

Un anno di sentenze
2023

Diritto Civile

a cura di

Fabrizio Cesareo, Giovanni Pagano,
Giorgio Potenza, Ciro Maria Ruocco



Giappichelli

Un anno di sentenze
2023

Diritto Civile



Un anno di sentenze
2023

Diritto Civile

a cura di

Fabrizio Cesareo, Giovanni Pagano,
Giorgio Potenza, Ciro Maria Ruocco



Giappichelli

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-6100-7

Coordinamento scientifico del progetto editoriale a cura di
Fabio Coppola, Ricercatore e Docente di Diritto penale e intelligenza artificiale - Università
degli Studi di Salerno.

Publicato nel mese di dicembre 2024.

Indice

Prefazione	XIX
------------	-----

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

La produzione in giudizio di documento contenente dati personali di un terzo deve rispettare il principio di minimizzazione Argomento: Della protezione dei dati personali (CGUE, Sez. III, 2 marzo 2023, n. C-268/21) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	2
In merito alla condotta di Meta Argomento: Della protezione dei dati personali (CGUE, Gr. Sez., 4 luglio 2023, n. C-252/21) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i> Nota a cura di Jessica Bianchin	4 10
Risoluzione di pacchetti turistici in caso di circostanze straordinarie: un giudice nazionale può a talune condizioni, informare d'ufficio il viaggiatore del suo diritto di risoluzione senza spese Argomento: Della tutela del consumatore (CGUE, Sez. II, 14 settembre 2023, C-83/22) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	12
Limiti e contenuto del diritto di ottenere copia a titolo gratuito della cartella medica alla luce del <i>GDPR</i> Argomento: Della protezione dei dati personali (CGUE, Sez. I, 26 ottobre 2023, C-307/22) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	15

CORTE DEI CONTI

L'attività di insegnamento è libera e per i dipendenti pubblici non richiede autorizzazione Argomento: Della responsabilità amministrativa o contabile (Corte dei conti, Sez. giur. Campania, 23 agosto 2023, n. 498) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	18
---	----

CORTE COSTITUZIONALE

Rapporto tra ripetizione dell'indebito <i>ex art. 2033 c.c.</i> e tutela dell'affidamento incolpevole anche alla luce della CEDU Argomento: Del pagamento dell'indebito (C. Cost., 27 gennaio 2023, n. 8) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	20
Indennizzo da vaccino e decorrenza dei termini Argomento: Del risarcimento del danno (C. Cost., 6 marzo 2023, n. 35) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i> Nota a cura di Alessandra Lepanto	24 26

Legittimità costituzionale delle norme istitutive del Registro regionale dei prodotti a denominazione comunale De.Co. rispetto alla disciplina sovranazionale e internazionale sui marchi e segni distintivi Argomento: Dell'impresa (C. Cost., 18 aprile 2023, n. 75) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	29
Costituzionalmente illegittimo l'art. 3, comma 3, l. 168/2017. Sono nuovamente alienabili le terre di proprietà privata gravate da usi civici Argomento: Della proprietà (C. Cost., 15 giugno 2023, n. 119) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	31
È possibile per l'adottato maggiorenne aggiungere al proprio il cognome dell'adottante, anziché anteporlo Argomento: Delle persone e della famiglia (C. Cost., 4 luglio 2023, n. 135) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	35
Fecondazione assistita: il difficile profilo della revoca del consenso Argomento: Della responsabilità medica (C. Cost., 24 luglio 2023, n. 161) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	38
Diritto all'indennizzo a chi subisce una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica a seguito di trattamento vaccinale non obbligatorio Argomento: Del risarcimento del danno (C. Cost., 26 settembre 2023, n. 181) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	42
Adozione piena: nell'interesse del minore il giudice può preservare talune relazioni affettive con componenti della famiglia d'origine Argomento: Della adozione piena (C. Cost., 28 settembre 2023, n. 183) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	44

SEZIONI UNITE

Usucapione del bene espropriato: necessario un atto di <i>interversio possessionis</i> Argomento: Della proprietà (Cass. Civ., SS.UU., 12 gennaio 2023, n. 651) Stralcio a cura di <i>Francesco Taurisano</i> Nota a cura di Noel Libera	47 48
La clausola di "rischio cambio" da parte dell'intermediario creditizio o finanziario e i criteri di meritevolezza dei contratti. Su <i>leasing</i> indicizzato e derivati impliciti Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., SS.UU., 23 febbraio 2023, n. 5657) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i> Nota a cura di Stefania Cici	52 54
Non integra "caso d'uso" la produzione in giudizio di un atto ai fini dell'assolvimento degli oneri probatori previsti dal rito processuale applicabile Argomento: Diritto tributario (Cass. Civ., SS.UU., 16 marzo 2023, n. 7682) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	58

Disconoscimento di paternità e accertamento di altra paternità. È dirimente il nesso di pregiudizialità	
Argomento: Delle persone e della famiglia	
(Cass. Civ., SS.UU., 22 marzo 2023, n. 8268) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	62
Nota a cura di Serena Cosentino	64
Esclusione dall'esame dello stato passivo dei creditori titolari di un diritto reale di garanzia	
Argomento: Fallimento	
(Cass. Civ., SS.UU., 27 marzo 2023, n. 8857) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	67
Confermata la duplicazione dell'eccezione di incapacità a testimoniare	
Argomento: Procedura civile	
(Cass. Civ., SS.UU., 6 aprile 2023, n. 9456) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	68
Nota a cura di Debora Berta	70
Il controllo d'ufficio sull'abusività delle clausole contrattuali nel procedimento monitorio e nell'esecuzione alla luce dei principi eurounitari di equivalenza ed effettività di tutela del consumatore	
Argomento: Del consumo	
(Cass. Civ., SS.UU., 6 aprile 2023, n. 9479) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	72
Configurabilità del conflitto d'interessi in caso di attività difensiva svolta in favore dell'attore e dei terzi chiamati in causa dal convenuto	
Argomento: Deontologia professionale	
(Cass. Civ., SS.UU., 27 aprile 2023, n. 11193) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	74
Nota a cura di Alessandro Marchetti Guasparini	75
Ai fini della estinzione degli usi civici occorre formale provvedimento di sdemanializzazione, in assenza del quale il decreto espropriativo è invalido	
Argomento: Della proprietà	
(Cass. Civ., SS.UU., 10 maggio 2023, n. 12570) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	78
Nota a cura di Aurora Ricci	79
Ai fini dell'illecito di cui all'art. 68 del Codice Deontologico Forense non rileva se il precedente patrocinio sia stato svolto in favore della ditta individuale e non direttamente della persona che ne è titolare	
Argomento: Deontologia professionale	
(Cass. Civ., SS.UU., 29 maggio 2023, n. 14933) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	83
“Palmario” avvocati, vige sempre l'obbligo di fatturazione	
Argomento: Deontologia professionale	
(Cass. Civ., SS.UU., 8 giugno 2023, n. 16252) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	84
Nota a cura di Domenica Russo	85
Danno da emotrasfusione ed efficacia del verbale della Commissione medico ospedaliera	
Argomento: Del risarcimento del danno	
(Cass. Civ., SS.UU., 6 luglio 2023, n. 19129) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	87
Sul rinvio della Cassazione al Consiglio di Stato in materia di concessioni balneari: la proroga	
Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale	
(Cass. Civ., SS.UU., 23 novembre 2023, n. 32559) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	88

Il tempo di proposizione dell'azione nell'indebito arricchimento: la sussidiarietà Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., SS.UU., 5 dicembre 2023, n. 33954) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	96
La convivenza di fatto precedente al matrimonio rileva ai fini della determinazione dell'assegno divorzile Argomento: Del matrimonio (Cass. Civ., SS.UU., 18 dicembre 2023, n. 35385) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	103

SEZIONI SEMPLICI

Il matrimonio contratto dall'incapace non è sanato dalla prolungata convivenza <i>more uxorio</i> Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 4 gennaio 2023, n. 149) Stralcio a cura di <i>Francesco Taurisano</i>	106
Prestazione professionale: “ <i>quantum debeatur</i> ” e relativi oneri probatori del credito azionato <i>ex art. 2697 c.c.</i> Argomento: Procedura civile (Cass. Civ., Sez. VI, 10 gennaio 2023, n. 357) Stralcio a cura di <i>Ida Faiella</i>	108
Nota a cura di Alessandro Marchetti Guasparini	109
Il concetto giuridico di creatività nell'ambito del diritto d'autore Argomento: Del diritto d'autore (Cass. Civ., Sez. I, 16 gennaio 2023, n. 1107) Stralcio a cura di <i>Ida Faiella</i>	111
Nota a cura di Martina Nicolino	112
Al mediatore spetta la provvigione nel caso in cui la conclusione dell'affare sia effetto causato adeguatamente dal suo intervento Argomento: Del mediatore (Cass. Civ., Sez. II, 2 febbraio 2023, n. 3165) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	116
Nota a cura di Ilaria Celia	117
I confini normativi di carattere processuale e sostanziale della nullità di protezione per mancato rilascio della garanzia fideiussoria in sede di preliminare di vendita: <i>quid iuris</i> se la relativa azione giudiziale è esercitata quando l'immobile da costruire sia già stato ultimato? Argomento: Dei contratti in generale (Cass. Civ., Sez. II, 8 febbraio 2023, n. 3817) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	119
Vacanza rovinata: oltre ai danni patrimoniali, il turista ha diritto anche al risarcimento dei danni morali Argomento: Del risarcimento del danno (Cass. Civ., Sez. III, 20 febbraio 2023, n. 5271) Stralcio a cura di <i>Francesco Taurisano</i>	121
Nota a cura di Alessandro Turano	122
Il limite dell'interesse pubblico: diritto all'oblio Argomento: Del risarcimento del danno (Cass. Civ., Sez. III, 1 marzo 2023, n. 6116) Stralcio a cura di <i>Ida Faiella</i>	126
Nota a cura di Roberto Landi	128
Responsabilità della struttura sanitaria: elementi costitutivi ed onere probatorio Argomento: Della responsabilità medica (Cass. Civ., Sez. III, 3 marzo 2023, n. 6386) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	130
Nota a cura di Danilo Marchese	132

Responsabilità del fornitore in caso di mancata apposizione dei propri segni distintivi in tutto o in parte coincidenti con quello del produttore Argomento: Del consumo (Cass. Civ., Sez. III, 6 marzo 2023, n. 6568) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	135
Tutor autostradale: non basta l'omologazione, è necessaria la taratura Argomento: Codice della strada (Cass. Civ., Sez. II, 6 marzo 2023, n. 6579) Stralcio a cura di <i>Ida Faiella</i>	137
Sui gravi motivi che giustificano il recesso del conduttore/imprenditore Argomento: Della locazione (Cass. Civ., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 6731) Stralcio a cura di <i>Ida Faiella</i>	139
Genitori legalmente separati. In mancanza di accordo sulla frequentazione dell'ora di religione da parte del minore la scelta spetta al giudice Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 7 marzo 2023, n. 6802) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	142
Nota a cura di Ilaria Celia	143
Accertamento di ricavi occulti. Il contribuente imprenditore può comunque eccepire la incidenza percentuale dei costi sostenuti Argomento: Dell'impresa (Cass. Civ., Sez. Trib., 8 marzo 2023, n. 6874) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	146
Nota a cura di Antonio Borghetti	147
Utilizzabilità della CTU espletata in altro procedimento ai fini del disconoscimento di paternità Argomento: Diritto di famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 8 marzo 2023, n. 6929) Stralcio a cura di <i>Ida Faiella</i>	150
Comunicazioni di cancelleria nella "posta indesiderata". Inammissibilità della rimessione in termini tra negligenza dell'avvocato e preclusioni Argomento: Procedura civile (Cass. Civ., Sez. III, 15 marzo 2023, n. 7510) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	152
Nota a cura di Giacomo Pirota	154
La tutela del possesso di un bene corrispondente ad una servitù di parcheggio Argomento: Del possesso (Cass. Civ., Sez. II, 16 marzo 2023, n. 7620) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	157
La trasformazione della s.r.l. in comunione di azienda non è ostativa al fallimento Argomento: Diritto fallimentare (Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 2023, n. 8680) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	159
Il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio: diritti ed obblighi dello <i>status</i> genitoriale Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 2023, n. 8762) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	161
Nota a cura di Francesca Di Giacomo	162
Elementi costitutivi e quantificazione dell'assegno divorzile: il ruolo della casa familiare Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 2023, n. 8764) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	165
Nota a cura di Gabriele Monforte	167

Decesso per sinistro stradale e prova del danno patrimoniale subito dal convivente <i>more uxorio</i> Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 28 marzo 2023, n. 8801) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	171
Dissesto delle strade vicinali adibite a pubblico transito: il Comune può rispondere dei danni Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 29 marzo 2023, n. 8879) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i> Nota a cura di Lorenzo Forlano	172 172
L'infrazionabilità del credito e l'esistenza del giudicato esterno Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., Sez. Lav., 29 marzo 2023, n. 8914) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	175
La registrazione tardiva del contratto di locazione immobiliare ad uso diverso da quello abitativo non è detto che ne sani l'invalidità Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., Sez. III, 30 marzo 2023, n. 8968) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	178
L'invalidità della procura rilasciata su di un atto separato, redatta in un luogo ed in un momento diverso rispetto al ricorso Argomento: Procedura civile (Cass. Civ., Sez. III, 4 aprile 2023, n. 9271) Stralcio a cura di <i>Ida Faiella</i> Nota a cura di Erika Forino	180 180
<i>Privacy</i> , le banche devono rispondere alle richieste di accesso ai dati personali Argomento: Della protezione dati personali (Cass. Civ., Sez. I, 4 aprile 2023, n. 9313) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	184
Sui diritti del subappaltatore nell'ambito dei contratti pubblici Argomento: Amministrazione pubblica (Cass. Civ., Sez. I, 5 aprile 2023, n. 9353) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	185
È discriminatorio vietare ai non vedenti l'accesso alle scale mobili con cani-guida Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 5 aprile 2023, n. 9384) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	187
Revocatoria dell'atto con cui è stato costituito in fondo patrimoniale un bene della comunione legale ed esecuzione forzata di tale bene per debito di uno solo dei coniugi Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. III, 7 aprile 2023, n. 9536) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i> Nota a cura di Fabiola Giarmoleo	189 190
Danni da allagamento di unità immobiliari: limiti alla liquidazione equitativa Argomento: Del risarcimento del danno (Cass. Civ., Sez. III, 12 aprile 2023, n. 9744) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	193
Il rilievo della coabitazione nella riconciliazione tra coniugi legalmente separati Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 13 aprile 2023, n. 9839) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	194
L'imprudenza del pedone su strada sterrata dispensa il Comune dall'onere di provare il caso fortuito ai sensi dell'art. 2051 c.c. Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 9863) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	196

Abbandono parentale e prescrizione del diritto al risarcimento del danno da illecito endofamiliare Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 9930) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	197
Sulla disciplina del contratto di conto corrente nell'alveo del principio dell'efficacia pro quota dell'eccezione di compensazione nelle obbligazioni solidali Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., Sez. I, 14 aprile 2023, n. 10024) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	199
Il diritto al ristoro in caso di ritardo del vettore aereo non si esaurisce con i soli c.dd. "pernotto limitato" e "cestino per la colazione" Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., Sez. III, 17 aprile 2023, n. 10178) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	201
Nota a cura di Lorenzo Forlano	203
Abitazione in regime di comunione legale e godimento esclusivo da parte di un coniuge. L'indennità di occupazione non è automatica Argomento: Della proprietà (Cass. Civ., Sez. II, 18 aprile 2023, n. 10264) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	206
La produzione dell'estratto conto può offrire la prova del saldo del conto stesso Argomento: Della tutela dei diritti (Cass. Civ., Sez. I, 18 aprile 2023, n. 10293) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	207
Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente <i>ex art. 2058, co. 2, Codice civile</i> : il ruolo della locupletazione del danneggiato Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 20 aprile 2023, n. 10686) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	209
Obbligatorietà del deposito telematico di atti e di provvedimenti. I ricorsi per Cassazione devono essere depositati, a pena di improcedibilità, in modalità telematica Argomento: Procedura civile (Cass. Civ., Sez. I, 20 aprile 2023, n. 10689) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	211
Scontro tra un veicolo e la fauna selvatica: l'onere della prova a carico del danneggiato Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 27 aprile 2023, n. 11107) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	212
"Ancora" sul danno non patrimoniale. Liquidazione e valutazione del danno morale soggettivo Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., Sez. Lav., 27 aprile 2023, n. 11108) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	214
Nota a cura di Alessia Maggiotto	215
Responsabilità del mediatore <i>ex art. 1759 c.c.</i> per l'omessa comunicazione di irregolarità urbanistica o edilizia non ancora sanata relativa all'immobile oggetto della promessa di vendita Argomento: Del mediatore (Cass. Civ., Sez. II, 2 maggio 2023 n. 11371) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	219
Nota a cura di Giuseppe Piccardo	221
Valida la clausola penale determinata <i>ex post</i> Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., Sez. I, 3 maggio 2023, n. 11548) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	224
Nota a cura di Fabrizio Petillo	226

Pignoramento di crediti futuri e assegno divorzile. È illegittima la pretesa di pagamento in unica soluzione mediante capitalizzazione dei ratei non ancora maturati Argomento: Procedura civile (Cass. Civ., Sez. III, 8 maggio 2023, n. 12216) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	230
Dipendente poco collaborativo: legittimo il licenziamento Argomento: Del rapporto di lavoro (Cass. Civ., Sez. Lavoro, 9 maggio 2023, n. 12241) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i> Nota a cura di Annunziata Staffieri	232 233
Sul danno da usura psico-fisica derivante dalla mancata fruizione dei riposi giornalieri e settimanali Argomento: Delle obbligazioni (Cass. Civ., Sez. Lav., 9 maggio 2023, n. 12249) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i> Nota a cura di Martina Scaffidi	235 237
Acquisto di materiali presso terzi da parte dell'appaltatore: azioni risarcitorie e tempestività della denuncia Argomento: Dell'appalto (Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2023, n. 12337) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	239
<i>Leasing</i> immobiliare e usura: il ruolo della clausola di salvaguardia Argomento: Del mutuo (Cass. Civ., Sez. I, 15 maggio 2023, n. 13144) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	240
Il danno da illecito trattamento dei dati personali non è in <i>re ipsa</i> ma occorre provare la gravità e serietà della lesione Argomento: Della protezione dei dati personali (Cass. Civ., Sez. I, 12 maggio 2023, n. 13073) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	242
Fermo amministrativo illegittimo: va risarcita la perdita di valore del mezzo a causa della prolungata indisponibilità Argomento: Del risarcimento del danno (Cass. Civ., Sez. III, 15 maggio 2023, n. 13173) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	243
Mantenimento dei figli. L'obbligo grava sugli ascendenti se il reddito di un solo genitore è inadeguato Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2023, n. 13345) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i> Nota a cura di Giuseppe Piccardo	244 245
Anche nei post su Twitter va rispettato il principio di contenenza Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2023, n. 13411) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i> Nota a cura di Letizia Barbero	247 248
Liquidazione del danno non patrimoniale spettante ai congiunti del soggetto macroleso, il giudice deve fare riferimento a tabelle che prevedano specificamente idonee modalità di quantificazione del danno Argomento: Del risarcimento del danno (Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2023, n. 13540) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i> Nota a cura di Debora Berta	252 253

In tema di locazione il mancato versamento dell'imposta di registro dopo il primo anno non rileva ai fini della nullità del contratto Argomento: Della locazione (Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2023, n. 13870) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	255
Nota a cura di Lorenza D'Amato	256
Rimuovere i film che non sono caduti nel pubblico dominio da YouTube è legittimo. Sulla natura dei diritti del produttore dell'opera cinematografica Argomento: Del diritto d'autore (Cass. Civ., Sez. I, 23 maggio 2023, n. 14117) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	258
Nota a cura di Stefania Cici	261
La responsabilità del Comune per danni da rumori molesti dipendenti dalla cd. "movida" Argomento: Della proprietà (Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2023, n. 14209) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	263
Danno da cosa in custodia ex art. 2051 c.c.: il ruolo del concorso del danneggiato Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2023, n. 14189) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	265
Nota a cura di Rosa D'Errico	267
Divorzio, non c'è obbligo di concorrere alla spesa dell'università fuori sede del figlio Argomento: Del matrimonio (Cass. Civ., Sez. I, 30 maggio 2023, n. 15229) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	270
La prova dell'atto notificato a mezzo PEC deve essere offerta esclusivamente con modalità telematica Argomento: Procedura civile (Cass. Civ., Sez. III, 8 giugno 2023, n. 16189) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	272
Nota a cura di Alessia Maggiotto	273
Bigenitorialità: sì all'affidamento superesclusivo ad un genitore in caso di inidoneità dell'altro Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 8 giugno 2023, n. 16205) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	276
Nota a cura di Michele Emanuele Leo	276
Danno da emotrasfusione: termini entro cui richiedere il risarcimento e criteri di quantificazione del danno non patrimoniale Argomento: Del risarcimento del danno (Cass. Civ., Sez. III, 9 giugno 2023, n. 16468) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	279
Nota a cura di Cecilia De Luca	281
Reddito d'impresa: niente incasso giuridico se il socio rinuncia al credito Argomento: Diritto tributario (Cass. Civ., Sez. Trib., 12 giugno 2023, n. 16595) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	284
Nota a cura di Antonio Borghetti	285
Consenso informato: il danno da lesione del diritto di autodeterminazione va allegato e provato Argomento: Della responsabilità medica (Cass. Civ., Sez. III, 12 giugno 2023, n. 16633) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	288
Nota a cura di Lorenza D'Amato	289

I crediti del professionista per prestazioni eseguite e non ancora pagate cadono nella comunione <i>de residuo</i> Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 14 giugno 2023, n. 16993) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	291
Il compenso dell'avvocato in caso di transazione della causa Argomento: Deontologia professionale (Cass. Civ., Sez. II, 16 giugno 2023, n. 17325) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	294
La disponibilità del certificato di agibilità è una delle informazioni che il mediatore è tenuto a dare Argomento: Del mediatore (Cass. Civ., Sez. II, 16 giugno 2023, n. 17385) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	295
La libertà didattica in ambito scolastico non implica anche la "libertà di non insegnare" Argomento: Del rapporto di lavoro (Cass. Civ., Sez. Lav., 22 giugno 2023, n. 17897) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	297
Nota a cura di Alessandro Turano	298
Il "fatto accidentale" nel contratto di assicurazione alla luce della causa in concreto: opera per i fatti colposi ma non per quelli dolosi Argomento: Dell'assicurazione (Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2023, n. 18320) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	301
Nota a cura di Cecilia De Luca	302
Elargizione di somme di denaro fatte dalla madre alla figlia convivente e lesione della quota di riserva. Occorre accertare la sussistenza dello spirito di liberalità Argomento: Delle successioni (Cass. Civ., Sez. II, 4 luglio 2023, n. 18814) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	305
Nota a cura di Elisa Angela Cravero	305
Il diritto di prelievo e la prova per "separare" il denaro personalissimo allo scioglimento della comunione Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. II, 13 luglio 2023, n. 20066) Stralcio a cura di <i>Fabrizio Cesareo</i>	307
Nota a cura di Elisa Angela Cravero	311
Cammina a piedi scalzi sul bordo della piscina, nessun risarcimento per la caduta Argomento: Della responsabilità civile da custodia (Cass. Civ., Sez. III, 20 luglio 2023, n. 21675) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	314
Nota a cura di Domenica Russo	315
Validità e meritevolezza della clausola antistallo c.d. " <i>russian roulette</i> " Argomento: Delle società (Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2023, n. 22375) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	317
Ai parenti entro il quarto grado è consentita la possibilità dell'adozione cd. mite anche nel caso in cui uno di essi rivesta la qualità di tutore del minore Argomento: Delle persone e della famiglia (Cass. Civ., Sez. I, 31 luglio 2023, n. 23173) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	319

Contratto preliminare: ammissibile la domanda di risoluzione <i>ex art.</i> 183, co. 6, anche se già è stata proposta la domanda di accertamento della nullità	
Argomento: Dei contratti in generale	
(Cass. Civ., Sez. II, 10 agosto 2023, n. 24458) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	320
Nota a cura di Erika Forino	321
Intervento estetico non riuscito, sì alla perdita di <i>chance</i> per la “ragazza immagine”	
Argomento: Della responsabilità medica	
(Cass. Civ., Sez. III, 5 settembre 2023, n. 25910) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	323
Nota a cura di Giulia Nespolo	324
<i>Post Lexitor</i> : è nulla la clausola contrattuale che escluda il rimborso dei costi sostenuti in caso di estinzione anticipata del contratto di finanziamento	
Argomento: Del consumo	
(Cass. Civ., Sez. II, 6 settembre 2023, n. 25977) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	327
Trasfusione sangue infetto e responsabilità della struttura sanitaria: onere probatorio e legittimazione passiva	
Argomento: Della responsabilità medica	
(Cass. Civ., Sez. III, 7 settembre 2023, n. 26091) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	329
Nota a cura di Rosa D’Errico	330
Il prestito di <i>fiches</i> non è debito di gioco	
Argomento: Delle obbligazioni	
(Cass. Civ., Sez. II, 15 settembre 2023, n. 26646) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	334
La Cassazione delimita i criteri per le sanzioni del Garante per la protezione dei dati personali	
Argomento: Della protezione dei dati personali	
(Cass. Civ., Sez. I, 22 settembre 2023, n. 27189) Stralcio a cura di <i>Giovanni Pagano</i>	335
Giusto salario minimo costituzionale. Quando il giudice può discostarsi dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria	
Argomento: Del rapporto di lavoro	
(Cass. Civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2023, n. 27713) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	337
Viaggio in aereo: in caso di perdita del bagaglio, l’indennizzo è onnicomprensivo	
Argomento: Del trasporto	
(Cass. Civ., Sez. III., 6 ottobre 2023, n. 28200) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	339
Maxi ritardo del treno. Il viaggiatore ha diritto al risarcimento del danno esistenziale oltre all’indennizzo per il disservizio	
Argomento: Delle obbligazioni	
(Cass. Civ., Sez. III, 9 ottobre 2023, n. 28244) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	341
Indagini di investigatori non indicati nominativamente: nullo il licenziamento	
Argomento: Del rapporto di lavoro	
(Cass. Civ., Sez. Lav., 11 ottobre 2023, n. 28378) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	342
Ammissibile il ricorso dei coniugi proposto con domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio	
Argomento: Del matrimonio	
(Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2023, n. 28727) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	344

Danno da lesione del consenso informato in ambito sanitario Argomento: Della responsabilità medica (Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2023, n. 30032) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	347
Non decade dalle agevolazioni “prima casa” il coniuge che effettua l’acquisto a titolo personale Argomento: Diritto tributario (Cass. Civ., Sez. Trib., 3 novembre 2023, n. 30594) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	349
Il socio della società cancellata risponde dei debiti sociali non solo con le somme liquidate ma anche con tutte le altre utilità ricevute Argomento: Delle società (Cass. Civ., Sez. II, 8 novembre 2023, n. 31109) Stralcio a cura di <i>Giorgio Potenza</i>	350
Responsabilità della Regione per un incidente con un capriolo. Non è stato provato il caso fortuito Argomento: Della responsabilità civile (Cass. Civ., Sez. III, 10 novembre 2023, n. 31330) Stralcio a cura di <i>Ciro Maria Ruocco</i>	351

Prefazione

Il giudice è soggetto soltanto alla legge. Ce lo rammenta il secondo comma dell'art. 101 della Costituzione, come monito irrinunciabile rivolto, prima di tutto, agli operatori del diritto.

Tuttavia, non possiamo sottovalutare il peso che negli anni il “precedente giurisprudenziale” ha assunto nel sistema giudiziario italiano.

Il nostro ordinamento, infatti, pur ispirandosi ai più consolidati principi di *civil law*, per i quali la sentenza non può mai assurgere a fonte normativa, vive una fase particolarmente convulsa, in cui il diritto legislativo sembra essere vittima di una “scalata ostile” da parte del diritto giurisprudenziale.

In questo quadro, si assiste ad un ruolo sempre più incisivo delle corti, chiamate ad assumere decisioni di vasta portata, che di fatto reinterpretano (o meglio riscrivono) ambiti molto ampi del diritto. Ciò con evidenti conseguenze sul funzionamento interno alla macchina giudiziaria, ma anche esterne ad essa, andando ad incidere sullo stesso equilibrio tra i poteri che i Padri Costituenti avevano sapientemente disegnato.

Le ragioni di questo cambiamento si rinvengono in molteplici fattori, ma qui ci limiteremo a evidenziarne due in particolare.

In primo luogo, si assiste a una chiara difficoltà del Legislatore nazionale (e talvolta europeo) di rispondere in modo efficace e completo alle esigenze e alle istanze che si evolvono rapidamente nella società moderna, la quale si presenta più composita e complessa che in passato.

In secondo luogo (e conseguentemente), la giurisdizione si trova sempre più di frequente a confrontarsi con un asset legislativo frastagliato dalle numerose riforme che ciclicamente ridisegnano intere aree giuridiche, creando disallineamenti e, non di rado, veri e propri vuoti normativi. Partendo da queste premesse, il potere giudiziario, nel tentativo di fornire risposte immediate e reattive agli impulsi della società, cerca nuovi approdi normativi al suo interno mediante una vera e propria supplenza legislativa, il ricorso ad interpretazioni creative e dotando le proprie decisioni di una sempre maggiore forza vincolante, che va ben oltre i confini del caso concreto che le stesse sarebbero chiamate a regolare.

In tale scenario in continuo divenire, recentemente si è fatto strada in modo prepotente il dibattito sul ricorso all'intelligenza artificiale nella ricerca, nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto, mescolando nuovamente le carte nel già delicato rapporto tra legislazione e giurisdizione.

Di fronte a queste sfide dall'esito incerto, arricchite dalla presenza ingombrante dell'IA, la Raccolta 2023 di “*Un anno di sentenze*” si presenta, ancora più che in passato, come un valido strumento di consultazione e di approfondimento, in grado di fare da bussola tra gli orientamenti che “hanno fatto giurisprudenza” nell'ultimo anno.

L'opera, che si compone di quattro volumi nelle rispettive aree giuridiche di competenza (civile, penale, amministrativo, 231 e *compliance*) propone come di consueto un'accorta e ragionata selezione di sentenze di grado superiore, delle quali viene “consegnato” al lettore il ragionamento giuridico che sottende al principio di diritto espresso dalla singola pronuncia giurisprudenziale.

Sin dalla sua prima edizione del 2018, infatti, la *Raccolta* ambisce ad offrire all'operatore

un testo più ampio, anche concettualmente, della massima di giurisprudenza, ma significativamente più breve del provvedimento nella sua estensione originale, consentendo una più rapida lettura senza rinunciare all'esame accurato della motivazione alla base della decisione. A tale contributo si affianca, per alcune delle pronunce più significative, una nota a commento.

In un momento storico in cui, come si è detto, si fa strada un uso crescente di “sistemi intelligenti” anche nello studio del *c.d.* diritto vivente, mediante una ricerca affannosa della sintesi artificiale del pensiero giuridico, ci appare ancor più utile fornire una lettura diversa dei provvedimenti giurisdizionali, che fa dell'estratto giurisprudenziale un momento di esaltazione della motivazione e non una rinuncia all'esame approfondito di essa.

Questo lavoro è stato possibile grazie al contributo essenziale di giuristi in carne e ossa: gli Autori, che hanno risposto numerosi alla *call for papers* indetta, anche per questa edizione 2023, da Scuola Giuridica Salernitana, i Curatori che hanno coordinato i singoli volumi e, in modo particolare, l'ideatore e Curatore dell'intero progetto editoriale, il Prof. Fabio Coppola. A ciascuno va il mio personale e profondo ringraziamento per il pregevole lavoro svolto.

Allo stesso modo ringrazio Giappichelli, lo storico Editore di *Un anno di sentenze*, che ha voluto e saputo trovare un ruolo di primo piano per la nostra *Raccolta* con la pagina *web* dedicata www.unannodisentenze.it, che si arricchisce di anno in anno di nuovi contenuti e che vi invitiamo a visitare per consultarne gli aggiornamenti periodici.

Questa Raccolta è e resta la punta di diamante dell'attività scientifica e divulgativa della Scuola Giuridica Salernitana che ho l'onore di presiedere, per la sua capacità di costituire un punto fermo nel tempo, ma sempre nuovo e innovativo, nel panorama dell'editoria giuridica dedicata alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

ANTONIO PICARELLA

*Avvocato Cassazionista
Presidente della Scuola Giuridica Salernitana*

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

La produzione in giudizio di documento contenente dati personali di un terzo deve rispettare il principio di minimizzazione

Argomento: Della protezione dei dati personali

(CGUE, Sez. III, 2 marzo 2023, n. C-268/21)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 36 – Occorre considerare che il trattamento di tali dati nell’ambito di un procedimento giurisdizionale, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, costituisce un trattamento effettuato per una finalità diversa da quella per la quale i dati sono stati raccolti, vale a dire ai fini dei controlli fiscali, e che non è fondato sul consenso degli interessati, ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del RGPD.

37 – In tali circostanze, il trattamento di dati personali per un fine diverso da quello per il quale tali dati sono stati raccolti deve non solo essere fondato sul diritto nazionale, come le disposizioni del capo 38 del RB, ma anche costituire una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 4, del RGPD, per la salvaguardia di uno degli obiettivi di cui all’articolo 23, paragrafo 1, del RGPD. (…).

41 – Alla luce dell’insieme delle considerazioni sin qui svolte, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l’articolo 6, paragrafi 3 e 4, del RGPD deve essere interpretato nel senso che tale disposizione si applica, nell’ambito di un procedimento giurisdizionale civile, alla produzione come elemento di prova di un registro del personale contenente dati personali di terzi raccolti principalmente ai fini dei controlli fiscali. (…).

(…) 48 – Per quanto riguarda gli interessi in gioco nell’ambito di un procedimento giurisdizionale civile, il giudice nazionale, come risulta in particolare dai considerando 1 e 2 del RGPD, deve garantire la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, che è un diritto fondamentale sancito all’articolo 8, paragrafo 1, della Carta e all’articolo 16 TFUE. Tale giudice deve altresì garantire il diritto al rispetto della vita privata, sancito all’articolo 7 della Carta, che è strettamente connesso al diritto alla protezione dei dati personali.

49 – Tuttavia, come enunciato al considerando 4 del RGPD, il diritto alla protezione dei dati personali non è un diritto assoluto, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità, come il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall’articolo 47 della Carta.

50 – Orbene, la produzione di un documento contenente dati personali di terzi nell’ambito di un procedimento giurisdizionale civile contribuisce, come rilevato in sostanza dall’avvocato generale al paragrafo 61 delle sue conclusioni, al rispetto di tale diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. (…).

(…) 53 – Pertanto, al fine di garantire che i singoli possano beneficiare di un diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e, in particolare, di un diritto a un processo equo, ai sensi dell’articolo 47, secondo comma, della Carta, occorre considerare che le parti di un procedi-

mento giurisdizionale civile devono essere in grado di accedere alle prove necessarie per dimostrare adeguatamente la fondatezza delle loro censure, che possono eventualmente includere dati personali delle parti o di terzi.

54 – Ciò premesso, come indicato al punto 46 della presente sentenza, la considerazione degli interessi in gioco rientra nell'ambito dell'esame della necessità e della proporzionalità della misura, che sono previste all'articolo 6, paragrafi 3 e 4, del RGPD e che condizionano la liceità del trattamento di dati personali. A tal riguardo, occorre quindi tenere conto anche dell'articolo 5, paragrafo 1, di quest'ultimo, e in particolare del principio della «minimizzazione dei dati» di cui alla lettera c) di tale disposizione, che dà espressione al principio di proporzionalità. Secondo tale principio di minimizzazione dei dati, i dati personali devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (...).

(...) 58 – Ne consegue che un giudice nazionale può ritenere che i dati personali delle parti o di terzi debbano essergli comunicati al fine di poter ponderare, con piena cognizione di causa e nel rispetto del principio di proporzionalità, gli interessi in gioco. Tale valutazione può, se del caso, indurlo ad autorizzare la divulgazione completa o parziale alla controparte dei dati personali che gli sono stati così comunicati, qualora ritenga che una siffatta divulgazione non ecceda quanto necessario al fine di garantire l'effettivo godimento dei diritti che i soggetti dell'ordinamento traggono dall'articolo 47 della Carta.

59 – Alla luce dell'insieme delle considerazioni si qui svolte, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che gli articoli 5 e 6 del RGPD devono essere interpretati nel senso che, nel valutare se debba essere disposta la produzione di un documento contenente dati personali, il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione gli interessi delle persone di cui trattasi e a ponderarli in funzione delle circostanze di ciascun caso di specie, del tipo di procedimento di cui trattasi e tenendo debitamente conto delle esigenze derivanti dal principio di proporzionalità e, in particolare, di quelle derivanti dal principio di minimizzazione dei dati di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), di tale regolamento”.

In merito alla condotta di Meta

Argomento: Della protezione dei dati personali

(CGUE, Gr. Sez., 4 luglio 2023, n. C-252/21)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“(…) 1. – La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché dell’articolo 6, paragrafo 1, dell’articolo 9, paragrafi 1 e 2, dell’articolo 51, paragrafo 1, e dell’articolo 56, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU 2016, L 119, pag. 1, e rettifiche in GU 2016, L 314, pag. 72, GU 2018, L 127, pag. 3 e GU 2021, L 74, pag. 35; in prosieguo: il “RGPD”). (…).

Diritto tedesco

23. – L’articolo 19, paragrafo 1, del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le restrizioni della concorrenza), nella sua versione pubblicata il 26 giugno 2013 (BGBl. 2013 I, pag. 1750, 3245), modificata da ultimo dall’articolo 2 della L. del 16 luglio 2021 (BGBl. 2021 I, pag. 2959) (in prosieguo: il “GWB”) così dispone:

«È vietato lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato tramite una o più imprese».

24. – Ai sensi dell’articolo 32, paragrafo 1, del GWB: *«L’autorità garante della concorrenza può obbligare le imprese o associazioni di imprese a porre fine a un’infrazione alle disposizioni della presente parte o agli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea».*

25. – L’articolo 50f del GWB prevede, al suo paragrafo 1, quanto segue:

«Le autorità garanti della concorrenza, le autorità di regolamentazione, il responsabile federale della protezione dei dati e della libertà di informazione, i responsabili regionali della protezione dei dati e le autorità competenti ai sensi dell’articolo 2 dell’EU-Verbraucherschutzdurchführungsgesetz (legge per l’attuazione del diritto dell’Unione europea in materia di tutela dei consumatori) possono, indipendentemente dalla procedura scelta, scambiarsi informazioni, compresi dati personali e segreti tecnici e commerciali, nella misura necessaria per l’assolvimento dei rispettivi compiti e utilizzare tali informazioni nell’ambito delle loro procedure. (…)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

26. – M.P.I. gestisce l’offerta del social network *online* Facebook nell’Unione e promuove, in particolare all’indirizzo www.facebook.com, servizi gratuiti per gli utenti privati. Altre società del gruppo M. offrono, nell’Unione, altri servizi *online*, tra cui Instagram, WhatsApp, Oculus e – fino al 13 marzo 2020 – Masquerade.

27. – Il modello economico del social network *online* Facebook si fonda sul finanziamento tramite la pubblicità *online*, che viene creata su misura per i singoli utenti del social network in funzione, in particolare, del loro comportamento di consumo, dei loro interessi, del loro po-

tere d'acquisto e della loro situazione personale. Il presupposto tecnico per questo tipo di pubblicità è la creazione automatizzata di profili dettagliati degli utenti del network e dei servizi online offerti a livello del gruppo M. A tal fine, oltre ai dati che gli utenti forniscono direttamente al momento della loro iscrizione ai servizi online di cui trattasi, vengono raccolti, all'interno e all'esterno di detto social network e dei servizi online forniti dal gruppo M., e messi in relazione ai loro diversi account di utenza anche altri dati relativi ai tali utenti e ai loro dispositivi. Il quadro generale di tali dati consente di trarre conclusioni dettagliate sulle preferenze e sugli interessi dei medesimi utenti.

28. – Per il trattamento di tali dati, M.P.I. si basa sul contratto d'uso a cui gli utenti del social network Facebook aderiscono tramite l'attivazione del pulsante "Iscriviti" e con il quale essi accettano le condizioni generali stabilite da detta società. L'accettazione di queste condizioni è necessaria per poter utilizzare il social network Facebook. Per quanto riguarda il trattamento dei dati personali, le condizioni generali rinviano alle regole sull'uso dei dati e dei marcatori (*cookies*) adottate dalla suddetta società. In forza di queste ultime, M.P.I. raccoglie dati riferiti agli utenti e ai loro dispositivi, relativi alle loro attività all'interno e all'esterno del social network, e li mette in relazione con gli account Facebook degli utenti interessati. Per quanto riguarda questi ultimi dati, relativi alle attività al di fuori del social network (in prosieguo anche: i "dati off Facebook"), si tratta, da un lato, dei dati concernenti la consultazione di pagine Internet e di applicazioni di terzi che sono collegate a Facebook attraverso interfacce di programmazione – gli "Strumenti business di Facebook" – e, dall'altro, dei dati riguardanti l'utilizzo degli altri servizi *online* appartenenti al gruppo M., tra i quali Instagram, WhatsApp, Oculus e – fino al 13 marzo 2020 – Masquerade.

29. – L'autorità federale garante della concorrenza ha avviato nei confronti di M.P., M.P.I. e F.D. un procedimento in esito al quale, con decisione del 6 febbraio 2019, fondata sull'articolo 19, paragrafo 1, e sull'articolo 32 del GWB, essa ha sostanzialmente vietato loro di subordinare, nelle condizioni generali, l'uso del social network Facebook da parte di utenti privati residenti in Germania al trattamento dei loro dati off Facebook e di procedere, senza il consenso di detti utenti, al trattamento di tali dati sulla base delle condizioni generali allora vigenti. Inoltre, essa ha ordinato loro di adeguare dette condizioni generali in modo che da esse risultasse chiaramente che tali dati non sarebbero stati né raccolti, né messi in relazione con gli account degli utenti Facebook, né utilizzati senza il consenso dell'utente interessato, e ha chiarito che tale consenso non è valido qualora costituisca una condizione per l'utilizzo del social network.

30. – L'autorità federale garante della concorrenza ha motivato la sua decisione con il fatto che il trattamento dei dati degli utenti interessati, quale previsto dalle condizioni generali e attuato da M.P.I., costituiva uno sfruttamento abusivo della posizione dominante di tale società sul mercato dei social network *online* per gli utenti privati in Germania, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, del GWB. Precisamente, secondo l'autorità federale garante della concorrenza, tali condizioni generali, in quanto emanazione di tale posizione dominante, sarebbero abusive perché il trattamento dei dati *off* Facebook da esse previsto non sarebbe conforme ai valori sottesi al RGPD e, in particolare, non potrebbe essere giustificato alla luce dell'articolo 6, paragrafo 1, e dell'articolo 9, paragrafo 2, del medesimo regolamento.

31. – L'11 febbraio 2019 M.P., M.P.I. e F.D. hanno presentato un ricorso avverso la decisione dell'autorità federale garante della concorrenza dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania).

32. – Il 31 luglio 2019 M.P.I. ha introdotto nuove condizioni generali, le quali indicano espressamente che l'utente, invece di pagare per l'uso dei prodotti Facebook, dichiara di acconsentire alle inserzioni pubblicitarie.

33. – Inoltre, dal 28 gennaio 2020 M.P. offre in tutto il mondo, l’“Off-Facebook-Activity”, la quale consente agli utenti del social network Facebook di visualizzare un riepilogo delle informazioni che li riguardano, che le società del gruppo M. ottengono in relazione alle loro attività su altri siti Internet e applicazioni, e di scollegare, se lo desiderano, tali dati dal loro account Facebook.com, tanto per il passato quanto per il futuro.

34. – L’Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) nutre dubbi, in primo luogo, in merito alla possibilità per le autorità nazionali garanti della concorrenza di controllare, nell’ambito dell’esercizio delle loro competenze, la conformità di un trattamento di dati personali alle condizioni stabilite nel RGPD; in secondo luogo, in merito alla possibilità per un operatore di un social network *online* di trattare i dati personali sensibili della persona interessata, ai sensi dell’articolo 9, paragrafi 1 e 2, di tale regolamento; in terzo luogo, in merito alla liceità del trattamento dei dati personali dell’utente interessato da parte di un siffatto operatore, conformemente all’articolo 6, paragrafo 1, di detto regolamento, e, in quarto luogo, in merito alla validità – alla luce dell’articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e dell’articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del medesimo regolamento – del consenso prestato a un’impresa che detiene una posizione dominante sul mercato nazionale dei social network *online*, ai fini di un trattamento di questo tipo.

35. – In tale contesto, ritenendo che la soluzione della controversia principale dipenda dalla risposta da dare a tali questioni, l’Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) a) Se sia compatibile con gli articoli 51 e seguenti del RGPD il fatto che un’autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, quale l’autorità federale garante della concorrenza, che non sia un’autorità di controllo ai sensi degli articoli 51 e seguenti del RGPD e nel cui Stato membro un’impresa stabilita al di fuori dell’Unione europea disponga di una filiale di supporto alla filiale principale nel settore della pubblicità, della comunicazione e delle relazioni pubbliche – mentre la filiale principale di tale impresa è situata in un altro Stato membro e ha la responsabilità esclusiva per il trattamento dei dati personali per l’intero territorio dell’Unione europea –, constati, nell’ambito dell’esercizio di un controllo degli abusi di posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza, che le condizioni contrattuali operate dalla filiale principale relativamente al trattamento dei dati e la relativa attuazione violano il RGPD, e disponga di porre fine a tale violazione. b) In caso affermativo, se ciò sia compatibile con l’articolo 4, paragrafo 3, TUE se, nel contempo, l’autorità di controllo capofila nello Stato membro in cui si trova la filiale principale ai sensi dell’articolo 56, paragrafo 1, del RGPD sottopone a un procedimento di indagine le condizioni contrattuali per il trattamento dei dati operate da quest’ultima.

In caso di risposta affermativa alla prima questione: 2) a) Se, nel caso di un utente di Internet che si limiti a visitare siti Internet o applicazioni (“app”) che fanno riferimento ai criteri di cui all’articolo 9, paragrafo 1, del RGPD – come app di incontri, siti per incontri omosessuali, siti di partiti politici, siti relativi alla salute – o vi immetta dati al fine di registrarvisi o di effettuare degli ordini, e di una (...) società, come (M.P.I.), che raccolga i dati relativi all’accesso ai siti e alle app e alle informazioni ivi immesse da parte dell’utente – tramite interfacce integrate nei siti e nelle app, come “Strumenti di Facebook Business”, o tramite marcatori temporanei (“cookies”) o simili tecnologie di memorizzazione utilizzati sul computer o sul dispositivo terminale mobile dell’utente –, li colleghi ai dati dell’account Facebook.com dell’utente e li utilizzi, la raccolta e/o il collegamento e/o l’utilizzo configurino un trattamento di dati sensibili ai sensi di detto articolo. b) In caso affermativo: se l’accesso a tali siti e app e/o l’inserimento di dati e/o l’attivazione di pulsanti (“plug-in social” come “Mi piace”, “Condividi” o “Facebook Login” o “Account Kit”) integrati in tali siti o app da un fornitore

come (M.P.I.) costituiscano una modalità di rendere manifestamente pubblici i dati relativi all'accesso di per sé e/o i dati immessi da parte dell'utente, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del RGPD.

3) Se un'impresa come (M.P.I.), che gestisce un social network digitale finanziato dalla pubblicità e che offre, nelle sue condizioni d'uso, la personalizzazione dei contenuti e della pubblicità, la sicurezza del network, il miglioramento dei prodotti e l'utilizzo coerente e senza interruzioni di tutti i prodotti del gruppo, possa invocare la giustificazione della necessità per l'esecuzione di un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), del RGPD, o la giustificazione della tutela dei legittimi interessi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD, quando a tali fini essa raccoglie dati generati da altri servizi propri del gruppo e da siti e app di terzi tramite interfacce in essi integrate, come "Strumenti di Facebook Business", oppure tramite *cookies* o simili tecnologie di memorizzazione utilizzati sul computer o sul dispositivo terminale mobile dell'utente, li collega all'account Facebook.com dell'utente e li utilizza.

4) Se, in tal caso, possano essere considerati legittimi interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del RGPD anche

- la minore età dell'utente, ai fini della personalizzazione dei contenuti e della pubblicità, del miglioramento dei prodotti, della sicurezza del network e delle comunicazioni non commerciali destinate all'utente;

- la fornitura di misurazioni, dati statistici e altri servizi per le aziende a inserzionisti, sviluppatori e altri partner, affinché questi possano valutare e migliorare le proprie prestazioni,

- l'offerta di comunicazioni di marketing destinate all'utente affinché l'impresa possa migliorare i suoi prodotti e condurre marketing diretto;

- ricerca e innovazione per il bene della società per far progredire lo stato dell'arte o la comprensione scientifica relativamente a importanti temi sociali e per avere un impatto positivo sulla società e sul mondo, – informazioni alle autorità preposte all'applicazione e all'esecuzione della legge e la risposta a richieste legali, al fine di prevenire, di individuare e di perseguire illeciti penali, usi non autorizzati, violazioni delle condizioni d'uso e delle regole aziendali ed altri comportamenti dannosi, quando a tali fini l'impresa raccoglie dati generati da altri servizi propri del gruppo e da siti e app di terzi tramite interfacce in essi integrate, come "Strumenti di Facebook Business", o tramite *cookies* o simili tecnologie di memorizzazione utilizzati sul computer o sul dispositivo terminale mobile dell'utente, li collega all'account Facebook.com dell'utente e li utilizza.

5) Se, in tal caso, la raccolta di dati provenienti da altri servizi propri del gruppo e da siti internet e app di terzi tramite interfacce in essi integrate, come "Strumenti di Facebook Business", oppure tramite *cookies* o simili tecnologie di memorizzazione utilizzati sul computer o sul dispositivo terminale mobile dell'utente, il collegamento con l'account Facebook.com dell'utente e l'utilizzo di tali dati, oppure l'utilizzo di dati già altrimenti e legittimamente raccolti e collegati possano essere giustificati, caso per caso, anche ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e) del RGPD, ad esempio per rispondere ad una legittima richiesta di dati specifici [lettera c)], per contrastare comportamenti dannosi e promuovere la sicurezza [lettera d)], per ricerche a beneficio della società e per promuovere protezione, integrità e sicurezza [lettera e)].

