di un aspetto che costituisce uno dei nuclei dei due motivi di ricorso, il quale - come visto in precedenza - attribuisce alla Corte territoriale l'erronea applicazione dell'art. 818 c.c. anche agli accessori. La censura, tuttavia, è radicalmente infondata in quanto la stessa non viene ad investire un profilo fondamentale della ratio della decisione impugnata, e cioè l'applicabilità al caso in esame dell'art. 1477 c.c., norma

che i due motivi di ricorso neppure vengono a menzionare nelle rispettive argomentazioni. Senza, quindi, entrare nella individuazione del regime generale applicabile agli accessori - profilo che esula dalla decisione - è sufficiente rammentare che, per l'ipotesi della vendita del bene principale, l'art. 1477 c.c., prevede espressamente l'obbligazione di consegnare la cosa venduta "insieme con gli accessori le pertinenze e i frutti dal giorno della vendita", in tal modo risolvendo direttamente - almeno nel caso della compravendita- il problema del rapporto tra trasferimento del bene principale e destinazione degli accessori. (...) La regola di cui all'art. 1477 c.c., infatti, opera nel senso diametralmente opposto a quanto dedotto dai ricorrenti, prevedendo l'obbligo di consegna degli accessori all'acquirente "salvo diversa volontà delle parti". Come correttamente argomentato nella decisione della Corte barese, quindi, non erano gli odierni controricorrenti (acquirenti) a dover dare prova dell'esistenza dell'obbligo di consegna degli accessori, ma erano, semmai, gli odierni ricorrenti (venditori) a dare prova dell'esistenza di una diretta pattuizione che escludeva la sussistenza di tale obbligazione. La sussistenza di tale prova, invece, è stata, in modo argomentato, esclusa dalla Corte d'appello, la quale, ha evidenziato la presenza -nei plurimi atti negoziali (proposta, preliminare, definitivo) che hanno condotto alla vendita dell'immobile- di molteplici e convergenti dati testuali che univocamente deponevano nel senso di estendere gli effetti della vendita anche agli accessori. (...) Inammissibili appaiono anche le deduzioni riferite alla non corretta interpretazione delle clausole contrattuali che affliggerebbe la decisione impugnata. Va, infatti, rammentato che il ricorrente per cassazione, al fine di far valere la violazione dei canoni legali di interpretazione contrattuale di cui all'art. 1362 c.c. e ss., non solo deve fare esplicito riferimento alle regole legali di interpretazione, mediante specifica indicazione delle norme asseritamente violate ed ai principi in esse contenuti, ma è tenuto, altresì, a precisare in quale modo e con quali considerazioni il giudice del merito si sia discostato dai canoni legali assunti come violati o se lo stesso li abbia applicati sulla base di argomentazioni illogiche od insufficienti non potendo, invece, la censura risolversi nella mera contrapposizione dell'interpretazione del ricorrente a quella accolta nella sentenza impugnata (Cass. Sez. 1 - Ordinanza n. 9461 del 09/04/2021 - Rv. 661265 - 01; Cass. Sez. 1 - Ordinanza n. 27136 del 15/11/2017 - Rv. 646063 - 01), e ciò perchè l'interpretazione accolta nella decisione impugnata - peraltro ampiamente argomentata dalla Corte territoriale sulla scorta dell'integrale sequenza degli atti negoziali poi sfociati nella compravendita - non deve essere l'unica astrattamente possibile ma solo una delle plausibili interpretazioni, sicchè, quando di una clausola contrattuale sono possibili due o più interpretazioni, non è consentito, alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito, dolersi in sede di legittimità del fatto che sia stata privilegiata l'altra (Cass. Sez. 3 - Sentenza n. 28319 del 28/11/2017 - Rv. 646649 - 01) (...)P.Q.M. La Corte rigetta il ricorso; (...)"

Nota a cura di
Ambrogio Ietto

L'individuazione degli elementi discretivi su cui si fonda la distinzione tra "pertinenze" ed "accessori" è una problematica sì tradizionale del diritto civile ma ancora oggi foriera di molteplici dubbi interpretativi in capo agli interpreti.

Ne è conferma la circostanza che la Corte di Cassazione, come nel caso oggetto della pronuncia in esame (ord. n. 28613/2022), sia ancora chiamata a pronunciarsi sul punto e a chiarire le differenze (in punto di struttura e di disciplina applicabile) tra questi due istituti giuridici.

La controversia che ha dato modo alla Corte di intervenire nuovamente sul tema riguardava un'azione di accertamento di responsabilità per inadempimento contrattuale (per aver il venditore, nell'ambito di una vendita immobiliare, asportato dall'immobile, prima dell'immissione nel possesso dei neo acquirenti, una "*nutrita serie di beni accessori, quali sanitari, luci, mobilia, impiantistica*").

Gli originari convenuti, costituitisi nel giudizio di primo grado, contestavano la fondatezza della domanda, deducendo che nel contratto non era previsto il trasferimento di accessori diversi da quelli contemplati nel contratto.

La Corte di Appello di Bari, chiamata a pronunciarsi sul punto, discostandosi dalla decisione del giudice di prime cure, accertava l'inadempimento del venditore e accoglieva la ricostruzione attorea. Ne seguiva il ricorso per Cassazione del medesimo venditore col quale egli deduceva, in particolare, la *“violazione e falsa applicazione dell'art. 818 c.c. e dell'art. 817 c.c. [...] per avere erroneamente postulato che i detti beni fossero ricompresi nella vendita al prezzo concordato in virtù dell'espresso riferimento all'acquisto unitamente a tutti gli accessori ed allo stato di fatto in cui si trovava l'immobile oggetto del contratto”*.