6) Se nei confronti di un'impresa in posizione dominante sul mercato come (M.P.I.) sia possibile esprimere un consenso valido, e in particolare libero ai sensi dell'articolo 4, punto 11, del RGPD, in conformità con gli articoli 6, paragrafo 1, lettera a), e 9, paragrafo 2, lettera a), del RGPD. In caso di risposta negativa alla prima questione:

7) a) Se un'autorità nazionale garante della concorrenza di uno Stato membro, quale

l'autorità federale garante della concorrenza, che non sia un'autorità di controllo ai sensi degli articoli 51 e seguenti del RGPD e che esamini una violazione del divieto di abuso di posizione dominante, ai sensi del diritto della concorrenza, da parte di un'impresa in posizione dominante, che non consista in una violazione del RGPD da parte delle sue condizioni per il trattamento dei dati e della loro attuazione, possa effettuare accertamenti, ad esempio nell'ambito del bilanciamento degli interessi, in merito alla conformità al RGPD delle condizioni per il trattamento dei dati di tale impresa e della loro attuazione. b) In caso affermativo: se, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, ciò valga anche qualora, nel contempo, l'autorità di controllo capofila competente ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 1, del RGPD sottoponga le condizioni per il trattamento dei dati di tale impresa ad un procedimento di indagine. Se la risposta alla settima questione è affermativa, occorre rispondere alle questioni dalla terza alla quinta per quanto riguarda i dati generati dall'utilizzo del servizio Instagram, appartenente al gruppo». (...).

(...) La Corte (Grande Sezione) dichiara: 1) Gli articoli 51 e seguenti del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) nonché l'articolo 4, paragrafo 3, TUE devono essere interpretati nel senso che: fermo restando il rispetto del suo obbligo di leale cooperazione con le autorità di controllo, un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali e la loro applicazione non sono conformi a detto regolamento, qualora tale constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di un tale abuso.

Alla luce di tale obbligo di leale cooperazione, l'autorità nazionale garante della concorrenza non può discostarsi da una decisione dell'autorità nazionale di controllo competente o dell'autorità di controllo capofila competente che riguardi tali condizioni generali o condizioni generali analoghe. Laddove nutra dubbi sulla portata di tale decisione, laddove dette condizioni o condizioni analoghe siano, al contempo, oggetto di esame da parte di tali autorità, o, ancora, laddove, in assenza di un'indagine o di una decisione di dette autorità, ritenga che le condizioni in questione non siano conformi al regolamento 2016/679, l'autorità nazionale garante della concorrenza deve consultare dette autorità di controllo e chiederne la cooperazione, al fine di fugare i propri dubbi o di determinare se si debba attendere l'adozione di una decisione da parte di tali autorità prima di iniziare la propria valutazione. In assenza di obiezioni o di risposta di queste ultime entro un termine ragionevole, l'autorità nazionale garante della concorrenza può proseguire la propria indagine.

2) L'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che:

nel caso in cui un utente di un social network *online* consulti siti Internet oppure applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate da tale disposizione e, se del caso, inserisca in essi dati, iscrivendosi oppure effettuando ordini *online*, il trattamento di dati personali da parte dell'operatore di tale social network *online* – consistente nel raccogliere, tramite interfacce integrate, *cookie* o simili tecnologie di registrazione, i dati risultanti dalla consultazione di tali siti e di tali applicazioni nonché i dati inseriti dall'utente, nel mettere in relazione l'insieme di tali dati con l'account del social network di quest'ultimo e nell'utilizzare detti dati – deve essere considerato un "trattamento di categorie particolari di dati personali" ai sensi di detta disposizione, il quale è in linea di principio vietato, fatte salve le deroghe previste da detto articolo 9, paragrafo 2, qualora tale trattamento di dati sia tale da rivelare informazioni

rientranti in una di dette categorie, a prescindere dal fatto che tali informazioni riguardino un utente di tale social network o qualsiasi altra persona fisica.

3) L'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: un utente di un social network *online*, allorché consulta siti Internet oppure applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate all'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento, non rende manifestamente pubbliche, ai sensi della prima di tali disposizioni, i dati relativi a tale consultazione, raccolti dall'operatore di detto social network *online* mediante *cookie* o simili tecnologie di registrazione.

Quando inserisce dati in tali siti Internet o applicazioni nonché quando attiva pulsanti di selezione integrati in questi ultimi, come i pulsanti "Mi piace" o "Condividi" o i pulsanti che consentono all'utente di identificarsi su un sito Internet o su un'applicazione utilizzando gli identificativi di connessione collegati al suo account di utente del social network, il suo numero di telefono o il suo indirizzo di posta elettronica, tale utente rende manifestamente pubblici, ai sensi di detto articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del RGPD, i dati così inseriti o risultanti dall'attivazione di tali pulsanti soltanto se abbia esplicitamente espresso preliminarmente, se del caso sulla base di un'impostazione individuale di parametri effettuata con piena cognizione di causa, la sua scelta di rendere i dati che lo riguardano pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone.

4) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera b), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network *online* – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – può essere considerato necessario per l'esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti, ai sensi di tale disposizione, solo a condizione che detto trattamento sia oggettivamente indispensabile per realizzare una finalità che costituisce parte integrante della prestazione contrattuale destinata a quegli stessi utenti, cosicché l'oggetto principale del contratto non potrebbe essere conseguito in assenza di tale trattamento.

5) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network *online* – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – può essere considerato necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, ai sensi di tale disposizione, solo a condizione che il suddetto operatore abbia indicato agli utenti presso i quali i dati sono stati raccolti un legittimo interesse perseguito dal loro trattamento, che tale trattamento sia effettuato entro i limiti di quanto strettamente necessario alla realizzazione di tale legittimo interesse e che dal contemperamento dei contrapposti interessi, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, risulti che le libertà e i diritti fondamentali e gli interessi di tali utenti non prevalgono su detto legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi.

6) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera c), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network *online* – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in re-

lazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – è giustificato, ai sensi di tale disposizione, allorché è effettivamente necessario per adempiere un obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto, in forza di una disposizione del diritto dell'Unione o del diritto dello Stato membro interessato, tale base giuridica risponde ad un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito e tale trattamento è effettuato nei limiti dello stretto necessario.

7) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettere d) ed e), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network *online* – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – non può, in linea di principio e ferma restando la verifica che deve essere effettuata dal giudice del rinvio, essere considerato necessario alla salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, ai sensi della lettera d), oppure all'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ai sensi della lettera e).

8) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento 2016/679 devono essere interpretati nel senso che: la circostanza che l'operatore di un social network *online* occupi una posizione dominante sul mercato dei social network *online* non osta, di per sé, a che gli utenti di tale social network possano validamente acconsentire, ai sensi dell'articolo 4, punto 11, di detto regolamento, al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore. Tale circostanza costituisce nondimeno un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente, circostanza che spetta a detto operatore dimostrare.”.

Nota a cura di Jessica Bianchin

Lo scorso 4 luglio, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata, con sentenza C-252/2021, sulle questioni sollevate dal Tribunale Superiore del Land di Düsseldorf. Nello specifico, la Corte si è espressa in merito alla possibilità delle autorità nazionali, garanti della concorrenza, di poter controllare la conformità del trattamento dei dati ai requisiti posti nel Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (c.d. GDPR), in particolare vigilando sui comportamenti di un operatore economico. I fatti oggetto della pronuncia riguardano la sentenza del 2019 nel quale il Tribunale Tedesco, per il tramite dell'Antitrust, aveva condannato Meta Platforms e Meta Platforms Ireland di adeguare le proprie condizioni d'uso, in modo che risultasse chiaro che i dati, rilasciati dall'utente privato al momento della propria iscrizione al social media “Facebook”, non venissero utilizzati senza il suo libero consenso. Nel caso di specie, era stato riconosciuto in capo alla società Meta Platforms di detenere “una posizione dominante nel mercato economico”, condotta che viola i principi contenuti nel Regolamento Generale sulla Protezione dei dati, perché l'accettazione delle condizioni d'uso erano obbligatorie per iscriversi al social media. A seguito della condanna, Meta Platforms Ireland aveva sollevato la questione di fronte alla Corte di Giustizia Europea, chiedendo alla stessa se il controllo del rispetto del Trattamento dei Dati fosse onere dell'autorità nazionale garante della concorrenza, o se questo potere fosse in capo ad altri organi, come il Garante della privacy.

In tale pronuncia, la Corte sancisce la possibilità per un'autorità garante della concorrenza di tenere in considerazione, in via incidentale, le segnalazioni poste in essere dall'Antitrust, soprattutto in riferimento al rispetto di disposizioni del GDPR, elemento importante per valutare se la condotta di un'impresa si qualifica come concorrenza sleale o meno. Infatti, l'eventuale violazione di norme del GDPR può costituire un importante indizio per valutare se il comportamento di un determinato operatore economico sia da intendersi come dominante oppure no. Sul punto, la Corte stabilisce che *«nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa su un dato mercato, può risultare necessario che l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato esamini anche la conformità del comportamento di tale impresa a norme diverse da quelle rientranti nel diritto della concorrenza, quali le norme in materia di protezione dei dati personali previste dal GDPR»*.

Dunque, da ciò si evince che la Corte sostiene l'importanza del rispetto di leale cooperazione tra Autorità, e stabilisce che l'Antitrust, qualora ritenga che da una violazione del GDPR possa conseguire un abuso di posizione dominante, è tenuta innanzitutto a controllare se il Garante della Privacy nazionale o l'autorità di controllo, oppure la CGUE si siano espresse, e nel caso positivo allinearsi alla posizione. In caso contrario, l'Antitrust può solo segnalare l'impresa che ritiene che violi il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, all'autorità competente e collaborare con la stessa. La Corte, inoltre, sancisce che quando l'Autorità di controllo riceve la richiesta di informazioni e di cooperazione da parte dell'Antitrust, deve rispondere a tale richiesta entro un termine ragionevole. In assenza di tale risposta, l'Antitrust può proseguire autonomamente la propria indagine. In conclusione, con tale pronuncia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che le autorità nazionali garanti della concorrenza possono controllare, in via incidentale, il rispetto del GDPR da parte di un'impresa in posizione dominante. Tuttavia, l'autorità garante della concorrenza deve rispettare il principio di leale collaborazione con le altre autorità competenti, in particolare con il Garante della Privacy nazionale.

Risoluzione di pacchetti turistici in caso di circostanze straordinarie: un giudice nazionale può a talune condizioni, informare d'ufficio il viaggiatore del suo diritto di risoluzione senza spese

Argomento: Della tutela del consumatore

(CGUE, Sez. II, 14 settembre 2023, C-83/22)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 6. – L’articolo 12 della stessa direttiva, intitolato “Risoluzione del contratto di pacchetto turistico e diritto di recesso prima dell’inizio del pacchetto”, così prevede:

«1. Gli Stati membri assicurano che il viaggiatore possa risolvere il contratto di pacchetto turistico in ogni momento prima dell’inizio del pacchetto. In caso di risoluzione del contratto di pacchetto turistico da parte del viaggiatore ai sensi del presente paragrafo, il viaggiatore può essere tenuto a pagare all’organizzatore spese di risoluzione adeguate e giustificabili. Il contratto di pacchetto turistico può specificare spese di risoluzione standard ragionevoli, calcolate in base al momento della risoluzione del contratto prima dell’inizio del pacchetto e ai risparmi e agli introiti previsti che derivano dalla riassegnazione dei servizi turistici. In assenza di spese di risoluzione standard, l’importo delle spese di risoluzione corrisponde al prezzo del pacchetto diminuito dei risparmi e degli introiti che derivano dalla riassegnazione dei servizi turistici. Su richiesta del viaggiatore l’organizzatore fornisce una motivazione dell’importo delle spese di risoluzione.

2. Fatto salvo il paragrafo 1, il viaggiatore ha diritto di risolvere il contratto di pacchetto turistico prima dell’inizio del pacchetto senza corrispondere spese di risoluzione in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un’incidenza sostanziale sull’esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione. In caso di risoluzione del contratto di pacchetto turistico ai sensi del presente paragrafo, il viaggiatore ha diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un indennizzo supplementare. (...)»

(…) 9. – La parte A dell’allegato I di detta direttiva, intitolato “Modulo informativo standard per contratti di pacchetto turistico ove sia possibile l’uso di collegamenti ipertestuali (hyperlink)”, stabilisce, in un riquadro, il contenuto di tale modulo e indica che, seguendo l’hyperlink, il viaggiatore riceverà le seguenti informazioni:

“Diritti fondamentali ai sensi della direttiva (UE) 2015/2302 (...)”.

– I viaggiatori possono, in circostanze eccezionali, risolvere il contratto senza corrispondere spese di risoluzione prima dell’inizio del pacchetto, ad esempio se sussistono seri problemi di sicurezza nel luogo di destinazione che possono pregiudicare il pacchetto. (...)”.

(…) 34. – Orbene, con la sua questione, il giudice del rinvio interroga la Corte sulla portata

dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2015/2302. Infatti, l'interpretazione della portata di tale disposizione è un requisito per la valutazione della sua validità. Tale interpretazione non implica la valutazione di un problema di natura ipotetica, cosicché la Commissione sostiene erroneamente che tale questione è irricevibile.

35. – Ciò premesso, per quanto riguarda l'interpretazione della portata dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2015/2302, occorre rilevare che tale disposizione prevede che gli Stati membri garantiscano che un organizzatore di viaggi fornisca al viaggiatore, prima che quest'ultimo sia vincolato da un contratto di pacchetto turistico, in particolare, le informazioni standard mediante il pertinente modulo di cui all'allegato I, parte A o B, di tale direttiva.

36. – I moduli informativi standard, contenuti nell'allegato I, parti A e B, di detta direttiva, riprendono mediante un collegamento ipertestuale o, in mancanza di un siffatto collegamento ipertestuale, espressamente, i diritti fondamentali di cui i viaggiatori devono essere informati. Tra tali diritti figura, ai sensi del settimo trattino delle parti A e B di tale allegato I, il diritto dei viaggiatori che stipulano pacchetti turistici *«in circostanze eccezionali, [di] risolvere il contratto senza corrispondere spese di risoluzione prima dell'inizio del pacchetto, ad esempio se sussistono seri problemi di sicurezza nel luogo di destinazione che possono pregiudicare il pacchetto»*. Tale settimo trattino espone e illustra così il contenuto del diritto di risoluzione conferito a detti viaggiatori dall'articolo 12, paragrafo 2, della medesima direttiva.

37. – Pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice del rinvio, l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2015/2302 non esclude dalle informazioni precontrattuali che devono essere obbligatoriamente fornite al viaggiatore, quella relativa al diritto, conferito a quest'ultimo dall'articolo 12, paragrafo 2, di tale direttiva, di risolvere il suo contratto di viaggio prima dell'inizio del pacchetto, senza pagare spese di risoluzione, qualora sussistano circostanze inevitabili e straordinarie che abbiano un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto turistico. (...).

(...) 53. – L'esame d'ufficio da parte del giudice nazionale del diritto di risoluzione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2015/2302 è tuttavia subordinato a talune condizioni.

54. – In primo luogo, una delle parti del contratto di pacchetto turistico di cui trattasi deve aver avviato un procedimento giurisdizionale dinanzi al giudice nazionale e tale procedimento deve avere ad oggetto detto contratto (v., per quanto riguarda l'esame d'ufficio delle clausole abusive di cui alla direttiva 93/13, sentenza dell'11 marzo 2020, L., C-511/17, EU:C:2020:188, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

55. – In secondo luogo, il diritto di risoluzione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2015/2302 deve essere connesso all'oggetto della controversia quale definito dalle parti alla luce delle loro conclusioni e dei loro motivi (v., per quanto riguarda l'esame d'ufficio delle clausole abusive di cui alla direttiva 93/13, sentenza dell'11 marzo 2020, L., C-511/17, EU:C:2020:188, punto 34).

56. – In terzo luogo, il giudice nazionale deve disporre di tutti gli elementi di diritto e di fatto necessari per valutare se tale diritto di risoluzione possa essere invocato dal viaggiatore interessato (v., per quanto riguarda l'esame d'ufficio delle clausole abusive di cui alla direttiva 93/13, sentenza dell'11 marzo 2020, L., C-511/17, EU:C:2020:188, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

57. – In quarto luogo, tale viaggiatore non deve aver espressamente indicato al giudice nazionale che si opponeva all'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2015/2302.

58. – In una situazione in cui detto viaggiatore non si avvale dell'applicazione di tale disposizione sebbene le condizioni di detta applicazione appaiano soddisfatte, non si deve escludere che quest'ultimo ignorasse l'esistenza del diritto di risoluzione previsto da tale

disposizione. Orbene, ciò è sufficiente perché il giudice nazionale possa invocare d'ufficio la stessa disposizione. (...).

(...) Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) L'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE, deve essere interpretato nel senso che: esso impone a un organizzatore di viaggi di informare il viaggiatore del suo diritto di risoluzione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, di tale direttiva. La validità dell'articolo 5, paragrafo 1, di detta direttiva alla luce dell'articolo 169, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettera a), TFUE, in combinato disposto con l'articolo 114, paragrafo 3, TFUE, non può pertanto essere rimessa in discussione per il motivo che esso non prevedrebbe di informare il viaggiatore del suo diritto di risoluzione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della medesima direttiva.

2) L'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2015/2302 deve essere interpretato nel senso che: esso non osta all'applicazione di disposizioni del diritto processuale nazionale che sanciscono i principi dispositivo e di congruenza in forza dei quali, qualora la risoluzione di un contratto di pacchetto turistico soddisfi le condizioni previste da tale disposizione e il viaggiatore interessato sottoponga al giudice nazionale una domanda di rimborso inferiore a un rimborso integrale, tale giudice non può concedere d'ufficio a detto viaggiatore un rimborso integrale, purché tali disposizioni non escludano che detto giudice possa informare d'ufficio tale viaggiatore del suo diritto ad un rimborso integrale e consentire a quest'ultimo di farlo valere dinanzi ad esso”.

Limiti e contenuto del diritto di ottenere copia a titolo gratuito della cartella medica alla luce del *GDPR*

Argomento: Della protezione dei dati personali

(CGUE, Sez. I, 26 ottobre 2023, C-307/22)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“Nel caso di specie, occorre rilevare che un medico che procede alle operazioni di trattamento di cui all’articolo 4, punto 2, del RGPD riguardanti i dati dei suoi pazienti deve essere considerato un «titolare del trattamento», ai sensi dell’articolo 4, punto 7, di tale regolamento, soggetto agli obblighi che detta qualità comporta, in particolare garantendo un accesso ai dati personali su richiesta degli interessati. Si deve necessariamente constatare che né la formulazione dell’articolo 12, paragrafo 5, del RGPD né quella dell’articolo 15, paragrafi 1 e 3, di tale regolamento subordinano la fornitura, a titolo gratuito, di una prima copia dei dati personali al fatto che i suddetti interessati invochino un motivo diretto a giustificare le loro richieste.

Tali disposizioni non offrono pertanto al titolare del trattamento la possibilità di chiedere i motivi della richiesta di accesso presentata dall’interessato (...) **il diritto di accedere ai dati relativi alla salute garantito dall’articolo 15, paragrafo 1, del RGPD non può essere limitato, mediante un diniego di accesso o l’imposizione del pagamento di un corrispettivo, a uno dei motivi menzionati nella prima frase del considerando 63. Lo stesso vale per il diritto di ottenere una prima copia a titolo gratuito, come previsto all’articolo 12, paragrafo 5, e all’articolo 15, paragrafo 3, di tale regolamento.**

(...) Per quanto riguarda la questione se una normativa nazionale che, al fine di tutelare l’interesse economico dei professionisti sanitari, ponga a carico del paziente i costi connessi alla fornitura di una prima copia della cartella medica richiesta da quest’ultimo, rientri nell’ambito di applicazione dell’articolo 23, paragrafo 1, lettera i), del RGPD, occorre ricordare, innanzitutto, che, come risulta dai punti 31 e da 33 a 36 della presente sentenza, in forza dell’articolo 12, paragrafo 5, e dell’articolo 15, paragrafi 1 e 3, di tale regolamento, all’interessato è riconosciuto il diritto di ottenere una prima copia a titolo gratuito dei suoi dati personali oggetto di trattamento.

La seconda frase dell’articolo 15, paragrafo 3, del RGPD autorizza, tuttavia, il titolare del trattamento ad addebitare un contributo spese ragionevole basato sui costi amministrativi in caso di ulteriori copie. Peraltro, l’articolo 12, paragrafo 5, del RGPD, letto alla luce dell’articolo 15, paragrafi 1 e 3, di tale regolamento, consente al titolare del trattamento di tutelarsi dall’abuso del diritto di accesso, richiedendo il pagamento di un contributo spese ragionevole, in caso di richiesta manifestamente infondata o eccessiva. Di conseguenza, dai punti da 59 a 61 della presente sentenza risulta che il diritto riconosciuto all’interessato di ottenere una prima copia a titolo gratuito dei suoi dati personali oggetto di trattamento non è assoluto.

Infine, solo considerazioni relative, in particolare, alla tutela dei diritti e delle libertà

altrui sarebbero idonee a giustificare una limitazione di tale diritto, purché una siffatta limitazione ne rispetti l'essenza e costituisca una misura necessaria e proporzionata al fine di salvaguardare tale tutela, come previsto dall'articolo 23, paragrafo 1, lettera i), del RGPD. (...).

Infine, per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti all'articolo 15 del RGPD, quest'ultimo ha ad oggetto il rafforzamento e la disciplina dettagliata dei diritti degli interessati. Pertanto, il diritto di accesso previsto a tale disposizione deve consentire all'interessato di verificare che i dati personali che lo riguardano siano corretti e trattati in modo lecito. Peraltro, la copia dei dati personali oggetto di trattamento, che il titolare del trattamento è tenuto a fornire ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, prima frase, del RGPD, deve presentare tutte le caratteristiche che consentano all'interessato di esercitare effettivamente i suoi diritti a norma di tale regolamento e, pertanto, deve riprodurre integralmente e fedelmente tali dati (...). Di conseguenza, il diritto di ottenere dal titolare del trattamento una copia dei dati personali oggetto di trattamento implica che sia consegnata all'interessato una riproduzione fedele e intelligibile dell'insieme di tali dati. **Detto diritto presuppone quello di ottenere copia di estratti di documenti o addirittura di documenti interi o, ancora, di estratti di banche dati contenenti, tra l'altro, tali dati, se la fornitura di una siffatta copia è indispensabile per consentire all'interessato di esercitare effettivamente i diritti conferitigli da tale regolamento (...)**".

CORTE DEI CONTI

L'attività di insegnamento è libera e per i dipendenti pubblici non richiede autorizzazione

Argomento: Della responsabilità amministrativa o contabile

(Corte dei conti, Sez. giur. Campania, 23 agosto 2023, n. 498)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“5.3 – (...) Dunque, il descritto incarico rientra nell’ambito delle lezioni e seminari di carattere occasionale, non soggette ad autorizzazione secondo quanto previsto dalla legge e pertanto non è applicabile il comma 7 e 7 bis dell’art. 53 cit. in quanto il comma 6 dell’art. 53 cit. prevede che sono esclusi dall’applicazione della normativa di cui ai commi 7-13 determinati compensi, tra cui quello derivante da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e di ricerca scientifica. Come evidenziato dalla giurisprudenza di questa Corte, *«L’espletamento di convegni, seminari, lezioni, docenze, eventi formativi, è testualmente liberalizzato sia dal regime generale valevole per tutti i pubblici dipendenti (v. art.53, co.6, lett. c ed f-bis, D.Lgs. n. 165 del 2001), sia da quello specifico previsto per i docenti universitari anche a tempo pieno (art.6, co.10, L. n. 240 del 2010; in precedenza art.11, u.co., D.P.R. n. 382 del 1980), che fa altresì riferimento alla “occasionalità” di tali interventi (ove sistematici, occorrerebbe autorizzazione per i professori, non prevista invece per i restanti dipendenti pubblici a fronte di una normativa che non fissa limiti quantitativi alla docenza), ben evidente nella specie, trattandosi di un solo intervento»*. (Corte dei conti, LOMBARDIA, SENTENZA n. 11 del 03/02/2020).

Né può ritenersi che l’incarico possa rientrare nell’ambito delle *«funzioni didattiche e di ricerca»* in relazione alle quali il comma 10 dell’art. 6 della L. n. 240 del 2010 (e il regolamento dell’Ateneo del 4.10.2011) – che deroga alle previsioni generali di cui all’art. 53 del D.P.R. n. 165 del 2001 e, in particolare, alla lett. f – bis) del comma 6, che liberalizzava le *«attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione, nonché di docenza e di ricerca scientifica»* – richiede l’autorizzazione. Infatti, nel caso di specie si è trattato di attività di formazione di natura occasionale non configurabile come corso o modulo di insegnamento (cfr. atto di indirizzo MIUR del 14.5.2018). Non rileva ai fini della responsabilità di cui al comma 7 dell’art. 53 – che riguarda gli incarichi che necessitano di autorizzazione – il fatto che l’attività sia stata svolta senza la preventiva comunicazione prescritta dal regolamento di Ateneo del 4.10.2011 (inviata solo successivamente all’Ateneo, come rilevato dalla relazione della GdF del 14.7.2022), trattandosi di un adempimento non prescritto dalla legge ma previsto dal regolamento di Ateneo – al fine di accertare che gli incarichi rientrino nelle fattispecie che possono essere svolte liberamente e che non sussistono fatti ostativi al loro espletamento – e la cui violazione non rientra nell’ambito applicativo dell’art. 53 comma 7 D.Lgs. n. 165 del 2001. (...).”

CORTE COSTITUZIONALE

Rapporto tra ripetizione dell'indebitito ex art. 2033 c.c. e tutela dell'affidamento incolpevole anche alla luce della CEDU

Argomento: Del pagamento dell'indebitito

(C. Cost., 27 gennaio 2023, n. 8)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“(…) 8. – In via preliminare, occorre ripercorrere la giurisprudenza della Corte EDU che, nell’ambito della ripetizione di indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici, ha dato corpo all’interpretazione dell’art. 1 Prot. addiz. CEDU, invocato dalle ordinanze in esame quale parametro interposto, volto a specificare la violazione dell’art. 117, primo comma, Cost.

Secondo la citata disposizione convenzionale, «[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni» e la Corte EDU, valorizzando proprio la nozione di bene, ha ascrivito a tale paradigma la tutela dell’affidamento legittimo («*legitimate expectation*»), situazione soggettiva dai contorni più netti di una semplice speranza o aspettativa di mero fatto («*hope*»).

In particolare, in una pluralità di casi (...) concernenti indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici, la Corte EDU ha specificato i presupposti che consentono di identificare un affidamento legittimo in capo al percettore della prestazione, che sia persona fisica, e ha individuato le condizioni che tramutano la conditio indebiti in un’interferenza sproporzionata nei confronti di tale affidamento.

La Corte EDU ha individuato quali elementi costitutivi dell’affidamento legittimo: l’erogazione di una prestazione a seguito di una domanda presentata dal beneficiario che agisca in buona fede o su spontanea iniziativa delle autorità; la provenienza dell’attribuzione da parte di un ente pubblico, sulla base di una decisione adottata all’esito di un procedimento, fondato su una disposizione di legge, regolamentare o contrattuale, (...); la mancanza di una attribuzione manifestamente priva di titolo o basata su semplici errori materiali; un’erogazione effettuata in relazione a una attività lavorativa ordinaria e non a una prestazione isolata o occasionale, per un periodo sufficientemente lungo da far nascere la ragionevole convinzione circa il carattere stabile e definitivo della medesima; la mancata previsione di una clausola di riserva di ripetizione. (...).

In definitiva, la giurisprudenza della Corte EDU offre una ricostruzione dell’art. 1 Prot. addiz. CEDU volta a stigmatizzare interferenze sproporzionate rispetto all’affidamento legittimo ingenerato dall’erogazione indebita da parte di soggetti pubblici di prestazioni di natura previdenziale, pensionistica e non, nonché retributiva.

9. – (...), l’ordinamento nazionale delinea un quadro di tutele che, se adeguatamente valorizzato, supera ogni dubbio di possibile contrasto fra l’art. 2033 cod. civ. e l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato parametro convenzionale interposto.

(...), l’ordinamento italiano appronta un complesso apparato di rimedi, che opera a differenti livelli.

10. – Rispetto a specifiche tipologie di prestazioni indebite, (...), il sistema normativo interno esclude tout court la ripetizione dell'indebito, offrendo una tutela particolarmente incisiva, che, per completezza, è opportuno brevemente richiamare.

10.1. – Si tratta, innanzitutto, di prestazioni previdenziali, pensionistiche e assicurative, per le quali il legislatore italiano dispone l'irripetibilità, con la sola eccezione dell'ipotesi in cui l'accipiens fosse consapevole di percepire un indebito e, dunque, fosse in uno stato soggettivo di dolo (...).

Nei casi sopra richiamati, non è richiesta alcuna prova dell'affidamento, sicché quest'ultimo, più che rilevare quale interesse protetto, si configura – unitamente al rilievo costituzionale riconosciuto, ai sensi dell'art. 38 Cost., al tipo di prestazioni erogate – quale ratio ispiratrice di fondo della disciplina, che si connota in termini di previsione eccezionale, frutto di una valutazione che questa Corte ha più volte ritenuto rimessa alla discrezionalità del legislatore (sentenze n. 148 del 2017 e n. 431 del 1993).

10.2. – Parimenti, si annovera tra le tutele specifiche e particolarmente incisive, che escludono la ripetizione dell'indebito, la previsione di cui all'art. 2126 cod. civ., riferita a una prestazione di natura retributiva.

Il fondamento di tale speciale disciplina si rinviene, questa volta, nella causa dell'attribuzione, costituita da una attività lavorativa che è stata, di fatto, concretamente prestata, pur se si dimostra giuridicamente non dovuta. (...). L'art. 2126 cod. civ. costituisce, dunque, un presidio contro pretese restitutorie avanzate dal datore di lavoro, compresa la pubblica amministrazione (Corte di cassazione, sezione lavoro, ordinanze 5 novembre 2021, n. 32263 e 31 agosto 2018, n. 21523), ma a condizione che l'indebito retributivo corrisponda a una specifica prestazione, effettivamente eseguita (Corte di cassazione, sezione lavoro, ordinanza 23 novembre 2021, n. 36358). (...).

11. – Al di fuori del raggio di disposizioni speciali (...), opera, viceversa, la disciplina generale dell'indebito oggettivo, di cui all'art. 2033 cod. civ., secondo la quale: *«[c]hi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda»*.

L'ampiezza della norma, cui si ascrivono anche prestazioni indebite ricomprese fra quelle esaminate dalla Corte EDU, ha suscitato, dunque, i dubbi di legittimità costituzionale.

(...), a fronte dell'obbligo restitutorio, da un lato, lo stesso art. 2033 cod. civ. – come già emerge dalla sua formulazione testuale – prevede che, in ipotesi di buona fede soggettiva dell'accipiens, i frutti e gli interessi vanno corrisposti solo a partire dalla domanda di restituzione, il che allontana una delle possibili ragioni di sproporzione dell'interferenza ravvisate dalla giurisprudenza della Corte EDU (in particolare, nella sentenza Cakarevi, paragrafo 86).

(...).

12. – Il perno della disciplina risiede, in particolare, **nella clausola di buona fede oggettiva o correttezza, che, per un verso, plasma, attraverso l'art. 1175 cod. civ., l'attuazione del rapporto obbligatorio e, dunque, condiziona – dando rilievo agli interessi in gioco e alle circostanze concrete – l'esecuzione dell'obbligazione restitutoria, che ha fonte nell'art. 2033 cod. civ. Per un altro verso, e ab imis, la buona fede oggettiva dà fondamento, tramite l'art. 1337 cod. civ., alla stessa possibilità di identificare un affidamento legittimo, (...), proprio attraverso la disciplina dell'illecito precontrattuale.**

12.1. – (...) Deve allora ritenersi che proprio l'attitudine della buona fede oggettiva a recepire processi di concretizzazione giurisprudenziale consenta di ravvisare nell'art. 1337 cod. civ. la cornice giuridica capace di valorizzare, a livello nazionale, presupposti che, in effetti, corrispondono a quelli individuati dalla Corte EDU per fondare il riconoscimento di un affi-

damento legittimo circa la spettanza di una prestazione indebita erogata. In sostanza, gli elementi che possono rilevare *ex fide bona* ai fini dell'individuazione di un affidamento legittimo riposto in una prestazione indebita erogata da un soggetto pubblico trovano, a ben vedere, riscontro in quelli di cui si avvale la Corte EDU per individuare una *legitimate expectation*.

Infatti, l'opera di specificazione effettuata dalla Corte EDU dà rilievo, innanzitutto, alla relazione fra le parti, e questo è tipico anche dell'art. 1337 cod. civ. In particolare, non vi è dubbio che, per ingenerare un legittimo affidamento in una prestazione indebita, non basti l'apparenza di un titolo posto a fondamento dell'attribuzione – titolo che deve comunque radicarsi in una disposizione di legge o di regolamento o in un contratto –, ma conta in primis il tipo di relazione fra *solvens* e *accipiens*. Ed è palese che un soggetto pubblico facilmente ingenera, nell'*accipiens*-persona fisica, una fiducia circa la spettanza dell'erogazione effettuata, non solo in ragione della sua competenza professionale, ma anche per il suo perseguire interessi generali. In ogni caso, neppure quanto detto sopra è sufficiente a delineare un affidamento, poiché *ex fide bona* rilevano sempre le circostanze concrete. (...).

Al contempo, l'affidamento legittimo presuppone sempre anche la buona fede soggettiva dell'accipiens, che, a sua volta, non può che evincersi da indici oggettivi. In questa stessa prospettiva, la Corte EDU dà rilievo: alla spontaneità dell'attribuzione o alla richiesta della stessa effettuata in buona fede, alla mancanza di un pagamento manifestamente privo di titolo o fondato su un mero errore di calcolo o su un errore materiale, nonché alla omessa previsione di una clausola di riserva di ripetizione. In definitiva, si deve ritenere che la consonanza fra gli elementi evidenziati dalla giurisprudenza della Corte EDU e la tipologia di criteri cui può dare rilevanza la buona fede oggettiva a fondamento di un affidamento legittimo, ove riferito al contesto della spettanza di una prestazione indebita, confermi che l'interesse protetto dalla CEDU, come ricostruito dalla Corte EDU, può trovare riconoscimento, nel nostro ordinamento, dentro la cornice generale della buona fede oggettiva.

12.2. – Così individuati i presupposti costitutivi di un affidamento legittimo nella spettanza di una prestazione indebita, si tratta ora di chiarire quale apparato rimediale appronti l'ordinamento nazionale a sua difesa e se sia idoneo a evitare il contrasto con l'art. 1 Prot. addiz. CEDU e, di riflesso, una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

12.2.1. – **Un primo fondamentale ruolo spetta alla categoria della inesigibilità, che si radica nella clausola generale di cui all'art. 1175 cod. civ., la quale – come già anticipato (punto 12) – impone ad ambo le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi secondo correttezza o buona fede oggettiva. Tale canone di comportamento, inter alia, vincola il creditore a esercitare la sua pretesa in maniera da tenere in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore.** (...), risiede nel dovere da parte del creditore di rateizzare la somma richiesta in restituzione, tenendo conto delle condizioni economico-patrimoniali in cui versa l'obbligato, che, *ex abrupto*, si trova a dover restituire ciò che riteneva di aver legittimamente ricevuto. **La pretesa si dimostra dunque inesigibile fintantoché non sia richiesta con modalità che il giudice reputi conformi a buona fede oggettiva** (*ex multis*, Consiglio di Stato, sezione seconda, sentenza 10 dicembre 2020, n. 7889; parere 31 dicembre 2018, n. 3010; adunanza plenaria, sentenza 26 ottobre 1993, n. 11).

Il rilievo che possono assumere le circostanze concrete e, in particolare, la considerazione delle condizioni personali del debitore hanno poi indotto gli interpreti a valorizzare anche forme ulteriori di inesigibilità, sia temporanea sia parziale, della prestazione. L'inesigibilità, in tal modo, attenua la rigidità dell'obbligazione restitutoria (...).

Le conseguenze dell'inesigibilità possono essere, dunque, varie.

12.2.2. – Da ultimo, allontana definitivamente il dubbio fatto proprio dai giudici rimettenti

che l'apparato rimediabile nazionale sia inidoneo a impedire il carattere sproporzionato dell'interferenza nell'affidamento legittimo, la constatazione che, **nell'ordinamento italiano, una volta individuati i tratti di tale affidamento, è dato riconoscere, nell'ipotesi di una sua lesione, una possibile tutela risarcitoria proprio dentro le coordinate della responsabilità precontrattuale**, sempre che ricorrano gli ulteriori presupposti applicativi del medesimo illecito. (...).

13. – Alla luce del descritto quadro di rimedi offerto dall'ordinamento nazionale, **la norma che costituisce la fonte generale dell'indebito oggettivo, vale a dire l'art. 2033 cod. civ., non presenta i prospettati profili di illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., rispetto al parametro interposto di cui all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU**".

Indennizzo da vaccino e decorrenza dei termini

Argomento: Del risarcimento del danno

(C. Cost., 6 marzo 2023, n. 35)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“1. – La Corte di cassazione, sezione lavoro, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 38 Cost., questioni di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992, nella parte in cui non prevede che la decadenza triennale del diritto all’indennizzo per danni vaccinali abbia effetto limitato ai ratei interni al triennio.

(...) La Corte rimettente assume che questo criterio, previsto per i trattamenti pensionistici dall’art. 47, comma sesto, del d.P.R. n. 639 del 1970, non possa essere esteso in via interpretativa all’indennizzo da vaccino, atteso il silenzio della norma censurata. (...).

1.1. – Considerato l’«analogo fondamento costituzionale» delle due erogazioni – quella pensionistica e quella indennitaria – entrambe «fondate sugli obblighi di solidarietà sociale fissati dalla Costituzione», ed entrambe caratterizzate da una «significativa estensione temporale periodica», la disparità di trattamento sul piano dell’incidenza dell’effetto decadenziale sarebbe irragionevole, frustrando lo scopo dell’indennizzo per danno vaccinale, soprattutto quando esso, come nel caso di specie, dovrebbe soccorrere vita natural durante persone danneggiate da inoculazioni ricevute in tenera età. (...).

3.3. – Questa Corte deve ritenersi dunque investita della questione (...) riguardante la decorrenza del termine triennale nel caso in cui il diritto all’indennizzo non fosse previsto dalla legge al momento della conoscenza del danno e sia poi sorto soltanto per effetto della menzionata sentenza n. 107 del 2012. (...).

5. – Giova premettere che questa Corte, con la sentenza n. 307 del 1990, ebbe a dichiarare l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 32 Cost., della legge 4 febbraio 1966, n. 51 (Obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica), nella parte in cui non prevedeva, a carico dello Stato, un’equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell’ipotesi di cui all’art. 2043 del Codice civile, da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell’assistenza personale diretta prestata al primo.

Questa pronuncia affermò che il corretto bilanciamento fra la dimensione individuale e collettiva della salute – in relazione alle ragioni di (reciproca) solidarietà fra individuo e collettività – implica il riconoscimento di un equo ristoro in favore di chi – obbligato a sottoporsi a un trattamento sanitario che importi un rischio specifico, o prestando la relativa assistenza – subisca, per l’avverarsi del rischio, un danno ulteriore rispetto alle conseguenze normalmente proprie (e tollerabili) di ogni intervento sanitario.

5.1. – Su tali premesse è nata la disciplina introdotta dalla legge n. 210 del 1992, che, riconosciuto il diritto a un indennizzo da parte dello Stato a chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica (art. 1), ha poi stabilito, in particolare, la consistenza e individuato i beneficiari di tale indennizzo (art. 2) e le modalità della relativa domanda (art. 3).

L'art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992, (...), dispone che «(1) soggetti interessati ad ottenere l'indennizzo di cui all'art. 1, comma 1, presentano alla USL competente le relative domande, indirizzate al Ministro della sanità, entro il termine perentorio di tre anni nel caso di vaccinazioni o di epatiti post-trasfusionali o di dieci anni nei casi di infezioni da HIV. I termini decorrono dal momento in cui, sulla base delle documentazioni di cui ai commi 2 e 3, l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno. (...).

5.2. – Gli artt. 2, comma 2, e 3, comma 7, della legge n. 210 del 1992, peraltro, erano già stati dichiarati costituzionalmente illegittimi, con la sentenza n. 118 del 1996, per violazione degli artt. 32 e 136 Cost., nella parte in cui escludevano (...), per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento prima dell'entrata in vigore della predetta legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della stessa legge, il diritto – fuori dell'ipotesi dell'art. 2043 cod. civ. – a un equo indennizzo a carico dello Stato per le menomazioni riportate a causa di vaccinazione obbligatoria antipoliomelitica. Questa Corte – sul rilievo che la menomazione della salute derivante da vaccinazione obbligatoria fonda il diritto a un equo indennizzo discendente dall'art. 32 Cost. in collegamento con l'art. 2 Cost., atteso che il danno, non derivante da fatto illecito, è stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale – ha ritenuto che la disposizione censurata ponesse una limitazione temporale, equivalente a una riduzione parziale del danno indennizzabile, collidente sia con la natura del predetto diritto protetto dalla Costituzione, sia con la sentenza n. 307 del 1990.

5.3. – Questa Corte ha inoltre esteso, con diverse pronunce, il riconoscimento dell'indennizzo – che l'art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992 testualmente riserva alle menomazioni permanenti derivanti da vaccinazioni obbligatorie (...) anche a fronte di gravi e permanenti lesioni all'integrità psico-fisica insorte a seguito di alcune, specificamente individuate, vaccinazioni non obbligatorie, ma raccomandate, (...).

(...) La mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate si risolve in una lesione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., in quanto le esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale, mentre sarebbe ingiusto consentire che siano i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio anche collettivo (sentenza n. 107 del 2012).

L'estensione dell'indennizzo ai citati casi di vaccinazioni raccomandate è stata, dunque, volta a «completare il “patto di solidarietà” tra individuo e collettività in tema di tutela della salute» e a rendere «più serio e affidabile ogni programma sanitario volto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione» (sentenza n. 268 del 2017). (...).

In definitiva, la giurisprudenza di questa Corte è costante nell'affermare che uno degli elementi essenziali affinché un trattamento sanitario obbligatorio di tipo vaccinale sia conforme all'art. 32 Cost. consiste nella previsione di un'equa indennità in favore del soggetto danneggiato (sentenze n. 15 e n. 14 del 2023, n. 5 del 2018 e n. 258 del 1994).

5.4. – **In rapporto alla determinazione del contenuto e delle modalità di realizzazione dell'indennizzo erogato ai sensi della legge n. 210 del 1992, questa Corte ha altresì affermato che essa è rimessa alla discrezionalità del legislatore, il quale, nel ragionevole bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti, può subordinare l'attribuzione delle provvidenze alla presentazione della relativa domanda entro un dato termine.**

Il vaglio di legittimità costituzionale implica, tuttavia, la verifica che le scelte legislative sul punto non siano affette da palese arbitrarietà o irrazionalità: vizi, questi, che non inficiano il termine di tre anni fissato con l'art. 1, comma 9, della legge n. 238 del 1997, decorrente dal momento dell'acquisita conoscenza dell'esito dannoso dell'intervento terapeutico-

co, non apparendo esso talmente breve da frustrare la possibilità di esercizio del diritto alla prestazione e vanificare la previsione dell'indennizzo (sentenze n. 342 del 2006, n. 226 del 2000 e n. 27 del 1998). (...).

6. – Nello specifico contesto dell'indennizzo, le esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo, poste a fondamento della disciplina introdotta dalla legge n. 210 del 1992, portano a ritenere che la **conoscenza del danno, che segna il dies a quo del triennio per la presentazione della domanda amministrativa, suppone che il danneggiato abbia acquisito consapevolezza non soltanto dell'esteriorizzazione della menomazione permanente dell'integrità psico-fisica e della sua riferibilità causale alla vaccinazione, ma anche della sua rilevanza giuridica, e quindi dell'azionabilità del diritto all'indennizzo.**

L'art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992, ove dispone che il termine di tre anni per la presentazione della domanda, pur a fronte di una prestazione indennitaria “nuova”, ovvero di una “nuova” categoria di beneficiari, aggiunta dalla sentenza di illegittimità costituzionale, decorra comunque dal pregresso momento di conoscenza del danno, pone una limitazione temporale che collide con la garanzia costituzionale del diritto alla prestazione, ne vanifica l'esercizio e, in definitiva, impedisce il completamento del “patto di solidarietà” sotteso alla pronuncia additiva.

L'impossibilità di presentare la domanda volta all'indennizzo dei danni da vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia in un periodo precedente alla pubblicazione della sentenza n. 107 del 2012, così come resa evidente dalla previsione del termine decadenziale di cui al censurato art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992, si pone in contrasto con i richiamati artt. 2 e 32 Cost. (...).

8. – Per tutto quanto esposto, in riferimento agli artt. 2 e 32 Cost., deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992, nella parte in cui, al secondo periodo, dopo le parole «conoscenza del danno», non prevede «e della sua indennizzabilità». (...)

Nota a cura di Alessandra Lepanto

La Corte costituzionale, con la sentenza in commento, ripercorre le distinte fasi della sua precedente giurisprudenza e dell'evoluzione legislativa che hanno portato al riconoscimento di indennità a favore dei danneggiati da vaccinazioni obbligatorie.

La sentenza trae origine dalla conferma da parte della Corte d'Appello della decisione di primo grado, che aveva ritenuto corretta l'applicazione all'indennizzo per danno vaccinale del criterio della decadenza “mobile” stabilito per i soli trattamenti pensionistici, in base al quale la causa estintiva del diritto indennitario operava limitatamente ai ratei interni al triennio, mai per l'intero.

Successivamente, nel corso del giudizio di Cassazione, gli Ermellini sollevavano, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 e 38 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 riguardante l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati, «nella parte in cui non prevede che l'effetto di decadenza conseguente alla presentazione della domanda oltre il triennio, decorrente dal momento in cui l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno, sia limitato ai ratei relativi al periodo antecedente al suddetto periodo triennale».

Con riferimento al merito delle questioni di diritto esaminate dalla Corte Costituzionale, nonché ad alcuni interventi occorsi nel medesimo, appare opportuno soffermarsi su quello del Presidente del Consiglio dei Ministri, secondo il quale l'applicazione del predetto criterio della decadenza "mobile" a due istituti fra loro eterogenei – avendo l'indennizzo per danno vaccinale una natura assistenziale-solidaristica, mentre la fattispecie in comparazione natura assistenziale-pensionistica – avrebbe causato conseguenze di carattere estremamente manipolativo, imponendo di fatto ai pubblici poteri l'erogazione di una nuova prestazione sociale.

Per tale ragione, la parte medesima richiedeva che le questioni fossero dichiarate inammissibili o manifestamente infondate.

Si costituivano, altresì, in giudizio gli esercenti della responsabilità genitoriale sulla minore danneggiata da vaccinazione antimorbillosa, i quali chiedevano l'accoglimento delle questioni in forza del presupposto dell'imprescrittibilità del diritto all'indennizzo quale erogazione assistenziale.

La motivazione addotta dai suddetti genitori, si fondava espressamente sulla sentenza n. 107 del 2012 della Corte costituzionale, ove veniva riconosciuto il diritto all'indennizzo per i danneggiati da vaccinazioni non obbligatorie e pertanto, l'applicazione del criterio della decadenza "tombale" avrebbe di fatto ingiustificatamente negato l'indennizzo alla minore, la quale si era sottoposta alla vaccinazione antimorbillo non obbligatoria.

La Corte costituzionale al fine di decidere nel merito richiamava una successione di leggi e di ulteriori sentenze della Corte stessa.

Anzitutto, la predetta Corte richiamava la **sentenza n. 307 del 1990, con la quale cui veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale**, per violazione dell'art. 32 della Costituzione, della L. 51/1966, nella parte in cui non prevedeva, nelle fattispecie al di fuori della responsabilità aquilana, **la concessione di un'equa indennità da parte dello Stato per il caso di danno derivante da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica.**

In forza di tale pronuncia veniva affermato il principio secondo cui il corretto bilanciamento fra la dimensione individuale e collettiva della salute implica il «riconoscimento di un equo ristoro in favore di chi, obbligato a sottoporsi a un trattamento sanitario che importi un rischio specifico subisca, per l'avverarsi del rischio, un danno ulteriore rispetto alle conseguenze normalmente proprie (e tollerabili) di ogni intervento sanitario».

Su tali premesse si fonda la **L. 210/1992** nella parte in cui all'art. 1 riconosceva il diritto a un indennizzo da parte dello Stato a chiunque, **a causa di vaccinazioni obbligatorie** per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria, lesioni o infermità, abbia riportato una menomazione permanente della integrità psico-fisica.

La medesima legge, inoltre, all'art. 3 comma 1, descrive la procedura idonea a richiedere e a vedersi riconosciuto l'indennizzo e precisamente che i soggetti interessati presentino alla USL competente le relative domande entro il termine perentorio di tre o dieci anni a seconda della vaccinazione effettuata.

Il termine perentorio di cui sopra decorre dal momento in cui, sulla base della documentazione consegnata, l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno.

Occorre, tuttavia, fare una precisazione, ovvero che al momento il riferimento è, esclusivamente, all'indennità a seguito di vaccinazioni obbligatorie, che si allontanano dal caso in concreto in questione in quanto il vaccino a cui si è sottoposta la minore è facoltativo.

Conseguentemente, occorre che la Corte Costituzionale estendesse il riconoscimento dell'indennizzo riservato dalle leggi finora esaminate alle sole menomazioni permanenti derivanti da vaccinazioni obbligatorie, anche a gravi e permanenti lesioni all'integrità psico-fisica insorte a seguito di alcune, specificamente individuate, vaccinazioni non obbligatorie, ma raccomandate.

Tale estensione, in effetti, è avvenuta, in particolare, con le successive sentenze n. 27 del 1998 (quanto alla vaccinazione raccomandata, contro la poliomielite), n. 423 del 2000 (con riferimento alla vaccinazione raccomandata, contro l'epatite B), n. 107 del 2012 (in relazione alla vaccinazione contro morbillo, parotite e rosolia), n. 268 del 2017 (con riguardo alla vaccinazione antinfluenzale) e n. 118 del 2020 (per la vaccinazione contro l'epatite A).

La ratio posta a fondamento e che accomuna le richiamate pronunce additive sopra elencate è «la considerazione che la mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate si risolve in una lesione degli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, in quanto le **esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale, mentre sarebbe ingiusto consentire che siano i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio anche collettivo**».

Orbene, come anche ricordato nella sent. n. 268 del 2017, la giurisprudenza, nell'estendere l'indennizzo altresì alle vaccinazioni raccomandate, ha inteso «completare il **“patto di solidarietà”** tra individuo e collettività in tema di tutela della salute».

Per ciò che concerne la determinazione del quantum e delle modalità di realizzazione dell'indennizzo predetto, tale disciplina è rimessa alla discrezionalità del legislatore, il quale ha la facoltà di prevedere un termine entro il quale l'interessato può domandare l'indennità, agendo nel ragionevole bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente coinvolti.

Pertanto, la necessità di tutelare il suddetto “patto di solidarietà”, impone che il dies a quo del triennio per la presentazione della domanda amministrativa, sia determinato non solo in riferimento al momento della scoperta del danno – ovvero all'esteriorizzazione della menomazione permanente dell'integrità psico-fisica e del suo nesso causale alla vaccinazione – bensì anche alla azionabilità del diritto all'indennizzo.

L'individuazione di questo dies a quo si rivela indispensabile nei confronti di tutti i soggetti che, al momento della conoscenza del danno, non erano titolari di alcun diritto esercitabile, in quanto il danno provocato da alcune categorie di vaccino non era soggetto a indennizzo.

Conseguentemente, la situazione di impossibilità di presentare la domanda volta all'indennizzo dei danni da vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia in un periodo antecedente alla sentenza n. 107 del 2012, si porrebbe in contrasto con i richiamati artt. 2 e 32 Cost., in quanto, oltre alla compressione del diritto di ottenere l'indennizzo nella fase antecedente alla sua pronuncia del 2012, vi sarebbe «l'illogica pretesa che gli interessati rispettassero un termine per la proposizione di una domanda relativa a un indennizzo per il quale, al momento in cui ebbero conoscenza del danno, non avevano alcun titolo».

Alla luce di queste premesse, la Corte Costituzionale ritiene che «l'art. 3, comma 1, della legge n. 210 del 1992, ove dispone che il termine di tre anni per la presentazione della domanda, pur a fronte di una prestazione indennitaria “nuova”, ovvero di una “nuova” categoria di beneficiari, (...) decorra comunque dal pregresso momento di conoscenza del danno, pone una limitazione temporale che collide con la garanzia costituzionale del diritto alla prestazione, ne vanifica l'esercizio e, in definitiva, impedisce il completamento del “patto di solidarietà” sotteso alla pronuncia additiva».

Stante quanto sopra la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1 della predetta legge in riferimento agli artt. 2 e 32 della Costituzione, nella parte in cui prevede che la decorrenza del termine sia fissata al solo momento della conoscenza del danno, e non anche con riguardo al momento della sua divenuta indennizzabilità.

Le censure inerenti agli artt. 3 e 38 Cost. sono dichiarate assorbite.

Legittimità costituzionale delle norme istitutive del Registro regionale dei prodotti a denominazione comunale De.Co. rispetto alla disciplina sovranazionale e internazionale sui marchi e segni distintivi

Argomento: Dell'impresa

(C. Cost., 18 aprile 2023, n. 75)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) 5.1. – Al di fuori dell’ambito di applicazione dei regolamenti europei si collocano, invece, le “denominazioni geografiche semplici”, alle quali – come si dirà – possono essere ricondotte le De.Co., come disciplinate dalla legge regionale oggetto di censura. Le stesse, quali indicazioni di mera provenienza geografica di un prodotto, trovano espressa considerazione nella giurisprudenza europea, al precipuo fine di escluderle dall’applicazione dei regolamenti UE al ricorrere di determinate condizioni. A tal riguardo, la Corte di giustizia (sentenza 8 maggio 2014, in causa C-35/13, A. – Associazione I.C.S. e K.F. spa, punto 30) ha affermato che “le denominazioni di provenienza geografica sono quelle che servono unicamente a mettere in rilievo l’origine geografica di un prodotto, indipendentemente dalle caratteristiche particolari di quest’ultimo”, sicché “esse non ricadono nell’ambito di applicazione del regolamento n. 2081/92 (in tal senso, sentenza W.B., EU:C:2000:599, punto 44). Pertanto, il regime di protezione che può applicarsi, eventualmente, sul mercato di uno Stato membro, a una denominazione geografica priva di registrazione comunitaria è quello previsto per le denominazioni geografiche concernenti i prodotti per i quali non esiste un nesso particolare tra le loro caratteristiche e la loro origine geografica” (punti 30 e 31) Al tal fine “devono essere soddisfatte due condizioni, ossia, da un lato, la sua applicazione non deve compromettere gli obiettivi del regolamento n. 2081/92 (si veda, in tal senso, sentenza W.B., EU:C:2000:599, punto 49) e, dall’altro, essa non deve risultare in contrasto con la libera circolazione delle merci di cui all’art. 28 CE (si veda, in particolare, in tal senso, sentenza B.B., EU:C:2003:618, punti da 95 a 97)” (punto 33). Da un lato che “la protezione attribuita da un regime nazionale deve avere l’effetto non di garantire ai consumatori che i prodotti i quali godono di tale protezione presentino una qualità o una caratteristica determinata, bensì esclusivamente quello di garantire che siffatti prodotti provengano effettivamente dall’area geografica di cui si tratti” (punto 34). Dall’altro, occorre che la protezione accordata non miri “a favorire la commercializzazione dei prodotti di origine nazionale a scapito dei prodotti importati”, altrimenti integrando una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa alla libera circolazione delle merci di cui all’art. 34 TFUE. (...) Insomma, va ribadito che è preclusa alla legge regionale l’istituzione di marchi che attestano contestualmente la qualità e l’origine geografica di prodotti, sì da produrre effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci in violazione della

richiamata normativa europea. Ma, perché possa ravvisarsi un ostacolo al processo di armonizzazione di marchi e segni distintivi di protezione di beni e servizi, deve trattarsi della creazione di veri e propri marchi di qualità da parte della Regione o anche solo di misure di effetto equivalente alla restrizione all'importazione, di cui agli artt. 34 e 35 TFUE. È questa duplice verifica – in linea con le condizioni che la richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia richiede al fine della compatibilità europea di eventuali regimi di protezione nel mercato interno – che l'esame del ricorso del Governo, in sostanza, richiede. (...).

9. – Orbene, l'impugnata legge regionale non si limita a qualificare, in positivo, la denominazione comunale (De.Co.) come “attestazione di identità territoriale” e, in quanto tale, destinata (solo) a individuare l'origine e il legame storico culturale di un determinato prodotto con il territorio comunale (art. 2, comma 1), senza quindi certificarne la qualità. Ma specifica anche, in negativo, che la denominazione comunale “non è un marchio di qualità o di certificazione” (art. 1, comma 2). (...) **Quindi la denominazione comunale De.Co. non è un marchio, né un segno distintivo di protezione di un prodotto; ma è una mera “attestazione di identità territoriale”, che rientra a pieno nella nozione di “indicazione geografica semplice”, la quale – secondo la richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza W.) – non interferisce con le denominazioni registrate a livello europeo (DOP, IGP e STG).** (...).

10. – Né può ritenersi, sotto il secondo profilo, che le norme regionali impugnate introducano misure restrittive, in contrasto con la libera circolazione delle merci di cui all'art. 28 TFUE, né misure a effetto equivalente (artt. 34 e 35). In particolare, nel riconnettere l'attestazione della tipicità del prodotto all'esser lo stesso “ottenuto o realizzato sul territorio comunale” secondo la tradizione locale, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lettera a), della L.R. Siciliana n. 3 del 2022 non esclude i terzi dalla possibilità di produrre il medesimo prodotto”.

Costituzionalmente illegittimo l'art. 3, comma 3, l. 168/2017. Sono nuovamente alienabili le terre di proprietà privata gravate da usi civici

Argomento: Della proprietà

(C. Cost., 15 giugno 2023, n. 119)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. – (...) Con due ordinanze di identico tenore iscritte ai numeri 114 e 127 del reg. ord. 2022, il Tribunale di Viterbo, sezione civile, in funzione di giudice dell'esecuzione immobiliare, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 42 Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 3, della legge n. 168 del 2017, nella parte in cui non esclude la «proprietà di privati di cui all'art. 3, comma 1, lettera d)» dalla previsione secondo cui «[i]l regime giuridico dei beni di cui al comma 1 resta quello dell'inalienabilità».

2. – Ad avviso del giudice a quo, la norma censurata si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto assoggetterebbe al medesimo regime di inalienabilità sia i beni che costituiscono demanio civico, di cui all'art. 3, comma 1, lettere a), b), c), e) ed f), della legge n. 168 del 2017, sia i beni di proprietà privata su cui insistono usi civici non ancora liquidati, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera d), della medesima legge, disciplina, quest'ultima, che il rimettente reputa comunque intrinsecamente irragionevole.

Secondo il Tribunale di Viterbo, la previsione censurata violerebbe altresì l'art. 24 Cost., e in particolare il diritto alla tutela giurisdizionale del ceto creditorio, in quanto impedirebbe di procedere alla vendita forzata di un bene gravato da usi civici. Al contempo, la medesima norma recherebbe pregiudizio allo stesso diritto alla tutela giurisdizionale dei titolari dell'interesse collettivo, inibendo loro «di poter ottenere [dal debitore esecutato] il risarcimento del danno nel caso in cui lo stesso impedis[ca] l'esercizio dell'uso civico».

Da ultimo, a giudizio del rimettente, la disciplina statale, sopra richiamata, violerebbe l'art. 42 Cost., poiché introdurrebbe un regime di inalienabilità che andrebbe irragionevolmente a comprimere il diritto di proprietà. L'impedimento all'esercizio della *facultas disponendi* non sarebbe, infatti, giustificato da ragioni riconducibili al paradigma della funzione sociale, posto che la circolazione del diritto di proprietà sul bene non andrebbe in alcun modo a interferire con l'esercizio del diritto di uso civico da parte della collettività.

Oltretutto, non vertendosi in materia di espropriazione, non spetterebbe al proprietario, e di riflesso ai suoi creditori, neppure la corresponsione di un indennizzo. (...).

6. – Nel merito, questa Corte ritiene di esaminare in via prioritaria le censure sollevate in riferimento sia all'art. 3 Cost., sotto il profilo della intrinseca irragionevolezza, sia all'art. 42, secondo comma, Cost., censure che vanno a comporre l'unitaria questione relativa alla irragionevole compressione della proprietà privata.

La questione è fondata. (...).

8.2.1. – (...) Nel perseguire i citati obiettivi, la legge del 1927 si avvale della basilare dico-

tomia fra iura in re aliena, gli usi civici che gravano sulla proprietà privata, e iura in re propria, il demanio civico. (...).

9. – La bipartizione fra iura in re aliena e iura in re propria, che domina la legge n. 1766 del 1927 e il relativo regolamento, permane anche nella legge n. 168 del 2017, la quale si sofferma, all'art. 3, proprio sul regime dei beni, che è il profilo sul quale si appuntano – sotto la particolare angolatura del regime della proprietà privata gravata dagli usi civici in re aliena – le odierne censure.

L'art. 3, comma 3, della legge n. 168 del 2017 dispone che «[i]l regime giuridico dei beni di cui al comma 1 resta quello dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'iusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale».

L'art. 3, comma 1, cui si riferisce il citato rinvio, qualifica, a sua volta, come beni collettivi sei tipologie di beni immobili. Cinque categorie, indicate alle lettere a), b), c), e), ed f), compongono, ai sensi dell'art. 3, comma 2, «il patrimonio antico dell'ente collettivo, detto anche patrimonio civico o demanio civico», e sono dunque di proprietà della collettività (iura in re propria). La sesta, indicata alla lettera d), si riferisce invece alle «terre di proprietà di soggetti pubblici o privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati» (iura in re aliena).

Dal rinvio che l'art. 3, comma 3, opera all'intero comma 1 del medesimo articolo il rimettente desume che l'inalienabilità riguarda anche le terre di proprietà privata gravate da usi civici non ancora liquidati, ritenendo che non sussistano possibili itinerari ermeneutici idonei a escludere tale fattispecie dal regime dell'inalienabilità.

In effetti – come si preciserà di seguito (punti 9.1. e 9.2.) – la ricostruzione del coordinamento fra il comma 3 e il comma 1 dell'art. 3 non consente di limitare, in via meramente interpretativa, il raggio applicativo del regime dei beni di cui all'art. 3, comma 3, sì da escludere l'inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati. E questo, pur a fronte di indici ermeneutici, nei commi 1 e 3 dell'art. 3, che meritano un'attenta valutazione.

9.1. – Innanzitutto, risalta, nell'art. 3, comma 3, l'utilizzo del verbo «resta», che evoca una linea di continuità fra la disciplina relativa al regime dei beni antecedente alla legge n. 168 del 2017 e quella introdotta da quest'ultimo testo normativo. (...).

9.2. – E proprio con riguardo all'art. 3, comma 1, si impone, infine, un'ultima considerazione quanto al contenuto della norma censurata.

Deve, infatti, constatarsi che, nella fattispecie degli usi civici in re aliena, il medesimo bene è oggetto sia del diritto di proprietà, che qui non è collettiva, bensì pubblica o privata, sia del diritto collettivo di uso civico. Al contempo, è di palmare evidenza che i diritti di uso civico, per la loro stessa natura e per il loro contenuto, assegnano ai componenti della collettività facoltà di godimento promiscuo, non suscettibili di divisioni, che spettano ai singoli uti cives in ragione della loro appartenenza alla comunità, il che rende tali diritti incompatibili con una cessione o con un acquisto a titolo di usucapione.

Nondimeno non può ritenersi che l'art. 3, comma 1, riferendosi alla nozione di beni collettivi, abbia inteso disciplinare unicamente i tratti propri del solo diritto collettivo.

Vero è che normalmente il regime dei beni viene associato alla titolarità del diritto di proprietà, tant'è che la stessa dicotomia costituzionale fra proprietà pubblica e privata (art. 42, primo comma, Cost.) sottende una diversificazione dei rispettivi regimi, correlata prevalentemente alla titolarità del diritto dominicale.

Tuttavia, proprio il dato testuale dell'art. 3, comma 1, fa emergere la diversa scelta del legislatore di intendere quale fattore qualificante del regime del bene, e di riflesso della proprietà, non la titolarità del diritto, bensì la destinazione del bene; non a caso, nell'ambito della lettera d), dell'articolo appena citato, perde di rilevanza la stessa distinzione fra proprietà pubblica e privata, venendo entrambe le nozioni attratte nel regime dei beni collettivi.

In sostanza, dove l'art. 3, comma 1, lettera d), qualifica come beni collettivi le terre di proprietà privata e attribuisce a tali beni, in virtù del comma 3, il regime di inalienabilità, indivisibilità, inusucapibilità e perpetua destinazione, non intende affatto riferirsi al solo contenuto e ai tratti tipici dei diritti di uso civico, ma vuole specificamente rivolgersi alla proprietà privata, plasmando il suo regime sulle esigenze della destinazione impressa sul bene dalla presenza del diritto collettivo. (...).

10. – Ciò posto, la norma censurata non supera il vaglio della compatibilità con gli artt. 3 e 42, secondo comma, Cost.

10.1. – L'esigenza, sottesa alla disciplina degli usi civici, di preservare profili dell'ambiente e del paesaggio, a beneficio di interessi generali che si protendono anche verso le generazioni future, senza dubbio evoca una finalità idonea a plasmare la proprietà privata, al fine di renderla coerente con la funzione sociale (ex plurimis, sentenze n. 213 e n. 46 del 2021, n. 276, n. 71 del 2015, n. 167 del 2009, n. 482 del 2000). Nondimeno, non è sufficiente attrarre nel paradigma della funzione sociale lo scopo perseguito dal legislatore, per ritenere che la norma censurata sia automaticamente compatibile con l'art. 42, secondo comma, Cost.

Occorre, infatti, accertare – tanto più a fronte di una esplicita censura riferita al contrasto con l'art. 3 Cost. – che la disciplina volta a definire il modo di essere della proprietà privata, nello specifico di una proprietà terriera, nella sua relazione con interessi generali, non risulti affetta da illogicità, incoerenza e intrinseca irragionevolezza, oltre che da sproporzione, rispetto all'obiettivo prefissato (ancora sentenze n. 213 e n. 46 del 2021, n. 276 e n. 482 del 2000).

10.2. – Appare allora di immediata evidenza come, nella fase antecedente alla liquidazione degli usi civici, le ragioni di salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio, attratte nella funzione sociale, si realizzino semplicemente preservando la piena tutela degli usi civici, in quanto essi stessi assicurano, grazie anche al vincolo paesaggistico, la conservazione della destinazione paesistico-ambientale del territorio.

Ebbene, simile istanza non è minimamente intaccata dalla circolazione della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati.

In primo luogo, i diritti di uso civico in re aliena, pur non riconducibili ad alcuno dei diritti reali tipizzati dal legislatore codicistico, presentano i tratti propri della realtà: l'inerenza e lo ius sequelae, l'immediatezza e l'autosufficienza, l'assolutezza e l'opponibilità erga omnes.

Sono, dunque, proprio i caratteri tipici della realtà a rendere la tutela e l'esercizio dei diritti di uso civico del tutto indifferenti alla circolazione del diritto di proprietà: gli usi civici seguono il fondo, chiunque ne sia titolare, grazie all'inerenza, e i componenti della collettività continuano a poter esercitare tutte le facoltà che gli usi civici conferiscono loro, essendo il diritto immediatamente opponibile a chiunque.

In secondo luogo, la proprietà privata gravata da usi civici reca con sé il vincolo paesaggistico e questo assicura che il proprietario non possa introdurre, né possa essere autorizzato ad apportare «modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione» (art. 146, comma 1, cod. beni culturali), i quali – nello specifico – si identificano, per l'appunto, con la conservazione degli usi civici.

In sostanza, la proprietà privata circola unitamente agli usi civici e al vincolo paesaggistico, incorporando in tal modo la destinazione paesistico-ambientale, con la conseguenza che chiunque acquisti il fondo non può compiere alcun atto che possa compromettere il pieno godimento promiscuo degli usi civici.

Anche solo in ragione della presenza di tali diritti e del vincolo paesaggistico, oltre che per quanto espressamente dispone l'art. 3, comma 3, il proprietario non può dividere il fondo, né effettuare interventi o trasformazioni che pregiudichino la fruizione collettiva e che sottraggano il terreno alla sua destinazione. (...).

10.3. – L’inalienabilità della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati non presenta, dunque, alcuna ragionevole connessione logica con la conservazione degli stessi e, per il loro tramite, con la tutela dell’interesse paesistico-ambientale. Conseguentemente, non può ipotizzarsi una incidenza neppure sulla funzione di tutela dell’interesse paesistico-ambientale, in vista dell’eventuale richiesta del proprietario di accedere al meccanismo di liquidazione.

La scelta del legislatore del 2017 di dare continuità all’interesse paesistico-ambientale, mantenendo il vincolo paesaggistico, anche una volta che gli usi civici siano stati per ipotesi liquidati (art. 3, comma 6), è correlata alla mancata irreversibile trasformazione del territorio prima della eventuale liquidazione, ma non palesa alcuna connessione con le vicende circolatorie del diritto di proprietà, antecedenti al possibile ricorso a tale procedimento.

Solo la conservazione del territorio ha riverberi sulla disciplina di cui all’art. 3, comma 6, e, nella fase antecedente alla liquidazione, la protezione dei valori paesistico-ambientali si impone, per le ragioni esposte, a qualunque soggetto acquisti il fondo, in virtù della mera presenza degli usi civici e del vincolo ambientale a essi correlato.

In conclusione, l’inalienabilità regola un profilo della proprietà privata gravata da usi civici non ancora liquidati che, sotto qualunque prospettiva lo si consideri, si dimostra totalmente estraneo alla tutela di interessi generali.

Ne discende una irragionevole conformazione e, di riflesso, una illegittima compressione della proprietà privata, tanto più ingiustificata, in quanto viene introdotta ex novo proprio dalla medesima legge, che contestualmente potenzia gli strumenti conformativi della proprietà privata.

Con la nuova disciplina, infatti, il proprietario non è più tenuto solo a preservare gli usi civici, che gravano sul suo fondo, e a corrispondere per la loro eventuale liquidazione un valore costituito da una parte del fondo o da un canone enfiteutico o dall’intera proprietà, salva l’acquisizione di un credito corrispettivo, ma, anche dopo aver liberato il terreno dal diritto collettivo, resta ancora vincolato alla conservazione dell’interesse paesistico-ambientale che, attraverso la memoria della pregressa presenza degli usi civici, intende dare continuità al valore paesaggistico in precedenza tutelato. (...).

Per questi motivi (...) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 3, della legge 20 novembre 2017, n. 168 (Norme in materia di domini collettivi), nella parte in cui, riferendosi ai beni indicati dall’art. 3, comma 1, non esclude dal regime della inalienabilità le terre di proprietà di privati, sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano usi civici non ancora liquidati”.

È possibile per l'adottato maggiorenne aggiungere al proprio il cognome dell'adottante, anziché anteporlo

Argomento: Delle persone e della famiglia

(C. Cost., 4 luglio 2023, n. 135)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. – Con ordinanza del 12 maggio 2022, iscritta al n. 130 del registro ordinanze 2022, la Corte d'appello di Salerno, sezione civile, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 299, primo comma, del Codice civile, nella parte in cui preclude all'adottando maggiore d'età la possibilità di anteporre il suo originario cognome a quello dell'adottante, per violazione degli artt. 2, 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. (...).

2. – Il rimettente ritiene che la disposizione censurata si ponga in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., sotto il profilo della lesione del diritto all'identità personale e della intrinseca irragionevolezza. L'«originario cognome» dell'adottando maggiorenne sarebbe un «segno distintivo [...] radicato nel contesto sociale», in cui la persona «si trova a vivere», sicché la «anteposizione del cognome dell'adottante a quello proprio dell'adottato, nel caso del maggiorenne [sarebbe] priva di razionale giustificazione» e sarebbe «un'ingiusta lesione» del «diritto “ad essere sé stessi”». L'intrinseca irragionevolezza emergerebbe specie considerando la trasformazione della funzione dell'istituto dell'adozione del maggiorenne «da tutela della stirpe e del patrimonio dell'adottante, al riconoscimento giuridico di una relazione sociale, affettiva ed identitaria, nonché di una storia personale, di adottante e adottando».

Inoltre, il giudice a quo sostiene che l'art. 299, primo comma, cod. civ. violi l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina che regola l'attribuzione del cognome ai figli nati nel matrimonio o fuori da esso, nonché ai figli adottivi, secondo il regime dell'adozione piena.

Da ultimo, postula che vi sia un contrasto anche con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU, nonché all'art. 7 CDFUE.

3. – Innanzitutto, va dichiarata d'ufficio l'inammissibilità di quest'ultima questione. (...).

4. – Nel merito, questa Corte esamina, in via prioritaria, le censure sollevate in riferimento all'art. 2 Cost., per violazione del diritto all'identità personale, e all'art. 3 Cost., per intrinseca irragionevolezza.

L'unitaria questione, concernente l'irragionevole compressione del diritto inviolabile all'identità personale, è fondata.

5. – In via preliminare, occorre brevemente rievocare, tramite l'evoluzione della giurisprudenza di questa Corte, alcuni tratti del diritto al nome, quale segno distintivo dell'identità personale.

5.1. – Il «cognome, insieme con il prenome, rappresenta» – si legge nella sentenza n. 131

del 2022 – «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».

5.2. – La correlazione fra il diritto al nome (composto dal prenome e dal cognome) e la tutela dell'identità personale si sviluppa secondo una duplice direttrice.

Da un lato – come questa Corte ha evidenziato (da ultimo, sentenze n. 131 del 2022 e n. 286 del 2016, nonché ordinanza n. 18 del 2021) – il cognome riflette il tratto identitario costituito dal doppio vincolo genitoriale e, pertanto, nel rispetto degli artt. 2 e 3 Cost., tale profilo deve proiettarsi sul cognome del figlio in un modo conforme al principio di eguaglianza fra i genitori. In particolare, là dove non vi sia l'accordo fra i genitori per l'attribuzione del cognome di uno di loro e operi la regola suppletiva che compone l'unitario cognome del figlio con quello del padre e con quello della madre, questa Corte (ancora nella citata sentenza n. 131 del 2022) – non diversamente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare, sentenza 26 ottobre 2021, León Madrid contro Spagna) – ha affermato che anche l'ordine dei cognomi, profilo non certo marginale, deve rispettare il principio di eguaglianza tra i genitori.

Da un altro lato, a partire dal momento in cui la persona assume il proprio cognome, unitamente al prenome, inizia progressivamente a stratificarsi e a consolidarsi intorno a quel segno distintivo la sua identità personale, sicché proprio nel diritto all'identità si radicano le ragioni della tutela del cognome. E tali ragioni emergono anche a fronte di vicende che determinano la possibile o la necessaria acquisizione di un ulteriore cognome. (...).

Questa Corte, pronunciandosi su entrambe le discipline (...) (sull'art. 262 cod. civ., con la sentenza n. 297 del 1996 e sull'art. 299, secondo comma, cod. civ., con la sentenza n. 120 del 2001), ha potuto, in particolare, affermare che il diritto al nome, nel divenire autonomo segno distintivo dell'identità personale, attrae una tutela che finisce per poter prescindere dalla correlazione con lo status filiationis. Il cognome originario, intorno al quale si sia venuta a costruire l'identità della persona, va protetto anche ove sia stato assegnato dall'ufficiale di stato civile, in difetto del riconoscimento del figlio da parte dei genitori.

6.1. – Nella sua formulazione testuale l'art. 299, primo comma, cod. civ. stabilisce che «[l]'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio». (...).

6.2. – Venendo allora alle censure che solleva il rimettente, esse si appuntano sulla previsione relativa alla automatica anteposizione del cognome dell'adottante a quello dell'adottato.

6.2.1. – Tale norma deriva dalla riforma della disciplina dell'adozione introdotta con la legge n. 184 del 1983, il cui art. 61 ha modificato l'art. 299, primo comma, cod. civ., stabilendo la “anteposizione” del cognome dell'adottante a quello dell'adottato, in luogo della sua “aggiunta”, soluzione originariamente accolta dal Codice civile del 1942, in linea con l'antecedente Codice civile del 1865 (art. 210). (...).

7. – A distanza di oltre vent'anni da quella pronuncia, la questione del contrasto dell'art. 299, primo comma, Cost. con gli artt. 2 e 3 Cost. torna a porsi dinanzi a questa Corte con una prospettazione differente.

L'odierno rimettente non mette in discussione la scelta di fondo operata con la legge n. 184 del 1983, orientata a dare maggiore visibilità alla riconoscibilità sociale dell'adozione del maggiore d'età. Non viene cioè contestata in sé la regola dell'anteposizione del cognome dell'adottante a quello dell'adottando.

Tuttavia, ove si tratti dell'adozione della persona maggiore d'età, viene ravvisata una irragionevolezza nella automaticità e rigidità del meccanismo, che sacrifica aprioristicamente il diritto all'identità personale dell'adottando. (...).

7.1. – A fronte di tale questione occorre rilevare che l'adozione del maggiore d'età viene disposta con sentenza (art. 313 cod. civ.), dopo che il tribunale ha verificato «1) se tutte le

condizioni della legge sono state adempiute; 2) se l'adozione conviene all'adottando» (art. 312 cod. civ.).

Tra le condizioni che il tribunale deve accertare vi è il consenso dell'adottante e dell'adottando (art. 296 cod. civ.).

Ambo i consensi all'adozione sono presupposti necessari del provvedimento giudiziale e devono essere espressi nella consapevolezza degli effetti che l'adozione andrà a produrre. A tal fine, il legislatore richiede

che essi siano manifestati personalmente al presidente del tribunale (art. 311 cod. civ.) e prevede che i consensi siano revocabili sino al momento in cui viene emesso il provvedimento giudiziale, a partire dal quale l'adozione produce gli effetti stabiliti dalla legge (art. 298, commi primo e secondo, in coordinamento con l'art. 313, primo comma, cod. civ.). (...).

8. – In definitiva, è irragionevole e lesivo dell'identità personale, e, dunque, contrasta con gli artt. 2 e 3 Cost., non consentire al giudice – con la sentenza che fa luogo all'adozione – di aggiungere, anziché di anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiore d'età, se entrambi nel manifestare il consenso all'adozione si sono espressi a favore di tale effetto.

Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, primo comma, cod. civ., nella parte in cui non consente, con la sentenza di adozione, di aggiungere, anziché di anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiore d'età, se entrambi nel manifestare il consenso all'adozione si sono espressi a favore di tale effetto.

È assorbita la censura sollevata dal rimettente in riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento.

Nel perimetro della questione prospettata a questa Corte non rientra l'adozione in casi particolari del minore d'età.

Per questi motivi (...) 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 299, primo comma, del Codice civile, nella parte in cui non consente, con la sentenza di adozione, di aggiungere, anziché di anteporre, il cognome dell'adottante a quello dell'adottato maggiore d'età, se entrambi nel manifestare il consenso all'adozione si sono espressi a favore di tale effetto (...)"

Fecondazione assistita: il difficile profilo della revoca del consenso

Argomento: Della responsabilità medica

(C. Cost., 24 luglio 2023, n. 161)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“1. – Con ordinanza del 5 giugno 2022 (reg. ord. n. 131 del 2022), il Tribunale ordinario di Roma, in composizione monocratica, dubita della legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 3, ultimo periodo, della legge n. 40 del 2004, *«quanto meno nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell’ovulo, un termine per la revoca del consenso»*.

2. – Dopo avere stabilito che la volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa congiuntamente dai componenti della coppia per iscritto e che tra la sua manifestazione e *«l’applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni»*, il suddetto art. 6, comma 3, dispone, al denunciato ultimo periodo, che tale volontà *«può essere revocata da ciascuno dei soggetti (...) fino al momento della fecondazione dell’ovulo»*.

(...).

4.1. – (...) A parere del giudice *a quo*, la norma censurata pregiudicherebbe quindi il diritto di scelta in ordine all’assunzione del ruolo genitoriale nel caso in cui, in considerazione del decorso del tempo, l’impianto venga chiesto in presenza di *«una situazione giuridica diversa»* da quella esistente al momento della manifestazione della volontà.

(...).

9.2. – (...) Nonostante l’art. 14, comma 3, continui a prevedere la formula *«da realizzare non appena possibile»*, si è così determinata la possibilità di una eventuale dissociazione temporale, anche significativa, tra il consenso prestato alla PMA e il trasferimento in utero. (...).

È su tale presupposto che si sviluppa la delicata questione che il giudice rimettente pone a questa Corte.

Delicata perché, consentendo l’impianto dell’embrione (o degli embrioni) anche in una situazione in cui, per il decorso del tempo, è venuto meno l’originario progetto di coppia, la norma che stabilisce l’irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione dell’ovulo si è venuta a collocare al limite di quelle che sono state definite *«scelte tragiche»* (in relazione ad altri contesti: sentenze n. 14 del 2023 e n. 118 del 1996; in senso analogo sentenza n. 84 del 2016), in quanto caratterizzate dall’impossibilità di soddisfare tutti i confliggenti interessi coinvolti nella fattispecie.

Tali sono: **la tutela della salute psicofisica della donna e la sua libertà di autodeterminazione a diventare madre; la libertà di autodeterminazione dell’uomo a non divenire padre; la dignità dell’embrione; i diritti del nato a seguito della PMA.**

Questa Corte è dunque chiamata a valutare se la norma censurata – stabilendo l’irrevocabilità del consenso dopo la fecondazione e quindi imponendo all’uomo di divenire padre (nel caso di successo della PMA) contro la sua attuale volontà, nel frattempo mutata per even-

ti sopravvenuti nella dinamica del rapporto di coppia – esprima tutt’ora, nel contesto ordinamentale risultante dagli interventi della propria giurisprudenza, un bilanciamento non irragionevole alla luce dei parametri evocati dal rimettente.

10. – La prima questione da considerare è quella relativa alla violazione del principio di eguaglianza, prospettata sotto il profilo della disparità di trattamento perché l’irrevocabilità del consenso sacrificherebbe, in realtà, soltanto la libertà individuale dell’uomo, potendo invece la donna sempre rifiutare il trasferimento in utero dell’embrione.

La questione non è fondata. (...).

11.1. – (...) A questa Corte è invero ben presente l’impatto della propria giurisprudenza sul modello originario della legge n. 40 del 2004 e in particolare quello della ricordata espansione della tecnica della crioconservazione con la conseguente possibilità di una scissione temporale tra la fecondazione e l’impianto.

Questa scissione, per effetto della norma censurata, indubbiamente si ripercuote sulla libertà dell’uomo di autodeterminarsi, quando, per il decorso del tempo, sia venuta meno quell’*affectio familiaris* sulla quale si era, in origine, fondato il comune progetto di genitorialità. Infatti, in questa situazione, la volontà della donna di procedere comunque all’impianto dell’embrione costringe quella libertà a subire tale evento.

11.2. – Tali rilievi non possono, tuttavia, ritenersi sufficienti a condurre all’illegittimità costituzionale della definitiva irrevocabilità del consenso stabilita dalla norma censurata.

(...).

11.3. – Va innanzitutto precisato che l’autodeterminazione dell’uomo matura in un contesto in cui egli è reso edotto del possibile ricorso alla crioconservazione, come introdotta dalla giurisprudenza costituzionale, e anche a questa eventualità presta, quindi, il suo consenso.

L’art. 6 della legge n. 40 del 2004 reca, infatti, un’articolata disciplina dell’obbligo informativo prodromico alla prestazione del consenso, «*in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa*» (comma 1, ultimo periodo), anche in merito alle «*conseguenze giuridiche*» derivanti dall’applicazione delle tecniche di PMA (comma 1, primo periodo). (...).

11.4. – Va altresì precisato che il consenso prestato ai sensi dell’art. 6 della legge n. 40 del 2004 ha una portata diversa e ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla mera nozione di “consenso informato” al trattamento medico, in quanto si è in presenza di un atto finalisticamente orientato a fondare lo stato di figlio.

In questa prospettiva il consenso, manifestando l’intenzione di avere un figlio, esprime una fondamentale assunzione di responsabilità, che riveste un ruolo centrale ai fini dell’acquisizione dello *status filiationis*. (...).

Nella specifica disciplina della PMA la responsabilità assunta con il consenso prestato (sentenza n. 230 del 2020) riveste quindi un valore centrale e determinante nella dinamica giuridica finalizzata a condurre alla genitorialità, risultando funzionale «*a sottrarre il destino giuridico del figlio ai mutamenti di una volontà che, in alcuni casi particolari e a certe condizioni, tassativamente previste, rileva ai fini del suo concepimento*» (sentenza n. 127 del 2020).

In definitiva, se è pur vero che dopo la fecondazione la disciplina dell’irrevocabilità del consenso si configura come un punto di non ritorno, che può risultare freddamente indifferente al decorso del tempo e alle vicende della coppia, è anche vero che la centralità che lo stesso consenso assume nella PMA, comunque garantita dalla legge, fa sì che l’uomo sia in ogni caso consapevole della possibilità di diventare padre; ciò che rende difficile inferire, nella fattispecie censurata dal giudice *a quo*, una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità.

12. – Va poi soprattutto considerato che, oltre quelli inerenti alla sfera individuale del-

l'uomo, il consenso da questi manifestato alla PMA determina il coinvolgimento degli altri interessi costituzionalmente rilevanti, in primo luogo attinenti alla donna.

12.1. – Quest'ultima nell'accedere alla PMA è coinvolta in via immediata con il proprio corpo, in forma incommensurabilmente più rilevante rispetto a quanto accade per l'uomo.

Infatti, al fine di realizzare il comune progetto genitoriale viene, innanzitutto, sottoposta a impegnativi cicli di stimolazione ovarica, relativamente ai quali non è possibile escludere l'insorgenza di patologie, anche gravi. (...).

All'esito positivo di detta terapia, la donna viene poi sottoposta, nell'ipotesi decisamente più ricorrente che è quella della fecondazione *in vitro*, al prelievo dell'ovocita, che necessariamente (a differenza di quanto accade per l'uomo) consiste in un trattamento sanitario particolarmente invasivo, tanto da essere normalmente praticato in anestesia generale.

A ridosso del prelievo, nell'arco di un brevissimo spazio temporale, si perviene poi alla fecondazione.

Possono essere peraltro necessari, successivamente alla fecondazione dell'embrione (e alla sua crioconservazione), ulteriori trattamenti farmacologici e analisi, nonché interventi medici (...).

L'accesso alla PMA comporta quindi per la donna il grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni.

Corpo e mente della donna sono quindi inscindibilmente interessati in questo processo, che culmina nella concreta speranza di generare un figlio, a seguito dell'impianto dell'embrione nel proprio utero.

A questo investimento, fisico ed emotivo, che ha determinato il sorgere di una concreta aspettativa di maternità, la donna si è prestata in virtù dell'affidamento in lei determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale.

L'irrevocabilità di tale consenso appare quindi funzionale a salvaguardare l'integrità psicofisica della donna – coinvolta, come si è visto, in misura ben maggiore rispetto all'uomo – dalle ripercussioni negative che su di lei produrrebbe l'interruzione del percorso intrapreso, quando questo è ormai giunto alla fecondazione.

E ciò chiama in causa il diritto alla salute della donna, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (ex plurimis, sentenza n. 162 del 2014).

Coerentemente le citate linee guida di cui al d.m. 1° luglio 2015 stabiliscono che «[l]a donna ha sempre il diritto ad ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati».

Le suddette ripercussioni sarebbero, peraltro, ancora più gravi, qualora, a causa dell'età (che già solo in relazione alla capacità di produrre gameti incide in misura ben maggiore rispetto all'uomo) o delle condizioni fisiche, alla donna – anche per effetto del tempo trascorso dalla crioconservazione dell'embrione “conteso” – non residuasse più la possibilità di iniziare un nuovo percorso di PMA, con una preclusione, a questo punto, assoluta della propria libertà di autodeterminazione in ordine alla procreazione. (...).

12.2. – Complementari a queste considerazioni sono quelle inerenti alla dignità dell'embrione.

Questa Corte, in linea con la giurisprudenza sovranazionale e convenzionale, ha precisato che l'embrione «ha in sé il principio della vita» (sentenza n. 84 del 2016).

Vita da intendersi quale vita umana, in quanto «la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano» (Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, in causa C-34/10, sentenza 18 ottobre 2011, Brüstle contro Greenpeace eV).

L'embrione viene infatti generato a motivo della speranza che una volta trasferito nell'utero dia luogo a una gravidanza e conduca alla nascita, (...).

La sua «dignità», quindi, è «*riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.*», dovendo essere pertanto tutelata anche ove si sia al cospetto di embrioni soprannumerari o malati (sentenza n. 229 del 2015). (...).

12.3. – Ove, dunque, si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell'embrione crioconservato, che potrebbe attecchire nell'utero materno, risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.

La PMA, infatti, «*mira a favorire la vita*» (sentenza n. 162 del 2014), volendo assistere la procreazione – cioè la nuova nascita – e non la (sola) fecondazione, per cui non è precluso che la relativa disciplina possa privilegiare, anche nella sopraggiunta crisi della coppia, la richiesta della donna che, essendosi fortemente coinvolta, come si è visto, nell'interezza della propria dimensione psicofisica, sia intenzionata, anche dopo che sia decorso un rilevante periodo di tempo dalla crioconservazione, all'impianto dell'embrione. (...).

13. – In conclusione, la previsione dell'irrevocabilità del consenso stabilita dalla norma censurata – benché introdotta in un contesto in cui la PMA avrebbe dovuto svolgersi in uno stesso ciclo, cioè con l'unico e contemporaneo impianto di un numero limitato di embrioni e, in linea generale, senza ricorrere alla crioconservazione – mantiene un non insufficiente grado di coerenza anche nel nuovo contesto ordinamentale risultante dagli interventi di questa Corte. (...).

14. – Non sfuggono, tuttavia, a questa Corte la complessità della fattispecie e le conseguenze che la norma oggetto del presente giudizio, in ogni caso, produce in capo all'uomo, destinato a divenire padre di un bambino nonostante siano venute meno le condizioni in cui aveva condiviso il progetto genitoriale. (...).

Questa Corte è consapevole che lo *status* di genitore comporta una modifica sostanziale dei diritti e degli obblighi di una persona, idonea a investire la maggior parte degli aspetti e degli affetti della vita. (...).

15. – Tuttavia, resta fermo che, nel nostro ordinamento, la ricerca, nel rispetto della dignità umana, di un ragionevole punto di equilibrio, eventualmente anche diverso da quello attuale, fra le diverse esigenze in gioco in questioni che toccano «*temi eticamente sensibili*» (sentenza n. 162 del 2014) non può che spettare «*primariamente alla valutazione del legislatore*», «*alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale*» (sentenza n. 221 del 2019), ferma restando la sindacabilità da parte di questa Corte delle scelte operate, al fine di verificare che con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole (sentenza n. 162 del 2014)".

Diritto all'indennizzo a chi subisce una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica a seguito di trattamento vaccinale non obbligatorio

Argomento: Del risarcimento del danno

(C. Cost., 26 settembre 2023, n. 181)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“Il dovere della collettività di riconoscere una simile tutela sussiste se il singolo si è attenuto a un comportamento che oggettivamente persegue la finalità di proteggere la salute generale: ciò che rileva è *«l'esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario»* (sentenza n. 423 del 2000; in senso analogo, sentenze n. 118 del 2020 e n. 268 del 2017). Affinché, dunque, si instauri una corrispondenza fra il comportamento individuale e l'obiettivo della tutela della salute collettiva è necessario e sufficiente, da un lato, che l'autorità pubblica promuova campagne di informazione e di sollecitazione dirette a raccomandare la somministrazione del vaccino non solo a tutela della salute individuale, ma con la precipua funzione di assicurare la più ampia immunizzazione possibile a difesa della salute collettiva e, da un altro lato, che la condotta del singolo, si attenga alla profilassi suggerita dall'autorità pubblica nell'interesse generale (sentenze n. 118 del 2020, n. 268 del 2017 e n. 107 del 2012).

Tramite la campagna vaccinale l'autorità pubblica fa appello alla autodeterminazione dei singoli (o alla responsabilità genitoriale, ove si tratti di vaccinazioni raccomandate ai minori), ingenerando *«negli individui un affidamento nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie»* (sentenza n. 118 del 2020). Di conseguenza, in ambito medico, raccomandare e prescrivere finiscono per essere percepite quali azioni *«egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo»* (sentenza n. 5 del 2018; nello stesso senso, sentenza n. 137 del 2019), cioè la tutela della salute (anche) collettiva (ancora, sentenza n. 118 del 2020).

«La ragione determinante del diritto all'indennizzo» risiede, pertanto, nel perseguimento con la propria condotta dell'interesse collettivo alla salute e non nella *«obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse»* (sentenza n. 226 del 2000; in senso analogo, sentenze n. 118 del 2020 e n. 107 del 2012). La scelta tecnica dell'obbligatorietà o della raccomandazione, del resto, oltre a essere frutto di concezioni parzialmente diverse del rapporto tra singoli e autorità pubblica, può dipendere da condizioni sanitarie differenti nella popolazione di riferimento, spesso correlate a diversi livelli di rischio: tutti profili che non possono condizionare la previsione o l'assenza del diritto all'indennizzo. Ferma, dunque, restando la diversità fra le “due tecniche”, di cui l'autorità pubblica può ritenere di avvalersi (sentenze n. 118 del 2020, n. 423 e n. 226 del 2000), nondimeno tra obbligo e raccomandazione non si apprezza una diversità qualitativa (sentenza n. 268 del 2017).

9. – Alla luce delle ragioni e dei presupposti delineati dalla giurisprudenza di questa Corte, si deve ritenere che, nel caso della vaccinazione anti-H., la mancata previsione del diritto all'indennizzo violi gli artt. 2, 3 e 32 Cost., in considerazione della ampia e diffusa campagna vaccinale concernente tale profilassi”.

Adozione piena: nell'interesse del minore il giudice può preservare talune relazioni affettive con componenti della famiglia d'origine

Argomento: Della adozione piena

(C. Cost., 28 settembre 2023, n. 183)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 13.3. – Sennonché, la formulazione del censurato art. 27, terzo comma, della legge n. 184 del 1983 induce, a ben vedere, a escludere che la norma contempli un divieto assoluto di preservare relazioni socio-affettive con componenti della famiglia d'origine del minore.

In primo luogo, se è vero che il dato testuale della disposizione è ampio e tale da poter comprendere nella nozione di «rapporti» anche le relazioni di fatto, è parimenti vero che l'espressione utilizzata è generica e, dunque, ben si presta, a fronte di un preminente interesse concreto del minore a veder preservate relazioni di tipo socio-affettivo a tutela del suo diritto costituzionalmente protetto all'identità personale, a tollerare una contrazione del riferimento ai «rapporti» ai soli legami di natura giuridico-formale.

In secondo luogo, deve ritenersi decisivo che l'intera trama normativa, nella quale si colloca il citato art. 27, terzo comma, offre già attualmente, per come si è evoluta nel tempo, indici ermeneutici che, orientati dai principi costituzionali, consentono di individuare situazioni nelle quali emerge un preminente interesse del minore a veder preservate relazioni socio-affettive con componenti della famiglia d'origine. Quegli stessi indici depongono nel senso che sia una presunzione solamente relativa quella secondo cui la rottura anche dei rapporti di fatto con i familiari biologici sia nell'interesse del minore stesso. (…).

(…) 13.3.2. – Al contempo, sempre la legge n. 184 del 1983 testimonia che almeno un tipo di relazione socio-affettiva tra componenti della famiglia d'origine, quello tra fratelli e sorelle in stato di abbandono, è oggetto di una espressa tutela normativa nell'interesse del minore. Lo dimostra anzitutto l'art. 4, comma 5-quinquies, ultima parte, il quale, sin dalla fase dell'eventuale affidamento, dispone che, nel «caso in cui vi siano fratelli o sorelle», il tribunale provveda «assicurando, per quanto possibile, la continuità affettiva tra gli stessi». Inoltre, la legge mira a facilitare il più possibile l'adozione congiunta di fratelli e sorelle, il che se, da un lato, comporta la rottura dell'originario vincolo di parentela, da un altro lato, assicura che venga, invece, preservata la continuità della relazione socio-affettiva, sulla quale si va a innestare un nuovo rapporto di parentela fondato sul vincolo adottivo. (…).

14. – In definitiva, è possibile adottare un'interpretazione adeguatrice alla Costituzione che allontani dall'art. 27, terzo comma, della legge n. 184 del 1983 l'immagine di una presunzione assoluta e che, in particolare, escluda un divieto per il giudice di ravvivare un preminente interesse del minore a mantenere talune positive relazioni socio-affettive con componenti della famiglia di origine.

La cessazione dei rapporti con la famiglia biologica attiene di necessità e inderogabilmente al piano delle relazioni giuridico-formali.

Quanto, invece, alla interruzione dei rapporti di natura socio-affettiva, la norma racchiude una presunzione solo *iuris tantum* che il distacco di fatto dalla famiglia d'origine realizzi l'interesse del minore.

Simile presunzione non esclude, pertanto, che, sulla scorta degli indici normativi desumibili dalla stessa legge n. 184 del 1983, letti nella prospettiva costituzionale della tutela del minore e della sua identità, il giudice possa accertare che la prosecuzione di significative, positive e consolidate relazioni socio-affettive con componenti della famiglia d'origine realizzi il migliore interesse del minore e, per converso, la loro interruzione sia tale da poter cagionare allo stesso un pregiudizio.

Ove sussistano radici affettive profonde con familiari che non possono sopperire allo stato di abbandono, risulta preminente l'interesse dell'adottato a non subire l'ulteriore trauma di una loro rottura e a veder preservata una linea di continuità con il mondo degli affetti, che appartiene alla sua memoria e che costituisce un importante tassello della sua identità.

15. – Conclusivamente, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 27, terzo comma, della legge n. 184 del 1983, sollevate in riferimento agli artt. 2, 30 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU e agli artt. 3, 20, comma 3, e 21 della Convenzione sui diritti del fanciullo, non sono fondate, nei sensi di cui in motivazione. (...)”.

SEZIONI UNITE

Usucapione del bene espropriato: necessario un atto di *interversio possessionis*

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., SS.UU., 12 gennaio 2023, n. 651)

Stralcio a cura di *Francesco Taurisano*

“13. (...) Nelle controversie soggette al regime normativo antecedente all’entrata in vigore del t.u. n. 327 del 2001, nelle quali la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta prima del 30 giugno 2003, nel caso in cui al decreto di esproprio validamente emesso (...) – che è idoneo a far acquisire al beneficiario dell’espropriazione la proprietà piena del bene e ad escludere qualsiasi situazione di fatto e di diritto con essa incompatibile – non sia seguita l’immissione in possesso, la notifica o la conoscenza effettiva del decreto comportano la perdita dell’*animus possidendi* in capo al precedente proprietario, il cui potere di fatto sul bene – se egli continui ad occuparlo – si configura come una mera detenzione, con la conseguenza che la configurabilità di un nuovo periodo possessorio, invocabile a suo favore «ad usucapionem», necessita di un atto di *interversio possessionis* da esercitare in partecipata contrapposizione al nuovo proprietario, dal quale sia consentito desumere che egli abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio. Resta fermo il diritto dell’espropriato di chiedere la retrocessione totale o parziale del bene. (...).

15. – Un principio solo parzialmente diverso deve essere enunciato nelle controversie soggette al t.u. n. 327 del 2001, nelle quali il decreto di esproprio sia emesso sulla base di una dichiarazione di pubblica utilità intervenuta dopo il 30 giugno 2003, alla luce degli artt. 23 e 24 del medesimo testo unico. In particolare, a norma dell’art. 23, il decreto di esproprio (sempre che tempestivamente emesso ai sensi degli artt. 13, comma 6, e 23, comma 1, lett. a) «dispone il passaggio del diritto di proprietà, o del diritto oggetto dell’espropriazione, sotto la condizione sospensiva che il medesimo decreto sia successivamente notificato ed eseguito» (comma 1, lett. f); il decreto «è notificato al proprietario (...)» (comma 1, lett. g); «è eseguito mediante l’immissione in possesso del beneficiario dell’esproprio, con la redazione del verbale di cui all’articolo 24» (comma 1, lett. h); «è trascritto senza indugio presso l’ufficio dei registri immobiliari» (comma 2); «la notifica del decreto di esproprio può avere luogo contestualmente alla sua esecuzione» (comma 3).

L’art. 24 dispone che «l’esecuzione del decreto di esproprio ha luogo per iniziativa dell’autorità espropriante o del suo beneficiario, con il verbale di immissione in possesso, entro il termine perentorio di due anni» (comma 1); che «si intende effettuata l’immissione in possesso anche quando, malgrado la redazione del relativo verbale, il bene continua ad essere utilizzato, per qualsiasi ragione, da chi in precedenza ne aveva la disponibilità» (comma 4); che «l’autorità espropriante, in calce al decreto di esproprio, indica la data in cui è avvenuta l’immissione in possesso e trasmette copia del relativo verbale all’ufficio per i registri immobiliari, per la relativa annotazione» (comma 5).