In particolare, si censurava il *“decisum”* della Corte barese, per avere la stessa erroneamente applicato l'art. 818 c.c. anche ai beni accessori (quali sono quelli sottratti dall'appartamento prima dell'immissione del possesso degli acquirenti).

Difatti nell'ottica del ricorrente era errata la ricostruzione della Corte d'Appello posto che l'art. 818 c.c. (a norma del quale *“gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, se non è diversamente disposto”*) si applica solo alle pertinenze e che, pertanto, i beni accessori (a differenza di quelli pertinenziali) si trasferiscono insieme al bene principale solo in caso di un'espressa ed esplicita previsione contrattuale (insussistente nel caso *“de quo”*).

Detta ricostruzione di parte era manifestamente infondata.

Difatti la Corte d'Appello era giunta ad accogliere la domanda attorea in forza non di un'applicazione analogica (inammissibile) dell'art. 818 c.c. bensì in virtù del disposto dell'art. 1477 comma 2° c.c., secondo cui, in materia di vendita immobiliare, *“la cosa deve essere consegnata insieme con gli accessori, le pertinenze e i frutti dal giorno della vendita”* (norma simile è statuita, in materia di locazione, dall'art. 1617 c.c.).

Ne deriva che, qualora ci si trovi dinanzi ad una vendita immobiliare (come nel caso in questione), sia i beni pertinenziali che i beni accessori vanno consegnati insieme alla res principale (salvo diversa volontà delle parti).

Non vi era, quindi, almeno in relazione al contratto di compravendita, alcuna necessità di applicare analogicamente l'art. 818 c.c. posto che l'art. 1477 c.c., unificando (almeno sotto questo aspetto) la disciplina dei beni accessori e di quelli pertinenziali, espressamente dispone l'obbligatorietà della loro consegna insieme alla cosa venduta.

Posto che, nell'ipotesi fattuale *“de qua”*, non era possibile individuare una diversa volontà delle parti volta a derogare detto obbligo legislativo, la Corte di Cassazione, con la pronuncia esame, ha avuto *“gioco facile”* nel dichiarare infondato il ricorso.

L'ordinanza, tuttavia, (al netto della manifesta infondatezza del ricorso di parte) è densa di spunti dogmatici ed interpretativi, posto che la Corte ha utilizzato questa occasione per ribadire e chiarire, ancora una volta, gli elementi discretivi tra pertinenze e accessori.

Il primo concetto non pone particolari problemi, dato che è lo stesso legislatore, all'art. 817 comma 1° c.c., a statuire come per *“pertinenze”* devono intendersi *“le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa”*.

Pertanto, come ribadito dalla stessa Corte in questa occasione, la legittima costituzione di un vincolo pertinenziale presuppone che il bene accessorio sia legato da un rapporto funzionale col bene principale (*“elemento oggettivo”*) e che vi sia una effettiva volontà, espressa o tacita, di destinazione della res al servizio o all'ornamento del bene principale da parte di chi abbia il potere di disporre di entrambi (*“elemento soggettivo”*).

Va, tuttavia, evidenziato come siffatto rapporto di subordinazione, del bene pertinenziale nei confronti di quello principale, non sia tale da far sì che il primo perda la propria individualità o non possa separarsi dal secondo se non alterandone la funzione economica.

Inoltre, la Corte chiarisce come per i beni pertinenziali *“non opera un vincolo di necessaria contiguità fisica, necessitando invece il vincolo funzionale”*.

Ciò che rileva, quindi, non è che il bene pertinenziale sia unito materialmente alla res principale ma che, piuttosto, sia ad essa legata da un nesso funzionale (classico esempio è quello del garage come bene pertinenziale di un'unità immobiliare abitativa).

“*Ad abundantiam*” la Corte rileva come vada esclusa la natura pertinenziale di quei beni la cui funzionalità e strumentalità riguardi “*esclusivamente la persona del titolare del diritto reale sulla cosa principale e non la cosa in sé considerata*”. Ne deriva che non basta, ai fini della qualificazione di pertinenzialità, che quel bene sia funzionale ma occorre che detta funzionalità riguardi la cosa principale in sé e non il suo titolare.

Detto assunto ricorda molto quanto sostenuto dalla Cass. sent. n. 16698/2017 in materia di “*servitù di parcheggio*”. Anche in quell'occasione la Suprema Corte, rifiutando soluzioni apodittiche, sostenne come il carattere della “*realità*” (costituente la vera grande differenza tra le servitù “*prediali*” e quelle “*irregolari*”) vada indagato in concreto; nello specifico il giudicante, quindi, con un'analisi caso per caso, sarà tenuto a verificare che il vantaggio (costituito dalla facoltà di poter parcheggiare) sia a vantaggio della cosa in sé e non del suo titolare.

Poiché il nesso pertinenziale deve avere un carattere durevole, esso, per espressa disposizione legislativa (art. 817 c.2° c.c.), può essere costituito solo da chi è proprietario della cosa o da chi è titolare di un diritto reale sulla stessa (non anche da chi abbia un mero diritto personale di godimento sulla *res*).

A seconda del bene principale cui esse accedono, le pertinenze sono classificabili in “*pertinenze agrarie*”, “*urbane*”, “*industriali*” e “*navali/aeronautiche*”.

Gli accessori, invece, non ricevono dal codice civile né una definizione generale né una disciplina organica, al punto che la stessa Corte di Cassazione evidenzia come detta lacuna normativa abbia “*determinato in parte della dottrina dubbi sulla effettiva autonomia*” di detta categoria giuridica.