L’esecuzione del decreto di esproprio con la immissione in possesso del beneficiario

dell'esproprio entro il termine perentorio di due anni, mediante la formale redazione di un verbale, assurge a condizione sospensiva di efficacia del decreto stesso. Ne consegue, in mancanza, che il decreto di esproprio diventa inefficace; che non si realizza l'effetto estintivo della proprietà e degli altri diritti gravanti sul bene (di cui all'art. 25); che la proprietà del bene è automaticamente ripristinata in capo al precedente proprietario, senza necessità (e possibilità giuridica) per quest'ultimo di acquistare per usucapione un bene che è già di sua proprietà.

Nel caso in cui l'esecuzione del decreto con l'immissione in possesso non abbia luogo, l'art. 24, comma 7, dispone che «decorso il termine (perentorio di due anni) previsto nel comma 1, entro i successivi tre anni può essere emanato un ulteriore atto che comporta la dichiarazione di pubblica utilità», ma in tal caso dovrà essere emesso un altro decreto di esproprio, eseguibile entro l'ulteriore termine di due anni di cui all'art. 24, comma 1. Qualora invece il decreto di esproprio sia eseguito con la tempestiva immissione in possesso del beneficiario dell'esproprio – per la quale è necessaria e sufficiente la redazione del relativo verbale – si realizzano tutti gli effetti estintivi tipici dell'espropriazione, sebbene «il bene (continui) ad essere utilizzato, per qualsiasi ragione, da chi in precedenza ne aveva la disponibilità» (art. 24, comma 4): in tal caso, la pretesa del proprietario espropriato o di chi continui ad utilizzare il bene di invocare un nuovo periodo di possesso utile ad usucapionem contrasta, oltre che con il principio sopra enunciato (sub 13), con il dato normativo vigente che implicitamente (ma chiaramente) esclude la possibilità di qualificare come possesso, dopo che sia stato redatto il verbale di immissione in possesso da parte della P.A., la mera utilizzazione di fatto del bene da parte del precedente proprietario. (...).

15.2. – Analoga conclusione vale nel caso in cui il procedimento espropriativo si concluda con la cessione volontaria del bene, la quale «produce gli effetti del decreto di esproprio» (cfr. art. 45, comma 3, t.u. del 2001) tra i quali, come rilevato dalla prevalente dottrina, vi è anche l'effetto – previsto dall'art. 23, comma 1, lett. f), del t.u. («Contenuto ed effetti del decreto di esproprio») – di sottoporre il passaggio del diritto di proprietà alla «condizione sospensiva» della esecuzione dell'atto di trasferimento mediante l'immissione in possesso nel termine perentorio e con le modalità previste dall'art. 24. (...).

Nota a cura di Noel Libera

Nelle controversie soggette al regime normativo antecedente all'entrata in vigore del t.u. n. 327 del 2001, nelle quali la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta prima del 30 giugno 2003, **nel caso in cui al decreto di esproprio validamente emesso – che è idoneo a far acquisire al beneficiario dell'espropriazione la proprietà piena del bene e ad escludere qualsiasi situazione di fatto e di diritto con essa incompatibile – non sia seguita l'immissione in possesso, la notifica o la conoscenza effettiva del decreto comportano la perdita dell'animus possidendi in capo al precedente proprietario, il cui potere di fatto sul bene – se egli continui ad occuparlo – si configura come una mera detenzione, con la conseguenza che la configurabilità di un nuovo periodo possessorio, invocabile a suo favore “ad usucapionem”, necessita di un atto di interversio possessionis da esercitare in partecipata contrapposizione al nuovo proprietario, dal quale sia consentito desumere che egli abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio. Resta fermo il diritto dell'espropriato di chiedere la retrocessione totale o parziale del bene”.**

È con tale primo principio di diritto, enunciato con la sentenza 651 del 12/01/2023, che le Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione hanno risolto l'annosa questione riguardante gli effetti del decreto di esproprio cui non segue l'effettiva immissione in possesso da parte della P.A.

La questione trae origine dal ricorso presentato da una società avverso il Comune di Roma avente ad oggetto una porzione di area acquisita in proprietà del Comune per la realizzazione di un parco pubblico, in forza di un decreto di esproprio emesso nel '75, regolarmente trascritto. Tuttavia la ricorrente deduceva che il Comune non ne avesse mai effettivamente acquisito il possesso in quanto non aveva mai posto in essere le attività realizzative dell'opera pubblica e, quindi, non aveva mai esercitato alcun potere di fatto sul terreno *de quo*. L'originaria dante causa, inoltre, aveva continuato ad esercitare il possesso sul bene per un tempo che si doveva aggiungere a quello successivamente esercitato dall'attuale ricorrente e, pertanto, sarebbe anche maturato il periodo utile affinché questa lo usucapisse; ad ogni buon conto, in subordine, la ricorrente deduceva la sussistenza delle condizioni per la retrocessione. In ragione del rigetto delle pretese attoree da parte dei giudici di merito; è stata pertanto adita la Suprema Corte, la quale ha dovuto dirimere il contrasto esistente, attesi i due differenti orientamenti giurisprudenziali in materia.

Secondo un primo orientamento, infatti, il trasferimento volontario, quanto quello coattivo, di un bene non integra necessariamente gli estremi del *constitutum possessorium* – un modo di acquisto derivato del possesso in cui la trasmissione del possesso avviene senza la consegna della cosa – giacché il diritto di proprietà è trasferito contro la volontà dell'espropriato e nessun accordo interviene tra questi e l'espropriante;

ne consegue che il provvedimento ablativo non muta l'*animus possidendi* dell'espropriato il quale può, pertanto, usucapire il bene.

Un secondo orientamento ritiene invece che «il decreto di espropriazione è idoneo a far acquisire la proprietà piena del bene e ad escludere qualsiasi situazione di diritto o di fatto con essa incompatibile e, qualora il precedente proprietario o un soggetto diverso continuino ad esercitare sulla cosa un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, la notifica (o conoscenza) del decreto ne comporta la perdita dell'*animus possidendi*, conseguendone che, ai fini della configurabilità di un nuovo possesso ad usucapionem, è necessario un atto di *interversio possessionis*».

Il Supremo Consesso aderisce a quest'ultimo orientamento valevole sia per le controversie soggette al regime previgente al d.lgs. 327 del 2001 nelle quali il decreto di esproprio sia stato emesso in forza di una dichiarazione di p.u. ante 30/06/2003 sia – per ragioni in parte difformi – nelle controversie soggette alle disposizioni del testo unico citato.

Ed invero la Corte ricorda che quando il Legislatore sancisce, con una norma espressa, che determinati beni di proprietà di un ente pubblico siano considerati patrimonio indisponibile del medesimo, tale carattere non possa mai essere disconosciuto.

A fondamento del loro assunto, le SS.UU. affermano che non è possibile qualificare quale possesso la relazione fattuale dell'espropriato con il bene, in quanto non è a lui concesso di proporre azioni possessorie; ed invero esse costituiscono modi di tutela del diritto di continuare a godere del bene nello stato di fatto in cui era precedentemente posseduto e sono proponibili nei confronti della P.A., **a meno che sul diritto non abbia inciso un provvedimento avente attitudine a sottrarre al privato la proprietà o disponibilità della cosa o a mutarne il godimento**; in tal caso, il Collegio ritiene che l'azione sia proponibile solo se sia ravvisabile carenza di potere amministrativo, situazione non configurabile in presenza di un provvedimento espropriativo legittimo e, per altro verso, ritiene che l'ente espropriante possa agire con i mezzi ordinari a tutela della proprietà e del possesso, ad esempio, con l'azione di rila-

scio, nei confronti dell'espropriato o dei terzi occupanti e, in alternativa, in via di autotutela amministrativa ex art. 823, co. 2, c.c. mediante atti non impugnabili davanti al g.o..

Si aggiunge che, qualora al decreto di esproprio non segua l'immissione in possesso, nel sistema normativo antecedente al T.U. del 2001, l'ente espropriante restava possessore solo animo, avendo la disponibilità giuridica del bene e potendo in ogni momento ripristinare il contatto materiale con esso e pretenderne il rilascio per tutta la durata di efficacia legale del decreto di esproprio e della dichiarazione di p.u., senza possibilità per il detentore di opporvisi, salva l'azione di retrocessione. A favore della tesi dell'usucapibilità del bene espropriato, il Collegio afferma che, in mancanza di specifica pattuizione in senso diverso, l'efficacia traslativa del consenso ha ad oggetto la proprietà e non il possesso sicché alla vendita, così come al decreto di esproprio, non si accompagna anche il trasferimento del possesso che costituisce, invece, oggetto di una specifica obbligazione che, se non adempiuta, fa sì che l'alienante e l'espropriato rimangano nel possesso della cosa, pur avendo trasferito la proprietà. Il Collegio ritiene inoltre che l'espropriazione per pubblica utilità non sia assimilabile ad una vicenda negoziale in quanto essa è un atto autoritativo con cui la PA acquista il bene a titolo originario con automatica estinzione di tutti i diritti gravanti sul bene espropriato che ricadono sull'indennità e privano il proprietario del possesso giuridico dei suoi beni. Tuttavia, la Corte riconosce che **il proprietario espropriato possa restare nel godimento del bene finché persista l'assenso implicito (o mera tolleranza) dell'ente espropriante che in ogni momento è in condizione di ripristinare la relazione fattuale con il bene posseduto, senza vedersi opporre un'inesistente pretesa di astensione da parte dell'occupante, la cui detenzione per diventare utile ai fini dell'usucapione deve trasformarsi in possesso, mediante l'*interversio possessionis*.**

Tale atto non si realizza per mera volizione interna ma occorre una manifestazione esteriore, rivolta specificamente contro il possessore dalla quale si desuma che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla *res* in nome altrui ed abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione dell'*animus detinendi* in *animus rem sibi habendi*, non rilevando né i meri atti di esercizio del possesso (*ex multis*: la stipula di contratti di locazione, la percezione dei relativi canoni *etc.*), essendo questi un'ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene, né l'impugnazione del decreto di esproprio in sede giurisdizionale, cui va attribuito il solo intento di disconoscere il titolo di acquisizione del diritto reale.

La Corte precisa, tuttavia, che un principio parzialmente diverso debba invece enunciarsi per le controversie soggette al t.u. n. 327 del 2001 nelle quali il decreto di esproprio sia intervenuto a seguito di una dichiarazione di p.u. successiva al 30/06/2003. Ed invero, ai sensi dell'art. 23 e 24 T.U. cit., l'esecuzione del decreto di esproprio con l'immissione in possesso del beneficiario dell'esproprio entro il termine perentorio di due anni, mediante la formale redazione di un verbale, assurge a condizione sospensiva di efficacia del decreto stesso. Ne consegue, in mancanza, che il decreto di esproprio diventa inefficace; che non si realizza l'effetto estintivo della proprietà e degli altri diritti gravanti sul bene ex art. 25 T.U. cit. e che la proprietà del bene è automaticamente ripristinata in capo al precedente proprietario, senza necessità e possibilità giuridica per questi di acquistare per usucapione un bene che è già di sua proprietà. Nel caso in cui l'esecuzione del decreto con l'immissione in possesso non abbia luogo, l'art. 24, co. 7 T.U. cit., dispone che «decorso il termine (perentorio di due anni) previsto nel comma 1, entro i successivi tre anni può essere emanato un ulteriore atto che comporta la dichiarazione di pubblica utilità», ma in tal caso dovrà essere emesso un altro decreto di esproprio, eseguibile entro l'ulteriore termine di due anni di cui all'art. 24 co. 1. Qualora invece il decreto *de quo* sia eseguito con la tempestiva immissione in possesso del beneficiario

dell'esproprio si realizzano tutti gli effetti estintivi tipici dell'espropriazione, quantunque «il bene (continui) ad essere utilizzato, per qualsiasi ragione, da chi in precedenza ne aveva la disponibilità»; in tal caso, la pretesa del proprietario espropriato o di chi continui ad utilizzare il bene di invocare un nuovo periodo di possesso utile *ad usucapionem* contrasta, oltre che con il principio sopra enunciato anche con il dato normativo vigente che esclude la possibilità di qualificare come possesso, dopo che sia stato redatto il verbale di immissione in possesso da parte della P.A., la mera utilizzazione di fatto del bene da parte del precedente proprietario.

La clausola di “rischio cambio” da parte dell’intermediario creditizio o finanziario e i criteri di meritevolezza dei contratti. Su *leasing* indicizzato e derivati impliciti

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., SS.UU., 23 febbraio 2023, n. 5657)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1.1. (...) Con una prima censura (...) la società ricorrente sostiene che la Corte d’appello avrebbe malamente interpretato il contratto. L’errore sarebbe consistito nel non apprezzare adeguatamente la comune volontà delle parti, che fu quella di stipulare un normale contratto di leasing in valuta estera. (...).

La contestata clausola, pertanto, non aveva altro effetto che consentire al debitore di restituire in euro un finanziamento concessogli in altra valuta.

1.2. Con una seconda censura (...) la società ricorrente sostiene che la Corte d’appello, oltre a male interpretare il contratto, lo avrebbe anche malamente qualificato.

Deduce la ricorrente che la clausola di doppia indicizzazione prevista dal contratto non possedeva alcuna delle caratteristiche tipiche degli strumenti finanziari derivati: non l’astrazione, non l’autonomia, non l’esistenza d’un capitale puramente nozionale, non la previsione del valore da assegnare ai reciproci flussi finanziari nel caso di cessazione degli effetti del contratto (e cioè il c.d. “mark to market”).

1.3. Ambedue le censure sono inammissibili per difetto di rilevanza, in quanto non coerenti rispetto alla ratio decidendi sottesa dalla sentenza impugnata. (...).

2. (...) Col secondo motivo la società ricorrente lamenta (...) la violazione dell’articolo 1322 c.c. (...).

Deduce la ricorrente che il contratto da essa stipulato (...) non presentava alcuno dei presupposti che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, debbono ricorrere per poter qualificare un contratto come “immeritevole”, ex articolo 1322, secondo comma, c.c.. La clausola di indicizzazione contenuta nel contratto, infatti: –) non attribuiva alcun vantaggio ingiusto e sproporzionato ad una parte soltanto, e senza contropartita: il contratto prevedeva che il canone potesse sia aumentare, sia diminuire, in modo speculare; –) non poneva alcuna delle parti in una posizione di “soggezione” rispetto all’altra; –) non costringeva alcuna delle parti alla violazione di doveri di solidarietà sociale costituzionalmente imposti.

2.1. (...) La censura di violazione dell’articolo 1322, secondo comma, c.c., è fondata.

2.2. (...) Il giudizio di “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma secondo, c.c., non coincide col giudizio di liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile la meritevolezza è un giudizio che deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso avuto di mira dalle parti, cioè lo scopo pratico o causa concreta che dir si voglia. (...).

Ed il risultato del contratto dovrà dirsi immeritevole solo quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico. (...).

Sono stati perciò ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, c.c., contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di: (a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (...); (b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (...); (c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (...).

2.4. (...) Una clausola contrattuale "astrusa" od inintelligibile non rende il contratto nullo o "immeritevole" ex 1322 c.c.. Dinanzi a clausole contrattuali oscure il giudice deve ricorrere agli strumenti legali di ermeneutica (artt. 1362-1371 c.c.), e non ad un giudizio di immeritevolezza. (...).

Quanto, poi, all'affermazione secondo cui una clausola "macchinosa" sarebbe di per sé immeritevole, essa non può essere condivisa. (...).

2.5. Il secondo argomento speso dalla sentenza impugnata per pervenire al giudizio di immeritevolezza della clausola ("la clausola è caratterizzata da aleatorietà e squilibrio") è erroneo in punto di diritto. (...).

2.5.1. In primo luogo la sentenza impugnata mostra di confondere l'alea economica, insita in ogni contratto, con l'alea giuridica, che del contratto forma invece oggetto e ne è elemento essenziale: e cioè la susceptio periculi. E nel caso di specie causa del contratto era il trasferimento della proprietà di un immobile, non il trasferimento di un rischio dietro pagamento di un prezzo.

2.5.3. (...) Il diritto dei contratti non è un egualitario letto di Procuste che imponga l'assoluta parità tra le parti quanto a condizioni, termini e vantaggi contrattuali.

2.5.4. (...) La Corte d'appello ha violato il millenario principio per cui soltanto cum nulla subest causa, constare non potest obligatio.

(...) Il giudizio di "immeritevolezza" d'un contratto, ex art. 1322, secondo comma, c.c., non può essere formulato in astratto ed ex ante, limitandosi a considerare il solo contenuto oggettivo dei patti contrattuali, ma va compiuto in concreto ed ex post, ricercando – beninteso, iuxta alligata et probata partium – lo scopo perseguito dalle parti.

5.2. Gli "strumenti finanziari derivati" sono accordi negoziali definiti dall'art. 1 d. lgs. 58/98.

La clausola oggetto del presente giudizio non rientra in tale previsione né avendo riguardo al testo vigente all'epoca della conclusione del contratto di leasing di cui si discorre; né avendo riguardo al testo di esso oggi vigente; né facendo ricorso all'analogia legis. (...).

5.4. Tuttavia nessuna delle previsioni contenute nelle suddette norme è tale da includere, senza residui, la clausola di "rischio cambio" concordata dalle parti del presente giudizio.

(...) Tuttavia la clausola di cui si discorre non è sussumibile in alcuna di queste categorie, per la semplice ragione che attraverso essa le parti non hanno scambiato nulla; né hanno inteso trarre frutto da uno scambio di valori comunque determinati.

(...) Il contratto aveva infatti ad oggetto "la locazione finanziaria dell'immobile ivi catastalmente indicato" (...). Per effetto di esso la società concedente ha assunto l'obbligo di acquistare l'immobile, la società utilizzatrice quello di goderne e restituire le rate. Nessun "reciproco scambio di flussi di denaro" era previsto tra le parti, né fu interesse delle parti concludere quel contratto per lucrare sulle previste fluttuazioni valutarie, e tanto meno per coprire un rischio di credito. (...).

5.5.1. La clausola che ancora il saggio degli interessi dovuti dal debitore di un contratto di leasing ad un indice monetario non rientra in alcuna di queste categorie. La clausola suddetta,

infatti, non costituiva una compravendita né un'opzione, e tanto meno aveva lo scopo di coprire un certo rischio o "scommettere" sull'andamento dei cambi. (...).

6. Per stabilire se un contratto, a causa di pattuizioni eterogenee rispetto allo schema tipico, abbia mutato causa e natura, questa Corte ha da tempo dettato tre criteri.

Il primo criterio è che la qualificazione del contratto come "atipico" deve dipendere dai suoi effetti giuridici, non da quelli economici: anche la fideiussio indemnitas può produrre gli effetti dell'accollo, ma non è un accollo.

Il giudice pertanto per qualificare un contratto deve avere riguardo all'intento negoziale delle parti, non al risultato economico di esso, e tanto meno alla sua convenienza per una delle parti. (...).

Il secondo criterio è che un contratto non muta natura e causa, sol perché uno dei suoi elementi presenti un'occasionale difformità rispetto allo schema legale tipico. (...).

Il terzo criterio, infine, è che le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti non mutano la causa tipica del contratto, se in questo permane la prevalenza degli elementi propri dello schema tipico. (...).

6.1. (...) La previsione di maggiori o minori obblighi a carico di una delle parti, rispetto a quelli scaturenti dallo schema contrattuale tipico, non è di per sé sufficiente a concludere che quel contratto, mercé la pattuizione di quegli obblighi aggiuntivi, abbia mutato causa e natura. (...).

6.3. La presenza della suddetta clausola infatti non consente di affermare che, mercé essa, scopo dell'utilizzatore non fu acquisire un immobile, ma fu investire del denaro per realizzare un lucro finanziario invece che commerciale.

7.1. (...) La sola pattuizione di una clausola di rischio cambio come quella oggetto del presente giudizio non può costituire, da sola, violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte di un intermediario creditizio o finanziario. (...).

8. (...) "Il giudizio di "immeritevolezza" di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c. va compiuto avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti, e non alla sua convenienza, né alla sua chiarezza, né alla sua aleatorietà".

9. (...) "La clausola inserita in un contratto di leasing, la quale preveda che: a) la misura del canone varii in funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra la valuta domestica ed una valuta straniera; b) l'importo mensile del canone resti nominalmente invariato, e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni siano regolati a parte; non è un patto immeritevole ex art. 1322 c.c., né costituisce uno "strumento finanziario derivato" implicito, e la relativa pattuizione non è soggetta alle previsioni del d. lgs. 58/98".

(...) La Corte di cassazione: (-) rigetta il primo motivo di ricorso; (-) accoglie il secondo motivo di ricorso (...)."

Nota a cura di Stefania Cici

Con sent. n. 5657, depositata il 23 febbraio 2023, le Sezioni Unite della Suprema Corte si sono pronunciate sulla meritevolezza e qualificazione, quale strumento finanziario derivato implicito, della clausola di c.d. rischio cambio apposta in un contratto di *leasing* affermando-ne la mancanza di contrasto giurisprudenziale sul punto e conseguentemente rinviandone la causa alla Corte d'Appello in diversa composizione.

Primariamente è necessario analizzare i fatti di causa: nel 2006 (anno da tenere in considerazione in quanto modificativo del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in tema di “strumenti finanziari derivati”), due società commerciali (ASC S.r.l. – concedente e RPS S.n.c. – utilizzatrice) stipulavano un contratto di “locazione finanziaria”, con valuta nominale di riferimento del canone in valuta estera (franco svizzero) e restituzione del passivo in euro, avente ad oggetto un immobile, il cui debito veniva garantito da cinque persone fisiche con cui si prevedeva il rimborso delle rate sulla base delle fluttuazioni del cambio franco/euro e delle variazioni del tasso LIBOR.

Sei anni dopo la stipula del contratto, la società concedente, lamentava l’inadempimento della utilizzatrice e pertanto chiedeva ed otteneva decreto ingiuntivo a titolo di canoni scaduti e non pagati.

Gli intimati proponevano opposizione deducendo l’invalidità del contratto in quanto contenente una clausola di variabilità del canone, qualificata come “strumento finanziario implicito”, per mancanza degli obblighi informativi ed, in via riconvenzionale, chiedevano la condanna della società concedente alla restituzione delle somme pagate a titolo di indicizzazione del canone, nonché la condanna dell’intermediario al risarcimento del danno.

Il Tribunale accoglieva la richiesta ritenendo che la variazione del canone in funzione sia del tasso LIBOR che del tasso di cambio tra euro e franco svizzero conteneva due strumenti finanziari derivati, autonomi rispetto al contratto principale dichiarandone la nullità in quanto la società utilizzatrice non aveva ricevuto le informazioni precontrattuali per legge imposti alla banca dal d.lgs. 58/98.

Di tal che veniva proposto gravame dalla concedente che rigettava la domanda affermando che il contratto era da considerarsi aleatorio facendolo così rientrare nel *genus* delle scommesse giacché secondo i giudici di seconde cure, l’opposizione al decreto ingiuntivo proposto davanti al Tribunale doveva essere accolto per altra motivazione: la sola clausola di rischio cambio era invalida, *ex art. 1322, co. 2, c.c.*

Alla stregua di ciò la *Omissis s.r.l.* proponeva ricorso presso la Corte di cassazione, la quale, rimetteva la causa alle SS. UU. rilevando contrasti giurisprudenziali in merito e ponendo le seguenti questioni: “*a) se la clausola di cui si discorre sia un mero meccanismo di indicizzazione, oppure costituisca una “scommessa”, o comunque abbia una finalità speculativa; b) se la suddetta clausola muti la causa del contratto di leasing, “inquinandola”, ed in questo caso con quali effetti; c) se la relativa pattuizione, a causa della sua oscurità, violi i doveri di correttezza e buona fede da parte del predisponente”.*

La risposta a tali interrogativi è giunta a seguito di un complesso *iter* argomentativo, che, facendo leva sui principi cardine di diritto contrattuale, illustra pedissequamente i motivi per i quali né i ragionamenti dedotti dai giudici di merito, né tanto meno le ricostruzioni dottrinali, possono essere accolti.

Invero, non sussiste un effettivo contrasto giurisprudenziale sul caso delle clausole di rischio cambio con le quali si prevedono forme di variazione di interessi in funzione delle oscillazioni di indici finanziari e monetari, atteso che, sulle stesse, si sia già più volte pronunciato il giudice nomofilattico.

Indagando il primo motivo di ricorso, sull’interpretazione e qualificazione del contratto, si evince che questo è stato respinto dalla Cassazione in quanto la Corte di Appello non ve ne se era occupata, soffermandosi piuttosto sul giudizio di meritevolezza e sulla natura della clausola di rischio in un contratto di *leasing*.

Partendo da un’analisi delle massime può sussumersi che: un contratto non può ritenersi “immeritevole”, *ex art. 1322, co. 2, c.c.*, solo perché poco conveniente per una delle parti atteso che, l’ordinamento giuridico, pone innumerevoli strumenti atti a garantire il contraente il cui consenso sia stato viziato o prevaricato.

Dunque, tale assunto, avanzato dai giudici di seconde cure, è da ritenersi erroneo in quanto il giudizio di liceità di un contratto, del suo oggetto e della sua causa non coincide con l'enunciato normativo suesposto ma piuttosto – come da orientamento consolidato (Cass. Civ., S.U., 4222/2017), nonché come chiarito nella Relazione al Codice civile – è un giudizio da effettuarsi *ex post* e che deve investire il risultato del contratto a cui i paciscenti mirano, dunque dovrà aversi riguardo della c.d. causa in concreto.

L'autonomia contrattuale, principio consacrato anche a livello costituzionale negli artt. 2, 4, co. 2, 41, co. 2 (in tema di libera iniziativa economica), si pone alla base della contrattualistica, in quanto le parti sono libere di determinarne il contenuto, a patto che non sia contrario a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, nonché di concludere contratti atipici purché perseguano interessi socialmente utili e non contrastino con i principi ordinamentali.

Alla stregua di ciò, come già affermato, la meritevolezza non corrisponde alla liceità della causa del contratto, dal momento che i limiti di ordine pubblico, buon costume e liceità sono delineati in diversa accezione dall'art. 1343 c.c., invece la nozione dell'art. 1322 c.c., ha un contenuto precettivo più ampio identificabile nello scopo pratico voluto.

Difatti, la più recente giurisprudenza, dopo anni di interpretazioni limitanti, ha riscoperto questa previsione normativa ampliandone la portata al fine di assicurare una maggiore tutela ai paciscenti.

Di tal che, la complessità della clausola non può condurre ad un automatico giudizio di immeritevolezza del contratto, piuttosto si imporrebbe l'impiego di criteri interpretativi forniti dal legislatore ai sensi degli artt. 1362 c.c. ss. per chiarirne "l'oscurità", atteso che la difficoltà di comprensione di un testo per una delle parti, qualora abbia inciso sulla formazione del consenso, conduce all'annullabilità dello stesso.

Siffatte premesse sono valide altresì per la rilevata aleatorietà – da parte della Corte d'Appello – giacché le parti sono libere di concludere contratti aleatori. Le Sezioni Unite hanno, infatti, precisato che vi è stata una inesatta interpretazione della clausola da parte dei giudici di merito che hanno indebitamente sovrapposto il piano dell'alea economica – presente in ogni tipo contrattuale – con l'alea giuridica che forma invece l'oggetto essenziale del contratto.

Nel caso di specie, la causa del contratto è rinvenibile nel trasferimento della proprietà dell'immobile e non nel trasferimento di un rischio a seguito del pagamento di un determinato prezzo.

Il terzo punto dedotto dalla Corte di Appello, circa la immeritevolezza, attiene allo squilibrio delle prestazioni. Tale assunto, tuttavia, pone questioni sia di tipo macroeconomico che microeconomico sulla circolazione della ricchezza. A tal proposito, gli Ermellini, ricordano che l'ordinamento, nel caso di eccessivo squilibrio, già prevede strumenti atti ad ovviare a queste problematiche: se genetico legittima il ricorso alla rescissione per lesione, se sopravvenuto richiama il rimedio della eccessiva onerosità sopravvenuta.

Le altre *quaestiones iuris* riguardano la qualificazione della clausola di rischio cambio quale strumento finanziario derivato, la conseguente snaturalizzazione del contratto di *leasing* e la sua contrarietà alla buona fede.

Posto che, le parti hanno fatto dipendere la prestazione all'andamento del rapporto di un indice esterno, tasso LIBOR e apprezzamento/deprezzamento di valuta euro – franco svizzero, potrebbe effettivamente indurre a pensare che le parti abbiano introdotto un derivato per il quale la legge impone agli intermediari finanziari di assolvere a tutti gli obblighi informativi previsti dal d.lgs. 58/1998.

Le Sezioni Unite escludono categoricamente una tale possibilità atteso che la clausola non rientra nella nozione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. 58/98, e neppure perché i paciscenti hanno

inteso scambiare nulla ovvero lucrare sulle previste fluttuazioni valutarie, mancando il requisito della c.d. differenzialità.

Pertanto, la clausola di cambio rischio non snatura la causa del contratto di *leasing* in quanto lo scopo delle parti è quello del trasferimento di un immobile e non di investire denaro per realizzare un lucro finanziario o commerciale. I prodotti derivati, difatti, si chiamano così perché il loro valore dipende dall'andamento di un'attività o dal verificarsi di un evento futuro oggettivamente osservabile.

Dunque, l'inserimento di una clausola atipica come quella in oggetto non inficia sulla causa del contratto di *leasing*, che seppur sommariamente, ha, con la l. n. 124/2017 trovato regolamentazione anche in Italia, perciò il giudice non è tenuto, secondo orientamento ormai costante, a valutare la meritevolezza di una fattispecie ritenuta generale ed unitaria.

Quanto all'ultimo punto, ossia alla buona fede insita nella clausola, i giudici della nomofilachia hanno precisato che sussiste una netta distinzione fra giudizio di meritevolezza e *bona fides* in quanto, mentre quest'ultima mira a sanzionare comportamenti scorretti tenuti da una delle parti nella fase di formazione del contratto (se il consenso sia stato viziato da dolo o errore), il giudizio, *ex art. 1322, co. 2, c.c.*, è volto all'analisi dell'ammissione di una tutela del negozio atipico. Atteso ciò, la poca chiarezza della clausola *de quo* non fa sorgere l'immediata immeritevolezza in quanto sarà necessario l'accertamento dell'intero *iter* comportamentale dei paciscenti, ve dipiù, pur riconoscendo la violazione effettiva della *bona fides* si potrà giungere, al massimo, all'annullamento del patto per vizio del consenso ovvero ad un caso di riconoscimento della responsabilità precontrattuale o, infine, al risarcimento del danno.

All'uopo di quanto relato, è doveroso trarre alcune considerazioni conclusive: come evidenziato il contratto di *leasing* è stato riconosciuto a livello normativo e per tale ragione non è soggetto ad un giudizio di meritevolezza volto a decretarne l'ingresso nel nostro ordinamento; inoltre, proprio per la sua intrinseca natura creditizia e di ausilio sociale, tale operazione negoziale prevede la possibilità di introdurre clausole finanziarie, le quali non provocano una modifica della causa del contratto a cui sono legate e neppure ne determinano una propria autonomia, atteso che, il loro scopo è solo quello di agevolare l'utilizzatore nel finanziamento.

Non integra “caso d’uso” la produzione in giudizio di un atto ai fini dell’assolvimento degli oneri probatori previsti dal rito processuale applicabile

Argomento: Diritto tributario

(Cass. Civ., SS.UU., 16 marzo 2023, n. 7682)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“Il Dott. A.A. ricorre per cassazione, in forza di quattro motivi, avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale (CTR) della Campania n. 8467/44/16, depositata il 5 ottobre 2016, non notificata, con la quale la CTR ha accolto l’appello proposto dall’Agenzia delle entrate avverso la sentenza di primo grado della Commissione tributaria provinciale (CTP) di (*Omissis*), che aveva, invece, accolto il ricorso proposto dal contribuente avverso avviso di liquidazione relativo ad imposta di registro non versata in relazione a nota di accompagnamento, contenente ricognizione di debito, ad assegno emesso a titolo di prestito personale, senza corresponsione d’interessi, posto a fondamento di decreto ingiuntivo, munito di clausola di provvisoria esecuzione, emesso dal Tribunale di Napoli in favore del ricorrente. (...).

1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione di norme di diritto (D.P.R. n. 131/1986, artt. 6 e 22) di seguito anche TUR, (Testo Unico Registro) ed omesso esame di fatto decisivo per il giudizio, in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, censurando la sentenza impugnata per avere omesso di rilevare come il decreto ingiuntivo, con relativa clausola di esecuzione provvisoria, avesse ad oggetto unicamente l’assegno e non anche la scrittura di ricognizione di debito.

2. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione ed erronea applicazione del D.P.R. n. 131/1986, art. 6 e relativa tariffa, in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, nella parte in cui la decisione impugnata ha ritenuto che la nota di accompagnamento costituisca scrittura soggetta a registrazione in caso d’uso e che quest’ultimo nella fattispecie fosse da ravvisare nel deposito dell’atto a fini probatori in giudizio.

3. Con il terzo motivo il contribuente lamenta ancora violazione ed erronea applicazione del D.P.R. n. 131/1986 e relativa tariffa, in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, con riferimento all’omessa previsione della registrazione di scrittura di ricognizione di debito, che avrebbe dovuto indurre la CTR a confermare la sentenza di primo grado che ne aveva escluso la sottoposizione ad imposta ai sensi del TUR e relativa tariffa.

4. Con il quarto motivo, infine, il ricorrente denuncia cumulativamente violazione ed erronea applicazione degli artt. 112, 345 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., nonché degli artt. 17 bis e 36, n. 4, d. lgs. n. 546/1992, in relazione agli artt. 360, comma 1, nn. 3 e 4 c.p.c., deducendo che la CTR avrebbe omesso di pronunciarsi sull’eccezione di esso appellato in merito all’illegittimità della richiesta dell’Agenzia delle entrate di sentire dichiarare “legittima la procedura seguita”, pur avendo precisato che era intervenuto l’annullamento parziale dell’avviso di liquidazione oggetto di reclamo, con riduzione della tassazione in misura proporzionale secondo l’aliquota dell’1%, effettuata unicamente per evitare la controversia, emettendo così una

nuova pronuncia su cosa giudicata, atteso che la pretesa dell'Ufficio, per effetto del parziale accoglimento del reclamo, era ormai limitata all'importo conseguente alla ridotta anzidetta tassazione ed al conseguente trattamento sanzionatorio, questi ultimi quindi oggetto del ricorso poi iscritto a ruolo dinanzi alla CTP di Napoli in primo grado. (...).

6. Ciò premesso, vanno esaminati previamente il primo ed il quarto motivo di ricorso.

Essi sono entrambi infondati.

6.1. Con il primo motivo, come innanzi riportato sub 1), il ricorrente lamenta al tempo stesso violazione delle norme di diritto indicate in epigrafe, alle quali, nell'esplicazione del motivo stesso, ha aggiunto l'art. 11 della Tabella allegata al TUR, nonché omesso esame di fatto decisivo per il giudizio, per avere erroneamente escluso ogni rilevanza all'assegno prodotto in giudizio ed al decreto tassato che di tale scrittura non fa menzione, affermando che l'assegno troverebbe supporto dalla scrittura privata.

Il motivo è infondato in relazione ad entrambi i distinti profili di censura. Premesso che qui il richiamo all'art. 6 del TUR (...) non è pertinente all'effettivo ambito della censura come dinanzi delineata e che non vi è alcun cenno, nella sentenza impugnata (...) all'enunciazione nel decreto ingiuntivo dell'atto di ricognizione di debito, per cui del pari la censura riferita alla violazione dell'art. 22 TUR non inerisce alla ratio decidendi, ugualmente non vi è violazione dell'art. 11 della Tabella allegata al TUR, nè omesso esame di fatto decisivo per il giudizio, avendo ad oggetto la pretesa impositiva non già il decreto ingiuntivo, pacificamente sottoposto ad imposta di registro, nè l'assegno sulla base del quale è stato emesso, per il quale del pari pacificamente non vi è obbligo di registrazione, ma la scrittura privata non autenticata di ricognizione di debito.

6.2. Il quarto motivo (...) è in ogni caso infondato, dovendo il contenuto della pronuncia decisoria essere ricostruito anche alla luce dell'esposizione del fatto processuale, avendo dato ivi conto la sentenza impugnata chiaramente dei limiti della pretesa del fisco come oggetto del sindacato giurisdizionale richiesto dal contribuente all'atto del deposito del ricorso, per effetto dell'annullamento parziale dell'avviso di liquidazione conseguito all'accoglimento del reclamo nei limiti di quanto sopra osservato, con riduzione dell'assoggettamento dell'atto, ritenuto dall'Amministrazione soggetto a registrazione in termine fisso, ad imposta secondo l'aliquota minore dell'1%, con conseguente riduzione proporzionale del trattamento sanzionatorio. (...).

7. Sono viceversa fondati il secondo e terzo motivo.

7.1. Con il secondo motivo il ricorrente censura come erronea in diritto, in violazione delle norme richiamate sub 2), la sentenza impugnata, nella parte in cui, pur riportando il testo dell'art. 6 TUR, ha affermato, con riferimento alla succitata nota di accompagnamento, che si tratta "di atto che costituisce "caso d'uso" in quanto trattasi di scrittura privata non autenticata".

Di là dall'improprietà della formula lessicale adoperata, afferendo il "caso d'uso" non all'atto in sè, ma all'attività che si estrinseca nel suo deposito, la statuizione in esame risulta affetta dal vizio denunciato. Giova premettere che, ai sensi dell'art. 1 TUR, l'imposta di registro si applica, nella misura indicata nella tariffa allegata al detto testo unico, agli atti soggetti a registrazione e a quelli volontariamente presentati per la registrazione. (...).

7.2. Ciò posto, dato atto, per quanto attiene al presente giudizio, che la scrittura privata non autenticata di cui si discute, ricognitiva, per quanto più in dettaglio di seguito osservato, di un prestito personale, non attiene ad operazioni soggette ad IVA, e ribadito che non vi è alcun riferimento, nella decisione impugnata, al diverso profilo dell'enunciazione, espressamente esclusa peraltro dalla pronuncia di primo grado, di atti non registrati, di cui all'art. 22 TUR (...) la decisione impugnata, che sembra dedurre tout court la ricorrenza del "caso d'uso" dalla natura di scrittura privata autenticata della nota di accompagnamento all'assegno di cui al credito azionato dal contribuente con il ricorso per decreto ingiuntivo, incorre, secondo quanto esposto nelle seguenti considerazioni, nella denunciata violazione di legge.

7.3. L'art. 6 TUR (...) riproduce, in sostanza, il contenuto della precedente disposizione di cui al D.P.R. n. 1972, n. 634, art. 6, che segnava invece un'evidente cesura rispetto alla prima norma che stabiliva l'obbligo di registrazione di atti in "caso d'uso", il R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269, art. 2 (Approvazione del testo di legge del Registro) (...).

Mentre, dunque, la disposizione da ultimo citata comportava che la produzione di un atto nei procedimenti giurisdizionali determinasse un caso d'uso, detta previsione non è contemplata dall'attuale art. 6 TUR, per il quale il deposito dell'atto, perché ne derivi il "caso d'uso", deve avvenire, per quanto qui rileva, "presso le cancellerie giudiziarie nell'esplicazione di attività amministrative", e non deve essere oggetto di un obbligo. L'attività deve dunque costituire frutto di una valutazione discrezionale della parte che la compia, integrando quindi un onere a carico della parte medesima che, come già evidenziato da questa Corte (cfr. Cass. sez. 5, 12 novembre 2014, n. 24107; Cass. sez. 5, 23 maggio 2005, n. 10865), intenda conseguire dal deposito "un effetto sostanziale e cioè l'acquisizione dell'atto medesimo a fini giuridici ed operativi"; ciò in sintonia con l'indirizzo espresso in dottrina, secondo cui è "il presupposto teleologico" a fondare l'obbligo di registrazione in "caso d'uso", non essendo di per sé sufficiente il mero deposito a concretizzarlo.

7.4. Nel caso di specie il deposito della scrittura privata di cui si discute, prodotta nella cancelleria del giudice civile in sede di procedimento contenzioso, certamente non può integrare, alla stregua di quanto sopra osservato, "caso d'uso", presupponendo l'art. 6 TUR, come detto, che il deposito dell'atto debba avvenire presso le cancellerie giudiziarie nell'esplicazione di attività amministrative.

Ciò, d'altronde, oltre che conforme al tenore letterale della norma richiamata, è in linea con la necessità di assicurare che la tutela del diritto di difesa, garantita dalla Cost., art. 24, possa dispiegarsi pienamente, senza che essa possa risultare ostacolata dall'imposizione fiscale derivante dall'applicazione dell'imposta di registro sul deposito dell'atto funzionale al conseguimento per l'interessato di fini giuridici ed operativi. (...).

7.6. L'ordinanza interlocutoria n. 33313/21 ha ricostruito la diversità degli orientamenti che, nell'ambito della stessa giurisprudenza della sezione tributaria della Corte, si sono manifestati con riferimento all'applicazione dell'imposta di registro alla ricognizione di debito. (...).

7.6.3. In relazione al profilo fiscale, in via di tendenziale schematizzazione, come rilevato nell'ordinanza interlocutoria n. 33313/21, le posizioni assunte dalla giurisprudenza della sezione tributaria della Corte possono ricondursi a tre filoni interpretativi. (...).

7.6.4. La prima tesi (cfr., più di recente, Cass. sez. 5, 14 luglio 2017, n. 17808, nonché, principalmente, la già citata Cass. n. 24107/14), senza operare distinzioni di sorta, ritiene che la ricognizione di debito debba farsi rientrare nell'ambito dell'art. 9 della tariffa, parte I, del D.P.R. n. 131/1986, che assoggetta all'imposizione proporzionale nella misura del 3% gli "(a)tti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale"; ciò, essenzialmente, in ragione della considerazione secondo cui è "difficile negare che la patrimonialità pertenga all'obbligazione certificata in una scrittura ricognitiva di debito" (così, in motivazione, la citata Cass. n. 24107/14), dovendo pertanto trovare applicazione la previsione residuale di cui al citato art. 9 della tariffa, parte I. 7.6.5. Diversamente, sempre muovendo però dalla condivisione della natura di dichiarazione di volontà della ricognizione di debito, nell'ambito del secondo orientamento si è affermato che (...) laddove dalla ricognizione non risulti l'esistenza dell'atto costitutivo di un rapporto patrimoniale sottostante, di modo che non è dato verificare se per esso risulti già versata o meno l'imposta dovuta, la dichiarazione, priva di contenuto patrimoniale, non comportando alcuna innovazione rispetto all'obbligazione contratta, va ricondotta alla previsione di cui all'art. 3, parte prima, della tariffa, che prevede l'assoggettamento all'imposta proporzionale nella misura dell'1% degli "(a)tti di natura di-

chiarativa, relativi a beni o rapporti di qualsiasi natura”, sempre soggetti all’obbligo di registrazione in termine fisso (cfr., tra le altre, Cass. sez. 5, ord. 16 giugno 2021, n. 15190; Cass. sez. 5, 12 febbraio 2020, n. 3379; Cass. sez. 6-5, ord. 18 gennaio 2017, n. 1247; Cass. sez. 5, 15 luglio 2016, n. 14480; Cass. sez. 5, 20 giugno 2008, n. 16829; Cass. sez. 5, 28 maggio 2007, n. 12432). (...).

7.6.6. Secondo un terzo orientamento, infine, si è venuto affermando il principio secondo il quale alla ricognizione di debito, avendo essa natura meramente dichiarativa e, come tale, non apportando alcuna modificazione nè rispetto alla sfera patrimoniale del debitore che la sottoscrive, nè a quella del creditore che la riceve, limitandosi a confermare un’obbligazione già esistente (cfr., già, Cass. sez. 5, 19 gennaio 2009, n. 1132), deve attribuirsi natura di mera dichiarazione di scienza, rispetto alla quale non sarebbe applicabile, quindi, nè l’art. 9, parte prima, della tariffa, nè l’art. 3, parte prima della tariffa, ma l’art. 4, parte II, della Tariffa, secondo cui, sono assoggettate, in caso d’uso, ad imposta di registro in misura fissa, per quanto qui rileva, le scritture private non autenticate non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale (cfr. Cass. sez. 5, 2021, n. 15268; Cass. sez. 5, 11 gennaio 2018, n. 481). (...).

7.6.8. Limitando, ai fini della risoluzione del segnalato contrasto, l’esame ai primi tre diversi orientamenti sui quali si è posizionata la sopra richiamata giurisprudenza sezionale della Corte, queste Sezioni Unite ritengono che occorra muovere comunque dall’analisi dal disposto dell’art. 3, parte I, della Tariffa, che, come è stato puntualmente evidenziato in dottrina, in assenza di esplicita previsione in tema di tassazione degli atti a contenuto ed effetto ricognitivo da parte del vigente TUR e relative tariffe ad esso allegate, è la sola norma che, in termini generali, vi si avvicini e che, come si è già detto, assoggetta a registrazione in termine fisso con l’aliquota dell’1% gli "(a)tti di natura dichiarativa relativi a beni o rapporti di qualsiasi natura".

7.6.9. In ragione di ciò ritengono queste Sezioni Unite che debba preferirsi il terzo orientamento sopra menzionato, con la conseguenza che, nella fattispecie in esame, la scrittura privata non autenticata di mero riconoscimento di debito debba essere ricondotta, ai fini dell’imposta di registro, all’art. 4, Parte II della Tariffa, che assoggetta, in caso d’uso, le scritture private non autenticate non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale ad imposta fissa (attualmente nell’importo di Euro 200,00). (...).

8. Possono, dunque, alla stregua delle considerazioni che precedono, enunciarsi i seguenti principi di diritto: “Il deposito di documento a fini probatori in procedimento contenzioso non costituisce "caso d’uso" in relazione al D.P.R. n. 131/1986, art. 6”.

“La scrittura privata non autenticata di ricognizione di debito che, come tale, abbia carattere meramente ricognitivo di situazione debitoria certa, non avendo per oggetto prestazione a contenuto patrimoniale, è soggetta ad imposta di registro in misura fissa solo in caso d’uso”.

Disconoscimento di paternità e accertamento di altra paternità. È dirimente il nesso di pregiudizialità

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., SS.UU., 22 marzo 2023, n. 8268)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“1 – (...) La questione sottoposta all’esame di queste Sezioni Unite attiene all’accertamento dei rapporti tra l’azione di disconoscimento della paternità (azione con cui si contesta lo *status* di figlio) e quella di dichiarazione giudiziale di genitorialità (azione che tende a conseguire lo *status* di figlio), con specifico riferimento ai profili processuali, in relazione a decisione resa dal Tribunale di Roma nel 2018, passata in giudicato, di inammissibilità della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità, non essendo stata ancora definita la causa, pendente, di demolizione del pregresso *status*.

2.8 – (...) Venendo quindi alla questione centrale relativa al nesso di pregiudizialità tecnico giuridica tra i due procedimenti e alla possibilità di sospensione ex art. 295 c.p.c., la richiesta della Procura Generale prospetta i seguenti aspetti problematici: se il giudizio di disconoscimento possa ritenersi pregiudiziale rispetto a quello in cui viene richiesto l’accertamento di altra paternità e se, nel caso della loro contemporanea pendenza, si applichi l’istituto della sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.c.

In ordine al concetto di pregiudizialità (in ambito civilistico), cui fa riferimento quello di dipendenza enunciato dall’art. 295 c.p.c. e che presuppone l’analisi del rapporto di possibile interferenza fra decisioni, la pregiudizialità si risolve, pertanto, in una relazione che lega due questioni e si qualifica come rapporto di antecedenza logica. Il nesso sostanziale di pregiudizialità si manifesta, in primo luogo, nella dipendenza logica di una controversia rispetto all’altra, all’interno di uno stesso rapporto giuridico (...) e, in secondo luogo, nella dipendenza tecnica, che intercorre tra rapporti giuridici diversi ed è tale per cui l’esistenza di uno dipende dall’esistenza o inesistenza dell’altro. (...).

In sostanza, quando si verta in ipotesi di rapporti giuridici distinti ed autonomi, la pregiudizialità tecnico-giuridica consiste in una relazione tra rapporti giuridici sostanziali, uno dei quali (pregiudiziale) integra la fattispecie dell’altro (dipendente) in modo tale che la decisione sul primo rapporto si riflette necessariamente, condizionandola, sulla decisione del secondo.

2.9 – (...) In conclusione, proprio in ragione del nesso di pregiudizialità affermato, non si può escludere la possibilità, in alcuni casi, del *simultaneus processus* (che rappresenta in genere la soluzione da privilegiare rispetto a quella della sospensione ex art. 295 c.p.c. che rappresenta sempre un’*extrema ratio*) tra azione di disconoscimento (o di impugnazione del riconoscimento o di contestazione dello *status* di figlio) ed azione di dichiarazione giudiziale di paternità, che potrebbero nascere separatamente e venire riunite (ex art. 40 c.p.c., se pendano davanti a giudici diversi, o ex art. 274 c.p.c., se pendano dinanzi allo stesso ufficio giudiziario) ovvero essere cumulativamente promosse in unico atto introduttivo da parte del soggetto le-

gittimato ad entrambe le azioni (ad es. il figlio e la madre), salva ovviamente la possibilità ex art. 103 c.p.c., comma 2, per il giudice del merito di disporre la separazione dei giudizi, nei casi di difficile gestione del processo cumulativo (laddove ad es. i soggetti direttamente coinvolti dal lato genitoriale siano ancora in vita). Il tutto, nel rispetto della cronologia e della pregiudizialità degli accertamenti riguardanti il disconoscimento della paternità ed attraverso una necessaria e rigorosa scansione (utilizzando il vigente meccanismo della «*calendarizzazione*») dei tempi procedurali e dell'attività istruttoria relativa all'azione pregiudicante, da esperire necessariamente in via prioritaria. (...).

Il raccordo tra i due istituti e la possibilità di introduzione cumulativa delle due azioni, salva sempre la discrezionalità del giudice di merito nel governo della trattazione del processo, in ragione di variabili organizzative oltre che processuali, potrebbe rispondere all'esigenza, valorizzata dalla Corte EDU nella decisione citata del 2022, di assicurare la più sollecita definizione dello *status* e di concretizzare nella sua effettività il diritto del figlio all'acquisizione del nuovo *status*. Rimane comunque ferma la necessità, in difetto di un intervento del legislatore e tenuto conto di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 177/22 (...), di attendere il passaggio in giudicato della sentenza, parziale, di disconoscimento, prima di potere esaminare la domanda, dipendente, di dichiarazione giudiziale di paternità.