In realtà la Suprema Corte, anche in quest'occasione, allineandosi su un suo orientamento tradizionale (cfr. Cass. sent. 343765/2001), conferma come gli accessori, da tenere distinti dalle pertinenze, costituiscano una categoria giuridica autonoma, avente un proprio rilievo ordinamentale, in forza delle molteplici previsioni codicistiche che fanno ad essi richiamo (artt. 179 c.1° lett. c, 1007, 1477, 1617 e 2912 c.c.)

La Corte definisce gli accessori come quei “*beni che vengono a costituire parti integranti o incorporate nella cosa principale (i c.d. “accessori in senso stretto”) oppure che sono destinati a completare la funzionalità di un altro bene (i c.d. “accessori d'uso”) al quale sono materialmente uniti*”.

Sono quindi questi dei beni che non hanno le caratteristiche oggettive e soggettive dei beni pertinenziali e che, per via del rapporto di subordinazione con la res principale, perdono la propria individualità.

La Corte, al fine di concretizzare le statuizioni di principio appena sostenute, ribadisce la natura accessoria “*delle suppellettili, degli arredi e dei mobili*” posto che detti beni, di regola, in primo luogo non possiedono gli elementi oggettivi e soggettivi tipici delle pertinenze e, in secondo luogo, risultano utili non alla res principale in sé quanto al suo proprietario.

Siffatta differenziazione “*presenta evidenti ricadute su varie fattispecie*”, posto che il codice civile detta una disciplina giuridica parzialmente distinta dei due istituti.

Tipico esempio di questa diversa regolamentazione dei due istituti è l'art. 818 c.2° c.c., ove si dispone che “*le pertinenze possono formare oggetto di separati atti o rapporti giuridici*”.

E' questa una disposizione coerente con quanto sostenuto circa l'individualità e autonomia del bene pertinenziale.

I commi 1° e 2° dell'art. 818 c.c. vanno, quindi, analizzati in rapporto di regola-eccezione. Il comma 1°, nel disciplinare che gli “*gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze*”, pone la regola. Il comma 2°, nell'attribuire validità agli atti con oggetto meri beni pertinenziali, rappresenta la deroga che concretizza l'inciso del comma 1° ove si richiama ad una diversa volontà contrattuale.

L'art. 818 c.2° c.c., pacificamente, non si applica ai beni accessori per plurime ragioni.

In primo luogo, la norma si rivolge testualmente alle sole pertinenze. Difatti il legislatore ha dato prova di conoscere la distinzione tra pertinenze ed accessori e quando, ha voluto, ha espressamente citato i beni accessori (come fatto, ad esempio, nell'art. 1477 c.c.).

Nella stessa ord. n. 28613/2022 la Cassazione conferma come l'art. 818 c.c. sia norma *“dettata espressamente per le sole pertinenze”*.

In secondo luogo, la caratteristica dei beni accessori è quella, in forza del forte rapporto di subordinazione che li lega ai beni principali cui sono funzionali, di perdere la propria autonomia e la propria individualità (esempio classico è quello della porta di una unità immobiliare abitativa).

Ne deriva, quindi, che la cosa accessoria segua sempre la condizione giuridica della cosa principale. La pronuncia in esame è solo l'ultima di una lunga serie che ha visto la Suprema Corte occuparsi della distinzione tra pertinenze e accessori.

Ormai le coordinate ermeneutiche in detta materia sono chiare, precise e omogenee nel tempo dal punto di vista contenutistico.

Nonostante ciò, la Corte, ciclicamente, è tuttavia chiamata a ribadire detti concetti perché taluni interpreti non ne fanno una corretta applicazione (come d'altronde accaduto nel caso “de quo”, dato che il giudice di prime cure aveva accolto l'originaria domanda attorea).

Alla base di queste perduranti difficoltà applicative vi sono, essenzialmente, due ragioni.

La prima è che il codice non detta una disciplina organica degli accessori (non definendoli neanche). E' questa, tuttavia, una lacuna normativa ormai quasi del tutto colmata dal capzioso e reiterato lavoro interpretativo dei giudici di legittimità.

La seconda è che, effettivamente, detta distinzione, in astratto molto lineare, nella prassi rischia di perdere nitidezza. Difatti non è sempre facile per il giudice del caso concreto valutare la sussistenza o meno dei requisiti strutturali dei vincoli pertinenziali, soprattutto quando non vi è un orientamento univoco della giurisprudenza sulla loro qualificazione; si pensi ai casi delle cassette della posta, delle staccionate, dei gazebo o dei capanni (in passato estremamente discussi e oggi qualificati come pertinenziali dalla giurisprudenza prevalente).

L'auspicio è che questa ennesima pronuncia sul tema serva a fare ulteriore chiarezza.

Ciò che è indiscusso è che l'ord. n. 28613/2022 si caratterizza per una apprezzabile sinteticità, chiarezza e precisione, a conferma di come la volontà degli Ermellini sia quella di definire una volta per tutti i rapporti tra pertinenze e accessori e le relative discipline giuridiche.

Componente compensativa dell'assegno divorzile anche in favore di chi ha instaurato una convivenza more uxorio

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 18 ottobre 2022, n. 30671)
stralcio a cura di Ida Faiella

“(…) La Corte di appello di Bologna (…) accoglieva (…) l'appello proposto da OMISSIS nei confronti di OMISSIS avverso la decisione del Tribunale di Bologna [...] e rideterminava in Euro 400,00 mensili la misura dell'assegno divorzile ed in pari importo l'assegno di mantenimento in favore del figlio maggiorenne ma non autosufficiente, oltre al 100% delle spese straordinarie.