3 – (...) L'analisi, attuale, degli artt. 253 e 269 c.c. deve essere condotta alla luce dei principi costituzionali, artt. 2, 29 e 30 Cost., e sovranazionali (in particolare, l'art.8 della CEDU, implicante, oltre ad obblighi negativi delle autorità pubbliche, anche obblighi positivi inerenti all'effettivo rispetto della vita privata). L'onere particolarmente gravoso a carico del figlio (come qualificato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 177 del 2022) – che richiede la necessità di un giudizio articolato in più gradi che si concluda con una sentenza passata in giudicato demolitiva del precedente stato – ed il rischio che lo stesso rimanga «privo di *status*», in assenza di un intervento del legislatore (cui spetta, come affermato dalla Corte costituzionale, il compito di realizzare un «intervento di sistema» che «possa tenere conto di tutti gli interessi coinvolti, senza comprimere in maniera sproporzionata diritti di rango costituzionale»), possono essere comunque, in parte, temperati attraverso il riconoscimento della possibilità di sospendere il giudizio relativo all'attribuzione del nuovo *status*, non essendo ancora definito con sentenza passata in giudicato quello sulla rimozione dello *status* preesistente. Ove, infatti, non si consentisse tale sospensione e si propendesse per una declaratoria di inammissibilità – come ha fatto il Tribunale di Roma nel caso concreto richiamato dalla Procura Generale –, si correrebbe il rischio di violare il principio della ragionevole durata del processo nonché di realizzare un ostacolo all'esercizio del diritto – garantito dagli artt. 6 Cedu e 24 Cost. – di agire a tutela del diritto fondamentale allo *status* e all'identità biologica, protetto anche ai sensi dell'art. 8 Cedu. Conclusivamente, deve essere affermato, nell'interesse della legge, affinché possa orientare la giurisprudenza, il seguente principio di diritto: «Il giudizio di disconoscimento di paternità è pregiudiziale rispetto a quello in cui viene richiesto l'accertamento di altra paternità così che, nel caso della loro contemporanea pendenza, si applica l'istituto della sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.c.»».

Nota a cura di Serena Cosentino

Sebbene con la riforma della filiazione realizzata fra il 2012 e il 2013 si sia affermato il principio secondo cui *“tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico”* a prescindere dalla natura coniugale o meno del rapporto tra i genitori (art. 315 c.c.) è stata, tuttavia, mantenuta la distinzione fra filiazione all'interno e al di fuori del matrimonio. Ai sensi degli artt. 231, 232 e 234 c.c. il matrimonio determina l'attribuzione automatica dello stato dei figli dei coniugi in forza di una presunzione di paternità: *“Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio”*. La risultanza di tale presunzione può essere vinta solo con azioni di stato tipiche rappresentate dall'azione di disconoscimento della paternità, l'azione di contestazione e l'azione di reclamo dello stato di figlio.

In caso di filiazione fuori dal matrimonio non opera alcun meccanismo presuntivo e il figlio acquista il corrispondente titolo attraverso il riconoscimento da parte dei genitori (artt. 250 ss. c.c.) o la dichiarazione giudiziale (269 c.c.).

L'azione di disconoscimento di paternità del figlio nato nel matrimonio è disciplinata negli artt. 243 bis e ss.; può essere esercitata dal marito, dalla madre e dal figlio medesimo, può essere altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice su istanza del figlio minore che ha compiuto i quattordici anni o del pubblico ministero o dell'altro genitore, quando si tratta di minore di età inferiore; è imprescrittibile riguardo al figlio. Ai sensi dell'art. 247 c.c. il presunto padre, la madre ed il figlio sono litisconsorti necessari (102 c.p.c.) nel giudizio di disconoscimento.

“In tema di disconoscimento di paternità, il quadro normativo (artt. 30 Cost., 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali della UE, e 244 c.c.) e giurisprudenziale attuale non comporta la prevalenza del “favor veritatis” sul “favor minoris”, ma impone un bilanciamento fra il diritto all'identità personale legato all'affermazione della verità biologica – anche in considerazione delle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini – e l'interesse alla certezza degli “status” ed alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità personale, non necessariamente correlato alla verità biologica ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia, specie quando trattasi di un minore infraquattordicenne. Tale bilanciamento non può costituire il risultato di una valutazione astratta, occorrendo, invece, un accertamento in concreto dell'interesse superiore del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di un suo sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale” (Cassazione civile sez. I, 06/10/2021, n. 27140).

L'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità (art. 269 c.c.) è volta all'accertamento della genitorialità biologica anche in contrasto con quella legittima; anche tale azione è imprescrittibile rispetto al figlio; deve essere proposta nei confronti del presunto genitore o, in sua mancanza, nei confronti dei suoi eredi. Alla domanda può contraddire chiunque vi abbia interesse.

Nel nostro ordinamento è impossibile far valere lo stato di figlio prima di aver rimosso il titolo da cui risulta uno status contrastante.

“L'art. 269, comma 1, c.c. pone la regola (comune al riconoscimento, ex art. 253 c.c. e all'azione di reclamo dello stato di figlio legittimo, ex art. 239, comma 4, c.c.) in forza della quale la paternità e la maternità possono essere giudizialmente dichiarate soltanto “nei casi i

cui il riconoscimento è ammesso” e l’art. 253 c.c. prescrive che tale atto non è ammesso quando si ponga “in contrasto con lo stato di figlio in cui la persona si trova”. (...) “la condizione di “figlio legittimo” è ostativa all’accoglimento della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità da parte di colui che assume di essere il padre biologico, atteso che deve, prima, essere rimosso lo stato di “figlio legittimo”, con accertamento efficace erga omnes” (Cass. n. 27560/2021) e che la rimozione dell’impedimento, costituito ad un diverso stato di figlio, decorre solo dal passaggio in giudicato dell’azione di disconoscimento (Cass. n. 15990/2013)”.

Circa il rapporto fra l’azione di disconoscimento di paternità e quella di dichiarazione giudiziale di genitorialità si sono affermati nella giurisprudenza due diversi orientamenti.

In forza del primo sono da ritenersi inammissibili le domande volte ad ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità se proposte nel medesimo giudizio avente ad oggetto il disconoscimento della paternità.

Il secondo orientamento ritiene ammissibile la contemporanea proposizione delle due domande e l’assunzione di un provvedimento di sospensione pregiudiziale di cui all’art. 295 c.p.c.: *“Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa”.*

Le Sezioni Unite per risolvere detto contrasto fanno espresso riferimento principi espressi dalla Corte costituzionale e della CEDU.

In particolare la Corte Costituzionale con la sentenza n. 177 del luglio 2022, ha riconosciuto che la scelta di richiedere la previa demolizione in via giudiziale dello *status*, anziché una sua rimozione automatica per effetto del successivo accertamento di un’identità contrastante, ha una duplice spiegazione: in primo luogo l’esigenza di *“evitare un’instabilità e un’incertezza dello status”*; in secondo luogo il fine di dovere *“assicurare a chi è già titolare dello status di genitore di essere parte, e dunque di avere una congrua tutela sostanziale e processuale, nel giudizio che può incidere sul suo legame familiare”*. La Corte costituzionale ha evidenziato la criticità del sistema vigente: *“la necessità di un giudizio articolato in più gradi, che si concluda con una sentenza passata in giudicato demolitiva del precedente status, costituisce, in effetti, un onere gravoso a carico del figlio che intenda far accertare la propria identità biologica, e rischia di risolversi, oltre che in una violazione del principio di ragionevole durata del processo (Cost., art. 111, comma 2). (...) Una seconda criticità risiede (...) nel rischio per il figlio “di rimanere privo di status: quello oramai demolito e quello che potrebbe non palesarsi all’esito del successivo giudizio; rischio particolarmente grave quando riguardasse un minore, il cui interesse ai legami familiari merita – com’è noto – particolare tutela”*”.

La sentenza in commento prosegue poi attraverso la definizione del concetto di pregiudizialità di cui all’art. 295 c.p.c., il quale presuppone l’analisi del rapporto di possibile interferenza fra decisioni.

Il nesso di pregiudizialità si manifesta, in primo luogo, nella dipendenza logica di una controversia rispetto all’altra all’interno di un medesimo rapporto giuridico e, in secondo luogo, nella dipendenza tecnica che intercorre fra rapporti giuridici diversi ed è tale per cui l’esistenza dell’uno dipende dall’esistenza o inesistenza dell’altro. *“In sostanza, quando si verta in ipotesi di rapporti giuridici distinti ed autonomi, la pregiudizialità tecnico-giuridica consiste in una relazione tra rapporti giuridici sostanziali, uno dei quali (pregiudiziale) integra la fattispecie dell’altro (dipendente) in modo tale che la decisione sul primo rapporto si riflette necessariamente, condizionandola, sulla decisione del secondo”*.

“(...) il concetto di dipendenza fra decisioni può presupporre a sua volta l’esistenza di un rapporto di dipendenza fra le cause e, in tale accezione, il nesso di pregiudizialità è posto in

collegamento con la disposizione generale contenuta nell'art. 34 c.p.c., che regola, tra le norme dedicate alle modificazioni della competenza per ragioni di connessione, l'istituto degli accertamenti incidentali, generalmente considerato come espressione di una ratio omologa a quella dell'art. 295 c.p.c. Pertanto, al termine pregiudizialità, attesa l'identità delle situazioni disciplinate dagli artt. 34 e 295 c.p.c. (diverse, quanto agli effetti, ma analoghe quanto ai presupposti), può attribuirsi il comune scopo di eliminare il rischio di giudicati contrastanti”.

“La sospensione prevista dall'art. 295 c.p.c. presuppone, quindi, ad avviso della Corte, le seguenti condizioni: che sussista un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra due situazioni sostanziali; che queste ultime siano entrambe dedotte in giudizio; che non si realizzi o in virtù dell'art. 34 c.p.c. o per effetto degli artt. 40 e 274 c.p.c. la simultaneità del processo”.

Avendo le azioni in discussione ad oggetto l'accertamento dello stato delle persone non è possibile una pronuncia incidentale mentre non può escludersi una sospensione obbligatoria ex art. 295 c.p.c.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno, pertanto, affermato il seguente principio di diritto: *“Il giudizio di disconoscimento di paternità è pregiudiziale rispetto a quello in cui viene richiesto l'accertamento di altra paternità, così che, nel caso della loro contemporanea pendenza, il secondo va necessariamente sospeso ex art. 295 c.p.c., fino alla definizione del primo con sentenza passata in giudicato”.*

Esclusione dall'esame dello stato passivo dei creditori titolari di un diritto reale di garanzia

Argomento: Fallimento

(Cass. Civ., SS.UU., 27 marzo 2023, n. 8857)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. – (...) Il giudizio promosso da Unicredit avanti al Tribunale è un'opposizione al decreto che ha reso esecutivo lo stato passivo del fallimento di Brai Cost s.p.a.; con la domanda proposta la banca ha precisamente contestato la mancata ammissione, da parte del Giudice delegato, del credito da essa vantato. (...).

5. – (...) La fattispecie di cui si discute rientra nella figura della «responsabilità senza debito», connotata da una dissociazione, nella nozione giuridica di obbligazione, tra la categoria del debito, e quindi del dovere di adempimento cui corrisponde il credito, e quella della responsabilità, che rappresenta lo stato di assoggettamento dei beni del responsabile, che sopravviene in caso d'inadempimento, essendo al creditore attribuito il diritto di agire in esecutivis sui beni di chi è estraneo al rapporto obbligatorio (...): l'espressione descrive, cioè, la situazione in cui il terzo non è tenuto all'adempimento del debito, che fa capo ad altri, ma soggiace, nondimeno, all'azione esecutiva del titolare del diritto di prelazione. (...).

19. – (...) «I creditori titolari di un diritto di ipoteca o di pegno sui beni compresi nel fallimento costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito non possono, anche dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2006 e dal d.lgs. n. 169 del 2007, avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al titolo II, capo V della legge fallimentare, in quanto non sono creditori del fallito, né soggetti che agiscono per la restituzione o la rivendica dei beni acquisiti al fallimento.

«I detti creditori possono intervenire nel procedimento fallimentare in vista della ripartizione dell'attivo per richiedere di partecipare alla distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni compresi nella procedura che sono stati ipotecati o pignorati.

«Avverso il piano di riparto del curatore che escluda o includa (in tutto o in parte) il diritto del titolare della nuda prelazione alla distribuzione delle dette somme, il creditore ipotecario o pignoratizio e, rispettivamente, gli altri creditori interessati al riparto del ricavato della vendita del bene possono proporre reclamo a norma dell'art. 110, comma 3, l. fall.

«Il reclamo può avere ad oggetto l'esistenza, la validità e l'opponibilità al fallimento della garanzia reale, avendo anche riguardo alla sua revocabilità, oltre che l'an e il quantum del debito garantito.

«Tale accertamento non richiede la partecipazione al giudizio del debitore la cui obbligazione è garantita da ipoteca o da pegno e ha un valore endoconcorsuale, essendo, come tale, non opponibile al detto debitore, restato estraneo al procedimento fallimentare, in sede di rivalsa». (...).

20. – (...) Chiarito, dunque, alla luce di quanto osservato, che l'accertamento del diritto della banca non era suscettibile di essere fatto valere in sede di accertamento del passivo, e segnatamente, con l'opposizione allo stato passivo, va accolto il primo motivo. (...).”

Confermata la duplicazione dell'eccezione di incapacità a testimoniare

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., SS.UU., 6 aprile 2023, n. 9456)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“14. – (...) Il ricorso contiene tre motivi.

14.1. – Il primo mezzo (...) denuncia violazione o falsa applicazione di norme di diritto in relazione agli articoli 112, 115, 116, 157 e 246 c.p.c., ex articolo 360, numero 3, c.p.c., «perché il giudice di secondo grado ha errato nel condividere la statuizione del primo giudice in ordine alla non attendibilità della disposizione resa dal teste S., valutando come non verosimile il fatto che egli non ricordasse dove era diretto quella mattina, e nel condividere la statuizione del primo giudice in ordine all'incapacità a testimoniare della terza trasportata sig.ra S. L., sebbene ritualmente ammessa in fase di istruttoria, ritenendola inutilizzabile ai fini della decisione».

14.2. – Il secondo mezzo (...) denuncia violazione o falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'articolo 2697 c.c., ex articolo 360, numero 3, c.p.c., «per non aver concesso la possibilità di dimostrare la dinamica del sinistro tramite CTU tecnica, che pure era stata richiesta tempestivamente nell'atto di intervento nel giudizio di primo grado e ribadita nel corso di entrambi i giudizi di primo grado e di appello».

14.3. – Il terzo mezzo denuncia nullità della sentenza o del procedimento in relazione agli articoli 112 e 132 c.p.c., ex articolo 360, numero 4, c.p.c., per avere omesso la Corte territoriale di pronunciarsi in ordine alla richiesta di CTU tecnica, essendo tenuta a motivare sia in ordine all'ammissione della consulenza che al diniego della stessa.

16.1. – (...) L'articolo 246 c.p.c., secondo cui non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio, viene tradizionalmente considerato espressione del principio *nemo testis in causa propria*, principio di origine romanistica, sebbene di non facile attribuzione (...): esso sta ad affermare l'incompatibilità della posizione processuale di parte con quella di testimone, in forza di una valutazione compiuta a priori, la quale si risolve in ciò, che una confusione tra i due ruoli inficia, o meglio inficerebbe, almeno secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, la credibilità del teste, perché privo della condizione di terzietà che ne caratterizza, o meglio ne caratterizzerebbe, la figura.

16.9. – (...) Proprio perché l'impianto del processo civile non è improntato ad un assetto autoritario, è alle parti che spetta di scegliere, nei limiti in cui l'ordinamento lo prevede, i percorsi istruttori da seguire al fine della dimostrazione dei propri assunti, senza che possano ammettersi poteri officiosi del giudice, quanto al rilievo dell'incapacità a testimoniare, che non discendano dalla legge (...).

16.10. – (...) I limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale sono dettati da norme di carattere dispositivo e, proprio perché posti nell'interesse delle parti, sono altresì da queste derogabili (...).

(...) La stessa regola affermata per i limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale vale altrettanto per quelli soggettivi fissati dall'articolo 246 c.p.c.

17. – (...) Queste Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21670) hanno difatti già chiarito (...) che la nullità di una testimonianza resa da persona incapace ai sensi dell'articolo 246 c.p.c., essendo posta a tutela dell'interesse delle parti, è configurabile come una nullità relativa e, in quanto tale, deve essere eccepita subito dopo l'espletamento della prova, rimanendo altrimenti sanata ai sensi dell'articolo 157, comma 2, c.p.c. (...).

17.1. – L'eccezione di incapacità a testimoniare va formulata prima dell'ammissione della prova testimoniale, per l'ovvia ragione che, in mancanza di essa, il giudice, che non può rilevare d'ufficio l'incapacità, non ha il potere di applicare la regola di esclusione prevista dall'articolo 246 c.p.c., sicché è tenuto ad ammettere il mezzo, in concorso, ovviamente, coi normali requisiti dell'ammissibilità e rilevanza, sottoposti al suo controllo.

Né, d'altro canto potrebbe pensarsi ad un'eccezione di nullità (...) sollevata soltanto ex post, a seguito dell'assunzione, ma non preceduta dalla preventiva eccezione di incapacità, e ciò perché una simile condotta si scontra con il precetto dell'ultimo comma dell'articolo 157 c.p.c., secondo cui la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente, omettendo, in questo caso, di formulare a suo tempo l'eccezione (...).

L'applicazione del meccanismo conservativo previsto dalla menzionata disposizione fa insomma sì che la prova del teste ipoteticamente incapace, che sia stata assunta in assenza dell'eccezione, è ormai definitivamente purgata della nullità, dal momento che in tanto opera la regola di esclusione in quanto la parte interessata ne abbia invocato, con l'eccezione, l'applicazione. Sicché una nullità eccepita solo ex post non avrebbe senso, poiché quella nullità senza la precedente eccezione ormai più non sussiste (...).

17.3. – Una volta stabilito che, in caso di ammissione ed assunzione della prova testimoniale in violazione dell'articolo 246 c.p.c., si versa in ipotesi di nullità, ed in particolare di nullità a carattere relativo, la nullità va fatta valere nel rispetto della previsione dell'articolo 157, secondo comma, c.p.c., e cioè «nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso» (...).

17.4. – (...) L'esigenza di reiterazione si ricollega alla previsione del terzo comma dell'articolo 157 c.p.c., secondo cui la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha rinunciato «anche tacitamente» (...).

Questa Corte ha, cioè, escluso che la reiterazione delle richieste istruttorie possa consistere nel richiamo generico al contenuto dei precedenti atti difensivi, atteso che la precisazione delle conclusioni deve avvenire in modo specifico, coerentemente con la funzione sua propria di delineare con precisione il *thema* sottoposto al giudice e, come si diceva, di porre la controparte nella condizione di prendere posizione in ordine alle sole richieste istruttorie riproposte (Cass. 27 giugno 2012, n. 10748) (...).

19. – Nell'interesse della legge, ai sensi dell'articolo 363 c.p.c., vanno affermati i seguenti principi di diritto:

«L'incapacità a testimoniare disciplinata dall'articolo 246 c.p.c. non è rilevabile d'ufficio, sicché, ove la parte non formuli l'eccezione di incapacità a testimoniare prima dell'ammissione del mezzo, detta eccezione rimane definitivamente preclusa, senza che possa poi proporsi, ove il mezzo sia ammesso ed assunto, eccezione di nullità della prova».

«Ove la parte abbia formulato l'eccezione di incapacità a testimoniare, e ciò nondimeno il giudice abbia ammesso il mezzo ed abbia dato corso alla sua assunzione, la testimonianza così assunta è affetta da nullità, che, ai sensi dell'articolo 157 c.p.c., l'interessato ha l'onere di eccepire subito dopo l'escussione del teste ovvero, in caso di assenza del difensore della parte

alla relativa udienza, nella prima udienza successiva, determinandosi altrimenti la sanatoria della nullità».

«La parte che ha tempestivamente formulato l’eccezione di nullità della testimonianza resa da un teste che si assume essere incapace a testimoniare, deve poi dolersene in modo preciso e puntuale anche in sede di precisazione delle conclusioni, dovendosi altrimenti ritenere l’eccezione rinunciata, così da non potere essere riproposta in sede d’impugnazione».

(...) Inammissibile il ricorso (...).”.

Nota a cura di Debora Berta

La sentenza Cass. Civ., Sez. Un., n. 9456 del 6 aprile 2023, confermando l’orientamento prevalente già espresso, ha enunciato tre principi di diritto in punto rilevanza a sola istanza di parte della incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c., nullità relativa della prova testimoniale resa dal teste incapace ed ammessa dal Giudice, duplice onere a carico della parte interessata di rilevare, in sede istruttoria, e reiterare, alla precisazione delle conclusioni, l’eccezione di nullità.

In primo luogo, la Suprema Corte ha riaffermato il principio per cui l’incapacità a testimoniare, disciplinata dall’art. 246 c.p.c., non è rilevabile d’ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte che ne abbia interesse immediatamente prima dell’assunzione della prova stessa, precisando che, ove la parte non formuli tempestivamente l’eccezione di incapacità, detta eccezione rimane definitivamente preclusa, senza possibilità di proporre successivamente eccezione di nullità della prova, dopo che il mezzo sia stato ammesso e assunto. La Suprema Corte osserva come la natura non officiosa di tale eccezione sia connaturata e, quindi coerente con l’impianto del processo civile in cui spetta alla parte scegliere di quali mezzi istruttori valersi al fine di dimostrare i propri assunti. Fatti salvi i casi in cui la legge non disponga diversamente (si veda il rito del lavoro e il nuovo rito unitario di famiglia), il Giudice è chiamato a decidere sulla base del materiale probatorio che le parti gli hanno messo a disposizione, dovendo assicurare – secondo i principi costituzionali – solamente il pieno contraddittorio e la parità delle parti dinanzi ad un Giudice terzo ed imparziale.

In seconda battuta, ove la parte abbia formulato l’eccezione di incapacità a testimoniare immediatamente prima dell’ammissione del mezzo, e il Giudice abbia ugualmente autorizzato l’escussione ed abbia dato corso alla sua assunzione, anche implicitamente respingendo l’eccezione di incapacità, la testimonianza così assunta è affetta da nullità relativa che, ai sensi dell’art. 157, comma I, c.p.c., l’interessato ha l’onere di eccepire, pur senza formule sacramentali, subito dopo l’escussione del teste ovvero, in caso di assenza del difensore della parte alla relativa udienza, nella prima udienza successiva, determinandosi altrimenti la sanatoria della nullità ai sensi del secondo comma dell’art. 157, c.p.c. (secondo principio). Il duplice onere di eccezione, prima dell’ammissione e dopo l’assunzione del mezzo, viene spiegato dalla Suprema Corte alla luce di due principi, *in primis* in ragione dell’impossibilità logica di configurare un’eccezione di nullità di un atto che deve essere ancora compiuto, per cui l’eccezione d’incapacità a testimoniare non costituisce anche eccezione di nullità della testimonianza comunque ammessa ed assunta nonostante l’opposizione; *in secundis* in funzione del già affermato principio di disponibilità della prova per cui la parte che abbia formulato l’eccezione di incapacità a testimoniare, ben potrebbe – a testimonianza assunta – valutare l’esito dell’assunzione come favorevole alla dimostrazione dei propri assunti e sfavorevole al-

la dimostrazione di quelli avversari e, quindi, avere interesse a che la prova sia valutata dal Giudice e posta a fondamento della decisione (art. 115 c.p.c.).

In ultima battuta la Suprema Corte ha precisato quale terzo principio come la parte che abbia tempestivamente formulato l'eccezione di nullità della testimonianza resa da un teste che si aveva già rilavato essere incapace a testimoniare, debba poi dolersene in modo preciso e puntuale anche in sede di precisazione delle conclusioni, dovendosi altrimenti ritenere l'eccezione rinunciata, così da non potere essere riproposta in sede d'impugnazione. L'esigenza di reiterazione si ricollega alla previsione del comma 3 dell'art. 157 c.p.c. secondo cui la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha rinunciato anche tacitamente, ed è coerente con il principio, pacifico in giurisprudenza, che la parte che si sia vista rigettare dal giudice di primo grado le proprie richieste istruttorie ha l'onere di reiterarle in modo specifico, quando precisa le conclusioni, senza limitarsi al richiamo generico dei precedenti atti difensivi, poiché, diversamente, le stesse devono ritenersi abbandonate e non possono essere riproposte in sede di impugnazione.

Il controllo d'ufficio sull'abusività delle clausole contrattuali nel procedimento monitorio e nell'esecuzione alla luce dei principi eurounitari di equivalenza ed effettività di tutela del consumatore

Argomento: Del consumo

(Cass. Civ., SS.UU., 6 aprile 2023, n. 9479)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) 7.2. – Strumentali rispetto all'esercizio del controllo officioso cui è tenuto il giudice del monitorio sono i poteri istruttori consentiti dall'art. 640, comma 1, c.p.c. (poteri, del resto, già valorizzati, sebbene in un diverso ambito, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 410 del 2005); ciò, dunque, al fine di risolvere i seri dubbi, sorti in base agli elementi già in suo possesso, sulla presenza di clausole vessatorie (ovviamente anche in punto di competenza territoriale in violazione del foro, inderogabile, del consumatore di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. u), che rendono “insufficientemente giustificata la domanda”, impedendone l'accoglimento in tutto o in parte. (...)”

8.2.1. – In assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, il giudice dell'esecuzione (G.E.), sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito, ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio l'esistenza di una clausola abusiva che incida sulla sussistenza o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo. A tal fine, il G.E., nelle forme proprie del processo esecutivo – ossia secondo un modello strutturalmente deformalizzato (artt. 484-487 c.p.c.) –, dovrà, nel contraddittorio delle parti, provvedere, ove detto rilievo non sia possibile solo in base agli elementi di diritto e di fatto già in atti, ad una sommaria istruttoria, rispetto alla quale si presenterà, sovente, la necessità di acquisire anzitutto il contratto fonte del credito ingiunto. In particolare, ove non sia adito prima dalle parti, il G.E. potrà dare atto, nel provvedimento di fissazione, rispettivamente, dell'udienza ex art. 530 c.p.c. (nel caso di vendita o assegnazione dei beni pignorati) o ex art. 543 c.p.c. (nel caso di espropriazione presso terzi), che il decreto ingiuntivo non è motivato e invitare il creditore procedente o intervenuto a produrre, in un certo termine prima dell'udienza, il contratto fonte del credito azionato in via monitoria, così da instaurare, nell'udienza stessa, il contraddittorio delle parti sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto. All'esito, il G.E., se rileva il possibile carattere abusivo di una clausola contrattuale, ma anche se ritenga che ciò non sussista, ne informa le parti e avvisa il debitore consumatore (ciò che varrà come interpello sull'intenzione di avvalersi o meno della nullità di protezione) che entro 40 giorni da tale informazione – che nel caso di esecutato non comparso è da rendersi con comunicazione di cancelleria – può proporre opposizione a decreto ingiuntivo e così far valere (soltanto ed esclusivamente) il carattere abusivo delle clausole contrattuali

incidenti sul riconoscimento del credito oggetto di ingiunzione. Prima della maturazione del predetto termine, il G.E. si asterrà dal procedere alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito.

8.2.1.1. – Va, peraltro, evidenziato che potrebbero porsi casi in cui il debitore consumatore abbia già proposto un'opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 1, c.p.c. – dunque, prima dell'inizio dell'esecuzione, a seguito della notificazione del precetto – intendendo elidere il titolo esecutivo costituito dal decreto ingiuntivo divenuto irrevocabile proprio a motivo dell'abusività delle clausole contrattuali incidenti sul riconoscimento del credito del professionista. In tale evenienza (possibile soprattutto dopo la pubblicazione delle sentenze della CGUE del 17 maggio 2022), il giudice adito riqualificherà l'opposizione come opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. e rimetterà la decisione al giudice di questa, fissando un termine non inferiore a 40 giorni per la riassunzione (in applicazione dell'art. 50 c.p.c., in forza di interpretazione adeguatrice).

8.2.1.2. – Se, poi, sia, allo stato, già in corso un'opposizione esecutiva ed emerga un problema di abusività delle clausole del contratto concluso tra consumatore e professionista, il giudice dell'opposizione rileverà d'ufficio la questione e interpellerà il consumatore se intende avvalersi della nullità di protezione. Ove il consumatore voglia avvalersene, il giudice darà al consumatore termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. e, nel frattempo, il G.E. si asterrà dal disporre la vendita o l'assegnazione del bene o del credito.

8.2.2. – Il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, una volta investito, avrà il potere, ex art. 649 c.p.c. (quale disposizione richiamata dal comma 2 dell'art. 650 c.p.c.), di sospendere l'esecutorietà del decreto ingiuntivo in modo totale o parziale, a seconda degli effetti che potrebbe comportare l'accertamento sulla abusività clausola che viene in rilievo”.

Configurabilità del conflitto d'interessi in caso di attività difensiva svolta in favore dell'attore e dei terzi chiamati in causa dal convenuto

Argomento: Deontologia professionale

(Cass. Civ., SS.UU., 27 aprile 2023, n. 11193)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) nei rapporti tra avvocato e cliente, la nozione di conflitto d'interessi non può essere riferita restrittivamente alla sola ipotesi in cui l'avvocato si ponga in contrapposizione processuale con il suo assistito in assenza del consenso di quest'ultimo, ma comprende tutti i casi in cui, per qualsiasi ragione, il professionista si ponga processualmente in antitesi rispetto al proprio assistito (cfr. Cass., Sez. Un., 12/03/2021, n. 7030). La giurisprudenza più recente è pervenuta inoltre ad una rimediazione del principio, enunciato da pronunce più risalenti, che escludeva la configurabilità di una violazione dei canoni di correttezza, lealtà e deontologia professionale in caso di assunzione, da parte dell'avvocato, del patrocinio di soggetti portatori d'interessi solo potenzialmente contrastanti, ritenendo necessaria, al predetto fine, l'esistenza in concreto di un conflitto tra le parti (cfr. Cass., Sez. Un., 15/10/2002, n. 14619; 20/01/1993, n. 645): in contrario, è stato infatti valorizzato il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento processuale, richiamandosi l'orientamento che, **in tema di mandato ad litem, ritiene inammissibile la costituzione in giudizio di più parti a mezzo del medesimo procuratore, ogni qualvolta tra le stesse sia configurabile un conflitto d'interessi anche solo virtuale, ravvisando nel contemporaneo svolgimento di attività difensiva in favore di soggetti portatori d'istanze contrastanti una violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, costituzionalmente tutelati** (cfr. Cass., Sez. Un., 12/03/2021, n. 7030; Cass., Sez. I, 23/03/2018, n. 7363; Cass., Sez. III, 14/07/2015, n. 14634; 25/06/2013, n. 15884). Tale ampliamento della nozione di conflitto d'interessi trova d'altronde conforto nella disciplina dettata dall'art. 3 del Codice Deontologico degli Avvocati Europei, il quale dispone, in modo più specifico rispetto all'art. 24 del Codice italiano, che “l'avvocato non può fornire consulenza, rappresentare o difendere più di un cliente per la medesima controversia” non solo “qualora vi sia un conflitto”, ma anche nel caso in cui sussista “il serio rischio di un conflitto tra gli interessi di tali clienti”, aggiungendo che “l'avvocato non può accettare un incarico da un nuovo cliente” non solo, come previsto dall'art. 24 del Codice Deontologico Forense, “nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente” o “la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un'altra parte assistita o cliente”, ma anche “qualora vi sia il rischio di violazione del segreto sulle informazioni comunicate da un precedente cliente o se la conoscenza degli affari del precedente cliente da parte dell'avvocato fornirebbe al nuovo cliente un ingiusto vantaggio (...) la natura incondizionata dell'obbligo di astensione previsto dall'art. 24 del Codice Deontologico Forense, avente la finalità di salvaguardare la dignità della professione di avvocato e l'indipendenza nello svolgimento degli incarichi ricevuti, in funzione di tutela del cor-

retto esercizio del diritto costituzionale di difesa, impone infatti di ritenere, **pur in mancanza di un'espressa disposizione in tal senso, che il professionista non possa considerarsi dispensato dalla sua osservanza in virtù della mera conoscenza della situazione d'incompatibilità da parte del cliente o del consenso dallo stesso prestato alla prosecuzione dell'incarico.** In tal senso depone anche la disciplina dettata dall'art. 3.2.2 del Codice Deontologico degli Avvocati Europei, il quale stabilisce che "l'avvocato non può occuparsi degli affari di due o di tutti i clienti coinvolti qualora intervenga tra loro un conflitto di interessi": tale disposizione, solo apparentemente ripetitiva di quella prevista dal n. 1 del medesimo articolo, si riferisce in realtà proprio all'ipotesi in cui la situazione d'incompatibilità insorga in epoca successiva al conferimento dell'incarico, e vieta all'avvocato di continuare a svolgere la propria attività in favore di tutti i soggetti coinvolti nel conflitto, senza attribuire alcun rilievo all'eventuale conferma del mandato da parte degli interessati. Nessun rilievo può assumere, in contrario, la circostanza che né il Codice Deontologico Forense né quello degli Avvocati Europei indichino specificamente gli strumenti per porre rimedio al conflitto d'interessi, risultando evidente che le modalità di adempimento dell'obbligo di astensione possono essere le più varie (rifiuto del nuovo incarico, rinuncia a quello precedentemente accettato, dismissione di entrambi gl'incarichi), in relazione alla situazione in concreto determinatasi, senza che dalle stesse derivi una lesione del diritto di difesa, avuto riguardo alle valide ragioni che giustificano il diniego o l'interruzione della prestazione professionale ed alla possibilità per il cliente di avvalersi dell'assistenza o della difesa di un altro avvocato".

Nota a cura di Alessandro Marchetti Guasparini

Con la sentenza in esame, la Corte di cassazione si è occupata di una delicata questione in materia di deontologia professionale, ossia il conflitto di interessi in caso di difesa di una pluralità di parti.

Nel caso di specie, il Consiglio Nazionale Forense aveva irrogato ad un avvocato la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio della professione per la durata di due mesi, per aver violato gli artt. 9 e 24 del Codice Deontologico Forense, avendo prestato attività professionale a favore sia dell'attore che del terzo chiamato in causa da parte del convenuto, in tal modo determinandosi un conflitto d'interessi quanto meno potenziale. In particolare, era stata contestata la violazione dell'art. 24 del Codice Deontologico Forense (il quale sancisce che "*L'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale*") in quanto l'avvocato, dopo aver prestato patrocinio in giudizio a favore dell'attore, aveva assunto la difesa dei chiamati in causa dalla parte convenuta.

L'avvocato aveva quindi proposto ricorso contro la sentenza del Consiglio Nazionale Forense avanti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione *ex art. 36, comma 6, L. n. 247/2012*, sostenendo, in primo luogo, che la sentenza impugnata non aveva considerato che le parti assistite dal medesimo avvocato non avevano avanzato alcuna pretesa reciproca e che, inoltre, non aveva ritenuto corretto rimettere il mandato, non potendosi l'attore permettere un altro difensore e non risultando la linea difensiva dello stesso incompatibile con quella del terzo.

La Suprema Corte ha, in via preliminare, ricordato che le sentenze del CNF possono essere impugnate innanzi alle Sezioni Unite soltanto per incompetenza, eccesso di potere e violazio-

ne di legge, nonché ai sensi dell'art. 111 Cost., per vizio di motivazione. Oggetto di censura, al contrario, non può essere *“l'accertamento del fatto e l'apprezzamento della sua gravità ai fini della concreta individuazione della condotta costituente illecito disciplinare e della valutazione dell'adeguatezza della sanzione irrogata”*. In particolare, la Corte di cassazione ha evidenziato che, per consolidato orientamento giurisprudenziale [1], *“la violazione delle regole poste dal Codice Deontologico Forense non è deducibile ex se, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, ma solo in quanto si colleghi agli indicati vizi di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, ossia ad una delle ragioni per le quali l'art. 36, comma 6 L. n. 247 cit. consente il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione”*.

Precisato il limite del proprio sindacato, la Corte si è concentrata sul merito della questione, evidenziando in primo luogo che l'art. 24 del Codice Deontologico Forense (che sanziona l'avvocato che agisce in conflitto di interessi) ha la finalità di *“salvaguardare l'indipendenza dell'avvocato, garantendone la libertà da pressioni o condizionamenti di qualsiasi genere, anche correlati ad interessi riguardanti la propria sfera personale”*. In tale senso è orientato anche il comma 3 dell'art. 24, il quale sancisce che *“il conflitto di interessi sussiste anche nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente, la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un'altra parte assistita o cliente, l'adempimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento del nuovo incarico”*. Sulla scorta di tale disposizione, la giurisprudenza della Corte ha censurato diverse ipotesi di possibile interferenza tra accettazione di un nuovo incarico professionale e adempimento di un altro mandato precedentemente ricevuto, giungendo ad affermare che *“nei rapporti tra avvocato e cliente, la nozione di conflitto d'interessi non può essere riferita restrittivamente alla sola ipotesi in cui l'avvocato si ponga in contrapposizione processuale con il suo assistito in assenza del consenso di quest'ultimo, ma comprende tutti i casi in cui, per qualsiasi ragione, il professionista si ponga processualmente in antitesi rispetto al proprio assistito”* [2].

Nelle proprie argomentazioni, la Suprema Corte ha inoltre dato atto di un filone giurisprudenziale che escludeva la violazione dei canoni di correttezza e deontologia professionale, in caso di assunzione, da parte dell'avvocato, del patrocinio di soggetti portatori d'interessi solo potenzialmente contrastanti, ritenendo necessaria l'esistenza in concreto di un conflitto tra le parti [3]. Tale orientamento deve ritenersi superato, anche alla luce dei principi fondamentali dell'orientamento processuale, mediante il richiamo a quelle pronunce in tema di procura alle liti che hanno sancito l'inammissibilità della costituzione in giudizio di più parti a mezzo del medesimo procuratore, *“ogni qualvolta tra le stesse sia configurabile un conflitto d'interessi anche solo virtuale”* in quanto il contemporaneo svolgimento di attività difensiva in favore di soggetti portatori di istanze contrastanti costituirebbe *“una violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, costituzionalmente tutelati”* [4]. La Suprema Corte ha pertanto concluso che *“ai fini dell'insorgenza dell'obbligo di astensione a carico dell'avvocato, non è dunque necessario che tra gl'interessi delle parti da lui patrocinate sia configurabile un conflitto immediato ed attuale, risultando invece sufficiente un contrasto anche meramente virtuale, ricollegabile all'incompatibilità delle rispettive posizioni sostanziali o processuali, la quale impone al legale di compiere una scelta tra gli incarichi da assumere”*.

La Corte ha ritenuto ugualmente irrilevante la conoscenza e/o conoscibilità *ex ante* del sorgere del conflitto di interessi, in quanto *“la natura incondizionata dell'obbligo di astensione previsto dall'art. 24 del Codice Deontologico Forense, avente la finalità di salvaguardare la dignità della professione di avvocato e l'indipendenza nello svolgimento degli incarichi ricevuti, in funzione di tutela del corretto esercizio del diritto costituzionale di difesa, impone infatti di ritenere, pur in mancanza di un'espressa disposizione in tal senso, che il professioni-*

sta non possa considerarsi dispensato dalla sua osservanza in virtù della mera conoscenza della situazione d'incompatibilità da parte del cliente o del consenso dallo stesso prestato alla prosecuzione dell'incarico".

In applicazione dei principi suesposti, la Cassazione ha affermato la configurabilità, nel caso di specie, di un conflitto di interessi tra l'attore ed i terzi chiamati, dal momento che questi avevano interesse non solo a resistere alla domanda proposta nei loro confronti dalla parte convenuta, ma, ancor prima, a sostenere le ragioni della convenuta nei confronti dell'attrice (patrocinata dal medesimo avvocato), al fine di evitare che l'accoglimento della domanda principale potesse comportare l'imposizione a loro carico dell'obbligo di rivalerla dell'importo che essa fosse stata eventualmente condannata a restituire all'attore.

[1] Cass. Civ. SS.UU., n. 13168/2021; Cass. Civ. SS.UU., n. 15873/2013.

[2] Cass. Civ. SS.UU., n. 7030/2021.

[3] Cass. Civ. SS.UU., n. 14629/2002; Cass. Civ. SS.UU., n. 645/1993.

[4] Cass. Civ. SS.UU., n. 7030/2021.

Ai fini della estinzione degli usi civici occorre formale provvedimento di sdemanializzazione, in assenza del quale il decreto espropriativo è invalido

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., SS.UU., 10 maggio 2023, n. 12570)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“Poiché i beni gravati da uso civico di dominio collettivo sono assimilabili a quelli demaniali (costituendone – secondo alcuni indirizzi – una particolare categoria), l’approdo ermeneutico, in relazione al loro regime giuridico sul punto, non può essere che lo stesso, nel senso che l’esperimento della procedura espropriativa per pubblica utilità, affinché possa essere ritenuta legittima, deve essere proceduta dalla preventiva “sdemanializzazione” di siffatti tipi di beni. Pertanto la “sdemanializzazione degli usi civici collettivi” non può verificarsi – “mediatamente” – direttamente con l’esecuzione di una procedura di espropriazione per pubblica utilità e ciò anche in virtù della ragione di fondo che, a fronte della garanzia della quale godono gli interessi primari della persona (anche nella forma della soggettività collettiva, propriamente tutelata dalla disciplina degli usi civici “in re propria”), nessuno spazio può considerarsi aperto a valutazioni discrezionali di autorità amministrative o, comunque, esercenti attività di corrispondente natura, potendo e dovendo esse operare nella più stretta osservanza delle norme e dei criteri prefissati dalla legge; il che induce a configurare i relativi provvedimenti come atti vincolati, ovvero adottabili con mera efficacia esecutiva, in virtù della funzione peculiarmente assoluta. La “sdemanializzazione” deve, quindi, realizzarsi tramite le procedure e sulla base dei criteri individuati dalla legge per ciascuna categoria di beni pubblici e non attraverso una mera comparazione di interessi pubblici connessi all’utilizzazione del bene attuata dall’autorità espropriante secondo le regole del diritto amministrativo comune. Una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con la disciplina e la finalità stessa degli usi civici. In definitiva, con riferimento alla questione di massima di particolare importanza sottoposta al vaglio di queste Sezioni unite, va affermato il principio in virtù del quale **i diritti di uso civico gravanti su beni collettivi non possono essere posti nel nulla (ovvero considerati implicitamente estinti) per effetto di un decreto di espropriazione per pubblica utilità, poiché la loro natura giuridica assimilabile a quella demaniale lo impedisce, essendo, perciò, necessario, per l’attuazione di una siffatta forma di espropriazione, un formale provvedimento di sdemanializzazione, la cui mancanza rende invalido il citato decreto espropriativo che implichi l’estinzione di eventuali usi civici di questo tipo ed il correlato trasferimento dei relativi diritti sull’indennità di espropriazione**”.

La vicenda da cui ha avuto origine la controversia sottoposta all'esame delle Sezioni Unite concerne alcuni terreni siti nel Comune di Alfedena (L'Aquila), gravati da uso civico a partire dal 1954.

Con sentenza n. 15/2015 il Commissario per gli usi civici, sul presupposto dell'illegittimità dell'espropriazione stante il mancato rispetto delle procedure di cui all'art. 12 l. 16 giugno 1927, n. 1766 e del regolamento approvato con R.D. 26 febbraio 1928, n. 332, accoglie la domanda del Comune di dichiarazione della natura demaniale civica di quei terreni, ordinando la reintegra nel possesso dell'avente diritto, e dichiarando la nullità degli atti pubblici e privati disposti su quei terreni.

La Corte d'appello di Roma conferma la sentenza del giudice di primo grado, statuendo che i beni di uso civico appartenenti al demanio universale o comunale non sono suscettibili di espropriazione per pubblica utilità senza l'osservanza delle procedure di cui agli artt. 12 e ss. della legge n. 1766/1927, se non previa sdemanializzazione.

In seguito al ricorso per Cassazione ex art. 360 c.p.c. proposto da Enel s.p.a., la Seconda Sezione della Suprema Corte ha emesso l'ordinanza interlocutoria n. 34460/2022 con la quale ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di massima di particolare importanza:

“è ammissibile l'espropriazione per pubblica utilità dei beni gravati da usi civici di dominio della collettività, prescindendo da una loro preventiva espressa sdemanializzazione? O si può ritenere sussistente una incommerciabilità (rectius: una indisponibilità) relativa di tali beni, che viene a cessare allorquando sopravvenga e si faccia valere un diverso interesse statale (o pubblico che sia), del tipo di quelli che si accertano e realizzano con il procedimento espropriativo per pubblica utilità ovvero con altri atti formali?”.

Le Sezioni Unite, con sentenza del 10 maggio 2023 n. 12570, hanno affermato il seguente principio di diritto:

“I diritti di uso civico gravanti su beni collettivi non possono essere posti nel nulla (ovvero considerati implicitamente estinti) per effetto di un decreto di espropriazione per pubblica utilità, poiché la loro natura giuridica assimilabile a quella demaniale lo impedisce, essendo, perciò, necessario, per l'attuazione di una siffatta forma di espropriazione, un formale provvedimento di sdemanializzazione, la cui mancanza rende invalido il citato decreto espropriativo che implichi l'estinzione di eventuali usi civici di questo tipo ed il correlato trasferimento dei relativi diritti sull'indennità di espropriazione”.

Gli “usi civici” sono definiti come diritti di godimento spettanti ad una collettività su beni appartenenti al demanio o a un Comune o a un privato al fine di soddisfare i bisogni essenziali della comunità, storicamente individuati nell'esercizio del pascolo, del legnatico e dello strumatico.

Nell'impianto codicistico gli usi civici vengono in rilievo nell'ambito dell'art. 825 cod. civ., che prevede la figura giuridica dei diritti demaniali su beni altrui.

In particolare, gli usi civici, oltre a gravare su diritti e su beni privati (c.d. usi civici in re aliena), possono insistere anche su beni pubblici, cioè su beni che a loro volta appartengono ad enti esponenziali della collettività degli utenti collettivi, normalmente a Comuni, frazioni di Comuni, Università, Associazioni agrarie (c.d. usi civici in re propria).

Si dà atto del contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alla vexata quaestio se ai fini dell'espropriazione per pubblica utilità dei terreni di uso civico in re propria, nel regime antecedente all'entrata in vigore delle modifiche di cui alla l. n. 221/2015, sia necessaria la pre-

ventiva formale sdemanializzazione del bene, o se, a tal fine, sia sufficiente il decreto di esproprio.

Tale contrasto è stato messo in evidenza dall'ordinanza interlocutoria n. 34460/2022 con la quale la predetta questione di massima importanza è stata rimessa alle Sezioni Unite.

In particolare, una prima ricostruzione ermeneutica, espressa dalla sentenza della Corte di cassazione, Sezione seconda civile, 26 aprile 2007, n. 9986, si è pronunciata in termini positivi, ammettendo la possibilità di espropriare i beni su cui insistono gli usi civici anche in assenza di previa sdemanializzazione.

Secondo tale indirizzo, i beni gravati dagli usi civici non sono assimilabili a beni demaniali, pertanto, risultano passibili di espropriazione diretta per pubblica utilità.

L'ancoraggio normativo del predetto orientamento è da rinvenirsi nell'articolo 52 legge n. 2359 del 1865, in base al quale anche i diritti di uso civico possono essere espropriati direttamente.

Peraltro, si rileva l'assenza di una previsione normativa che equipari in via espressa i beni demaniali a quello di uso civico, a prescindere dalla distinzione tra usi civici in re aliena e in re propria.

La bontà della tesi in argomento viene sostenuta anche alla luce della giurisprudenza costituzionale. In particolare, la Consulta, con sentenza 11 luglio 1989 n. 391, affermerebbe che "al regime di inalienabilità dei beni di uso civico (che, più esattamente, dovrebbe definirsi di alienabilità controllata) non inerisce la condizione di beni non suscettibili di espropriazione forzata per pubblica utilità, né può essere citata in contrario la sentenza di questa Corte n. 67 del 1957".

Con l'ulteriore sentenza n. 156/1995, la Corte costituzionale sosterrrebbe, inoltre, la possibilità che il decreto di esproprio non sia preceduto dalla sdemanializzazione.

Per contro, secondo un contrapposto indirizzo giurisprudenziale, i beni gravati da uso civico non sono espropriabili per pubblica utilità se non previa sdemanializzazione.

Tale orientamento è compiutamente espresso dalle Sezioni Unite, 11 giugno 1973, n. 1671, che partono dalla premessa che gli usi civici vengono classificati dalla legge n. 1766/1927 in due categorie: quelli che si esercitano su beni appartenenti a privati e quelli che si esercitano su beni appartenenti alla collettività degli utenti.

Per gli usi civici della prima categoria, che sono destinati alla liquidazione, è pacifico che, qualora i beni che ne sono oggetto siano espropriati per causa di pubblica utilità prima della liquidazione, i diritti di uso civico si trasferiscono sull'indennità di espropriazione.

In merito agli usi civici della seconda categoria, questi ultimi si configurano come diritti di una collettività su beni propri, aventi una destinazione peculiare e caratterizzati dal regime di indisponibilità e inalienabilità, analogo a quello dei beni demaniali, il quale implica che non sono neppure espropriabili per causa di pubblica utilità se non previa sdemanializzazione.

A sostegno dell'indirizzo in commento viene richiamata anche la sentenza n. 19792/2011 della Terza Sezione civile della Corte di cassazione che valorizza il regime di incommerciabilità dei beni gravati da usi civici, scaturente dal vincolo di funzionalizzazione al soddisfacimento di bisogni della collettività di riferimento, con conseguente equiparazione ad un bene demaniale.

Da ciò consegue il divieto di assoggettare il bene a vicende circolatorie, ivi comprese quelle che hanno luogo in esito all'espropriazione forzata.

Tale orientamento fa, inoltre, espresso rinvio alla sentenza della Corte costituzionale n.71/2020, che ha sostenuto come la cessazione dell'uso civico costituisca un prius logico-giuridico rispetto al decreto d'esproprio.

Tale indirizzo sarebbe avallato anche dall'ulteriore pronuncia n. 375/1999 della Corte di

cassazione, che avrebbe ritenuto nullo il decreto di esproprio in difetto di previa sdemanializzazione, in quanto in contrasto con la natura demaniale degli usi civici.

Il suesposto contrasto giurisprudenziale è stato affrontato e risolto dalle Sezioni Unite con la pronuncia in commento che ha affermato la necessità di una previa sdemanializzazione, in difetto della quale il provvedimento di espropriazione è irrimediabilmente invalido.

Il percorso argomentativo delle Sezioni Unite prende le mosse dalla previsione normativa secondo la quale, in caso di espropriazione di un bene gravato da uso civico, quest'ultimo si estingue ed i relativi diritti si trasferiscono sull'indennità di esproprio.

In proposito, la Suprema Corte precisa che tale previsione è riferibile agli usi civici in re aliena, mentre non è estendibile a quelli in re propria. Per questi ultimi la sdemanializzazione non può essere implicita nel decreto di esproprio, ma deve essere formalmente adottata ex ante.

Invero, l'uso civico che si esercita su beni appartenenti alla collettività è assimilabile al bene demaniale e soggiace al medesimo regime dei beni demaniali, fino alla formale sdemanializzazione.

Inoltre, l'atto di sdemanializzazione non può ritenersi implicito o ricompreso nel provvedimento di esproprio, ma deve trattarsi di un provvedimento espresso e formale, in quanto è nel procedimento finalizzato alla sdemanializzazione che si procede alla comparazione dei contrapposti interessi oggetto di tutela, al fine di stabilire la preferenza degli uni rispetto agli altri.

Conseguentemente, in difetto di una previa sdemanializzazione, è preclusa l'espropriazione per pubblica utilità di un bene gravato da uso civico.

In particolare, le Sezioni Unite sostengono che, "poiché i beni gravati da uso civico di dominio collettivo sono assimilabili a quelli demaniali, l'approdo ermeneutico, in relazione al loro regime giuridico sul punto, non può che essere lo stesso, nel senso che l'esperimento della procedura espropriativa per pubblica utilità, affinché possa essere ritenuta legittima, deve essere preceduta dalla sdemanializzazione".

La sdemanializzazione degli usi civici collettivi non può avvenire in maniera implicita, ovvero tramite l'esecuzione di una procedura di espropriazione di pubblica utilità, ma, tenendo conto del fatto che questi usi civici sono preordinati alla tutela di interessi di rilievo costituzionale, nessuno spazio è consentito per valutazioni inesprese.

La sdemanializzazione deve, quindi, realizzarsi tramite una formale procedura che consenta una compiuta comparazione degli interessi in gioco.

Da ciò discende la necessità che sussista un formale provvedimento di sdemanializzazione, la cui mancanza rende invalido il decreto espropriativo, che non può determinare l'estinzione dell'uso civico e il trasferimento dei relativi diritti sull'indennità di espropriazione.

Inoltre, le Sezioni Unite precisano che la norma che prevede l'estinzione dell'uso civico in conseguenza dell'espropriazione per pubblica utilità e il trasferimento del relativo diritto sull'indennità espropriativa, fa riferimento agli usi civici in re aliena, quindi, ha riguardo ad un bene privato e non ad un bene demaniale. Pertanto, è possibile espropriare tale bene senza procedere ad alcuna sdemanializzazione.

Invero, in siffatta ipotesi il decreto di esproprio per pubblica utilità estingue la proprietà privata, estingue l'uso civico, nonché i diritti spettanti alla collettività.

Quanto sopra esposto non vale, invece, per l'uso civico in re propria, avente un regime equiparabile al bene demaniale e quindi è inalienabile, inusucapibile, non trasferibile, né espropriabile, non suscettibile di espropriazione per pubblica utilità, se non previa sdemanializzazione che, considerando la rilevanza costituzionale degli interessi in gioco, non può ritenersi implicita nello stesso provvedimento di esproprio e nella dichiarazione di pubblica utilità, che ne precede l'adozione, ma deve avvenire formalmente attraverso l'adozione di questo atto di formale sdemanializzazione.

A sostegno del proprio percorso argomentativo, le Sezioni Unite valorizzano, tra i tanti precedenti, la decisione del 1973 n. 1671.

Invero, il principio di diritto di siffatta pronuncia è espressivo dell'affinità tra beni demaniali e demanio collettivo, confermando che il regime di indisponibilità e inalienabilità cui quest'ultimo è assoggettato lo rende espropriabile solo previo atto di cessazione della qualità demaniale.

Tale premessa argomentativa consente la risoluzione della questione giurisdizionale, poiché la necessaria presenza di un atto di sdemanializzazione esclude che il terreno sia stato oggetto di ablazione in sua assenza, radicando la giurisdizione del Commissario liquidatore sui terreni ancora gravati da usi civici.

Infine, per effetto della legge n. 168/2017, la tutela del regime dei diritti di uso civico collettivo si pone in stretta correlazione con la difesa paesistico-ambientale, configurandosi i demani collettivi quali strumenti attuativi dei valori costituzionali espressi dagli artt. 2, 9, 42 comma 2, 43 Cost.

In precedenza, la legge n. 221/2015, rubricata "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo delle risorse naturali", ha modificato l'articolo 4 Testo unico espropriazioni, prevedendo che "i beni gravati da usi civici non possono essere espropriati o asserviti coattivamente se non viene pronunciato il mutamento di destinazione d'uso, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico".

Ai fini dell'illecito di cui all'art. 68 del Codice Deontologico Forense non rileva se il precedente patrocinio sia stato svolto in favore della ditta individuale e non direttamente della persona che ne è titolare

Argomento: Deontologia professionale

(Cass. Civ., SS.UU., 29 maggio 2023, n. 14933)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“L'art. 68 della l. cit. prevede che “l'avvocato può assumere un incarico professionale contro una parte già assistita solo quando sia trascorso almeno un biennio dalla cessazione del rapporto professionale”. Dalla circostanza che la norma adoperi il termine “parte”, anziché quelli di “cliente” o “persona”, non può pretendersi (come invece fa il ricorrente) che la norma abbia alluso al soggetto non in quanto tale ma in relazione alle posizioni giuridiche coinvolte nell'affare affidato all'avvocato. Ciò è in dissidio con la più elementare logica, non soltanto giuridica, poiché ai fini dell'illecito disciplinare rileva il nocumento d'immagine cagionato alla professione forense nel caso in cui l'avvocato, dopo aver assunto la difesa di un soggetto, diventi difensore di un suo avversario senza che sia trascorso un adeguato intervallo temporale. La tesi del ricorrente determinerebbe l'effetto di sterilizzare il significato stesso della formula impiegata dal legislatore, per la necessità di discernere “il bene giuridico effettivamente difeso” al di là del soggetto che abbia postulato di esserne titolare. In altre parole, **dire che oggetto dell'antecedente rapporto professionale non era “la persona” di B.B. bensì l'affare, che nel concreto aveva avuto a oggetto il recupero di crediti relativi alla ditta individuale, implica l'artificio di identificare il soggetto con l'affare in sé, in netta violazione del testo – chiarissimo – oltre che della evidente ratio della previsione evocata. III. – Né d'altronde nel caso della ditta individuale esiste un'impresa che possa dirsi distinta dal soggetto che ne è titolare.** La ditta individuale non è un soggetto diverso dal titolare, ma è semplicemente il nome col quale l'imprenditore esercita la sua attività. [...] In questa prospettiva non è necessario più di tanto rimarcare l'ovvia differenza, a fini disciplinari, che corre rispetto al caso – da queste Sezioni Unite affrontato – in cui l'avvocato abbia svolto invece incarichi professionali in favore di una società in nome collettivo e, di seguito, difeso alcuni dei soci (Cass. Sez. U. n. 8337-22). Ciò anche a voler prescindere dal fatto che nei rapporti tra avvocato e cliente la nozione di conflitto di interessi, rilevante ai sensi del richiamato e complementare art. 24 del vigente codice deontologico forense, comprende tutti i casi in cui, per qualsiasi ragione, il professionista si ponga processualmente in antitesi con il proprio assistito (v. Cass. Sez. U. n. 7030-21)”.

“Palmario” avvocati, vige sempre l’obbligo di fatturazione

Argomento: Deontologia professionale

(Cass. Civ., SS.UU., 8 giugno 2023, n. 16252)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 6. – Le censure articolate dal ricorrente muovono dal presupposto interpretativo secondo cui l’importo corrisposto a titolo di “palmario” dalla cliente al proprio avvocato non sarebbe soggetto agli obblighi di fatturazione. Si tratta di un presupposto interpretativo erraneo. Il “palmario”, infatti, costituisce una componente aggiuntiva del compenso, riconosciuta dal cliente all’avvocato in caso di esito favorevole della lite a titolo di premio o di compenso straordinario per l’importanza e difficoltà della prestazione professionale. La connotazione premiante del “palmario” non fa venir meno la sua natura di compenso: come tale, esso soggiace agli obblighi fiscali previsti dalla legge ed al relativo obbligo di fatturazione.

Il codice deontologico forense richiama il dovere di adempimento fiscale, prevedendo, all’art. 16, che l’avvocato deve provvedere agli adempimenti fiscali previsti dalle norme in materia. A sua volta, l’art. 29, terzo comma, dello stesso codice fa obbligo all’avvocato di emettere il prescritto documento fiscale per ogni pagamento ricevuto. Viene in rilievo, secondo l’ordinamento generale, l’art. 21 del d.P.R. n. 633 del 1972, puntualmente richiamato nella sentenza impugnata, in base al quale l’obbligo di fatturazione va assolto all’atto del pagamento del corrispettivo, quando, cioè, la prestazione professionale dell’avvocato si considera effettuata. Pertanto, l’avvocato ha l’obbligo, previsto dagli artt. 16 e 29, terzo comma, del codice deontologico, di emettere fattura tempestivamente e contestualmente alla riscossione di ogni pagamento ricevuto, anche quando l’attribuzione patrimoniale effettuata in favore del medesimo costituisca adempimento del “palmario” convenuto in sede di conferimento del mandato difensivo. L’inosservanza di questo precetto ha rilevanza disciplinare.

L’obbligo di fatturazione costituisce, infatti, espressione dei doveri di solidarietà e correttezza fiscale, cui l’avvocato è tenuto, non soltanto in funzione della giusta redistribuzione degli oneri, ma anche a tutela della propria immagine e, più in generale, della credibilità della classe forense. Il dovere di lealtà e correttezza fiscale nell’esercizio della professione è un canone generale dell’agire di ogni avvocato, che mira a tutelare l’affidamento che la collettività ripone nell’avvocato stesso quale professionista leale e corretto in ogni ambito della propria attività. (...)”.

Nota a cura di Domenica Russo

La Cassazione Civile, con sentenza dell'8 giugno 2023 n. 16252 pronunciata a Sezioni Unite, ha confermato la pronuncia del Consiglio Nazionale Forense con la quale era stata accertata la violazione degli obblighi di fatturazione previsti dal nuovo Codice Deontologico Forense.

La decisione in esame muove da un reclamo proposto da un avvocato che era stato sottoposto a procedimento disciplinare e alla sanzione della censura *“per essere venuto meno ai doveri di fedeltà, correttezza, probità e diligenza che caratterizzano la professione forense”*.

Nel caso specifico, era accaduto che il ricorrente avesse pattuito con il cliente una somma ulteriore rispetto al normale compenso calcolato secondo prassi con le tariffe forensi, ossia il c.d. *“palmario”*.

Il Consiglio Distrettuale di Disciplina territorialmente competente ha ritenuto sussistente la violazione degli artt. 9 e 29, comma 3, del nuovo Codice Deontologico Forense, per aver omesso il rilascio del documento fiscale relativo al pagamento della somma percepita a titolo di palmario e gli ha applicato la sanzione della censura.

L'avvocato ha impugnato il suddetto provvedimento, contestando l'assoggettabilità del palmario all'obbligo fiscale di fatturazione e sostenendo che – in ogni caso – la somma integrava una *“mera regalia”* o una liberalità.

Tuttavia, il C.N.F. ha rigettato il gravame, ritenendo il palmario, nonostante la sua natura premiale, una vera e propria componente aggiuntiva del compenso e, per tale motivo, il professionista risulta tenuto al generale obbligo di emissione della fattura.

Il provvedimento del Consiglio Nazionale Forense è stato impugnato dinnanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte, alla stregua di quanto previsto dall'art. 36, comma 6 della Legge professionale forense (n. 247 del 2012).

In prima battuta, è utile specificare che per *“palmario”* si intende l'accordo tra avvocato e cliente che prevede il pagamento, in favore del professionista, di una somma ulteriore in ragione del risultato perseguito (solitamente la vittoria della lite) o della complessità dell'attività svolta; trattasi di un compenso straordinario ed integrativo rispetto al normale onorario, da considerarsi legittimo essendo consentito alle parti di convenire un compenso libero.

La giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civ., Sez. II – 3, 28/06/2017, n. 16214) aveva già precisato che il palmario possa considerarsi valido, a condizione che esso sia stato pattuito in forma scritta oppure, in ogni caso, provato dall'avvocato. Infatti, il professionista che ne deduce la pattuizione con il cliente è soggetto all'onere probatorio riguardo l'esistenza di detto accordo, nel rispetto del principio generale in forza del quale di fronte alla prova dell'avvenuto pagamento di una somma di denaro il convenuto è tenuto a provare il titolo in forza del quale ha trattenuto la somma ricevuta.

In mancanza di accordo scritto o di altra prova, la pretesa su una percentuale della somma ottenuta all'esito della lite non integra la fattispecie palmario bensì il patto di quota lite, vietato nel nostro ordinamento.

Ciò detto, la Cassazione con la sentenza in commento, nel rigettare il ricorso, afferma che le censure articolate dal deducente si fondano sul presupposto interpretativo errato di ritenere che le somme oggetto del compenso aggiuntivo non siano soggette ad obbligo di fatturazione.

Per le Sezioni Unite, infatti, *“La connotazione premiante del “palmario” non fa venir meno la sua natura di compenso: come tale, esso soggiace agli obblighi fiscali previsti dalla legge ed al relativo obbligo di fatturazione”*.

Del resto, il Codice Deontologico Forense stabilisce, da un lato, il dovere generale di adempimento fiscale, prevedendo che l'avvocato deve provvedere agli adempimenti fiscali previsti dalle norme in materia (articolo 16) e, *“a sua volta, l'art. 29, terzo comma, dello stesso codice fa obbligo all'avvocato di emettere il prescritto documento fiscale per ogni pagamento ricevuto”*.

Dunque, ciascun pagamento ricevuto soggiace all'obbligo di fatturazione e, per tali ragioni, è necessario emettere fattura tempestivamente e contestualmente alla riscossione di ogni pagamento ricevuto, anche quando l'attribuzione patrimoniale effettuata in favore dello stesso costituisca adempimento del “palmario” convenuto in sede di conferimento del mandato professionale.

Nel caso *de quo*, il pagamento extra ricevuto dal professionista è stato sussunto alla fattispecie del palmario.

In sede di legittimità, infatti, vengono ripercorse e condivise le motivazioni addotte dal C.N.F. a sostegno della qualificazione della somma in esame come palmario e non come liberalità.

Dalle risultanze istruttorie, infatti, erano emersi elementi tali da considerare raggiunta la prova che il pagamento effettuato dalla cliente in favore del professionista fosse l'adempimento del palmario.

A questo scopo, oltre alla contrattualizzazione dell'importo, è stata fornita particolare rilevanza a due elementi: l'esistenza di un pagamento a beneficio del difensore per mezzo di assegno bancario, nonostante nel giudizio la convenuta fosse stata condannata al pagamento delle spese; la deposizione testimoniale del cliente e la circostanza che la somma era stata oggetto di procedimento monitorio, circostanza che permetteva di escludere con certezza che si potesse trattare di una regalia.

A nulla sono servite le difese del ricorrente, fondate, in particolare, sulla circostanza che la cliente non avesse mai richiesto l'emissione della fattura, da considerarsi prova dello spirito di liberalità.

Difatti, l'asserito intento liberale era in ogni modo stato smentito *“da plurimi elementi oggettivi emersi nel corso dell'istruttoria dibattimentale e, in particolare, dalla circostanza che l'incolpato aveva ottenuto, nei confronti della cliente, un decreto ingiuntivo per il pagamento del saldo del compenso aggiuntivo pattuito”*.

L'inosservanza di tale precetto ha rilievo disciplinare, poiché l'obbligo di fatturazione è espressione dei doveri di solidarietà e correttezza fiscale, cui il legale tenuto anche a tutela della propria immagine e della credibilità dell'intera classe forense.

La Suprema Corte ha dunque ribadito, all'esito, il seguente principio di diritto:

“Il “palmario” costituisce una componente aggiuntiva del compenso, riconosciuta dal cliente all'avvocato in caso di esito favorevole della lite a titolo di premio o di compenso straordinario per l'importanza e difficoltà della prestazione professionale. La connotazione premiante del “palmario” non fa venir meno la sua natura di compenso: come tale, esso soggiace agli obblighi fiscali previsti dalla legge ed al relativo obbligo di fatturazione. Pertanto, l'avvocato ha l'obbligo, previsto dagli artt. 16 e 29, terzo comma, del codice deontologico, di emettere fattura tempestivamente e contestualmente alla riscossione di ogni pagamento ricevuto, anche quando l'attribuzione patrimoniale effettuata in favore del medesimo costituisca adempimento del “palmario” convenuto in sede di conferimento del mandato difensivo.

Costituisce illecito disciplinare dell'avvocato, sanzionabile con la censura, il mancato rilascio del documento fiscale relativo al pagamento di una somma corrispostagli dalla cliente a titolo di “palmario””.

Danno da emotrasfusione ed efficacia del verbale della Commissione medico ospedaliera

Argomento: Del risarcimento del danno

(Cass. Civ., SS.UU., 6 luglio 2023, n. 19129)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(...) 21. – «a) nel giudizio risarcitorio promosso nei confronti del Ministero della Salute in relazione ai danni subiti per effetto della trasfusione di sangue infetto, il verbale redatto dalla Commissione medica di cui all’art. 4 della legge n. 210 del 1992 non ha valore confessorio e, al pari di ogni altro atto redatto da pubblico ufficiale, fa prova ex art. 2700 cod. civ. dei fatti che la commissione attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati dalla stessa compiuti, mentre le diagnosi, le manifestazioni di scienza o di opinione costituiscono materiale indiziario soggetto al libero apprezzamento del giudice che, pertanto, può valutarne l’importanza ai fini della prova, ma non può attribuire allo stesso il valore di prova legale;

b) nel medesimo giudizio, il provvedimento amministrativo di riconoscimento del diritto all’indennizzo ex lege n. 210 del 1992, pur non integrando una confessione stragiudiziale, costituisce un elemento grave e preciso da solo sufficiente a giustificare il ricorso alla prova presuntiva e a far ritenere provato, per tale via, il nesso causale, sicché il Ministero per contrastarne l’efficacia è tenuto ad allegare specifici elementi fattuali non potuti apprezzare in sede di liquidazione dell’indennizzo o sopravvenute acquisizioni della scienza medica, idonei a privare la prova presuntiva offerta dal danneggiato dei requisiti di gravità, precisione e concordanza che la caratterizzano;

c) nel giudizio di risarcimento del danno il giudicato esterno formatosi fra le stesse parti sul diritto alla prestazione assistenziale ex lege n. 210 del 1992 fa stato quanto alla sussistenza del nesso causale fra emotrasfusione e insorgenza della patologia ed il giudice del merito è tenuto a rilevare anche d’ufficio la formazione del giudicato, a condizione che lo stesso risulti dagli atti di causa.». (...)”.

Sul rinvio della Cassazione al Consiglio di Stato in materia di concessioni balneari: la proroga

Argomento: Della giurisdizione e della competenza in generale

(Cass. Civ., SS.UU., 23 novembre 2023, n. 32559)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. – Il signor (...) titolare di una concessione demaniale marittima e gestisce uno stabilimento balneare in Lecce, (...).

In vista della scadenza del titolo concessorio alla data del 31 dicembre 2020, egli aveva proposto istanza al fine di conseguire la proroga della concessione fino al 31 dicembre 2033, ex articolo 1, co. 682, legge n.145/2018, ma il Comune di Lecce aveva deliberato di respingerla e di rivolgergli formale interpello al fine di conoscere se egli intendesse avvalersi della facoltà di prosecuzione dell’attività, ex articolo 182 del d.l. n. 34/2020, convertito con legge n. 77/2020, con contestuale pagamento del canone per l’anno 2021 o, in via alternativa, non avvalersi di tale facoltà e accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di tre anni.

2. – Il suo ricorso è stato accolto dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione distaccata di Lecce, con sentenza n. 71 del 2021.

3. – A seguito dell’impugnazione della sentenza poc’anzi citata da parte del Comune di Lecce, il Presidente del Consiglio di Stato, con decreto n. 160 del 2021, ha deferito all’Adunanza Plenaria (d’ora in avanti, A.P.), ai sensi dell’articolo 99, comma 2, cod. proc. amm., la soluzione di tre complesse questioni di diritto rilevanti per la decisione.

4. – Nella fase del giudizio dinanzi all’A.P. sono intervenuti, anche a sostegno delle ragioni dell’originario ricorrente (Andrea Caretto, appellato costituito), alcune associazioni di categoria, tra le quali il Sindacato Italiano Balneari-SIB (d’ora in avanti, SIB), l’Associazione Nazionale Approdi e Porti Turistici – ASSONAT (d’ora in avanti, ASSONAT), il Comitato Coordinamento Concessionari Demaniali Pertinenziali Italiani, alcuni enti territoriali (tra i quali la Regione Abruzzo) e numerosi soggetti privati titolari di concessione demaniale marittima, tra i quali la P.E.M. Sas di Bonaldo Stella & C.

5. – L’A.P., con sentenza n. 18 del 2021, ha estromesso dal giudizio tutti gli interventori, avendo dichiarato inammissibili i loro interventi spiegati sia nel giudizio di primo grado sia nella fase dinanzi a sé, ed ha così risposto ai quesiti posti:

«1. *Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l’emergenza epidemiologica da Covid-19 dall’art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l’art. 49 TFUE e con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE [cd. Bolkestein]. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.*

2. *Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali atti siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque forma-*

to oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è? direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E».

6. – Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso, ex articolo 111, comma 8, Cost., in via principale, il SIB e, in via incidentale adesiva, ASSONAT e la Regione Abruzzo. La P.E.M. Sas di Bonaldo Stella & C. ha depositato controricorso adesivo nei confronti di SIB. Il Comune di Lecce si è costituito depositando controricorso con cui ha difeso l'impianto motivazionale della sentenza impugnata. Il Comitato Coordinamento Concessionari Demaniali Pertinenziali Italiani ha depositato atto di costituzione con cui ha aderito alle conclusioni di SIB, illustrate nella discussione orale. (...).

1. – Il SIB, interventore volontario nella fase dinanzi all'A.P. del giudizio (...) in primo grado e in altro giudizio promosso in appello da un altro concessionario, ha proposto ricorso per cassazione sulla base di cinque motivi.

1.1. – Il primo motivo si articola in due profili, in relazione agli articoli 3, 24, 111, comma 1° e 2°, Costituzione:

a) con il primo è denunciato l'illegittimo diniego della giurisdizione, per avere l'A.P. ritenuto inammissibile, in via generale e a priori, l'intervento del SIB, al pari di tutti gli interventi proposti da altri enti e associazioni di categoria (persino di quelli già ammessi dal giudice di primo grado, come la Federazione italiana imprese demaniali), senza alcun esame concreto dello statuto di SIB (e degli statuti degli altri enti e associazioni di categoria) da cui risultava evidente la funzione primaria di SIB di rappresentanza e difesa, in ambito nazionale, delle istanze ed esigenze delle aziende turistico-balneari e della «esistenza stessa di tutte le imprese associate», irragionevolmente rinnegando la costante giurisprudenza amministrativa in tema di ammissibilità degli interventi volontari degli enti esponenziali di interessi collettivi e negando, aprioristicamente e indiscriminatamente, ogni forma di tutela giurisdizionale dell'interesse superindividuale;

b) con il secondo profilo la sentenza impugnata è censurata nella parte in cui ha escluso che, a seguito del deferimento all'A.P. di questioni comuni a una serie di giudizi pendenti davanti al Consiglio di Stato, sia ammissibile l'intervento davanti alla stessa A.P. di un'associazione che è parte in uno di tali giudizi ma non in quello specificamente deferito; per questa ragione è denunciata l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 2, cod. proc. amm., per

cui si chiede di sollevare questione dinanzi alla Corte costituzionale, assumendosi «*evidente che il potere attribuito al Presidente del Consiglio di Stato dall'art. 99, comma 2, cod. proc. amm., di deferire, anche d'ufficio, all'Adunanza plenaria "qualunque ricorso" – se inteso, tale potere, come nella specie è stato inteso, scegliendone uno "qualunque" tra una pluralità che presentavano la medesima questione di massima di particolare importanza – si risolve nella scelta arbitraria delle parti (e dei relativi difensori) abilitati a interloquire*» (...); «*la imperscrutabile e insindacabile scelta*» operata dal Presidente del Consiglio di Stato (con decreto n. 160/2021) «*di due tra le tante cause in cui erano presenti le medesime questioni di massima di particolare importanza avrebbe in ogni caso precluso al SIB di far valere le proprie ragioni nella sede [A.P.] in cui si elaborava la soluzione anche della causa in cui esso aveva acquisito la qualità di parte*» (...).

Gli altri motivi possono essere sintetizzati come segue.

1.2. – Il secondo motivo si articola in due doglianze che imputano all'A.P. l'indebito esercizio di poteri legislativi:

a) per violazione dell'articolo 288, comma 3, TFUE, assumendosi che la direttiva 2006/123/CE (articolo 12), cd. Bolkestein, in quanto ritenuta dall'A.P. *self executing* e immediatamente applicabile, abbia avuto l'effetto di liberalizzare direttamente (e non solo di armonizzare) le legislazioni nazionali, facendo di queste tabula rasa e creando un vuoto normativo riempito, nella specie, con le determinazioni dell'A.P. in sostituzione della disciplina nazionale globalmente disapplicata, in materia di affidamento delle concessioni balneari, nonostante la scelta della forma e dei mezzi adeguati al raggiungimento del risultato da raggiungere fosse rimessa all'ampia discrezionalità degli organi legislativi e amministrativi nazionali; così violando anche il principio secondo cui le direttive sufficientemente dettagliate, tardivamente o non correttamente trasposte, possono essere invocate solo dai singoli nei confronti dello Stato e non anche viceversa, non potendo lo Stato trarre vantaggio dal proprio inadempimento facendolo gravare sugli amministrati (principio del cd. estoppel);

b) per violazione degli articoli 29 cod. proc. amm. e 21-nonies l. n. 241 del 1990, per avere qualificato gli atti amministrativi di proroga come meramente ricognitivi di un leggeprovvedimento inapplicabile erga-omnes, ritenendoli *tamquam non esset*, così precludendo ai titolari delle concessioni la possibilità di esperire i mezzi di tutela che, invece, avrebbero avuto contro una eventuale decisione legislativa di contenuto analogo alla sentenza impugnata dell'A.P., la quale aveva assunto effetti ancora più radicali di quelli propri di una sentenza di incostituzionalità che non incide sugli atti amministrativi definitivi.

1.3. – Con il terzo motivo il ricorrente SIB denuncia la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l'A.P. esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi, sotto vari profili, e cioè per avere ritenuto: a) sempre e comunque certo l'interesse transfrontaliero per ciascuna concessione, escludendo qualsiasi valutazione in concreto al riguardo; b) sempre e comunque sussistente il requisito della «*scarsità della risorsa naturale*» mediante una diretta valutazione (riservata invece all'autorità amministrativa) della risorsa balneare globalmente considerata, senza alcuna considerazione delle logiche differenti sottese alle singole concessioni; c) per avere ritenuto cessate, alla scadenza del periodo provvisorio (31 dicembre 2023) stabilito dalla stessa A.P., tutte le concessioni in corso, con conseguente travolgimento dei giudicati che avessero disposto la proroga; d) per avere, appunto, arbitrariamente modulato gli effetti temporali della decisione, affermando che, scaduto il termine del 31 dicembre 2023, «*tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetti, indipendentemente da se vi sia – o meno – un soggetto subentrante nella concessione*», ammonendo anche che «*eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni altra disciplina comunque diretta ad eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in*

contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo»; e) per avere indebitamente stabilito i criteri che dovrebbero essere adottati dalle amministrazioni nell'espletamento delle procedure di gara per le nuove assegnazioni.

1.4. – Con il quarto motivo il SIB lamenta l'invasione dei poteri della Corte costituzionale che – si afferma – avrebbe dovuto essere investita *«della questione di legittimità costituzionale delle disposizioni dell'ordinamento processuale interno che, in nome del principio di primazia del diritto dell'Unione, imporrebbero la disapplicazione indiscriminata delle disposizioni legislative di proroga delle concessioni de quibus, per contrasto con gli artt. 4, 41, 42, 43 e 97 Cost., permettendole così di valutare la sussistenza dei cd. “controlimiti”»*.

1.5. – Con il quinto motivo SIB deduce il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sulle questioni controverse, al fine di valutare se l'applicazione della direttiva sia compatibile con il disposto del tuttora vigente articolo 49 cod. nav., il quale esclude ogni indennizzo per le opere e gli investimenti effettuati nel corso del rapporto dal concessionario uscente.

2. – L'Associazione Nazionale Approdi e Porti Turistici-ASSONAT ha proposto ricorso incidentale adesivo ai motivi del ricorso di SIB (...).

3. – La Regione Abruzzo, intervenuta nel giudizio dinanzi all'A.P., ha proposto ricorso incidentale adesivo al ricorso di SIB, formulando cinque motivi. (...).

4. – Il Procuratore Generale ha chiesto l'accoglimento del primo motivo dei ricorsi di SIB, della Regione Abruzzo e di ASSONAT, assorbiti tutti gli altri motivi. (...).

5. – Preliminarmente si deve valutare se a una parte (qual è il SIB) interveniente adesiva nel giudizio di appello (dinanzi all'A.P.) sia consentito impugnare autonomamente per cassazione la sentenza sfavorevole alla parte adiuvata (...), alla luce della giurisprudenza di legittimità che lo esclude quando il ricorso per cassazione sia proposto da chi abbia spiegato in appello intervento adesivo dipendente. Al quesito deve risponderci affermativamente. (...).

6. – L'ammissibilità dei ricorsi, principale e incidentali, dev'essere esaminata anche tenendo conto che ad essere impugnata è una sentenza dell'A.P. – cui è stata deferita, come si è detto, la soluzione di questioni di massima di particolare importanza, su iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato – che, dopo avere dichiarato inammissibili gli interventi in causa, ha enunciato principi di diritto (...) e restituito gli atti a una sezione ordinaria del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione in rito e nel merito.

Viene, quindi, in rilievo il precedente invocato nel controricorso del Comune di Lecce, con il quale le Sezioni Unite hanno affermato che *«il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale, non è ammissibile avverso la sentenza resa, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, dall'A.P. che, a norma dell'articolo 99, comma 4, del d.lgs. n. 104 del 2010 (cod. proc. amm.), abbia enunciato uno o più principi di diritto e restituito per il resto il giudizio alla sezione remittente, non avendo detta statuizione carattere decisorio e definitivo, neppure parzialmente, del giudizio di appello, il quale implica una operazione di riconduzione della regula iuris al caso concreto che è rimessa alla sezione remittente»* (SU n. 27842/2019).

In questa ottica, il giudizio di appello, nella fase successiva alla pronuncia dell'A.P., sarebbe ancora *«in fieri, spettando alla sezione remittente del Consiglio di Stato non solo l'attività di contestualizzazione e sussunzione del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria, ai fini della decisione del motivo (...), ma anche la decisione degli eventuali altri motivi di appello»*.

Una conferma di tale impostazione è stata desunta dal ravvisato collegamento tra la impugnabilità (per eccesso di potere giurisdizionale) delle sentenze dell'A.P. enunciative di principi di diritto e la loro attitudine al giudicato, la quale sarebbe da escludere, visto che *«il giudicato può formarsi soltanto sui capi della sentenza aventi contenuto decisorio, assolvendo*

l'interpretazione della norma ad una funzione meramente strumentale rispetto alla decisione, e non sui principi di diritto autonomamente considerati» (SU n. 27842/2019), così come già affermato dall'A.P. con la sentenza n. 2 del 2018 (secondo quest'ultima pronuncia «l'enunciazione di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della regula iuris enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'articolo 2909 cod. civ. e di cui all'articolo 395, n. 5, cod. proc. civ. Il vincolo del giudicato può pertanto formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell'Adunanza plenaria che definiscono – sia pure parzialmente – una controversia, mentre tale vincolo non può dirsi sussistente a fronte della sola enunciazione di principi di diritto, la quale richiede – al contrario – un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente»). (...).

7. – Venendo a esaminare il primo convergente motivo dei ricorsi di SIB, della Regione Abruzzo e di ASSONAT, la comune doglianza rivolta alla sentenza impugnata è di avere dichiarato inammissibili – incorrendo in diniego o rifiuto della giurisdizione spettante all'organo giurisdizionale adito – i loro interventi (in sentenza qualificati ad opponendum) tempestivamente proposti nella fase del giudizio dinanzi all'A.P., dopo avere avuto conoscenza del deferimento, su iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato, di plurime questioni di massima di particolare importanza, in vista dell'enunciazione di principi di diritto volti ad incidere direttamente sugli interessi collettivi e istituzionali dei predetti enti, estromessi – in tesi aprioristicamente – dal giudizio.

7.1. – È necessario riportare i principali passi della motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui ha estromesso dal giudizio le associazioni di categoria (tra le quali SIB e ASSONAT) e la Regione Abruzzo.

Con riferimento alle prime, dopo avere ricordato che nel processo amministrativo «la legittimazione attiva (e, dunque, l'intervento in giudizio) di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce a regole stringenti, essendo necessario che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati», l'A.P. ha osservato che resta «quindi preclusa ogni iniziativa giurisdizionale che non si riverberi sugli interessi istituzionalmente perseguiti dall'associazione, sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, finalizzate esclusivamente alla tutela di singoli iscritti, atteso che l'interesse collettivo dell'associazione deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con la mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati. Per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi occorre, quindi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso. Nel caso di specie – prosegue la sentenza – il provvedimento impugnato (che si traduce nel diniego di proroga di una singola concessione demaniale) lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale delle associazioni. Né, per le ragioni già esposte, a giustificare l'intervento può rilevare la circostanza che la risoluzione delle questioni di diritto sottese al caso del singolo associato possa avere, specie per la valenza nomofilattica della pronuncia resa da questa Adunanza plenaria, una rilevanza anche sulla posizione di altri concessionari. La soluzione delle quaestiones iuris deferite a questa Adunanza plenaria non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati [dalle associazioni di categoria]» (...).

L'A.P. poi ha osservato, riferendosi globalmente alle pubbliche amministrazioni (Regione Abruzzo, per quanto qui interessa) e ai concessionari demaniali intervenienti, che *«essere titolari di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si definisce la regola di diritto da applicare successivamente alla risoluzione della presente controversia (...) non è, tuttavia, di per sé in grado di legittimare l'intervento in giudizio del terzo. Invero (...) non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un (altro) giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire. Osta al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettiva diversità di petitum e di causa petendi che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio ad quem. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foderata di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce. Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento ad adiuvandum o ad opponendum può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (...)»* (...).

8. – Si deve valutare preliminarmente se la doglianza dei ricorrenti dissimuli una censura di error in procedendo, in quanto tale estranea al sindacato delle Sezioni Unite o, al contrario, colga effettivamente una questione di giurisdizione deducibile in questa sede, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Costituzione.

9. – Ad avviso del Procuratore Generale si tratta di questione inerente alla giurisdizione. Il Procuratore richiamati i principi risultanti dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato, secondo i quali *«nel processo amministrativo la legittimazione attiva di associazioni rappresentative di interessi collettivi presuppone che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale»* ha osservato che *«la loro applicazione presuppone necessariamente una attenta valutazione, da condursi caso per caso, al fine di individuare la sussistenza di un interesse collettivo, definito dalle norme statutarie dell'ente, che si identifichi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata»*. Ed *«emerge nel caso di specie che siffatta valutazione non è stata, in radice, svolta»*, essendosi l'A.P. limitata ad affermare che *«nel caso di specie, il provvedimento impugnato (che si traduce nel diniego di proroga di una singola concessione demaniale) lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale delle associazioni»*. Tale carenza sarebbe *«confermata dal riferimento (...) generico a "tutte le associazioni", senza alcuna considerazione analitica rivolta all'esame dei loro statuti. La necessità di un loro concreto e distinto esame era invece necessaria (...) per accertare caso per caso la loro legittimazione, soprattutto alla luce della eterogeneità dei soggetti intervenuti, che vanno dalle associazioni di categoria e sindacali agli enti pubblici territoriali»*.

Non vi sarebbe stata, quindi, una *«negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall'erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto europeo da parte del giudice amministrativo»*, ma una *«negazione in astratto della situazione giuridica tutelata» propria degli enti intervenienti, con conseguente «arretramento rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale»*. (...).

11. – Le Sezioni Unite hanno preso atto del diretto collegamento della legittimazione ad agire con la situazione giuridica sostanziale fatta valere dal ricorrente (o interveniente), giungendo ad affermare che il rapporto tra processo amministrativo e posizione sostanziale fatta valere (interesse legittimo) è di autonomia solo relativa, poiché «*la sede processuale assume una posizione complementare rispetto a quella sostanziale, svolgendo una funzione di autentica individuazione degli interessi sostanziali meritevoli di tutela*». «*Tale operazione, che tende a identificare nella titolarità di un interesse legittimo la sussistenza della legittimazione ad agire, è il risultato di una lunga operazione giurisprudenziale*» che consente di affermare che «la legittimazione ad agire, invero, è da intendere (non come mera predicazione) ma piuttosto come effettiva titolarità della posizione azionata» (v. SU n. 20820/2019).

Analogamente, nella giurisprudenza amministrativa, la legittimazione ad agire coincide con la titolarità di una posizione qualificabile come interesse legittimo (ex plurimis, Cons. di Stato, sez. V, n. 3923/2018, sez. VI n. 658/2005), anche quando si tratti di interessi (legittimi) collettivi di determinate collettività e categorie, soggettivizzate in enti associativi esponenziali, legittimati ad agire e intervenire in giudizio (ex plurimis, Cons. di Stato, A.P., n. 6/2020; A..P. n. 9/2015; sez. IV n. 2236/2020, sez. III n. 1467/2020, sez. IV n. 36/2014, sez. IV n. 1478/2012).

12. – La questione concernente la configurabilità o meno di un interesse (legittimo) suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice e, pertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite, a norma dell'articolo 362 cod. proc. civ. (Cass. SU n. 2207/1978, in un caso speculare a quello ora in esame, cassò per difetto assoluto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato l'impugnato provvedimento della giunta provinciale di Trento, in materia di approvazione di progetto di opera stradale, qualificando in termini di interesse legittimo – anziché di interesse di fatto – la pretesa azionata dall'associazione Italia Nostra nell'esercizio dei propri compiti statutarî di tutela del patrimonio storico, artistico e naturale; cfr. anche SU n. 3626/1972). (...).

È una logica conseguenza della natura sostanziale dell'interesse legittimo (l'«*interesse d'individui o di enti morali giuridici*» già nell'articolo 26 t.u. n. 1054/1924 sul Consiglio di Stato e «*di persone fisiche o giuridiche*» nell'articolo 4 legge n. 1034/1971) che nella dialettica contrapposizione ai diritti soggettivi (articoli 24, 103 e 113 Costituzione) fonda il riparto delle competenze giurisdizionali tra giudice ordinario e giudice amministrativo da tenere nettamente distinto dall'interesse (processuale) a ricorrere che integra una condizione dell'azione (cui si riferiscono alcuni precedenti delle Sezioni Unite: cfr. n. 475/2015, n. 7025/2006). (...).

Ed allora, se la posizione soggettiva fatta valere ha consistenza di interesse legittimo, il giudice amministrativo, essendo fornito della giurisdizione, è tenuto ad esercitarla, incorrendo altrimenti in diniego o rifiuto della giurisdizione, vizi censurabili dalle Sezioni Unite, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Cost. (cfr., in tema di rifiuto o diniego della giurisdizione, Cass. SU n. 31226/2017, n. 2242/2015, n. 21581/2011, n. 25395/2010, n. 30254/2008, n. 13659/2006). (...).

Attiene, per contro, al merito della controversia devoluta al giudice amministrativo, cioè alla fondatezza della domanda (in tal senso dovendosi intendere alcuni precedenti di questa Corte, cfr. SU n. 11588/2019, n. 2050/2016), ogni questione concernente l'idoneità di una norma di diritto – per come applicata in concreto – a tutelare l'interesse dedotto dalla parte in giudizio (cfr. Cass. SU n. 15601/2023, n. 4, anche per i precedenti ivi richiamati). (...).

14. – Alla luce di queste coordinate può comprendersi come le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata (in gran parte riportate sub 7.1) per estromettere dal giudizio tutti gli interventi in causa, rivelino non un mero e incensurabile error in procedendo ma, al contrario,

un diniego in astratto della tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) fatto valere dagli enti ricorrenti, con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile.

15. – Nella sentenza impugnata è stata omessa qualsiasi valutazione degli statuti delle associazioni ricorrenti (SIB e ASSONAT), i cui interventi sono stati globalmente dichiarati inammissibili, con conseguente loro estromissione dal giudizio, al pari degli interventi di altre associazioni ed enti eterogenei, anche istituzionali, come la Regione Abruzzo, non già all'esito di una verifica negativa in concreto delle condizioni di ammissibilità dei loro interventi (...), ma come effetto di un aprioristico diniego di giustiziabilità dell'interesse collettivo proprio delle stesse associazioni ed enti. Il percorso motivazionale lo dimostra. (...).

16. – In conclusione, si è trattato di un diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni che, negando in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo, conducono a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto.

La sentenza impugnata, di conseguenza, è affetta dal vizio di eccesso di potere denunciato sotto il profilo dell'arretramento della giurisdizione rispetto ad una materia devoluta alla cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo.

17. – In conclusione, il primo motivo dei ricorsi di SIB, ASSONAT e Regione Abruzzo è accolto nei predetti termini, restando assorbito il profilo riguardante la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 99, comma 2, cod. proc. amm. (sub 1.1-b) e assorbiti anche tutti gli altri motivi proposti nei ricorsi in esame; di conseguenza, la sentenza impugnata è cassata con rinvio al Consiglio di Stato. (...).

La Corte, in accoglimento del primo motivo dei ricorsi di SIB, ricorsi, cassa la sentenza impugnata e rinvia al Consiglio di Stato; compensa le spese del giudizio di cassazione. (...)"

Il tempo di proposizione dell'azione nell'indebito arricchimento: la sussidiarietà

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., SS.UU., 5 dicembre 2023, n. 33954)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“(…) La società (…) deduceva di essere proprietaria di un terreno nel Comune (...), che al momento dell'acquisto aveva natura edificabile, avendo per l'effetto presentato un piano di lottizzazione finalizzato al rilascio della concessione edilizia. Nelle more, essendo cambiata l'amministrazione comunale, questa aveva deciso di modificare il Piano di fabbricazione ed il regolamento edilizio, variando la destinazione urbanistica del terreno da residenziale ad agricolo, con conseguente perdita di valore.

Assumeva la società di avere rinunciato a muovere osservazioni a questa variante a causa delle rassicurazioni fatte dal sindaco pro-tempore circa il futuro ripristino della natura edificabile del terreno, data la sua attitudine alla viabilità ed al collegamento con altre aree.

Il Comune (...) aveva in seguito adottato una variante al Piano di lottizzazione, onde consentire l'interramento di cavi ad alta tensione nel terreno, che era stato richiesto al Comune (...) da quello (...).

La società (...) si era offerta di effettuare l'interramento, in cambio del già promesso ripristino della natura edificabile del terreno, ed aveva speso per tale opera circa 150 mila euro. Tuttavia, alla fine, nonostante le rassicurazioni del Comune, il terreno era rimasto agricolo.

La società agiva, quindi, in giudizio per far valere la responsabilità precontrattuale dell'ente, ed, in subordine, per far riconoscere l'arricchimento ingiustificato del Comune.

Il Tribunale di Udine, con la sentenza n. 247 del 16 febbraio 2017 ha rigettato per difetto di prova la domanda volta a far valere la responsabilità precontrattuale, ma ha accolto la domanda di indebito arricchimento.

Avverso tale sentenza proponeva appello il Comune, e la Corte di Appello di Trieste con la sentenza n. 63 dell'8 febbraio 2019 ha ritenuto la domanda di arricchimento inammissibile per difetto di residualità e ciò proprio perché l'azione proposta in via principale *ex art. 1337 c.c.* era stata disattesa dal Tribunale, che aveva escluso che il Comune, tramite lo scambio di corrispondenza o le trattative condotte dai suoi rappresentanti, avesse assunto l'impegno di mutare la destinazione urbanistica dei terreni della appellata.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la società (...) con sei motivi. (...).

La Terza Sezione civile, con ordinanza interlocutoria n. 5222 del 20 febbraio 2023 ha rimesso gli atti al Primo Presidente al fine di valutare l'opportunità di rimessione alle Sezioni Unite in merito alla questione della sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa, posta con i motivi da 3 a 5 del ricorso, valutazione compiuta con esito positivo, con successiva fissazione dell'odierna udienza.

1. – Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione ed erronea applicazione degli artt. 167 e 342 c.p.c., per non avere la Corte d'Appello preso atto dell'inammissibilità dei motivi di appello per il loro difetto di specificità. (...).

Il secondo motivo di ricorso lamenta, sempre in relazione all'eccezione di difetto di specificità del motivo di appello, la violazione degli artt. 99, 112, 132 e 167 c.p.c., nonché dell'art. 118 disp. att. c.p.c., in quanto la sentenza di appello non reca alcuna motivazione per confutare la fondatezza della dedotta eccezione di inammissibilità.

Il terzo motivo lamenta la violazione degli artt. 2041 e 2042 c.c. quanto al riscontro da parte della Corte d'Appello del difetto del carattere della sussidiarietà dell'azione accolta in primo grado.

La sentenza si è incentrata su di una valutazione in astratto circa l'esistenza di una diversa azione in favore della ricorrente, trascurando però che la domanda de qua era stata avanzata in via subordinata rispetto a quella di cui all'art. 1337 c.c. (...).

Il quarto motivo denuncia la violazione degli artt. 2041 e 2042 c.c. sotto un diverso profilo, e precisamente rilevando che la costante interpretazione giurisprudenziale del requisito della sussidiarietà è nel senso che lo stesso sia soddisfatto anche nel caso in cui la domanda principale sia stata rigettata in quanto non siano stati provati i fatti che la fondano, dovendosi quindi opinare per un tendenziale riconoscimento della valutazione della sussidiarietà in concreto.

Il quinto motivo denuncia la violazione degli artt. 2041 e 2042 c.c. sotto l'ulteriore profilo rappresentato dalla circostanza che il Tribunale aveva rigettato la domanda di responsabilità precontrattuale proposta nei confronti del Comune, ritenendo che dalle prove raccolte non emergeva l'assunzione da parte dell'amministrazione comunale di un impegno nel senso auspicato dalla società.

Il sesto motivo di ricorso lamenta la violazione dell'art. 91 c.p.c. e delle previsioni di cui al DM n. 55/2014, in quanto la liquidazione delle spese di lite sarebbe avvenuta in base ai valori medi, ma senza tenere conto della tardiva costituzione del Comune in primo grado e della limitata attività processuale svolta nella fase istruttoria, sicché andrebbe ridotto il compenso liquidato per detta fase.

2. – I primi due motivi di ricorso, da esaminare congiuntamente per la loro connessione, sono infondati.

Non è, infatti, configurabile il vizio di omessa pronuncia quanto alla decisione, ancorché implicita, su questioni di carattere processuale, dovendosi al riguardo dare continuità al principio più volte affermato da questa Corte secondo cui, qualora il giudice d'appello abbia proceduto alla trattazione nel merito dell'impugnazione, ritenendo di non ravvisare un'ipotesi di inammissibilità, nella specie, ai sensi dell'art. 348 bis c.p.c., la decisione sulla ammissibilità non è ulteriormente sindacabile sia davanti allo stesso giudice dell'appello che al giudice di legittimità nel ricorso per cassazione, anche alla luce del più generale principio secondo cui il vizio di omessa pronuncia non è configurabile su questioni processuali (...).

Quanto invece alla dedotta violazione dell'art. 342 c.p.c., la lettura del motivo di appello del Comune, che direttamente investiva la questione della ammissibilità della domanda ex art. 2041 c.c. per il preteso difetto del carattere della sussidiarietà, consente di affermare che lo stesso sia ampiamente satisfattivo dei requisiti di forma – sostanza dettati a seguito della novella della norma, nell'interpretazione della stessa norma che è stata offerta da queste Sezioni Unite con la sentenza n. 27199/2017. Avendo il Tribunale accolto la domanda di arricchimento senza causa, proposta dall'attrice in via subordinata rispetto a quella ex art. 1337 c.c. (...) senza che peraltro sia stata in alcun modo affrontata in primo grado la questione relativa al rispetto del precetto di cui all'art. 2042 c.c., il motivo di appello specificamente sviluppato sulla questione in esame, contiene una puntuale indicazione dei precedenti giurisprudenziali che, a detta dell'appellante, invece avrebbero dovuto indurre a dichiarare la domanda subordinata improponibile, sollecitando quindi (...) un rilievo di inammissibilità della domanda, imposto dalla norma citata, e pertanto una verifica che secondo la giurisprudenza di questa Corte si impone d'ufficio e per la prima volta anche in appello. (...).

3. – Evidenti ragioni di connessione impongono poi la congiunta disamina dei motivi dal terzo al quinto, i quali, sotto vari profili, attingono la corretta applicazione della regola di sussidiarietà dettata dall'art. 2042 c.c., assumendo la necessità di addivenire ad una rivalutazione della nozione di sussidiarietà quale recepita dalla prevalente giurisprudenza di questa Corte, anche tramite una sua declinazione differenziata nel caso in cui la domanda principale si fondi sulla applicazione di clausole generali dell'ordinamento (come nel caso di responsabilità aquiliana o precontrattuale), aggiungendo, infine, che non erano state esattamente verificate le ragioni che avevano portato al rigetto della domanda svolta in via principale. (...).

3.1. – Il Collegio remittente ha richiamato la tesi della ricorrente, cui aderisce parte della giurisprudenza di questa Corte, a mente della quale la regola che rende solo residuale l'azione di arricchimento si applica nei soli casi in cui l'azione proposta in via principale è fondata o su contratto o sulla legge, e non è invocabile quando invece l'azione principale è fondata su una clausola generale, come nel caso in cui si fondi sulla responsabilità precontrattuale del convenuto. (...).

Secondo quanto affermato da Cass. n. 4620/2012, la ragione della regola della sussidiarietà risiede nell'esigenza di evitare che l'azione di arricchimento senza causa divenga strumento per eludere o aggirare i limiti esistenti nei confronti dell'azione tipica, limiti che invece non sussistono quando la parte può esercitare contro l'arricchito un'azione basata su clausola generale.

Infatti, per poter dire che esiste un'azione alternativa a quella di arricchimento e che dunque quest'ultima è preclusa, occorre verificare il titolo, ossia occorre verificare se l'interessato abbia un titolo da far valere, in via principale e dunque in alternativa all'arricchimento. Tuttavia, nei casi in cui l'azione principale è fondata su clausola generale, per stabilire se c'è un titolo che legittima quell'azione, e che di conseguenza impedisce l'alternativa di arricchimento, occorre valutare nel merito la domanda principale, e non limitarsi alla sua astratta disponibilità. (...).