La Corte distrettuale rilevava che non era in discussione il diritto alla percezione dell'assegno divorzile ma solo il quantum (…). Avverso tale decisione OMISSIS propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi (…). Con il secondo si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma VI, 1. nr 898/1970 e la totale pretermissione del criterio assistenziale, potenzialmente rilevante *ex se* e in ogni caso la non corretta interpretazione del criterio compensativo in relazione all'art. 360 comma 1 nr 3 c.p.c. per avere la Corte di appello obliterato l'aspetto assistenziale ritenendo preponderante quello compensativo. (…). Nel presente giudizio, come si è detto, viene in discussione unicamente il quantum dell'assegno per la cui determinazione la Corte di appello ha fatto riferimento ai criteri indicati nell'art. 5 della L. n. 898 del 1970 ponendo l'accento oltre che sulle disponibilità economiche del soggetto onerato anche sulla durata legale del matrimonio escludendo dal computo il periodo di convivenza more uxorio vissuto dalla coppia prima di legalizzare l'unione. Il giudice del merito si è attenuto al dato letterale della prescrizione normativa (durata del matrimonio) senza dare rilievo alcuno al periodo antecedente al formale coniugio, protrattosi per sette anni e caratterizzato da una stabilità affettiva oltre che dall'assunzione spontanea di reciproci obblighi di assistenza.

La convivenza prematrimoniale è un fenomeno di costume che è sempre più radicato nei comportamenti della nostra società cui si affianca un accresciuto riconoscimento - nei dati statistici e nella percezione delle persone - dei legami di fatto intesi come formazioni familiari e sociali di tendenziale pari dignità rispetto a quelle matrimoniali. Da questo punto di vista il riconoscimento di una certa sostanziale identità, dal punto di vista della dignità sociale, tra i due fenomeni di aggregazione affettiva, sotto alcuni punti di vista (non certo per tutti) rende meno coerente il mantenimento di una distinzione fra la durata legale del matrimonio e quella della convivenza. La stessa evoluzione giurisprudenziale si è fatta interprete di questo cambio di costume con la sentenza delle SU 32198/2021 che, sia pure nell'ottica limitata della conservazione dell'assegno divorzile, ha riconosciuto la componente compensativa dell'assegno (divorzile), in presenza dei relativi presupposti anche in favore di chi aveva proceduto instaurare una convivenza di fatto. Non del tutto dissimile è la possibilità di tener conto anche del periodo di convivenza prematrimoniale, cui sia seguito il vero e proprio matrimonio, successivamente naufragato, ai fini della determinazione dell'assegno divorzile il quale, ai sensi del L. n. 898 del 1970 art. 5, deve essere computato dal giudice oltre che sulle disponibilità economiche del soggetto onerato anche sulla durata legale del matrimonio, senza far menzione al più o meno lungo periodo di convivenza more uxorio vissuto dalla coppia prima di legalizzare l'unione. La questione relativa al criterio normativo della durata legale del rapporto di convivenza, anteriore al matrimonio formalizzato, ai fini della determinazione dell'assegno divorzile presenta perciò serie ragioni per palesarsi

come "questione massima di particolare importanza a norma dell'art. 374 c.p.c., comma 2. (...) P.Q.M. (...) Ordina la trasmissione degli atti al Signor Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite Civili. (...)”

Unità immobiliare oggetto di usufrutto e pagamento oneri condominiali

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. VI, 19 ottobre 2022, n. 30877)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) in caso di azione giudiziale dell'amministratore del condominio per il recupero della quota di spese di competenza di una unità immobiliare, è passivamente legittimato l'effettivo condomino, e cioè il proprietario o il titolare di altro diritto reale su detta unità (e non anche chi possa apparire tale), poggiando la responsabilità "pro quota" dei condomini sul collegamento tra il debito e la appartenenza del diritto reale condominiale, emergente dalla trascrizione nei registri immobiliari (Cass. Sez. Unite, 08/04/2002, n. 5035; Cass. Sez. 2, 03/08/2007, n. 17039; Cass. Sez. 2, 25/01/2007, n. 1627; Cass. Sez. 6 - 2, 09/10/2017, n. 23621). Il principio dell'apparenza si applica solo quando sussistono uno stato di fatto difforme dalla situazione di diritto ed un errore scusabile del terzo in buona fede circa la corrispondenza del primo alla seconda, assumendo esso rilievo giuridico per individuare il titolare di un diritto, ma non per fondare una pretesa di adempimento nei confronti di chi non sia debitore. **L'amministratore di condominio, pertanto, al fine di ottenere il pagamento della quota per spese comuni, ha l'onere di controllare preventivamente i registri immobiliari per accertare la titolarità della proprietà.**

Peraltro, in tema di pagamento degli oneri condominiali, ove un'unità immobiliare sia oggetto di diritto di usufrutto (...), in base alla disciplina antecedente (...) all'entrata in vigore dell'art. 67, ultimo comma, disp. att. c.c. (introdotto dalla l. n. 220 del 2012), il titolare dell'usufrutto risponde delle spese di amministrazione e di manutenzione ordinaria, mentre sono a carico del nudo proprietario quelle per le riparazioni straordinarie, trovando applicazione le disposizioni dettate dagli artt. 1004 e 1005 c.c.; ne consegue che l'assemblea deve ripartire le spese tra nudo proprietario e usufruttuario in base alla loro funzione ed al loro fondamento, ed altrimenti spettando all'amministratore, in sede di esecuzione, ascrivere i contributi, secondo la loro natura, ai diversi soggetti obbligati (Cass. Sez. 2, 17/03/2022, n. 8725; Cass. Sez. 2, 19/04/2017, n. 9920; Cass. Sez. 2, 16/02/2012, n. 2236; Cass. Sez. 2, 27/10/2006, n. 23291; Cass. Sez. 2, 21/11/2000, n. 15010). (...)”

Danno biologico permanente: il giudice ha la facoltà di disporre la rendita vitalizia ex art. 2057 c.c. anche se non richiesta dalla parte

Argomento: Dei fatti illeciti

(Cass. Civ., Sez. III, 25 ottobre 2022, n. 31574)
Stralcio a cura di Ida Faiella

“(…) Secondo i consulenti (…) una corretta e tempestiva diagnosi, (…) avrebbe consentito, con il 70% di probabilità, un'evoluzione favorevole della malattia del piccolo (…) La Corte (…) considerata l'impossibilità di stabilire in modo oggettivo una durata presumibile della vita di OMISSIS, e tenuto conto altresì del carattere permanente del danno, ha ritenuto che la modalità del risarcimento in forma di rendita vitalizia meglio rispondesse alle concrete esigenze del danneggiato (…) ha ritenuto che la polizza coprisse la complessiva attività aziendale della Azienda (...), e quindi anche quella posta in essere da OMISSIS (...)

5.1. Con il secondo motivo del ricorso incidentale, si lamenta "violazione di legge, ex art. 360, comma 1, n. 3 in relazione all'art. 46 lett. c) T.U.R., nella parte in cui la sentenza applicava un erroneo coefficiente per il calcolo della costituzione della rendita vitalizia (...)

5.2.1. La doglianza con cui si lamenta la "contraddittorietà" della sentenza in relazione alla costituzione di una rendita in favore dell'avente diritto è infondata. E' invece fondata la censura con la quale si prospetta un error in iudicando nella concreta determinazione della detta rendita. (...) Il giudice è dunque libero di optare ex officio per lo strumento di cui all'art. 2057 c.c., purché determini la rendita in modo tecnicamente corretto. (...) Il coefficiente di costituzione della rendita deve corrispondere (...) all'età effettiva del danneggiato al momento del sinistro - ed avrà riferimento alla durata media della vita (...) e non a quella presumibile nel caso concreto, una volta detratti gli eventuali acconti versati prima della sentenza (...) e una volta convertito tale capitale in rendita, il diritto a ricevere quest'ultima matura de die in diem, ed ogni rateo di rendita compensa il pregiudizio sofferto dalla vittima nel corrispondente arco di tempo. Se dunque la vittima venisse a mancare ante tempus, con la sua morte cesserebbe il pregiudizio permanente e (...) non sarebbe concepibile la ulteriore pretesa di continuare ad esigere un risarcimento.

5.3.2. Quando (...) il ricorrente pone la questione (...) relativa alla corretta applicazione dell'art. 2057 c.c. sotto il profilo dei rapporti tra risarcimento capitalizzato e risarcimento sotto forma di rendita, dei conseguenti poteri del giudice, dei criteri di scelta tra l'una e l'altra forma di liquidazione del danno (...) La norma (...) ha configurato la liquidazione della rendita non come un diritto della parte, ma come una facoltà del giudice, il quale può provvedervi, anche in appello, in via autonoma - non integrando tale scelta gli estremi "della questione rilevabile d'ufficio" ex art. 101 comma 2 c.p.c., ma caratterizzandosi soltanto per una diversa determinazione della forma del risarcimento - Pertanto, abbia o non abbia la parte chiesto la liquidazione della rendita, e quand'anche abbia espressamente dichiarato di rifiutare tale forma di liquidazione, sarà sempre in facoltà del giudice provvedere in tal senso, con giudizio incensurabile in cassazione se non per illogicità della motivazione (...) o per errore di diritto (Cass. 20.2.1958 n. 553, Cass. 7.3.1966 n. 658, Cass. 24.5.1967 n. 1140 (...)

5.3.5. Parimenti destituita di fondamento deve ritenersi l'affermazione per cui (...) il danneggiante si avvantaggerebbe delle conseguenze del proprio atto illecito - perché la vita media di chi ha subito danni alla persona sarà verosimilmente più breve rispetto a quella delle persone sane (...) Capitale e rendita costituiscono, difatti, due diverse forme di erogazione del medesimo valore, essendo il

denaro un bene per definizione fruttifero, del quale sarà fruibile il valore d'uso (la rendita), ovvero il valore di scambio (il capitale) (...)

5.3.6. Riparare il pregiudizio derivante da una grave lesione della salute attraverso la costituzione di una rendita quale forma privilegiata di risarcimento consente di cogliere appieno la proiezione diacronica di tutte le componenti del danno che, di giorno in giorno, il danneggiato avrebbe subito dal momento dell'evento in poi. Ne consegue (...) che, ove venga (correttamente) adottata tale forma risarcitoria, il valore della rendita dovrà essere computato tenendo conto non delle concrete speranze di vita del danneggiato, bensì della vita media futura prevedibile secondo le tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, a nulla rilevando che, nel caso concreto, egli abbia speranza di sopravvivere solo per pochi anni, ovvero che non risulti oggettivamente possibile determinarne le speranze di sopravvivenza (...)

5.3.8. Nel caso in cui la minor durata della vita dovesse risultare conseguenza dell'evento lesivo (...) il responsabile dell'unico evento lesivo ascrittogli sarà chiamato altresì a risarcire, iure proprio, il danno (parentale e patrimoniale) subito dai genitori del minore, in relazione all'intero periodo di presumibile vita del minore (...)

5.3.9. In caso di morte precoce del danneggiato, occorre, pertanto, distinguere: a) se la morte anticipata è stata causata dalle lesioni, il responsabile sarà chiamato a risarcire, oltre al danno biologico e morale, possibilmente in forma di rendita, subito dal danneggiato nel periodo di tempo compreso tra il sinistro e la morte, anche, ed onnicomprensivamente, il danno iure proprio subito dai genitori, in relazione alla ridotta aspettativa di vita ed al presumibile periodo di vita del minore; b) se la morte non è stata causata dalle lesioni, il responsabile dovrà risarcire il danno biologico subito dal danneggiato valutato al tempo della commissione dell'illecito, oltre al danno da lesione del rapporto parentale in favore dei genitori. (...)