Pertanto, (...), l'azione di arricchimento è residuale solo quando l'azione principale è fondata su contratto o sulla legge, dando luogo ad un'azione tipica: diversamente, se l'azione è fondata su clausola generale, per stabilire se v'è un'altra azione preclusiva a disposizione dell'interessato, occorrerebbe prima verificare il merito. (...).

Quindi la giustificazione della natura residuale dell'azione sta nel divieto di cumulo delle azioni, così che se il depauperato ha già ottenuto ristoro con un'azione non può duplicare il suo risultato con un'altra; inoltre per verificare la residualità occorre verificare se c'è titolo per un'azione diversa (...) e quindi questa verifica è possibile solo se l'azione alternativa è fondata su contratto o su legge, altrimenti si finisce con il doversi spingere, per verificare se in astratto esiste azione, a dover accertare in concreto se essa è fondata: la verifica sulla esistenza di un'azione alternativa diventa, in altri termini, verifica della fondatezza in concreto. La Terza Sezione nell'ordinanza interlocutoria, dopo aver ritenuto improprio il riferimento alla titolarità di un'azione tipica, quale fattore preclusivo di quella di arricchimento, sia in quanto le azioni (...) non sono tipiche, sia perché, a ben vedere, non si deve correre il rischio di confondere l'asserita tipicità dell'azione con la tipicità della fattispecie, ha indagato la *ratio* della residualità, manifestando delle perplessità in ordine alla tesi secondo cui essa consista nel divieto di cumulo, ossia nell'esigenza di impedire che, ottenuto il risarcimento con l'azione principale, se ne ottenga un altro con quella di arricchimento, trattandosi di ipotesi di scuola e comunque impedita di per sé dalle regole sul giudicato o comunque dal principio per cui da un fatto illecito si può avere solo un risarcimento pari al danno e non superiore ad esso.

Ha, poi, escluso la pertinenza del richiamo da parte dei sostenitori dell'orientamento meno rigoroso a norme (...) che stanno a significare altro. Infatti, che il conduttore in mora nella re-

stituzione della cosa, oltre a dover pagare il corrispettivo per il tempo che comunque la detiene per sé, debba altresì risarcire il danno da mancato godimento del locatore, è questione che ha poco a che fare con l'arricchimento ingiustificato, ma è regola che mira a dare al locatore la misura esatta del suo pregiudizio. Così come nel caso dell'articolo 937 c.c. la scelta rimessa al proprietario se mantenere le opere fatte dal terzo sul proprio suolo anziché farle eliminare, e pagare l'eventuale differenza, non mira ad evitare un arricchimento ingiustificato del proprietario (...), ma tutela un interesse del proprietario nel modo in cui reagire all'illecito, e trova la sua ragione nelle regole dei modi di acquisto della proprietà.

Ad avviso dell'ordinanza interlocutoria, la regola del principio di residualità opera in un senso contrario a quello sopra evidenziato, opera ossia ad evitare che chi ha perso l'azione principale, e dunque non ha ottenuto il risarcimento, possa aggirare questo esito ricorrendo all'azione di arricchimento ingiustificato.

È per questo che l'azione di arricchimento è impedita se quella principale è prescritta (...).

Ogni volta che l'azione principale o alternativa non è più esercitabile o è stata rigettata, dovrebbe per conseguenza ammettersi che il danneggiato ha azione di arricchimento (...).

Quanto alla considerazione secondo cui, quando l'azione principale è basata su clausola generale, per verificare se l'interessato ha un titolo da far valere (...) si dovrebbero accertare tutti i presupposti del diritto (...) e si finirebbe con il trasformare l'accertamento sulla esistenza del titolo nell'accertamento sulla fondatezza della domanda, l'ordinanza reputa che non si comprende perché la preclusione dell'azione di arricchimento non possa derivare dalla sola prospettazione o dal solo esperimento di un'azione svolta in via principale, e basata su una clausola generale, e si debba invece valutare se questa è fondata per poter dire che c'era o meno titolo per un'azione diversa. Infatti, se la valutazione circa la sussidiarietà dell'azione in esame deve compiersi in astratto e perciò prescindendo dalla previsione del suo esito, non si richiede in concreto la prova di un rimedio concorrente concretamente fruibile, ma è sufficiente che un tale rimedio risulti configurato "in astratto". (...).

(...) Ad avviso del Collegio remittente, nel caso in esame, si giustificerebbe l'impedimento all'azione di ingiustificato arricchimento, proprio per evitare l'aggiramento del rigetto, nel merito, dell'azione principale.

4. – L'azione di ingiustificato arricchimento è un rimedio restitutorio mirante a neutralizzare lo squilibrio determinatosi, in conseguenza di diversi atti o fatti giuridici, tra le sfere patrimoniali di due soggetti, nei limiti – per l'appunto – dell'arricchimento che non sia sorretto da una "giusta causa", nozione questa il cui approfondimento esula dal tema specificamente oggetto della presente sentenza. (...).

Il codice del 1942, (...), ha però dato riconoscimento di diritto positivo all'ingiustificato arricchimento, accordando un rimedio di carattere generale comune a tutte le fonti di obbligazioni di origine legale allo scopo precipuo di «*integrare eccezionalmente le deficienti disposizioni del sistema legislativo*».

L'introduzione dell'istituto è però stata accompagnata da quella che molti hanno ritenuto essere una vera e propria cautela da parte del legislatore, che è rappresentata dalla regola di sussidiarietà esplicitamente dettata dall'art. 2042 c.c., secondo cui il rimedio de quo non è azionabile quando l'impovertito «*può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito*», clausola che è invece assente nella legislazione di altri paesi (...).

Varie sono le tesi che si sono presentate per offrirne la giustificazione. (...).

In giurisprudenza le varie rationes individuate in dottrina sono state spesso richiamate a giustificazione dell'interpretazione più o meno rigorosa della regola dettata dall'art. 2042 c.c., come si ricava anche dalla puntuale esposizione contenuta nell'ordinanza di rimessione, ma va segnalato come, in relazione al tema dell'arricchimento mediato, che del pari involge il

profilo della sussidiarietà dell'azione di arricchimento senza causa (...), con l'intervento delle Sezioni Unite di questa Corte sia stata ammessa l'azione de qua nei soli casi in cui l'arricchimento sia stato realizzato dalla P.A., in conseguenza della prestazione resa dall'impoverito ad un ente pubblico, ovvero sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito.

In tale occasione la Corte ha però precisato che la deroga all'applicazione rigorosa della regola di sussidiarietà si legittimava onde perseguire lo scopo di equità che permea la norma, a voler quindi rimarcare che le esigenze equitative ben possano sorreggere una lettura della norma in termini più elastici rispetto a quanto invece suggerito dal tenore letterale dell'art. 2042 c.c.

5. – L'opinione tradizionale, sostenuta anche nella dottrina espressasi nell'imminenza dell'entrata in vigore del Codice civile, ha optato per una valutazione del presupposto della sussidiarietà in astratto, nel senso cioè che l'azione *ex art. 2041 c.c.* sarebbe esperibile solo quando l'ordinamento giuridico non appresti alcun altro rimedio «*per farsi indennizzare del pregiudizio subito*». (...).

Pur con la deroga dettata in relazione all'arricchimento indiretto, per le ipotesi sopra richiamate, la prevalente giurisprudenza ha quindi optato per la soluzione secondo cui l'astratta sussistenza di un'altra azione (indipendentemente, dunque, dal fatto che essa sia stata infruttuosamente esercitata ovvero non sia più esercitabile per prescrizione o decadenza) preclude il ricorso all'azione di arricchimento senza causa (...).

Risulta, quindi, configurabile un discrimen tra le ipotesi di rigetto per infondatezza della domanda per difetto di prova, (...), da quelle in cui la domanda *cd. principale* sia stata respinta per non riconducibilità della fattispecie concreta alla fattispecie legale (...).

(...) È, infine, intervenuta Cass. S.U. n. 22404/2018, affermando che è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta (...).

Peculiare è la fattispecie decisa da Cass. n. 10161/2021, (...), che ha ammesso l'esercizio dell'azione di arricchimento, dopo aver escluso l'astratta riconducibilità della fattispecie concreta, da un lato, al paradigma dell'impresa familiare, e dall'altro a quello del lavoro subordinato, e quindi all'esito di un riscontro della insussistenza degli elementi della diversa fattispecie posta alla base della domanda principale. L'operatività della clausola di sussidiarietà è stata poi affermata nel caso in cui sulla domanda principale sia intervenuta la prescrizione (o decadenza) (...).

5.1. – Sulla spinta principalmente delle critiche della dottrina si è fatta strada anche una diversa soluzione che opta per una lettura dell'art. 2042 c.c. secondo cui la verifica della sussidiarietà dell'azione di arricchimento andrebbe condotta in concreto, dovendosi quindi ammettere il rimedio residuale ogni qualvolta il soggetto impoverito non disponga, in relazione alla specifica fattispecie concreta, di altro rimedio utile ad indennizzarlo per la perdita, indipendentemente dalla ragione per cui ciò accada.

Pertanto, il suo esercizio sarebbe ammesso in tutti i casi in cui si sia verificata la decadenza o la prescrizione dell'azione principale, quando l'azione sia in grado di offrire all'interessato utilità diverse o ulteriori rispetto a quelle apprestate dall'azione principale (...).

Inoltre, la scelta per l'esercizio immediato dell'azione di arricchimento sarebbe possibile anche nel caso in cui volontariamente il danneggiato ometta di esercitare l'azione *cd. principale* in quanto sarebbe così scongiurato il pericolo di indebite locupletazioni scaturenti dal conseguimento di un duplice ristoro. (...).

5.2 Gli argomenti sviluppati in dottrina hanno ricevuto una parziale condivisione anche

nella giurisprudenza che, sia pure per determinate tipologie di controversie, ha mostrato di aderire ad una soluzione propensa alla verifica in concreto della regola della sussidiarietà.

La preclusione all'azione di arricchimento maturerebbe quindi solo nei casi in cui il rimedio cd. principale sia stato perduto a causa di un ostacolo di diritto addebitabile allo stesso impoverito (...), poiché effettivamente si avrebbe un aggiramento della legge; se, invece, il diverso rimedio sia stato reso vano per un ostacolo di mero fatto non ascrivibile all'impoverito (...), l'art. 2042 c.c. non impedirebbe il ricorso, in via sussidiaria, all'azione di arricchimento (...).

In giurisprudenza, al fine di mitigare il rigore della cd. sussidiarietà in astratto, si è fatta strada la soluzione secondo cui il presupposto per proporre l'azione di ingiustificato arricchimento è la mancanza – accertabile anche d'ufficio – di un'azione tipica, tale dovendo intendersi non ogni iniziativa processuale ipoteticamente esperibile, ma esclusivamente quella derivante da un contratto o prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata. Ciò comporta che la tutela residuale sarebbe ammissibile anche quando l'azione, teoricamente spettante all'impoverito, sia prevista da clausole generali, come quella risarcitoria per responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. (...).

6. Ad avviso delle Sezioni Unite, la risposta ai dubbi sollevati con l'ordinanza interlocutoria non può prescindere dalla presenza nel diritto positivo della previsione di cui all'art. 2042 c.c., che pone la regola della sussidiarietà in termini generali, senza quindi distinzione tra le diverse azioni suscettibili di essere dedotte in via principale.

Non può, quindi, accedersi alla soluzione fatta propria dal richiamato orientamento che reputa sempre ammissibile l'azione di arricchimento, ove la diversa azione proponibile sia fondata su clausole di carattere generale. Ciò vale soprattutto al fine di scongiurare la sua declinazione in termini estremi – come fatto da parte della dottrina che reputa che il potenziale concorso tra azione principale (...) ed azione di arricchimento possa dare vita a fenomeni non solo di concorso integrativo (...), ma anche di concorso alternativo, essendo rimessa all'impoverito la scelta su quale azione proporre (...) – e ciò in quanto ad avviso della Corte occorre salvaguardare la volontà che è alla base dell'introduzione dell'art. 2042 c.c., e che è quella di preservare la certezza del diritto ed evitare elusioni della norma, ammettendo che si possa agire con l'azione di arricchimento anche nei casi in cui la domanda principale non sia stata coltivata o sia andata perduta per il comportamento colpevole del titolare. (...).

Va, pertanto, tenuto fermo il principio per cui resta precluso l'esercizio dell'azione di arricchimento ove l'azione suscettibile di proposizione in via principale sia andata persa per un comportamento imputabile all'impoverito e, quindi, con riferimento ai casi di più frequente applicazione, per la prescrizione ovvero per la decadenza. (...).

Una precisazione però si impone per le ipotesi di rigetto ovvero di infondatezza della domanda proponibile in via principale, e ciò in quanto, alla luce della disamina della giurisprudenza di questa Corte, come compiuta al punto 5. che precede, la formale adesione al principio della sussidiarietà in astratto risulta oggetto di un costante temperamento, soprattutto nel caso in cui l'azione principale sia fondata su una fonte contrattuale, mediante il riconoscimento della sua esperibilità ove sia riconosciuta la nullità del titolo contrattuale azionato (...).

Tuttavia, come confermato da Cass. n. 13203/2023, va ribadito che resta preclusa la possibilità di agire *ex art.* 2041 c.c., anche in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico (...).

L'ammissibilità della domanda in via subordinata sul piano processuale sottende a monte l'ammissibilità anche della medesima sul piano sostanziale, in quanto ove si presti adesione ad una nozione rigorosa della sussidiarietà in astratto (...), la stessa circostanza che sia stata proposta una domanda fondata su titolo contrattuale renderebbe improponibile *ex art.* 2042 c.c. la subordinata domanda di arricchimento.

Ancorché il riscontro della nullità del titolo contrattuale porti ad una pronuncia di rigetto nel merito della domanda fondata sullo stesso, la giurisprudenza di questa Corte ha però sottolineato come in tal caso il rigetto discenda da una carenza originaria del titolo, in quanto la fattispecie dedotta in giudizio, pur in astratto congrua a realizzare gli effetti previsti dalla legge, è risultata difettosa di qualche requisito essenziale (...), ovvero (...) non è possibile ricondurre la fattispecie concreta a quella astrattamente delineata a fondamento dell'azione proposta in via principale.

6.1. – Con specifico riferimento ai rapporti tra azione di arricchimento ed azioni risarcitorie una prima significativa differenza si coglie quanto alla irrilevanza dell'elemento soggettivo ai fini dell'azione di arricchimento.

Inoltre, si sottolinea come alla residuale tutela di cui all'art. 2041 c.c. sia estraneo il presupposto della lesione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico (...), ovvero l'inadempimento di una preesistente obbligazione (...), essendo piuttosto rilevante che lo squilibrio patrimoniale di cui si chiede l'indennizzo non debba essere ingiusto, bensì ingiustificato. Tale considerazione si riflette poi anche sul piano dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli, in quanto la tutela offerta all'impoverito dalla norma di carattere generale è limitata alla dimensione del "danno emergente", ma nella (...) misura corrispondente all'incremento patrimoniale verificatosi nella sfera giuridica del convenuto. (...).

Se il rigetto della domanda risarcitoria è ascrivibile a ragioni che consentano di affermare la carenza del titolo posto a fondamento della relativa domanda (...), risulta quindi ammissibile la proposizione dell'azione di arricchimento, che mantiene in tal modo il suo carattere residuale. (...).

Allorché sia esclusa la fondatezza della domanda *ex art.* 2043 c.c., perché la condotta dell'arricchito non si caratterizza per la presenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma (...), resta esclusa la stessa sussistenza *ab origine* di un titolo fondante una domanda suscettibile di essere avanzata in via principale e con carattere assorbente della domanda *ex art.* 2041 c.c., di cui deve perciò affermarsi la proponibilità.

Viceversa, resta impregiudicata l'efficacia preclusiva derivante dalla regola della sussidiarietà ove il rigetto sia dipeso da prescrizione o decadenza ovvero nel caso in cui derivi dalla carenza di prova circa l'esistenza del danno ingiusto. (...).

7. – Va quindi affermato il seguente principio di diritto:

Ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico.

8. – Tornando quindi alla disamina dei motivi di ricorso, osserva la Corte che in applicazione dei principi esposti, gli stessi si rivelano fondati. (...).

Ne consegue, sempre alla luce dei principi esposti, che la domanda di arricchimento senza causa è proponibile.

In accoglimento dei motivi in esame, la sentenza gravata deve quindi essere cassata, con rinvio per nuovo esame (...).

9. – L'accoglimento del ricorso, quanto ai motivi dal terzo al quinto, comporta poi evidentemente l'assorbimento del sesto motivo, dovendo il giudice di rinvio provvedere anche ad una nuova regolamentazione delle spese di lite anche delle precedenti fasi di merito.”

La convivenza di fatto precedente al matrimonio rileva ai fini della determinazione dell'assegno divorzile

Argomento: Del matrimonio

(Cass. Civ., SS.UU., 18 dicembre 2023, n. 35385)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) 6.1. – Indubbiamente, permane, nel nostro ordinamento, una differenza fondamentale tra matrimonio e convivenza, anche dopo la disciplina della L. n. 76 del 2016, fondata sulla differenza dei modelli, dato che il matrimonio e, per volontà del legislatore, l’unione civile, appartengono ai modelli c.d. “istituzionali”, mentre la convivenza di fatto, al contrario, è un modello “familiare non a struttura istituzionale”. Tuttavia, convivenza e matrimonio sono comunque modelli familiari dai quali scaturiscono obblighi di solidarietà morale e materiale, anche a seguito della cessazione dell’unione istituzionale e dell’unione di fatto.

6.2. – Ai fini del riconoscimento dell’assegno divorzile, il criterio individuato dalle Sezioni Unite del 2018, di natura composita ed elastica, risulta decisivo per affrontare anche il tema relativo ai rapporti tra convivenza e matrimonio, atteso che, come chiarito proprio nella citata sentenza n. 18287, *«alla pluralità di modelli familiari consegue una molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento del vincolo»* (cfr. in argomento anche Cass. 32198/2021) (...) l’accertamento dell’inadeguatezza dei mezzi economici a disposizione del richiedente, prescritto ai fini della prima operazione, deve aver luogo mediante complessiva ponderazione dell’intera storia familiare, in relazione al contesto specifico, e 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. (...).

6.4. – Non può quindi, all’esito dell’attuale definizione dei presupposti dell’assegno divorzile, escludersi che una convivenza prematrimoniale, laddove protrattasi nel tempo (nella specie, sette anni), abbia “consolidato” una divisione dei ruoli domestici capace di creare “scompensi” destinati a proiettarsi sul futuro matrimonio e sul divorzio che dovesse seguire. Proprio la scelta della coppia di dare stabilità ulteriore all’unione di fatto attraverso il matrimonio, che rappresenta il fatto generatore della disciplina dell’assegno divorzile, vale a “colorare” e a rendere giuridicamente rilevante quel modello di vita, la convivenza di fatto o *more uxorio*, adottato nel passato, nel periodo precedente al matrimonio. Non si tratta, quindi, di introdurre una, non consentita, “anticipazione” dell’insorgenza dei fatti costitutivi dell’assegno divorzile, in quanto essi si collocano soltanto dopo il matrimonio, che rappresenta, per l’appunto, il fatto generatore dell’assegno divorzile, ma di consentire che il giudice, nella verifica della sussistenza dei presupposti per il riconosci-

mento dell'assegno al coniuge economicamente più debole, nell'ambito della solidarietà *post* coniugale, tenga conto anche delle scelte compiute dalla stessa coppia durante la convivenza prematrimoniale, quando emerga una relazione di continuità tra la fase "di fatto" di quella medesima unione, nella quale proprio quelle scelte siano state fatte, e la fase "giuridica" del vincolo matrimoniale. In dottrina, si è sottolineato come i sacrifici professionali e reddituali compiuti da uno dei coniugi, d'accordo con l'altro, nell'interesse della famiglia «*non dipendono dall'esistenza tra le parti di un vincolo matrimoniale, ma dalla configurabilità di una vita familiare, tutelata dall'art. 8 CEDU*» e, pertanto, dei sacrifici e delle rinunce compiute nel periodo di convivenza precedente al matrimonio o all'unione civile si debba tenere conto nella determinazione dell'assegno di divorzio.".

SEZIONI SEMPLICI

Il matrimonio contratto dall'incapace non è sanato dalla prolungata convivenza *more uxorio*

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 4 gennaio 2023, n. 149)

Stralcio a cura di *Francesco Taurisano*

“5.2 (...) È stato, quindi, affermato il principio di diritto secondo cui la convivenza “come coniugi”, pur essendo elemento essenziale del “matrimonio-rapporto” ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario, e pur integrando una situazione giuridica di “ordine pubblico italiano”, non è ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza di nullità pronunciata dal tribunale ecclesiastico per vizi genetici del “matrimonio-atto” presidiati da nullità anche nell’ordinamento italiano”. In altre parole, (...), le Sezioni Unite, (...) hanno ribadito l’importanza della “convivenza coniugale” nell’ambito del matrimonio non solo secondo il sistema normativo e costituzionale interno (artt. 2, 3, 29,30 e 31 Cost.), ma anche in linea con l’assetto legislativo, sia internazionale che europeo (v. art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali, art. 7 Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea). Le Sezioni Unite hanno affermato che la convivenza è elemento essenziale del matrimonio-rapporto che “si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari” (così Cass. S.U. n. 16379/2014 citata). Ebbene, così intesa, la convivenza matrimoniale protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio “concordatario” regolarmente trascritto – anche in applicazione dell’art. 7 Cost. e del principio supremo di laicità dello Stato – integra una situazione di ordine pubblico che impedisce, sul territorio italiano, la dichiarazione di efficacia di nullità del matrimonio pronunciata dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell’ordine canonico (...).

(...) si deve, altresì, precisare che, come da costante orientamento di questa Corte, in tema di delibazione della sentenza del Tribunale ecclesiastico dichiarativa della invalidità del matrimonio concordatario, non esiste, nell’ordinamento nazionale, un principio di ordine pubblico secondo il quale il vizio che inficia il matrimonio possa essere fatto valere solo dal coniuge il cui consenso sia viziato, essendo preminente, in tal caso, l’esigenza di rimuovere il vincolo coniugale prodotto da atto inficiato da vizio psichico (Cass. 9044/2014; Cass. 4387/2000; Cass. 3002/1997; Cass. 6331/1988).

6. In conclusione (...) “In tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario, la convivenza “come coniugi” costituisce un elemento essenziale del “matrimonio-rapporto” e, ove si protragga per almeno tre anni dalla celebrazione, integra una situazione giuridica di “ordine pubblico italiano” che, tuttavia, non impedisce la delibazione

della sentenza ecclesiastica di nullità per vizi genetici del “matrimonio-atto”, a loro volta presidiati da nullità nell’ordinamento italiano. In particolare, la convivenza ultratriennale non è ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica, che accerti la nullità del matrimonio per incapacità a contrarre matrimonio determinata da vizio psichico, poiché una tale nullità è prevista anche nell’ordinamento italiano e non è sanabile dalla protrazione della convivenza prima della scoperta del vizio” (...).”

Prestazione professionale: “*quantum debeatur*” e relativi oneri probatori del credito azionato ex art. 2697 c.c.

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., Sez. VI, 10 gennaio 2023, n. 357)

Stralcio a cura di *Ida Faiella*

“(…) nel giudizio di cognizione avente ad oggetto il pagamento di prestazioni professionali di un avvocato, ogni contestazione in ordine all’espletamento ed alla consistenza dell’attività che si assuma svolta, è idonea e sufficiente ad investire il giudice del potere-dovere di verificare il quantum debeatur, costituendo la parcella una semplice dichiarazione unilaterale del professionista, sul quale perciò rimangono i relativi oneri probatori del credito azionato ex art. 2697 c.c. (Cass. Sez. 2, 11/01/2016, n. 230; Cass. Sez. 2, 30/07/2004, n. 14556; Cass. Sez. 2, 25/06/2003, n. 10150).

L’onere di contestare in modo specifico la richiesta di compenso del professionista sorge, quindi, ove questa muova da un conteggio preciso e dettagliato, e non un importo complessivo e globale, spettando in ogni caso tale accertamento di fatto al giudice del merito (arg. anche da Cass. Sez. 2, 01/12/2021, n. 37788).

Come ribadito anche da Cass. Sez. Unite 8/7/2021, n. 19427, ai fini della liquidazione dei compensi degli avvocati, la parcella delle spese e prestazioni, sottoscritta e corredata del parere della competente associazione professionale, pur mantenendo, dopo l’abrogazione del sistema delle tariffe professionali disposta dal D.L. n. 1 del 2012, conv. dalla L. n. 27 del 2012, l’efficacia vincolante attribuitale dall’art. 636 c.p.c. nel procedimento per ingiunzione, perde questa efficacia nel giudizio di opposizione ex art. 645 c.p.c., nel quale il giudice è libero di discostarsene, salvo l’obbligo di fornire congrua motivazione, spettando in ogni caso al professionista, nella sua qualità di attore, fornire gli elementi dimostrativi della pretesa, per consentire al giudice la verifica delle singole prestazioni svolte e la loro corrispondenza con le voci e gli importi indicati nella parcella.

D’altro canto, è vero che, seppur non operi nel presente giudizio, *ratione temporis*, la modifica dell’art. 115 c.p.c., comma 1, (nel senso che i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita devono essere posti dal giudice a fondamento della sua decisione), introdotta dalla L. n. 69 del 2009, l’onere di specifica contestazione era già presente nell’art. 167 c.p.c. per i giudizi instaurati dopo l’entrata in vigore della L. n. 353 del 1990. Tuttavia, perché un fatto possa dirsi non contestato dal convenuto, e perciò non richiedente una specifica dimostrazione, occorre o che lo stesso fatto sia da quello esplicitamente ammesso, o che il convenuto abbia improntato la sua difesa su circostanze o argomentazioni incompatibili col riconoscimento di quel fatto. La non contestazione scaturisce, pertanto, dalla non negazione del fatto costitutivo della domanda, di talché essa non può comunque ravvisarsi ove, a fronte di una pretesa creditoria fondata sullo svolgimento di una complessa prestazione giudiziale di avvocato, il cliente abbia comunque definito incongruo il compenso richiesto rispetto all’atti-

vità svolta (cfr. Cass. Sez. 3, 24/11/2010, n. 23816; Cass. Sez. 3, 19/08/2009, n. 18399; Cass. Sez. 3, 25/05/2007, n. 12231; Cass. Sez. L, 03/05/2007, n. 10182; Cass. Sez. 3, 14/03/2006, n. 5488).

Del pari, la censura sull'assunta promessa unilaterale di pagamento non adempie all'onere di specificità quanto alla prova. (...)"

Nota a cura di Alessandro Marchetti Guasparini

La vicenda in esame trae origine da un giudizio di opposizione ad un decreto ingiuntivo, avente ad oggetto il (presunto) credito di un avvocato per ottenere il pagamento di compensi professionali. Ai sensi degli artt. 633 e 636 c.p.c., il professionista aveva richiesto l'emissione del decreto ingiuntivo sulla base della parcella per spese e prestazioni, sottoscritta e corredata del parere della competente associazione professionale. Tuttavia, la parte intimata aveva proposto opposizione, allegando di aver contestato la richiesta di compenso del professionista, non avendo prestato quindi il proprio assenso al *quantum* della parcella.

La Suprema Corte è stata perciò chiamata a pronunciarsi sulla valenza della parcella professionale ai fini del riconoscimento del credito del professionista e sull'onere, in capo al debitore, di contestare l'effettivo svolgimento dell'attività professionale.

In relazione al valore probatorio della parcella del professionista, la Corte di cassazione ha ribadito il principio, espresso anche a Sezioni Unite [1] secondo cui, ai fini della liquidazione dei compensi degli avvocati, la parcella delle spese e prestazioni, sottoscritta e corredata del parere della competente associazione professionale – pur mantenendo l'efficacia vincolante attribuitale dall'art. 636 c.p.c. nel procedimento per ingiunzione – perde questa efficacia nel giudizio di opposizione *ex art. 645 c.p.c.* In particolare, nel giudizio ordinario avente ad oggetto l'accertamento del credito, il giudice è libero di discostarsene, salvo l'obbligo di fornire congrua motivazione, *“spettando in ogni caso al professionista, nella sua qualità di attore, fornire gli elementi dimostrativi della pretesa, per consentire al giudice la verifica delle singole prestazioni svolte e la loro corrispondenza con le voci e gli importi indicati nella parcella”*.

Pertanto, secondo un indirizzo consolidato [2], nel giudizio di cognizione avente ad oggetto il pagamento di prestazioni professionali di un avvocato, nel caso in cui il debitore intimato svolga contestazioni in ordine all'espletamento ed alla consistenza dell'attività che si assuma svolta, tale contestazione *“è idonea e sufficiente ad investire il giudice del potere-dovere di verificare il quantum debeatur”*; la parcella del professionista costituisce, infatti, *“una semplice dichiarazione unilaterale del professionista, sul quale perciò rimangono i relativi oneri probatori del credito azionato ex art. 2697 c.c.”*.

Dal momento che, nel caso di specie, era sorta la questione se il debitore intimato avesse effettivamente contestato la debenza del credito azionato dal professionista, la Corte ha espresso alcuni principi in ordine all'onere di specifica contestazione. In primo luogo, la Corte ha statuito che, affinché un fatto possa dirsi non contestato dal convenuto (e perciò non richiedente una specifica dimostrazione) *“occorre o che lo stesso fatto sia da quello esplicitamente ammesso, o che il convenuto abbia improntato la sua difesa su circostanze o argomentazioni incompatibili col disconoscimento di quel fatto”*. La Suprema Corte ha pertanto affermato che *“la non contestazione scaturisce dalla non negazione del fatto costitutivo della domanda”*; pertanto, non può considerarsi sussistente l'ipotesi di cui all'art. 155 c.p.c. *“ove, a fronte di una pretesa creditoria fondata sullo svolgimento di una complessa prestazione giu-*

diziale di avvocato, il cliente abbia comunque definito incongruo il compenso richiesto rispetto all'attività svolta”.

In relazione alle modalità e alla precisione con la quale il convenuto deve contestare la debenza di un compenso professionale, la Corte ha, infine, precisato che l'onere di contestare in modo specifico la richiesta di compenso del professionista sorge *“ove questa muova da un conteggio preciso e dettagliato, e non un importo complessivo e globale, spettando in ogni caso tale accertamento di fatto al giudice del merito”.*

[1] Cfr. Cass. Civ. SS. UU. n. 19427/2021.

[2] Cfr. Cass. Civ. n. 230/2016; Cass. Civ. n. 14556/2004; Cass. Civ. n. 10150/2003.

Il concetto giuridico di creatività nell'ambito del diritto d'autore

Argomento: Del diritto d'autore

(Cass. Civ., Sez. I, 16 gennaio 2023, n. 1107)

Stralcio a cura di *Ida Faiella*

“1. Con atto di citazione (...) l'architetto *Omissis* ha convenuto in giudizio (...) la Rai (...) lamentando la violazione del proprio diritto d'autore sull'opera utilizzata (...) come scenografia fissa per il Festival di *Omissis*, e chiedendo il risarcimento del danno, la rimozione del programma dal sito internet della Rai e la pubblicazione della sentenza. (...) Il Tribunale di Genova con sentenza ha accertato la paternità dell'opera in capo a *Omissis* e la violazione del diritto d'autore (...), ha conseguentemente condannato la Rai al risarcimento del danno (...) e ha disposto altresì la rimozione del programma dal sito internet e la pubblicazione della sentenza. (...).

2. Con il primo motivo di ricorso, proposto ex art. 360 c.p.c., n. 4, la ricorrente Rai denuncia nullità della sentenza per motivazione apparente, violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 1, n. 4, dell'art. 118 disp. Att. c.p.c. e dell'art. 111 Cost. (...).

4.2. In seguito alla riformulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, disposta dal D.L. n. 83 del 2012, art. 54 convertito, con modificazioni, dalla L. n. 134 del 2012, non è più deducibile quale vizio di legittimità il semplice difetto di sufficienza della motivazione (...) Tale obbligo è violato qualora la motivazione sia totalmente mancante o meramente apparente, ovvero essa, pur graficamente esistente, risulti del tutto inidonea ad assolvere alla funzione specifica di esplicitare le ragioni della decisione (ad esempio per essere afflitta da un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili oppure perché perplessa ed obiettivamente incomprendibile) e non renda, così, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche, congetture. e, in tal caso, si concreta una nullità processuale deducibile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4 (Sez. L, n. 3819 del 14.2.2020; Sez. 6 – 5, n. 13977 del 23.5.2019; Sez. 6 – 3, n. 22598 del 25.9.2018; Sez. 1, n. 16057 del 18.6.2018; Sez. 3, n. 4448 del 25.2.2014).

(...) **In tema di diritto d'autore il concetto giuridico di creatività, cui fa riferimento la L. n. 633 del 1941, art. 1 non coincide con quello di creazione, originalità e novità assoluta, ma si riferisce, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore. Di conseguenza, la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia; inoltre, la creatività non è costituita dall'idea in sé, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa**

idea può essere alla base di diverse opere, che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende e che, in quanto tale, rileva ai fini della protezione (Sez. 1, n. 25173 del 28.11.2011; Sez. 1, n. 21172 del 13.10.2011; Sez. 1, n. 20925 del 27.10.2005). (...).

4.5. La motivazione è pertanto esistente (...) la protezione del diritto d'autore postula il requisito dell'originalità e della creatività, consistente non già nell'idea che è alla base della sua realizzazione, ma nella forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, presupponendo che l'opera rifletta la personalità del suo autore, manifestando le sue scelte libere e creative; la consistenza in concreto di tale autonomo apporto forma oggetto di una valutazione destinata a risolversi in un giudizio di fatto, come tale sindacabile in sede di legittimità soltanto per eventuali vizi di motivazione (Sez. 1, n. 10300 del 29.5.2020; Sez. 1, n. 13524 del 13.6.2014; Sez. 1, n. 20925 del 27.10.2005).

5. Con il secondo motivo di ricorso, proposto ex art. 360 c.p.c., n. 3, la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 2575 e 2576 c.c. e alla L. 22 aprile 1941, n. 633, artt. 1, 2 e 6.

5.1. La RAI si duole del fatto che la Corte di appello abbia erroneamente qualificato come opera dell'ingegno una immagine generata da un software e non attribuibile a una idea creativa. (...).

5.2. Il motivo appare inammissibile (...) perché volto a introdurre per la prima volta in sede di legittimità una questione nuova non trattata nel giudizio di merito. Infatti, secondo giurisprudenza consolidata di questa Corte, qualora una questione giuridica – implicante un accertamento di fatto – non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che la proponga in sede di legittimità, onde non incorrere nell'inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione dinanzi al giudice di merito, ma anche, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di indicare in quale atto del giudizio precedente lo abbia fatto, per consentire alla Corte di controllare ex actis la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la censura stessa. (Sez. 6 – 5, n. 32804 del 13.12.2019; Sez. 2, n. 2038 del 24.1.2019; Sez. 1, n. 25319 del 25.10.2017; Sez. 2, n. 8206 del 22.4.2016; Sez. 2, n. 7048 del 11.4.2016). (...).

P.Q.M. La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese. (...)"

Nota a cura di Martina Nicolino

Importante conferma della Corte di cassazione relativa all'interpretazione piuttosto "estensiva" del concetto di "creatività" rientrante nella tutela autoriale prevista dalla L. 633/1941.

Ma andiamo per gradi (di giudizio).

La vicenda dal punto di vista fattuale è riassumibile come segue.

Con atto di citazione notificato il 18.7.2018 l'architetto *Omissis* conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Genova la *Omissis S.p.A.*, assumendo di essere la creatrice dell'opera grafica «*T**** S***** o**** t**** n******», lamentando, dunque, la violazione del proprio diritto d'autore sull'opera, utilizzata dalla Convenuta come scenografia fissa per un Festival italiano molto importante e conosciuto a livello nazionale, e chiedendo:

1. il risarcimento del danno,
2. la rimozione del programma dal sito internet della R****
3. la pubblicazione della sentenza.

La *Omissis S.p.A.* si costituiva in giudizio, chiedendo la reiezione delle avversarie domande in quanto infondate.

Il Tribunale di Genova con sentenza del 6.6.2018 accertava la paternità dell'opera in capo all'Attrice e la violazione del diritto d'autore alla stessa spettante da parte della R**** S.p.A.. Conseguentemente, dunque, condannava quest'ultima al risarcimento del danno liquidato equitativamente in € 40.000,00 (*di cui € 20.000,00 per danno emergente e l'altra metà per lucro cessante*) e disponeva, altresì, la rimozione del programma dal sito internet e la pubblicazione della sentenza.

Secondo il Tribunale la titolarità dell'opera poteva essere ricondotta all'attrice sulla base di alcune stampe dei siti internet da essa prodotte e una rapida ricerca on line, nonché di un libro edito da M**** che conteneva l'immagine con l'attribuzione alla B****.

Il ragionamento effettuato dal Tribunale considerava l'opera "*creativa*" e la manifestazione avente carattere commerciale, elementi che determinavano il riconoscimento del danno patito dall'Attrice e liquidato equitativamente nella somma suddetta.

Avverso la sentenza di primo grado proponeva appello la R**** S.p.A., cui resisteva l'appellata B****. La Corte di appello di Genova con sentenza del 11.11.2020 respingeva il gravame con aggravio di spese.

Avverso la sentenza di secondo grado, proponeva Ricorso per Cassazione la R**** S.p.A.; proponeva controricorso l'architetto C**** B****, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto dell'avversaria impugnazione. Le parti depositavano memorie illustrative.

La ricorrente R**** S.p.A. svolgeva tre motivi di ricorso che concernevano:

1. la nullità della sentenza per motivazione apparente (violazione dell'art. 132, co. 1, n. 4, c.p.c., dell'art. 118 disp. att. c.p.c. e dell'art. 111 Cost.);
2. l'erronea qualificazione come opera dell'ingegno di una immagine generata da un software e non attribuibile a una idea creativa della sua supposta autrice (in relazione agli artt. 2575 e 2576 cod.civ. e agli artt. 1, 2 e 6 della legge 22.4.1941 n. 633);
3. la violazione del divieto di scienza privata, del principio di disponibilità delle prove, delle regole del giusto processo per aver attribuito la paternità dell'opera alla B**** sulla base di documentazione estranea al processo e reperita dal giudicante sulla rete telematica di propria iniziativa (violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. dell'art. 97 disp. att. c.p.c. e dell'art. 111 Cost.).

Il ricorso veniva complessivamente rigettato, con il pagamento delle spese che seguivano la soccombenza.

Rispetto a tale vicenda, il quadro normativo di riferimento è rappresentato dalla Legge sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n. 633 – Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio).

Il primo comma dell'art. 1 della Legge individua l'ambito applicativo oggettivo della tutela del diritto d'autore, estendendola a tutte "*le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*".

Dunque, la "creatività" dell'opera costituisce un carattere distintivo della sua tutelabilità, con ciò rivelandosi essenziale, ai fini della risoluzione della presente controversia ma anche in generale data la soggettiva interpretabilità dal punto di vista semantico della parola, definire la portata del concetto stesso di creatività, compito cui la Suprema Corte adempie con estrema chiarezza, definendone contorni, possiamo dire, piuttosto ampi.

Infatti, in primo luogo, la Corte, statuisce – riprendendo quanto affermato nei precedenti gradi di giudizio del processo – che "*(...) in tema di diritto d'autore il concetto giuridico di creatività, cui fa riferimento l'art. 1 della legge n. 633 del 1941, non coincide con quello di*

creazione, originalità e novità assoluta, ma si riferisce, per converso, alla personale e individuale espressione di un'oggettività appartenente alle categorie elencate, in via esemplificativa, nell'art. 1 della legge citata, di modo che un'opera dell'ingegno riceva protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore. Di conseguenza la creatività non può essere esclusa soltanto perché l'opera consiste in idee e nozioni semplici, ricomprese nel patrimonio intellettuale di persone aventi esperienza nella materia; inoltre, la creatività non è costituita dall'idea in sé, ma dalla forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, di modo che la stessa idea può essere alla base di diverse opere, che sono o possono essere diverse per la creatività soggettiva che ciascuno degli autori spende e che, in quanto tale, rileva ai fini della protezione (...) (Sez. 1, n. 25173 del 28.11.2011; Sez. 1, n. 21172 del 13.10.2011; Sez. 1, n. 20925 del 27.10.2005)".

Emerge da tali affermazioni che il concetto giuridico di creatività cui fa riferimento la norma ex art. 1 Legge n. 633/1941, non coincide con quello di creazione, novità e originalità in termini assoluti. Un'opera dell'ingegno riceve protezione a condizione che sia riscontrabile in essa un atto creativo, seppur minimo, suscettibile di manifestazione nel mondo esteriore.

Nella fattispecie *de qua*, la Suprema Corte riporta quanto osservato dalla Corte di appello e cioè che l'opera è creativa allorché esprime una idea originale, proveniente solo dall'ispirazione del suo autore e conferma la valutazione espressa dal giudice di primo grado, sostenendo che l'immagine non fosse una semplice riproduzione di un fiore, ma ne comportava una vera e propria rielaborazione, perciò meritevole di tutela autorale per il suo carattere creativo. La Corte di appello rafforzava, a sua volta, tale valutazione, dando conto dell'ampia valorizzazione impressa all'opera da parte della stessa R**** S.p.A. in occasione della presentazione della manifestazione alla stampa periodica, e considerava, infine, quale ulteriore indizio il grado di notorietà raggiunto dall'opera sul web, dando conto di visualizzazioni, preferenze e commenti. L'opera, quindi, non era una semplice riproduzione di un fiore ma una sua rielaborazione.

Circa l'importanza dell'elaborazione "soggettiva" dell'autore relativamente all'espressione di un'idea, anche semplice o addirittura banale, che sia però in grado di riflettere la personalità dell'autore, non riducendosi ad una mera riproduzione di un'opera altrui, la Corte così si esprime: "(...) *V'è ancora da aggiungere che la protezione del diritto d'autore postula il requisito dell'originalità e della creatività, consistente non già nell'idea che è alla base della sua realizzazione, ma nella forma della sua espressione, ovvero dalla sua soggettività, presupponendo che l'opera rifletta la personalità del suo autore, manifestando le sue scelte libere e creative; (...) (Sez. 1, n. 10300 del 29.5.2020; Sez. 1, n. 13524 del 13.6.2014; Sez. 1, n. 20925 del 27.10.2005)".*

Importante spunto di riflessione seppur *en passant*, viene dato dal secondo motivo di ricorso, ove la ricorrente sosteneva che l'opera dell'arch. B**** fosse una "**immagine digitale**", a soggetto floreale, a figura c.d. «frattale», ossia caratterizzata da auto similarità, ovvero da ripetizione delle sue forme su scale di grandezza diverse e fosse stata elaborata da un software, che ne aveva elaborato forma, colori e dettagli tramite algoritmi matematici, per cui la pretesa autrice avrebbe solamente scelto un algoritmo da applicare e approvato a posteriori il risultato generato dal computer. Ora, il motivo di ricorso in sé veniva dichiarato inammissibile "(...) *perché volto a introdurre per la prima volta in sede di legittimità una questione nuova non trattata nel giudizio di merito (...)*" trattandosi di un accertamento di fatto che andava effettuato nei precedenti gradi di giudizio, ma è importante perché – su tale tema – la Corte specifica che, pur non addentrandosi nei temi della cosiddetta arte digitale (detta anche digital art o computer art) quale opera o pratica artistica che utilizza la tecnologia digitale come parte del

processo creativo o di presentazione espositiva, il fatto che l'autrice avesse utilizzato un software per generare l'immagine, sia pur sempre compatibile con l'elaborazione di un'opera dell'ingegno con un tasso di creatività che andrebbe solo scrutinato con maggior rigore, non escludendone, dunque, a priori la sua tutelabilità.

In conclusione, il carattere creativo viene normalmente interpretato dalla giurisprudenza come un apporto personale, anche se molto modesto, dell'autore sull'opera, la quale in pratica non deve limitarsi ad essere la trasposizione *sic et simpliciter* di un'opera altrui.

Al mediatore spetta la provvigione nel caso in cui la conclusione dell'affare sia effetto causato adeguatamente dal suo intervento

Argomento: Del mediatore

(Cass. Civ., Sez. II, 2 febbraio 2023, n. 3165)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) La messa «in relazione di due o più parti per la conclusione di un affare» (art. 1754 c.c.) non è elemento sufficiente, di per sé, a far ritenere che l'affare sia «concluso per effetto» dell'intervento del mediatore (art. 1755 c.c.). Ciò si ricava dalla interdipendente distinzione di ruolo e di portata normativa tra l'art. 1754 c.c. e l'art. 1755, co. 1 c.c. In sé considerata, la prima disposizione si limita a definire la figura del mediatore come «colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza». Considerato invece nella sua relazione con l'art. 1755, co. 1 c.c., l'art. 1754 c.c. consegue una portata normativa ulteriore rispetto al carattere esclusivamente definitorio che gli è proprio in sé. La portata è di ordine negativo: diretta a negare, per l'appunto, che la semplice messa in relazione delle parti sia requisito idoneo, di per sé, a far reputare l'affare concluso per effetto dell'intervento del mediatore.

2.4. – Ci si persuade di ciò già se si pensa al circolo essenzialmente vizioso in cui si risolverebbe l'art. 1755, co. 1 c.c., ove fosse riscritto alla luce della tesi criticata. La riscrittura suonerebbe così: «colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare ha diritto alla provvigione (...), se l'affare è concluso per effetto della semplice messa in relazione delle parti». In altre parole, due e distinte sono le domande: (a) chi è il mediatore (art. 1754 c.c.); b) che cosa deve fare il mediatore per avere diritto alla provvigione (art. 1755, co. 1 c.c.). Non si può rispondere alla seconda domanda, evocando più o meno sic et simpliciter la risposta alla prima, altrimenti il senso normativo dell'art. 1755, co. 1 c.c. si appiattirebbe su quello dell'art. 1754 c.c. La nozione di causalità efficiente dell'intervento del mediatore accolta dall'art. 1755, co. 1 c.c. si ridurrebbe a considerare quest'ultimo una condicio sine qua non della conclusione dell'affare. (...).

2.5. – È appena il caso di ricordare che la nozione di «causalità adeguata» è stata sviluppata proprio al fine di mitigare la rigorosa imputazione dell'evento in base alla causalità condizionalistica (o della condicio sine qua non), nel senso che non tutte le condizioni sono considerate cause. Mutato ciò che si deve mutare nel passaggio da una branca del diritto all'altra, nel quadro dei rapporti tra art. 1754 e art. 1755, co. 1 c.c., il riferimento giurisprudenziale alla causalità adeguata assolve alla medesima funzione: di evitare che la causalità efficiente dell'intervento del mediatore di cui all'art. 1755, co. 1 c.c. si riduca alla causalità condizionalistica, si appiattisca cioè sulla definizione della figura del mediatore di cui all'art. 1754 c.c. (...).

5. – In relazione al rigetto del secondo motivo di ricorso, il Collegio enuncia il seguente principio di diritto: «Al fine del sorgere del diritto alla provvigione ex art. 1755, co. 1 c.c., è necessario che la conclusione dell'affare sia effetto causato adeguatamente dal suo intervento,

senza che il mettere in relazione delle parti tra di loro ad opera del mediatore sia sufficiente di per sé a conferire all'intervento di questi il carattere di adeguatezza, né che l'intervento di un secondo mediatore sia sufficiente di per sé a privare ex post l'opera del primo mediatore di tale qualità di adeguatezza» (...)"

Nota a cura di Ilaria Celia

I Giudici di piazza Cavour tornano a pronunciarsi su una tematica assai dibattuta e controversa quale il diritto del mediatore a ricevere la provvigione quando il nesso causale, tra il suo operato e la conclusione dell'affare, risulti incerto.

Con riferimento alla sentenza n. 3165, del 2 febbraio 2023, la seconda sezione della Suprema corte ha analizzato una questione giuridica avente ad oggetto il rapporto di mediazione intercorrente tra un'agenzia immobiliare e un soggetto interessato a vendere un bene di sua proprietà.

In particolare, quest'ultimo aveva affidato l'incarico al mediatore che lo aveva messo in contatto con un possibile acquirente, con il quale, però, non era stato raggiunto alcun accordo.

Soltanto in un secondo momento, successivo alla cessazione del rapporto sopra citato, il venditore conferiva l'incarico ad un secondo mediatore, grazie al quale si è pervenuti alla stipula del contratto di compravendita, siglato davanti al notaio e con un acquirente diverso rispetto a quello che, inizialmente e durante la vigenza del primo contratto di mediazione, aveva visionato l'immobile.

Il primo mediatore, valutando il suo operato rilevante e decisivo ai fini dell'accordo finale, si costituiva dinnanzi al Tribunale di Bologna per chiedere il riconoscimento del suo diritto alla provvigione, in forza dell'apporto causale fornito rispetto all'esito della trattativa; valutati i fatti di causa, i giudici di primo grado respingevano la richiesta attorea, addebitando la conclusione dell'affare esclusivamente al secondo mediatore.

Per tale ragione, l'attore impugnava la decisione, sottoponendola al vaglio dei giudici della Corte di appello bolognese, i quali, però, confermavano la sentenza contestata, ribadendo come la semplice *messa in relazione* tra le parti non comporti un automatico riconoscimento, in capo al mediatore, del diritto a percepire la provvigione.

L'appellante, in considerazione dei motivi posti a fondamento della decisione, ricorreva ai giudici di legittimità, lamentando la violazione o falsa applicazione degli artt. 1754 e 1755 c.c.

La Corte di cassazione, pertanto, è chiamata a valutare se la conclusione dell'affare sia effetto dell'intervento del primo mediatore, ponendo l'accento sulla sufficienza della sola messa in relazione delle parti, quale antecedente indispensabile per il buon esito della trattativa, così come dedotto da parte ricorrente.

Sul punto, è possibile richiamare numerose pronunce della Suprema corte, con le quali è stato precisato che non sussiste il diritto alla provvigione quando ad una prima fase delle trattative, avviate con l'intervento di un mediatore, non segua un risultato positivo, seppur questo venga successivamente raggiunto, ma non a causa dell'intervento del mediatore che le aveva poste originariamente in contatto (Cass. civ., Sez. VI-2, 16.10.2020, n. 22426).

In una pronuncia più risalente, infatti, la Corte, richiamando l'art. 1755 c.c., ha precisato come il diritto alla provvigione sia dovuto quando la stipula del contratto definitivo sia causalmente riconducibile all'intervento del mediatore (Cass. civ., Sez. III, 6.07.2010, n. 15880).