5.3.12. Quanto al profilo funzionale dell'istituto, va rammentato come la rendita vitalizia, prevista dall'art. 1872 c.c., sia un contratto aleatorio che dà vita ad un rapporto di durata, la cui disciplina risulta essenzialmente unitaria, applicandosi ad ogni rendita vitalizia, comunque costituita, che non sia assoggettata dalla legge ad una disciplina speciale. La rendita costituita ex art. 2057 c.c. sarà, pertanto, disciplinata dagli artt. 1872 ss. c.c., con rilevanti conseguenze poste a tutela delle ragioni del creditore, in quanto: a) il debitore non può liberarsi dall'obbligazione offrendo il pagamento di un capitale (art. 1879 co. I c.c.); b) il debitore non può invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1879 co. H c.c.); c) in caso di inadempimento del debitore, il creditore della rendita può far sequestrare e vendere i beni dell'obbligato (art. 1878 c.c.) (...) la costituzione di una rendita in favore del danneggiato può avvenire in vari modi, di tal che il giudice potrà, in alternativa alle "cautele" previste per legge (...) disporre l'acquisto di titoli del debito pubblico in favore dell'avente diritto, ovvero la stipulazione, in suo favore, di una polizza sulla vita a premio unico ex art. 1882 c.c. (...) nel caso di (...) serio rischio che ingenti capitali erogati in favore del danneggiato possano andare colpevolmente o incolpevolmente dispersi, in tutto o in parte, per mala fede o per semplice inesperienza dei familiari del soggetto leso (...) il giudice (...) potrà, se non addirittura dovrà, privilegiare una liquidazione del danno in forma di rendita (...)

5.3.15. Deve ritenersi astrattamente ammissibile l'ipotesi di una revisione della rendita, oltre che di proposizione di una nuova e diacronica domanda risarcitoria in presenza di aggravamenti che non fossero accertabili nè prevedibili al momento della pronuncia (sulla legittimità della nuova domanda in costanza di tali circostanze, Cass. 20 marzo 2017 n. 7038; 4 novembre 2014 n. 23425; 12 ottobre 2011 n. 20981; 31 maggio 2005 n. 11592). In particolare, con la sentenza di cui a Cass. 27 dicembre 2016 n. 27031, che ha esaminato funditus la questione, si è affermato che, ai fini dell'instaurazione di un nuovo giudizio, è necessario che la parte individui specificamente "gli elementi idonei (...) a consentire la revisione della liquidazione del danno a causa di aggravamenti successivi e sopravvenuti alla formazione del giudicato", che sono da ricondurre "(a) ad un'obiettiva impossibilità di accertare, al momento della prima liquidazione, fattori attuali capaci, nell'ambito di una ragionevole

previsione, di determinare l'aggravamento futuro; (b) all' impossibilità, ancora con riferimento alla prima liquidazione, di prevederne gli effetti; (c) all' insussistenza di un evento successivo avente efficacia concausale dell'aggravamento". (...) qualora il giudice ritenga di liquidare il danno in forma di rendita, dovrà procedere, in concreto: a) a quantificare il danno in somma capitale, avuto riguardo all'età della vittima al momento del sinistro, sulla base delle tabelle di mortalità e senza tener conto della sua eventuale ridotta aspettativa di vita, qualora quest'ultima risulti conseguenza dell'illecito; b) ad individuare un coefficiente di capitalizzazione fondato su corrette basi attuariali, aggiornato e corrispondente all'età della vittima al momento dell'evento; c) a dividere la somma capitale per il coefficiente di capitalizzazione; d) a dividere ancora (eventualmente) per dodici il rateo annuo, se intenda liquidare una rendita mensile invece che annuale. (...) P.Q.M. La Corte rigetta il ricorso principale; accoglie il secondo motivo del ricorso incidentale (...)"

Nota a cura di
Ida Faiella

Nel caso in esame, un minore di pochi mesi veniva condotto in ospedale e visitato dal dottore di turno il quale, ipotizzando una coxalgia, gli prescriveva la somministrazione di un antinfiammatorio, dimettendolo. Il giorno seguente il minore veniva riportato al P.S. (ove era nuovamente in servizio lo stesso dottore) e dopo aver eseguito, questa volta, analisi del sangue, veniva diagnosticata *meningoencefalite grave, con presenza di lesioni focali multiple sia del tronco encefalico che a livello degli emisferi cerebrali*.

Dopo un giudizio preventivo, in cui la consulenza tecnica accertava la grave negligenza del dottore, si veniva a sapere che inoltre il soggetto in questione non fosse medico. I genitori del neonato, a questo punto, citavano in giudizio, chiedendone la condanna in solido al risarcimento danni morali e non, costui e l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale. Quest'ultima chiamava in causa la compagnia assicuratrice, la quale eccepiva l'inoperatività della polizza sostenendo di aver *"accettato il rischio solo in virtù del legittimo affidamento che la struttura ospedaliera si sarebbe avvalsa di personale avente i requisiti legali per l'esercizio della professione medica: diversamente, non avrebbe fornito copertura all'attività o comunque non lo avrebbe fatto con lo stesso premio."*

Gli Ermellini, a cui è stato proposto ricorso, hanno vagliato il caso ritenendo, in conformità con i giudici di seconde cure, che a fronte del danno permanente subito dal minore, più consono sarebbe stato un risarcimento sotto forma di rendita vitalizia, ed in secondo luogo che la polizza della compagnia assicuratrice coprisse la complessiva attività aziendale compresa quella posta in essere dal dipendente funzionalmente inserito nella struttura ospedaliera, pur non avente la qualifica di medico.

Ebbene, prima di poter analizzare l'istituto della rendita vitalizia è doveroso, dapprima, individuare la nozione di danno biologico che, conformemente a Cons. Stato, Sez. IV, Sent. 5413/2022, consiste nella *"menomazione dell'integrità psico-fisica del danneggiato suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, tenuto conto, nell'effettuazione di quest'ultima, delle "eccezionali ed affatto peculiari" conseguenze che questa lesione ha prodotto sugli aspetti dinamico-relazionali connessi alla salute"*.

La lesione del bene salute è lesione di un diritto fondamentale dell'individuo tutelato dall'art. 32 Cost., come indicato anche nella storica sentenza della Corte costituzionale n. 184/1986.

Si tratta, dunque, di un detrimento del valore dell'uomo che non attiene alla sfera economica (o patrimoniale). Il danno biologico ha carattere permanente quando i postumi lesivi sono ormai stabilizzati e non passibili di miglioramento clinico-funzionale.

La natura permanente del danno si riferisce, appunto, alle conseguenze lesive del fatto illecito, ossia all'idoneità del comportamento a produrre effetti pregiudizievoli destinati a riflettersi continuativamente sulla sfera giuridica della parte lesa.

Una invalidità permanente intacca lo stato di salute di una persona e comporta lesioni che hanno un'incidenza negativa irreversibile sulla vita del danneggiato. Come noto, il danno alla persona può essere patrimoniale e non, pertanto, il sistema del risarcimento ha natura bipolare. Il danno non patrimoniale è comprensivo di danno biologico, morale soggettivo ed esistenziale, non più considerabili come sottocategorie autonomamente risarcibili (Cass. civ. Sez. unite n. 26972, 11 novembre 2008). Di contro, il danno patrimoniale è rappresentato dalla perdita economica subita dal danneggiato concretizzandosi nel danno emergente e nel lucro cessante.

Il danno permanente all'integrità fisica può essere riparato ai sensi dell'art. 2057 c.c. mediante la costituzione di una rendita vitalizia (art. 1872 c.c.) per tutta la durata della vita del beneficiario e con rivalutazione, stante la gravità della situazione e l'impossibilità di stabilire, in modo oggettivo, una durata presumibile della vita stessa. *“Il carattere eccezionale e temporalmente imprevedibile della situazione del soggetto leso meglio si confà alla liquidazione per mezzo di una rendita vitalizia, che a sua volta può essere quantificata in una somma mensile pari ad una frazione della somma liquidata una tantum per i danni già maturati”* (Cass. Civ. 24451/2005).

Lo strumento della rendita offre un importante criterio di valutazione per il lucro cessante, consentendo al giudice, d'ufficio (e dunque discrezionalmente e senza la necessità di una specifica domanda in tal senso), di valutare la particolare condizione della parte danneggiata e la natura del danno, con tutte le sue conseguenze (Trib. Milano 27/01/2015) e di disporre l'istituzione con giudizio incensurabile in Cassazione, se non per illogicità della motivazione o per errore di diritto (Cass. Civ. 1140/1967; Cass. Civ. 2918/1983). La durata *sine die* del pregiudizio giustifica un risarcimento a cadenza regolare nel tempo, a ristoro di un danno che si ripresenta con regolarità nel corso della vita; pertanto, la rendita *“costituisce una forma di risarcimento per equivalente ed è fonte di un rapporto a esecuzione periodica, configurando la liquidazione della rendita non come diritto della parte, ma come facoltà del giudice”* (Cass. 20.2.1958, n. 553; Cass., 24.5.1967, n. 1140).

Volgendo lo sguardo al profilo funzionale, è lapalissiano che l'istituto della rendita vitalizia prevista dall'art. 1872 c.c., sia un contratto aleatorio *“che da vita ad un rapporto di durata, la cui disciplina risulta essenzialmente unitaria, applicandosi ad ogni rendita vitalizia, comunque costituita, che non sia assoggettata dalla legge ad una disciplina speciale. La rendita costituita ex art. 2057 c.c. sarà, pertanto, disciplinata dagli artt. 1872 ss. c.c., con rilevanti conseguenze poste a tutela delle ragioni del creditore, in quanto: a) il debitore non può liberarsi dall'obbligazione offrendo il pagamento di un capitale (art. 1879 co. I c.c.); b) il debitore non può invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1879 co. II c.c.); c) in caso di inadempimento del debitore, il creditore della rendita può far sequestrare e vendere i beni dell'obbligato (art. 1878 c.c.).”*

La componente dell'aleatorietà, legata alla prospettiva di vita del risarcito, ha senza dubbio più possibilità di determinare una significativa differenza tra liquidato e liquidabile, non essendoci la possibilità di un successivo adeguamento della somma capitale tacitata. È solo, infatti, l'istituto della rendita che permette di riequilibrare la somma monetaria appostata, anno dopo anno, mese dopo mese, sulla base dei fattori imprevedibili dei flussi monetari (svalutazione) e dei miglioramenti o peggioramenti legati all'evoluzione della malattia, da cui dipende il fabbisogno monetario del danneggiato. La prestazione vitalizia, d'altro canto, a differenza della c.d. capitalizzazione del danno, nasce come obbligazione ontologicamente aleatoria, in grado, quindi, per sua stessa natura di sopportare i rischi legati a tutti gli eventuali scenari probabilistici futuri.

Orbene, nello studio di una disciplina tanto ostica, non di minor rilievo è la difficoltà di determinazione della misura del risarcimento. Dietro la vigorosa spinta della Cassazione, con la nota sentenza n. 9556/2016, il riferimento alle Tabelle di Milano è diventato consuetudinario criterio assunto come parametro nazionale per gli indennizzi.

È chiaro che, alla stregua di un'adeguata valutazione del risarcimento è infondato ritenere che la morte prematura del danneggiato ne comporti una riduzione per via di un incameramento minore di somme, essendo la rendita ricavata all'esito di un calcolo che considera come base un capitale individuato a monte, e coincidente con la somma che la famiglia domandava in unica soluzione. Non ha ragion d'essere il timore di minor ristoro se la vittima dovesse venire a mancare anzitempo, poiché con la sua morte cesserebbe il pregiudizio, con corrispondente caduta della pretesa risarcitoria. Né tantomeno può ravvisarsi iniquità in caso di minor prospettiva di vita del bambino sicché la liquidazione del capitale iniziale non deve essere calcolata con riferimento alla prospettiva di vita del danneggiato nel caso concreto, ma della durata media di vita di un soggetto sano dell'età della vittima al giorno del subìto danno. Infine, la scelta di attribuzione della rendita, in luogo del risarcimento a tantum, è da preferirsi quando *“sussista il serio rischio che ingenti capitali erogati in favore del danneggiato possano andare colpevolmente o incolpevolmente dispersi, in tutto o in parte, per malafede o per semplice inesperienza dei familiari del soggetto leso.”*

La pronuncia in commento ha confermato il criterio di valutazione del danno, nelle forme in cui era già stato invocato per la prima volta dalla Corte costituzionale nel 1986, tesa a garantire l'integralità del risarcimento, alla luce dei supremi principi di equità, uguaglianza e personalizzazione. La riscoperta della rendita costituisce quindi una grande opportunità per ovviare ai rischi connessi alla predeterminazione di risarcimento in sorte capitale per un danno non ancora maturato.

Necessaria la volontà dell'interessato per l'apertura dell'amministrazione di sostegno

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 4 novembre 2022, n. 32542)
stralcio a cura di Francesco Taurisano

“(…) può essere assoggettata ad amministrazione di sostegno la persona che, per effetto di un'infermità o di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi. L'amministrazione di sostegno, introdotta dalla L. n. 6 del 2004, art. 3 innovando il sistema delle tutele previste in favore dei soggetti deboli, persegue la finalità di offrire, a chi si trovi - all'attualità - nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi per una qualsiasi "infermità" o "menomazione fisica" non necessariamente di ordine mentale (Cass. n. 12998/2019), uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la "capacità di agire" e che - a differenze dell'interdizione e dell'inabilitazione - sia idoneo ad adeguarsi alle esigenze del beneficiario, in ragione della sua flessibilità e della maggiore agilità della relativa procedura applicativa. Detta misura, ancorché non esiga che la persona versi in uno stato di vera e propria incapacità di intendere o di volere, nondimeno presuppone una condizione attuale di menomata capacità che la ponga nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi, mentre è escluso il ricorso all'istituto nei confronti di chi si trovi nella piena capacità di autodeterminarsi, pur in condizioni di menomazione fisica, in funzione di assente esigenze di gestione patrimoniale, in quanto detto utilizzo implicherebbe un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona, tanto più a fronte della volontà contraria all'attivazione della misura manifestata da un soggetto pienamente lucido (Cass. n. 29981/2020).

La valutazione della congruità e conformità del contenuto dell'amministrazione di sostegno alle specifiche esigenze del beneficiario, riservata all'apprezzamento del giudice di merito, richiede che questi tenga essenzialmente conto, secondo criteri di proporzionalità e di funzionalità, del tipo di attività che deve essere compiuta per conto dell'interessato, della gravità e durata della malattia o della situazione di bisogno in cui versa l'interessato, nonché di tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie, in modo da assicurare che il concreto supporto sia adeguato alle esigenze del beneficiario senza essere eccessivamente penalizzante (v. Cass. n. 13584/2006, n. 22332/2011; Cass. n. 18171/2013; Cass. n. 6079/2020; nel senso che l'ambito dei poteri dell'amministratore debba puntualmente correlarsi alle caratteristiche del caso concreto, v. Corte Cost. n. 4 del 2007). **L'istituto dell'amministrazione di sostegno, in altre parole, non può essere piegato ad assicurare la tutela di interessi esclusivamente patrimoniali, ma deve essere volto, più in generale, a garantire la protezione alle persone fragili in relazione alle effettive esigenze di ciascuna, ferma la necessità di limitare nella minor misura possibile la capacità di agire** (v. Cass. n. 19866-18). A tale considerazione va aggiunto che l'art. 408 c.c. consente allo stesso beneficiario di designare l'amministratore di sostegno, in previsione della eventuale propria futura incapacità; e ciò è stato ritenuto da questa Corte indice del principio di autodeterminazione, in cui si realizza uno dei valori fondamentali della dignità umana (cfr. Cass. n. 23707-12). Ora, salvo che non sia provocata da una grave patologia psichica, tale da rendere l'interessato inconsapevole finanche del bisogno di assistenza, pure l'opposizione alla nomina costituisce espressione di autodeterminazione; e come tale non può non essere considerata dal giudice nel contesto della decisione che a lui si richiede. In altri termini, la volontà contraria all'attivazione della misura, ove provenga da una persona pienamente lucida, non può non esser tenuta in debito conto (v. in tal senso, in motivazione, Cass. n. 22602-17); il che giustappunto si trae dal fatto che la condizione di ridotta

autonomia, che si colleghi a menomazioni soltanto fisiche, è ben compatibile con l'esplicazione di una volontà libera, consapevole e dunque, in base allo statuto dei diritti di ogni persona, non coercibile. (...)”