Ne consegue, dunque, come la messa in contatto di due o più parti, di per sé, non sia suffi-

ciente a far ritenere che l'affare si sia concluso per effetto dell'intervento del professionista.

In continuità con questo orientamento giurisprudenziale, la Cassazione, con la sentenza n. 3165, ha rigettato le doglianze esposte dal mediatore/ricorrente, imperniando il suo percorso argomentativo sul principio della causalità adeguata. Più specificamente, è stato precisato come il contributo causale, fornito dal mediatore nei riguardi dell'affare, debba risultare causalmente adeguato rispetto al fine ultimo, voluto dalle parti e causa del contratto stesso di mediazione.

I giudici di legittimità, con riguardo al caso concreto, riferiscono l'impossibilità di accogliere le richieste del primo mediatore, dal momento che la trattativa si è conclusa grazie al contributo, causale, adeguato e autonomo, del secondo mediatore; è opportuno precisare, a tale riguardo, come la sola presenza di un secondo mediatore, comunque, non sia idonea a interrompere il nesso di causalità tra l'opera del primo mediatore e la conclusione dell'affare. Pertanto, è elemento rilevante l'adeguatezza dell'intervento del professionista rispetto all'esito dell'affare.

Tale ricostruzione trova il suo fondamento normativo nella lettura, in combinato disposto, degli artt. 1754 e 1755 c.c., grazie ai quali si rintraccia il profilo della necessità della messa "*in relazione di due o più parti per la conclusione di un affare*", ma, al contempo, emerge la non sufficienza di tale requisito ai fini dell'insorgenza del diritto alla provvigione; ed infatti, il primo presupposto deve essere accompagnato da un ulteriore elemento, ossia la riconducibilità, in capo al mediatore, dell'affare che deve risultare "*concluso per effetto del suo intervento*".

Solo l'analisi congiunta delle due disposizioni permette di comprenderne l'effettiva portata normativa, diretta a negare che la semplice messa in relazione delle parti possa assurgere ad unico elemento – di per sé idoneo, ma non sufficiente – utile ai fini della valutazione circa la debenza della provvigione.

A riguardo, la Corte ha inteso richiamare la teoria, presa "in prestito" dal Diritto penale, della causalità adeguata, ricordando come questa nasca dall'intenzione di porre dei correttivi alla rigorosa imputazione dell'evento basata sulla teoria condizionalistica, secondo la quale è causa ogni antecedente idoneo a produrre un determinato evento; in forza del procedimento di eliminazione mentale, dunque, è causa ogni fatto che, se eliminato, fa venire meno l'evento.

Una lettura condotta sulla base della teoria sopra esposta comporterebbe una riformulazione dell'art. 1755 c.c., il quale riconoscerebbe il diritto alla provvigione ogni qualvolta vi fosse una semplice messa in relazione delle parti.

In realtà, nel quadro dei rapporti tra l'art. 1754 e 1755 c.c., il riferimento giurisprudenziale alla causalità adeguata assolve proprio alla funzione di scongiurare una simile riformulazione e applicazione della prescrizione, dal momento che risulta indispensabile una lettura "elastica" del termine *effetto*, il quale deve necessariamente essere abbinato al concetto di *adeguatezza*. Più nel dettaglio, la teoria della causalità adeguata specifica che è causa solo quella condizione adeguata a produrre l'evento, secondo il criterio della probabilità, contrapponendo, così, alla teoria della *condicio sine qua non* quella dell'*id quod plerumque accidit*.

In ragione di siffatte valutazioni, la Suprema corte, in conclusione, ha ritenuto non fondata l'asserita violazione lamentata dal primo mediatore, valorizzando, in uno alla constatazione di non coincidenza dell'acquirente effettivo con quello che, inizialmente, aveva visionato l'immobile (durante la vigenza del primo contratto di mediazione, infatti, il presunto interessamento, rispetto al bene, era riferibile alla madre dell'acquirente che, successivamente, ha concretamente sottoscritto il contratto di compravendita), il significativo lasso temporale intercorso tra la scadenza del primo incarico conferito e la stipula del secondo incarico, precisando che solo quest'ultimo ha avuto un ruolo di *efficienza causale adeguata rispetto alla conclusione dell'affare*.

I confini normativi di carattere processuale e sostanziale della nullità di protezione per mancato rilascio della garanzia fideiussoria in sede di preliminare di vendita: *quid iuris* se la relativa azione giudiziale è esercitata quando l'immobile da costruire sia già stato ultimato?

Argomento: Dei contratti in generale

(Cass. Civ., Sez. II, 8 febbraio 2023, n. 3817)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) la normativa di settore protegge il promissario acquirente (che) si trova a pagare una parte del corrispettivo, senza ottenere l'immediato acquisto della proprietà del bene, il quale è ancora in fase di costruzione. Così trova fondamento l'obbligo di rilasciare la garanzia fideiussoria. (...) Ne consegue che tale necessità viene meno nel momento in cui la costruzione è ultimata, poiché lo stato di insolvenza del promittente venditore, che sopravvenga a tale ultimazione, consente comunque al promissario acquirente di poter perfezionare l'acquisto, in ragione della previa trascrizione del preliminare. (...) Se viceversa si aderisse all'impostazione dei Giudici di merito, a mente della quale l'utilità della concessione della garanzia fideiussoria sopravviverebbe alla conclusione dei lavori, sino a quando l'effetto traslativo non si sia prodotto, non solo sarebbe mutato lo scopo perseguito dalla norma, ma, in aggiunta, la previsione sarebbe estensibile, per identità di ratio, ad ogni promessa di vendita di immobili, quand'anche essa abbia avuto ad oggetto, sin dall'origine, beni già realizzati. Per contro, per quanto anzidetto, altri sono gli strumenti assicurativi che l'ordinamento appresta per garantire il trasferimento di proprietà di immobili preesistenti, a cui le parti si siano previamente obbligate. (...).

3.7 – Nel caso affrontato dalla sentenza d'appello oggetto dell'odierna impugnazione, la garanzia fideiussoria non è stata concessa, la nullità di protezione è stata però eccepita dai promissari acquirenti dopo l'ultimazione dei lavori, senza che sia stato mai paventato un pericolo di insolvenza in concreto del promittente alienante, che ha invece invitato le controparti a concludere il definitivo. Ne discende che l'esercizio in concreto dell'azione di nullità non è funzionale al perseguimento del fine per il quale l'invalidità di protezione è stata riconosciuta, bensì è stato indirizzato al raggiungimento di uno scopo ultroneo: quello di sciogliersi dal vincolo contrattuale per sopravvenuto mutamento dei propositi dei promissari acquirenti. (...).

3.8. – In altri termini, secondo l'impostazione cui ha aderito autorevole dottrina, a fronte di un fabbricato ultimato, non c'è ragione per sacrificare l'interesse del costruttore e quello della successiva circolazione immobiliare, dovendo dunque respingersi tutte le domande di nullità che camuffano, in realtà, un “recesso di pentimento”, che in via edittale non è inglobato nella

previsione normativa e il cui esercizio è palesemente lesivo della clausola di buona fede oggettiva. Inoltre, proprio con specifico riferimento al caso in cui, per l'ipotesi di nullità di cui all'art. 2, in esame, non vi sia più un concreto rischio di pregiudizio della sfera giuridica e patrimoniale del promissario acquirente, l'esercizio dell'azione di nullità è precluso dalla mancanza di interesse ad agire del medesimo promissario acquirente ex art. 100 c.p.c. (in combinato disposto con l'art. 1421 c.c.)”.

Vacanza rovinata: oltre ai danni patrimoniali, il turista ha diritto anche al risarcimento dei danni morali

Argomento: Del risarcimento del danno

(Cass. Civ., Sez. III, 20 febbraio 2023, n. 5271)

Stralcio a cura di *Francesco Taurisano*

“(…) 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 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 (in tal senso cfr. Corte cost. n. 205 del 2022).

Il citato diritto vivente ha poi conseguito l’avallo della Corte costituzionale che, a fronte della tutela assicurata in via ermeneutica agli “interessi di rango costituzionale inerenti alla persona” (sentenza n. 233 del 2003), ha giudicato come non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2059 cod. civ., sollevata in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost. Nella motivazione la Corte ha riconosciuto alle sentenze della Cassazione (e specificamente alle pronunce n. 8828 e n. 8827 del 2003) l’indubbio pregio di aver ricondotto a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, in virtù di un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell’astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona, incluso il danno biologico.

Per altro verso, già da tempo la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto, in tema, la risarcibilità del danno non patrimoniale, individuandone il fondamento “non nella generale previsione dell’art. 2 Cost., ma proprio nella cosiddetta vacanza rovinata (come legislativamente disciplinata)” (Cass. 4 marzo 2010, n. 5189). Anche Cass. 20 marzo 2012, n. 4372, ha cassato una decisione che lo aveva negato, affermando che la risarcibilità di tale danno “è prevista dalla legge, oltre che costantemente predicata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea”. In effetti, la legislazione di settore concernente i “pacchetti turistici”, emanata in attuazione della normativa comunitaria di tutela del consumatore, nell’ambito dell’obiettivo dell’avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri della Comunità Europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia CE, ha reso rilevante l’interesse del turista al pieno godimento del viaggio organizzato, come occasione di piacere o riposo, prevedendo il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali (disagio psicofisico che si accompagna alla mancata realizzazione in tutto o in parte della vacanza programmata) subito per effetto dell’inadempimento contrattuale.

La Corte di Giustizia, già nel 2002 (sentenza 12 marzo 2002, n. 168), pronunciandosi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 5 della direttiva n. 90/314/CEE, ha affermato che il suddetto articolo "deve essere interpretato nel senso che in linea di principio il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso", mettendo in evidenza che nel settore dei viaggi turistici si segnalano spesso "danni diversi da quelli corporali", "al di là dell'indennizzo delle sofferenze fisiche" e che "tutti gli ordinamenti giuridici moderni (riconoscono) un'importanza sempre maggiore alle vacanze". Alla luce di tale pronuncia, la dottrina e la giurisprudenza di merito, hanno letto le espressioni generiche contenute nel D.Lgs. n. 111 del 1995 (artt. 13 e 14) come comprensive anche del danno non patrimoniale. Poi, in una visione d'insieme, il Codice del turismo (D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79, emanato in attuazione della direttiva 2008/122/CE), applicabile nella specie, prevede espressamente (art. 47) il danno da vacanza rovinata per il caso di inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico. In particolare, si prevede che, qualora l'inadempimento "non sia di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., il turista può chiedere, oltre e indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta".

Alla luce di quanto premesso (...) è manifestamente errata l'affermazione secondo cui "il termine danno alla persona deve, evidentemente, essere riferito ai soli danni fisici e non anche a quelli morali sia perché è tale l'accezione tecnica del termine e sia perché, altrimenti, la distinzione non avrebbe senso. In tema di cd. vacanza rovinata, infatti, è chiaro che si verte sempre di danni cd. morali in quanto quelli patrimoniali sono risarcibili a prescindere e già oggetto di normative speciali".

Al contrario, la disposizione di cui all'art. 44 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (Applicabile alla fattispecie in esame e che fissa in tre anni il termine prescrizione per "il danno derivante alla persona dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico") deve essere interpretata nel senso che tra i danni alla persona sono compresi quelli di carattere non patrimoniale, di cui all'art. 2059 c.c., come categoria ampia ed unitaria concernente la lesione di interessi inerenti la persona".

Nota a cura di Alessandro Turano

Con la recente sentenza n. 5271 del 20/02/2023 la Suprema Corte di cassazione, nella sua Sezione Terza, ha preso posizione sulla risarcibilità del c.d. "danno da vacanza rovinata", tornando così ad argomentare sulla categoria ampia e onnicomprensiva del "danno non patrimoniale" che in sé racchiude qualsiasi ingiusta lesione di un valore inerente alla persona e costituzionalmente garantito. Stante l'evolversi dei costumi e delle abitudini sociali, il Collegio ha ribadito che le vacanze, intese come momento di riposo ed evasione dalla routine quotidiana, costituiscono, alla luce dell'art. 2 Cost., una libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici dell'individuo.

In particolare, la legislazione di settore prevede il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali rappresentati dal disagio e dall'afflizione subiti dal turista per non aver potuto godere pienamente del viaggio programmato.

La pronuncia prende le mosse dal seguente caso concreto.

Due viaggiatori convenivano in giudizio un'agenzia di viaggi chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata per i problemi verificatisi in merito al trasporto prima e alla sistemazione in albergo poi.

La domanda risarcitoria avanzata veniva accolta dal Giudice di Pace e respinta in sede di appello dal Tribunale di Napoli, sulla base dell'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno e dell'inapplicabilità del termine di prescrizione triennale.

Con sentenza n. 2297 del 2019 il Giudice di seconde cure aveva infatti ritenuto che alla fattispecie sottoposta al suo esame andasse applicato l'art. 45, co. 3, del d.lgs. n. 79/2011 vigente all'epoca dei fatti, secondo cui "Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in un anno dal rientro del turista nel luogo della partenza", e non – come diversamente sostenuto dai viaggiatori vittime del danno – l'art. 44, commi 1 e 3, dello stesso decreto, a norma del quale "Il danno derivante alla persona dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni (...) oggetto del pacchetto turistico (...) si prescrive in tre anni dalla data del rientro del turista nel luogo di partenza".

Secondo il Tribunale di Napoli, dunque, essendo il viaggio terminato il 20 agosto 2012 e l'atto di citazione notificato il 4 febbraio 2014, il diritto era prescritto.

A sostegno della decisione il Giudice d'appello spiegava che siffatta interpretazione sarebbe «confermata, a livello sistematico, dalla nuova formulazione della norma citata la quale espressamente prevede per il danno alla persona l'applicazione del termine di prescrizione ordinariamente applicabile, con evidente riferimento ai danni fisici». Argomentava inoltre che il termine «danno alla persona», di cui al testo allora vigente dell'art. 44 del d.lgs. n. 79/2011, andasse riferito «ai soli danni fisici e non anche a quelli morali».

Aderendo all'impostazione tradizionale, il Giudice di seconde cure riteneva perciò ristorabile il solo danno patrimoniale, quest'ultimo agevolmente quantificabile, secondo i principi generali dell'ordinamento, nella differenza tra il prezzo corrisposto per i servizi pattuiti e il valore dei servizi resi, con l'eventuale aggiunta di una somma corrispondente al lucro cessante da liquidarsi in via equitativa.

La decisione veniva impugnata dai due viaggiatori che ricorrevano per Cassazione con quattro motivi di doglianza. La Suprema Corte accoglieva il secondo e il terzo motivo, dichiarava inammissibile il primo e assorbì il quarto.

Per l'esatta ricostruzione dell'iter argomentativo della Corte, è qui di particolare interesse notare che i giudici di legittimità hanno rilevato, in particolare, la fondatezza del secondo motivo di ricorso, con il quale si deduceva la violazione degli artt. 47, 44 e 45 del d.lgs. n. 79/2011 in rapporto all'affermata prescrizione del diritto azionato e concernente i danni non patrimoniali patiti dalle vittime.

Segnatamente è stato considerato che il giudice dell'appello, accogliendo la domanda della società di viaggi convenuta in giudizio, non ha attribuito «rilevanza al radicale e consolidato mutamento di prospettiva compiuto dalla giurisprudenza (...) in tema di danno non patrimoniale, individuato come ampia ed onnicomprensiva categoria concernente qualsiasi ingiusta lesione di un valore inerente alla persona (...)».

I giudici della Corte, enfatizzando il dettato dell'art. 2 Cost., hanno difatti osservato che l'ingiusta lesione di un valore della persona costituzionalmente riconosciuta, per giurisprudenza concorde, «è stata ascritta ai "casi previsti dalla legge" che, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., consentono il risarcimento dei danni non patrimoniali». In questa prospettiva – continua la Corte – ai diritti inviolabili della persona non può negarsi, *a fortiori*, la tutela civile data dal risarcimento dei danni non patrimoniali, assicurando quest'ultima «una protezione basilare, riconoscibile a tutti e idonea a svolgere una funzione solidaristico-satisfattiva» integrata, qualora in presenza di particolare gravità soggettiva dell'illecito e in rapporto alla componente del

danno morale, «anche da una funzione individual-deterrente» (Corte cost. 15 settembre 2022, n. 205).

Sul piano logico-concettuale l'orizzonte ermeneutico è quello tracciato dalla nota sentenza Corte cost. 11 luglio 2003, n. 133 che, a fronte della tutela assicurata agli "interessi di rango costituzionale inerenti alla persona", giudicò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. sollevata con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., valorizzando piuttosto, in motivazione, il contributo che le sentenze "gemelle" della Cassazione (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828) diedero al «tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, in virtù di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona (...)), incluso il danno biologico.

In aggiunta – sottolinea la Corte – a sostegno di detta interpretazione è pure la giurisprudenza di legittimità che nel tempo, e fuori dalla generale portata dell'art. 2 Cost., ha riconosciuto il fondamento della risarcibilità del danno non patrimoniale giustappunto nella «cosiddetta vacanza rovinata» come legislativamente disciplinata (Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2010, n. 5189).

Per ciò, ragionevolmente, i giudici di Cassazione hanno richiamato la legislazione di settore concernente i "pacchetti turistici", emanata dalla normativa comunitaria in materia di tutela del consumatore e interpretata alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia UE, che prevede il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali subiti per effetto di inadempimento contrattuale.

Il rinvio operato dai giudici di legittimità è segnatamente alla sentenza Corte di Giustizia UE 12 marzo 2002, C-168/00 che, per la prima volta, affermò la risarcibilità del danno non patrimoniale da inesatta esecuzione dei servizi previsti nel contratto di viaggio "tutto compreso". Con essa il Giudice europeo chiarì che l'art. 5 della direttiva n. 90/314/CEE andasse interpretato «nel senso che in linea di principio il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni» in cui si articola in viaggio *all inclusive*.

L'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia – osserva la Cassazione – ha orientato dottrina e giurisprudenza nazionali che hanno così iniziato a interpretare le espressioni generiche contenute nel d.lgs. n. 111/95 (*ex artt. 13 e 14*) «come comprensive anche del danno non patrimoniale».

Quale ulteriore fondamento normativo gli Ermellini ricordano infine il Codice del turismo (d.lgs. n. 79/2011) che viene in rilievo nel caso di specie e che prevede espressamente, all'art. 47 (ora art. 46 a seguito del d.lgs. n. 62/2018), «il danno da vacanza rovinata per il caso di inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico», sempre che inadempimento o inesatta esecuzione non siano di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c.

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale richiamato, di fonte costituzionale nazionale e sovranazionale, la Suprema Corte di cassazione conclude che è «manifestamente errata» l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui l'espressione "danno alla persona" debba riferirsi ai soli danni fisici e non anche a quelli morali, «sia perché è tale l'accezione tecnica del termine e sia perché, altrimenti, la distinzione non avrebbe senso».

Nota infatti che «in tema di cd. vacanza rovinata (...) si verte sempre di danni cd. morali in quanto quelli patrimoniali sono risarcibili a prescindere e già oggetto di normative speciali».

Sulla scia di quanto in argomento, per la Sezione III della Cassazione la disposizione di cui all'art. 44 del d.lgs. n. 79/2011, applicabile alla fattispecie in esame (e che fissa in tre anni il

termine prescrizione per “il danno derivante alla persona dall’inadempimento o dall’inesatta esecuzioni delle prestazioni” contenute in un pacchetto turistico), deve essere interpretata nel senso che tra i danni alla persona sono compresi quelli di carattere non patrimoniale di cui all’art. 2059 c.c., da intendersi questi ultimi in definitiva «come categoria ampia ed unitaria concernente la lesione di interessi inerenti alla persona».

Fondamentale per comprendere appieno l’interpretazione della Corte è – ancora una volta – la lezione delle Sezioni Unite del novembre 2008, secondo cui la valutazione del danno non patrimoniale ha natura “sintetica”, dal momento che confluiscono in esso tutte le tipologie di pregiudizi non economici (un tempo liquidate separatamente) con l’obiettivo di prevenire o eliminare il rischio di duplicazioni risarcitorie.

In questo senso, la valenza unitaria del danno non patrimoniale importa che, ai fini della sua esatta quantificazione, occorrerà prendere in considerazione sia il pregiudizio biologico, sia quello esistenziale sia, infine, quello morale, derivante dal patema d’animo e dalle sofferenze sopportate dalla vittima a causa dell’inadempimento.

In conclusione, e così motivando, la Corte di legittimità cassa la sentenza e la rinvia al Tribunale di Napoli, per il riesame della vicenda processuale in ottemperanza ai principi di diritto enunciati.

Il limite dell'interesse pubblico: diritto all'oblio

Argomento: Del risarcimento del danno

(Cass. Civ., Sez. III, 1 marzo 2023, n. 6116)

Stralcio a cura di *Ida Faiella*

“(…) A.A. (…) propose ricorso ex art. 700 c.p.c. nei confronti della *Omissis* (…) per ottenere la cancellazione dal sito web (…) di un articolo (…) ovvero la sua rettifica mediante integrazione con la notizia che il A.A. era stato successivamente assolto per non aver commesso il fatto.

(…) il Tribunale di Pordenone dichiarò cessata la materia del contendere con riferimento alla richiesta di cancellazione o aggiornamento dei dati pubblicati online e rigettò le domande attoree di risarcimento dei danni sia in relazione alla prospettata diffamazione a mezzo stampa sia per la prolungata permanenza della notizia sul sito web. La Corte di Appello di Trieste ha rigettato il gravame proposto dal A.A. (...), affermando (...) che: non potevano considerarsi integrati gli estremi del reato di diffamazione a mezzo stampa, in quanto l'articolo rispettava i requisiti della verità della notizia, della continenza e dell'interesse pubblico alla conoscenza dei fatti; era stata correttamente dichiarata la cessazione della materia del contendere in punto di aggiornamento della notizia, in quanto, a seguito della richiesta del A.A., la testata giornalistica si era “attivata velocemente per assicurare l'eliminazione dell'articolo, oltretutto per pubblicare un ulteriore articolo avente ad oggetto le sentenze assolutorie” (...) “l'articolo risalente al 2003 non ha carattere diffamatorio e, in conseguenza, di ciò nessun risarcimento del danno spetta al A.A.”. (...) ricorso per cassazione (...) 1. Col primo motivo, il ricorrente denuncia “violazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 perché è stato totalmente omesso l'esame di (...) diffamazione (...) con il titolo a caratteri cubitali, idoneo a generare comunque dubbi sul lettore, (...) il tutto in relazione agli artt. 590 c.p. e 2043 c.c.”.

1.1. Il motivo (...) è inammissibile, ai sensi dell'art. 348 ter, comma 5 c.p.c., in relazione al vizio ex art. 360 c.p.c., n. 5, atteso che, a fronte di una “doppia conforme” di merito, il ricorrente non ha dedotto – come necessario (cfr., per tutte, Cass. n. 26774/2016) che la sentenza di appello confermativa di quella di primo grado non è fondata sulle stesse ragioni inerenti alle questioni di fatto (...).

2. Col secondo motivo, il ricorrente denuncia la violazione del D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 2043-2049 c.c. e 7, nonché degli artt. 112 e 132 c.p.c. “per totale mancanza di motivazione” (...) “indipendentemente dalla diffamazione come reato, c'(era) responsabilità del giornale per non aver pubblicato le sentenze di assoluzione e per non aver cancellato a distanza di anni la notizia dal web, se non dopo l'inizio della causa”, (...) “la notizia (...) incidendo comunque in automatico nella reputazione del soggetto (anche se lecita sul piano del diritto alla cronaca), non poteva durare e permanere anni, dovendola il giornale cancellare dal sito web, non appena cessava l'interesse pubblico, realizzando così quel diritto sovrano di ciascuno, specie di un indagato, all'oblio delle notizie negative”.

2.1. Il motivo merita parziale accoglimento (...).

2.1.1. La Corte ha escluso che la persistenza della notizia non “aggiornata” su un sito web

possa costituire fronte di responsabilità risarcitoria (...) La questione posta è (...) quella della configurabilità di una lesione della reputazione e di una correlata pretesa risarcitoria a seguito nella permanenza nel sito web di una testata giornalistica di una notizia vera, ma datata e non aggiornata (...).

2.1.3. Sul punto, il ricorso risulta parzialmente fondato sulla base del D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 7 e 17 Regolamento UE n. 679-2016 e alla stregua di precedenti di legittimità in materia di diritto all'oblio, segnatamente Cass. n. 5525-2012 e Cass. n. 13161-2016. La prima decisione non si pronuncia sul diritto al risarcimento, ma afferma il diritto dell'interessato a chiedere e a ottenere un aggiornamento dei dati che lo riguardano e anche la cancellazione di notizie dai siti internet; la seconda riconosce la configurabilità del diritto al risarcimento del danno (salva verifica dell'allegazione e della prova almeno presuntiva del pregiudizio) con una motivazione che tiene conto sia dell'esaurimento dell'interesse a mantenere la notizia sia della mancata adesione del titolare del sito alla diffida dell'interessato alla rimozione della pubblicazione. Ritiene il Collegio che non si possa affermare tout court e in termini generali un obbligo di costante aggiornamento della notizia o di rimozione della stessa una volta che sia trascorso un determinato lasso di tempo (di cui non sarebbe neppure agevole una pre-determinazione generalizzata), dato che ciò imporrebbe un onere estremamente gravoso e pressoché impossibile da rispettare a carico delle testate giornalistiche titolari dei siti web, al quale potrebbe non corrispondere un concreto interesse dei soggetti cui si riferiscono le notizie. D'altra parte, deve riconoscersi alla persona interessata dalla persistenza di una pubblicazione che reputi a sé pregiudizievole il diritto di tutelare la propria reputazione e di richiedere l'aggiornamento del sito o la rimozione della notizia, con la conseguenza che, una volta che sia stata formulata una siffatta richiesta, il rifiuto ingiustificato di aggiornamento o rimozione risulta idoneo a integrare una condotta illecita tale da giustificare il risarcimento del danno prodottosi a partire dalla richiesta di aggiornamento/rimozione (danno che ovviamente va allegato e provato, anche in via presuntiva). Una soluzione siffatta realizza un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi e si pone in linea di continuità col rilievo già contenuto in Cass. n. 5505-2012 circa la possibilità/necessità di "compartecipazione dell'interessato nell'utilizzazione dei propri dati personali ... ovvero di ingerirsi al riguardo, chiedendone la cancellazione, la trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione, l'aggiornamento, l'integrazione". In tal senso orientano il D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 7 (secondo cui l'interessato "ha diritto di ottenere" l'aggiornamento o la cancellazione) e l'art. 17 Regolamento UE 679-2016 (che fa parimenti riferimento al diritto dell'interessato a ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati che lo riguardano, cui si correla il dovere del secondo di provvedervi senza ingiustificato ritardo): entrambi fanno dipendere dall'iniziativa dell'interessato il dovere del titolare del trattamento di attivarsi per la modifica del dato e mal si prestano a sostenere l'affermazione di un dovere dell'anzidetto titolare (sanzionato a livello risarcitorio) di procedere alla modifica di propria iniziativa. (...) con specifico riferimento al caso in esame (...) la persistenza nel sito web (...) della risalente notizia del coinvolgimento di un soggetto in un procedimento penale – (...) non aggiornata con i dati relativi all'esito di tale procedimento – non integra, di per sé, un illecito idoneo a generare una pretesa risarcitoria; tuttavia, il soggetto cui la notizia si riferisce ha diritto ad attivarsi per chiederne l'aggiornamento o la rimozione, con la conseguenza che l'ingiustificato rifiuto o ritardo da parte del titolare del sito è idoneo a comportare il risarcimento del danno patito successivamente alla richiesta (fermo l'onere di allegazione e prova del pregiudizio da parte dell'interessato).

2.1.4. Il motivo va dunque accolto nella parte in cui censura il rigetto radicale della pretesa risarcitoria correlata alla permanenza nel sito della notizia non aggiornata (...).

Con la pronuncia in esame, la Suprema Corte è chiamata ad esprimersi sulla fondatezza della pretesa risarcitoria di un soggetto basata sulla permanenza nel sito *web* di una testata giornalistica di una notizia vera, ancorché anacronistica.

Il soggetto *de quo* veniva implicato in un procedimento penale ed assolto; nondimeno, un quotidiano *online* riportava la notizia del coinvolgimento dell'uomo, senza aggiornarla con l'esito del processo. L'uomo, dunque, richiedeva la rimozione della notizia e il risarcimento del danno patito per l'impropria esposizione mediatica, protrattasi per oltre una decade. I giudici di prime cure respingevano l'istanza, dichiarando cessata la materia del contendere, giacché la testata giornalistica si era prontamente attivata, eliminando l'articolo a fronte delle rimostranze dell'interessato.

Quest'ultimo ricorreva in appello, lamentando il mancato risarcimento per il pregiudizio reputazionale cagionato dalla persistenza telematica di una notizia non aggiornata.

Il gravame, a sua volta, veniva rigettato, sulla scorta della prevalenza del diritto di cronaca, esercitato secondo i limiti tradizionalmente riconosciuti: verità, continenza espositiva, interesse pubblico ed attualità della notizia.

A fronte di una "doppia conforme" di merito sfavorevole, il soggetto ricorreva in Cassazione, deducendo, tra gli altri motivi, il venire meno dell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia dopo un lasso di tempo così considerevole, che susseguente applicabilità del diritto all'oblio.

Gli Ermellini hanno cassato con rinvio, ritenendo fondata la pretesa risarcitoria del ricorrente: il giornale è tenuto a rispondere per la protratta diffusione della vicenda giudiziaria, quantunque veritiera e priva di carattere discriminatorio, laddove non aggiorni la notizia con l'esito assolutorio del processo; l'omessa revisione, difatti, è sufficiente ad integrare un danno alla reputazione dell'imputato, poi assolto.

L'interessato, pertanto, ha diritto, *in primis*, ad un aggiornamento dei dati che lo riguardano, nonché alla cancellazione dei medesimi dal *web*; in secondo luogo, al risarcimento del danno, ove provato, avuto riguardo al cessato interesse pubblico alla diffusione della vicenda e alla mancata adesione del titolare del sito alla diffida dell'interessato per la rimozione del contenuto.

Segnatamente, "la persistenza nel sito web di una testata giornalistica della risalente notizia del coinvolgimento di un soggetto in un procedimento penale – pubblicata nell'esercizio del diritto di cronaca, ma non aggiornata con i dati relativi all'esito di tale procedimento – non integra, di per sé, un illecito idoneo a generare una pretesa risarcitoria; tuttavia, il soggetto cui la notizia si riferisce ha diritto ad attivarsi per chiederne l'aggiornamento o la rimozione, con la conseguenza che l'ingiustificato rifiuto o ritardo da parte del titolare del sito è idoneo a comportare il risarcimento del danno patito successivamente alla richiesta (fermo l'onere di allegazione e prova del pregiudizio da parte dell'interessato)".

Ciò premesso, la Suprema Corte non ha statuito obbligo generale per le testate giornalistiche di aggiornamento costante delle notizie e di rimozione delle medesime decorso un certo lasso temporale – invero oltremodo oneroso in concreto per le testate giornalistiche –, ma ha comunque rimarcato che l'interessato ha diritto di tutelare il proprio onore e la propria reputazione, nonché di richiedere l'aggiornamento degli articoli con gli sviluppi più recenti o con la rimozione della notizia stessa dagli archivi *online*.

Un mancato o ingiustamente tardivo intervento in tal senso integra una condotta illecita fondante il risarcimento del danno, da allegarsi e provarsi a cura di parte.

Di tal guisa, secondo la Cassazione, si realizza il ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti di editore e interessato, tra diritto di cronaca e diritto alla cancellazione.

In senso analogo si esprime, altresì, l'art. 17 del Regolamento UE 679/2016 (GDPR) sul diritto all'oblio [1], che stabilisce il diritto dell'interessato ad ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano e lo speculare obbligo del titolare di provvedervi “*senza ingiustificato ritardo*”, ove ricorrano i motivi tassativamente previsti.

Peraltro, in occasione del cd. “caso Venditti” [2], gli Ermellini avevano già affermato che il diritto all'oblio può subire una compressione a favore del diritto di cronaca solo in presenza di presupposti specifici, quali:

- Il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia a un dibattito di interesse pubblico;
- L'interesse effettivo e attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, polizia, tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali);
- L'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica del Paese;
- Le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera, diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse pubblico e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione;
- La preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della divulgazione al pubblico [3].

[1] Cass. Civ., sez. I, 19 maggio 2020, n. 9147 definisce il diritto all'oblio quale diritto a non rimanere esposti, senza limiti di tempo, ad una rappresentazione non più attuale della propria persona, qualificandolo, nella sua “versione dinamica”, come il potere, attribuito al titolare del diritto, di controllare il trattamento dei dati personali ad opera di terzi responsabili.

[2] Cass. Civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6919.

[3] R. Giovagnoli, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2023, pp. 41-42.

Responsabilità della struttura sanitaria: elementi costitutivi ed onere probatorio

Argomento: Della responsabilità medica

(Cass. Civ., Sez. III, 3 marzo 2023, n. 6386)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“4. (...) L’ospedale è stato convenuto in giudizio dai parenti di una signora defunta per perdita del rapporto parentale a causa della morte della signora avvenuta entro la struttura sanitaria. Deve precisarsi che l’azione proposta va qualificata come azione di responsabilità extracontrattuale proposta *iure proprio*. (...) il rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria o il medico non produce, di regola, effetti protettivi in favore dei terzi, perché, fatta eccezione per il circoscritto campo delle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, trova applicazione il principio generale di cui all’art. 1372, comma 2, c.c., con la conseguenza che l’autonoma pretesa risarcitoria vantata dai congiunti del paziente per i danni ad essi derivati dall’inadempimento dell’obbligazione sanitaria, rilevante nei loro confronti come illecito aquiliano, si colloca nell’ambito della responsabilità extracontrattuale (da ultimo, Cass. n. 11320 del 2022; v. anche Cass. n. 21404 del 2021).

(...) Ciò non vuol dire che i prossimi congiunti del creditore, ove abbiano subito in proprio delle conseguenze pregiudizievoli, quale riflesso dell’inadempimento della struttura sanitaria (impropriamente definiti “danni mediati o riflessi”), non abbiano la possibilità di agire in giudizio per ottenere il ristoro di tali pregiudizi. Il predetto inadempimento, tuttavia, potrà rilevare nei loro confronti esclusivamente come illecito aquiliano ed essi saranno dunque legittimati ad esperire l’azione (...) di responsabilità extracontrattuale, soggiacendo alla relativa disciplina, anche in tema di onere della prova.

(...) Se è ben vero che la prova del nesso causale tra il comportamento dei sanitari e l’evento dannoso deve essere fornita da chi agisce per il risarcimento dei danni (...), essa deve essere fornita in termini probabilistici, e non di assoluta certezza.

(...) La Corte d’appello dovrà quindi rinnovare il proprio giudizio, verificando se, sulla base degli elementi allegati, possa o meno ritenersi “più probabile che non” che, a causa del comportamento colposo dei sanitari, ovvero, e più specificamente, della obiettiva contrazione di infezione in ambito nosocomiale, sia derivata la morte della signora imputabile alla responsabilità della struttura sanitaria (che può fondarsi sulla responsabilità dei sanitari all’interno di essa a diverso titolo operanti, ma può essere dovuta a carenze sue proprie, autonome dall’operato dei sanitari), ed in subordine verificare se possa ritenersi proposta la domanda anche sotto il profilo della perdita di *chances* (...).

6. In particolare, in tema di infezioni nosocomiali, questa Corte ha recentemente affermato (Cass. sez. III, 23/02/2021, n.4864) che, (...) spetta al paziente provare il nesso di causalità fra l’aggravamento della situazione patologica (o l’insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre alla struttura sanitaria compete la prova di aver adempiuto esattamente la prestazione o la prova della causa imprevedibile ed inevitabile dell’impossibilità dell’esatta

esecuzione, con riferimento specifico alle infezioni nosocomiali, spetterà alla struttura provare: 1) di aver adottato tutte le cautele prescritte dalle vigenti normative e dalle *leges artis*, al fine di prevenire l'insorgenza di patologie infettive; 2) di dimostrare di aver applicato i protocolli di prevenzione delle infezioni nel caso specifico; (...) ai fini dell'affermazione della responsabilità della struttura sanitaria, rilevano, tra l'altro, il criterio temporale – e cioè il numero di giorni trascorsi dopo le dimissioni dall'ospedale – il criterio topografico – *i.e.* l'insorgenza dell'infezione nel sito chirurgico interessato dall'intervento in assenza di patologie preesistenti e di cause sopravvenute eziologicamente rilevanti, da valutarsi secondo il criterio della cd. “probabilità prevalente” – e il criterio clinico – volta che, in ragione della specificità dell'infezione, sarà possibile verificare quali, tra le necessarie misure di prevenzione (sulle quali, *infra*, 6.1.) era necessario adottare.

6.1 (...) gli oneri probatori gravanti sulla struttura sanitaria devono ritenersi, in linea generale (...):

- a) L'indicazione dei protocolli relativi alla disinfezione, disinfestazione e sterilizzazione di ambienti e materiali;
- b) L'indicazione delle modalità di raccolta, lavaggio e disinfezione della biancheria;
- c) L'indicazione delle forme di smaltimento dei rifiuti solidi e dei liquami;
- d) Le caratteristiche della mensa e degli strumenti di distribuzione di cibi e bevande;
- e) Le modalità di preparazione, conservazione ed uso dei disinfettanti;
- f) La qualità dell'aria e degli impianti di condizionamento;
- g) L'attivazione di un sistema di sorveglianza e di notifica;
- h) L'indicazione dei criteri di controllo e di limitazione dell'accesso ai visitatori;
- i) Le procedure di controllo degli infortuni e delle malattie del personale e le profilassi vaccinali;
- j) L'indicazione del rapporto numerico tra personale e degenti;
- k) La sorveglianza basata sui dati microbiologici di laboratorio;
- l) La redazione di un report da parte delle direzioni dei reparti da comunicare alle direzioni sanitarie al fine di monitorare i germi patogeni-sentinella;
- m) L'indicazione dell'orario dell'effettiva esecuzione delle attività di prevenzione del rischio.

6.2 Quanto agli oneri soggettivi, il dirigente apicale avrà l'obbligo di indicare le regole cautelari da adottarsi ed il potere-dovere di sorveglianza e di verifica (...); il direttore sanitario quello di attuarle, di organizzare gli aspetti igienico e tecnico-sanitari, di vigilare sulle indicazioni fornite (...); il dirigente di struttura complessa (l'ex primario), (...), dovrà collaborare con gli specialisti microbiologo, infettivologo, epidemiologo, igienista, ed è responsabile per omessa assunzione di informazioni precise sulle iniziative di altri medici, o per omessa denuncia delle eventuali carenze ai responsabili;

6.3 Quanto ai compiti del medico legale, questi indagherà sulla causalità tanto *generate* quanta *specifica*, da un lato escludendo, se del caso, la sufficienza delle indicazioni di carattere generale in ordine alla prevenzione del rischio clinico, dall'altro evitando di applicare meccanicamente il criterio del *post hoc – propter hoc*, esaminando la storia clinica del paziente, la natura e la qualità dei protocolli, le caratteristiche del micro organismo e la mappatura della flora microbica presente all'interno dei singoli reparti: al CTU andrebbe, pertanto, rivolto un quesito composito, specificamente indirizzato all'accertamento della relazione eziologica tra l'infezione e la degenza ospedaliera in relazione a situazioni:

- a) Di mancanza o insufficienza di direttive generali in materia di prevenzione (responsabilità dei due direttori apicali e del CIO);
- b) Di mancato rispetto di direttive adeguate e adeguatamente diffuse (responsabilità del

primario e dei sanitari di reparto), di omessa informazione della possibile inadeguatezza della struttura per l'indisponibilità di strumenti essenziali (Cass. 6138/2000; Cass. 14638/2004), e di ricovero non sorretto da alcuna esigenza di diagnosi e cura ed associato ad un trattamento non appropriato (C. Milano 369/2006);

7. Il ricorso è accolto, la sentenza è cassata, la causa è rinviata alla Corte d'Appello di Milano. (...)"

Nota a cura di Danilo Marchese

La sentenza in esame trae origine dal caso di una donna deceduta a seguito di una sopravvenuta infezione nosocomiale, contratta nell'ambito di una struttura ospedaliera, durante un'operazione di routine, per negligenza del personale sanitario.

In punto di fatto, i ricorrenti rappresentavano che, a seguito del ricovero della congiunta per effettuare un intervento oculistico, la stessa cadeva da una sedia e riportava un trauma contusivo; la donna, nonostante la presenza di febbre, veniva ugualmente sottoposta all'intervento programmato per essere dimessa il giorno successivo.

Nuovamente ricoverata presso la medesima struttura, le veniva riscontrata un'infezione da *staphylococcus aureus* trattato mediante l'assunzione di antibiotici.

Il Tribunale di Milano rigettava la domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, dichiarando assorbita ogni altra questione, in quanto pur riconoscendo la negligenza dei sanitari, escludeva una probabilità di sopravvivenza della paziente se curata adeguatamente, ritenendo non sussistente e comunque non provato il nesso di causalità tra la condotta tenuta dai sanitari e l'exitus.

Gli istanti, pertanto, proponevano appello e richiedevano il riconoscimento del danno non patrimoniale conseguente alla morte della congiunta e la condanna della struttura sanitaria. L'adita Corte di Appello confermava la sentenza emessa dal giudice di prime cure, ritenendo i motivi addotti dagli appellanti generici e infondati, non essendo stata raggiunta la prova secondo cui l'evento morte occorso alla congiunta, fosse riconducibile ad una condotta negligente ed imprudente dei sanitari e che la prescrizione antibiotica avrebbe evitato la sepsi e il conseguente decesso.

Con ricorso in Cassazione i ricorrenti lamentavano, oltre l'omesso esame di un fatto oggetto di discussione tra le parti, quale la contrazione dell'infezione contratta dalla paziente, l'errato inquadramento della domanda di risarcimento del danno dagli stessi avanzata.

Nel caso in esame, dunque, la Suprema Corte rilevava che il giudice del gravame avrebbe effettuato il giudizio controfattuale limitatamente al comportamento tenuto dai sanitari, senza considerare la contrazione dell'infezione, secondo un criterio di probabilità logica, tenuto conto delle risultanze del caso concreto.

In punto di diritto, costituisce *ius receptum* l'orientamento secondo cui, in caso di responsabilità professionale, costituisce onere del creditore dimostrare, anche mediante presunzioni, da un lato la fonte dell'obbligazione e dall'altro il nesso di causalità intercorrente tra il danno sofferto e la condotta posta in essere dai sanitari e pertanto occorre dimostrare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale della struttura.

Il debitore, invece, è chiamato a dimostrare l'avvenuto adempimento della prestazione, ovvero che l'inadempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile.

Alla luce di tutto quanto espresso, vale chiarire che la responsabilità dell'ente verso il paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta dal sanitario, (cosiddetta responsabilità oggettiva per fatto altrui), quale suo ausiliario, sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale.

Pertanto, allorché sia accertata una condotta negligente che depone per la responsabilità dell'ente sanitario, spetterà a quest'ultimo dimostrare che il risultato anomalo rispetto al normale esito dell'intervento sia dipeso da un evento imprevedibile, non superabile con l'adeguata diligenza.

In virtù del richiamato inquadramento della responsabilità della struttura come contrattuale, sorgono in capo alla stessa una serie di adempimenti che identificano la fattispecie in quella a prestazioni corrispettive, con la previsione di una serie di obblighi imposti dai protocolli medico-scientifici, al fine di garantire il buon esito del trattamento sanitario; a tal fine non è sufficiente la dimostrazione dell'assenza di violazioni alle regole imposte dalla legge, ma è richiesta la dimostrazione di aver adottato tutte le misure suggerite da criteri di diligenza e prudenza, in relazione alle competenze specialistiche, acquisite in base alla comune esperienza.

Tali conclusioni, del resto, appaiono condivisibili anche alla luce dei principi tradizionalmente posti alla base del riparto dell'onere probatorio: il principio di persistenza del diritto in capo al creditore, gravando sul debitore la prova contraria della sua estinzione ed il principio di vicinanza della prova, secondo il quale la prova dell'incolpevolezza dell'inadempimento è, in qualche modo, riferibile alla sfera di azione del debitore, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole specialistiche, sconosciute al creditore, in quanto estranee alla comune esperienza.

In base al principio di vicinanza della prova, è onere del sanitario che possiede tutti gli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, provare l'esatto adempimento o l'incolpevole adempimento, precisando che la prova a cui è tenuto il medico circa l'assenza di colpa non dev'essere intesa quale prova negativa, bensì come prova positiva del fatto che la prestazione è stata eseguita diligentemente; Di contro, il creditore, che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'inadempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, anche alla luce del principio enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza 30.10.2001 n. 13533.

In ultima analisi, quanto alla qualificazione dell'azione proposta dai congiunti, essa è da intendersi iure proprio e non iure hereditatis, in quanto il rapporto contrattuale tra il paziente e l'ente ospedaliero, non produce effetti protettivi verso i terzi, trovando applicazione il principio di cui all'art. 1372, comma 2 c.c., in quanto l'esecuzione della prestazione, che è l'oggetto della prestazione sanitaria, non incide direttamente sulla posizione dei terzi.

L'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte ha equiparato, specie sotto il profilo della disciplina applicabile, la prestazione che l'ente sanitario attua nel momento in cui il paziente si rivolge alla struttura, con quella del singolo prestatore d'opera, al fine di giustificare l'attrazione del rapporto nell'ambito del contratto d'opera professionale.

Pertanto, si è precisato che, a ben vedere, l'attività realizzata dal medico all'interno della struttura non è che una parte della più complessa prestazione richiesta dall'ente e che quindi può esservi una responsabilità dello stesso, anche in assenza di una negligenza da parte del personale sanitario.

Alla luce di quanto appena detto, il paziente può, a ben vedere, invocare la responsabilità della struttura sanitaria, anche per la sola inefficienza della stessa sotto il profilo dell'orga-

nizzazione. Infatti, con il contratto di ospitalità, la struttura si obbliga ad erogare all'utente non solo cure mediche, ma anche servizi (es. attività diagnostiche, assistenza medico-infermieristica) e attività organizzative, dovendo assicurare il buon funzionamento di tutti gli strumenti utilizzati per le cure e la protezione degli assistiti parzialmente o totalmente privi della capacità di autogestirsi, essendo irrilevante che la struttura sia pubblica, convenzionata o privata, in quanto sono equivalenti gli obblighi normativi che incombono sulle stesse, nei confronti del paziente-utente fruitore dei servizi.

Responsabilità del fornitore in caso di mancata apposizione dei propri segni distintivi in tutto o in parte coincidenti con quello del produttore

Argomento: Del consumo

(Cass. Civ., Sez. III, 6 marzo 2023, n. 6568)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“8. (...) Nel momento in cui la sovrapposibilità, in misura assoluta o comunque realmente rilevante in termini di ordinaria percezione, dei segni e dei dati identificativi giunge ad un livello di “confusione”, da parte del consumatore, nell’identificazione del fornitore o importatore che lo dovrebbe distinguere dal produttore, l’interpretazione dell’art. 3, comma 1, della direttiva 85/374/CEE (“Il termine “produttore” designa il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso”), che quanto alla seconda parte (“nonché ogni persona ecc.”) pare conformemente riversato nella norma nazionale di cui al D.P.R. n. 224 del 1988 art. 3, comma 3 (“Si considera produttore anche chi si presenti come tale apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto o sulla sua confezione”), si trova dinanzi ad un bivio. La tutela del consumatore effettuata mediante l’estensione della responsabilità del produttore a chi produttore non è, ma ne condivide significativi dati esterni è offerta soltanto per quando, come già si anticipava, “l’apposizione” sia una materiale impressione dell’elemento distintivo sul prodotto effettuata da chi non è produttore per volutamente fruire di un’ambiguità rispetto al produttore, oppure anche per quando il produttore e chi non è produttore condividono comunque e oggettivamente elementi alquanto consistenti nei propri dati identificativi? (...) Vale a dire: la condivisione di elementi identificativi adeguati a “confondere” deve ritenersi frutto di una intenzionale specifica apposizione perché sia rafforzata la tutela del consumatore oppure anche una semplice coincidenza va ricondotta a un’attività di confondere i soggetti (“apponendo... si presenta come produttore”) da sanzionare oggettivamente con la responsabilità paritaria rispetto all’effettivo produttore? La seconda via interpretativa appare, a questo collegio (...) una soluzione prospettabile se si focalizza la comprensione della ratio normativa con particolare intensità nella tutela appunto del consumatore; tuttavia, il collegio è ben consapevole che sarebbe sostenibile anche la linea offerta dalla ricorrente, nell’ottica di controbilanciare gli interessi dei soggetti coinvolti, pur tenendo in conto l’oggettiva “debolezza” consumatore nel rapporto de quo. Si tratta dunque, in ultima analisi, della identificazione di un corretto equilibrio, essendo di per sé la lettera della norma unionale (e dunque, della conformata norma interna) compatibile a entrambe le soluzioni interpretative.

9. Si ritiene, pertanto, accoglibile la richiesta della ricorrente in ordine alla proposizione alla Corte di giustizia dell’Unione Europea, ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, del primo quesito prospettato dalla ricorrente stessa: se sia conforme all’art. 3, comma 1, direttiva 85/374/CEE – e, se non sia conforme, perché non lo sia l’inter-

pretazione che estenda la responsabilità del produttore al fornitore, anche se quest'ultimo non abbia materialmente apposto sul bene il proprio nome, marchio o altro segno distintivo, soltanto perché il fornitore abbia una denominazione, un marchio o un altro segno distintivo in tutto o in parte coincidenti con quello del produttore”.

Tutor autostradale: non basta l'omologazione, è necessaria la taratura

Argomento: Codice della strada

(Cass. Civ., Sez. II, 6 marzo 2023, n. 6579)

Stralcio a cura di *Ida Faiella*

“(…) il Tribunale di Roma (…) respinse l’appello proposto dalla *Omissis* avverso la sentenza del Giudice di Pace (…) la quale (…) aveva respinto l’opposizione avverso i verbali della Polizia Stradale (…) per la violazione dell’art. 142, comma 8, C.d.S., rilevata con sistema “(*Omissis*) – Tutor”.

Il Tribunale (…) ritenne (…) infondate le deduzioni concernenti la mancata omologazione dell’apparecchiatura utilizzata (…) osservando che tale profilo era estraneo alle ricadute della sentenza n. 113-2015 della Corte Costituzionale in tema di verifica periodica del corretto funzionamento delle apparecchiature, (…) 1) escluse l’applicabilità al sistema “(*Omissis*) – Tutor” (…) di diversi coefficienti di tolleranza, operando il solo coefficiente del 5%; 2) affermò l’infondatezza delle contestazioni relative alla nullità – per violazione dell’art. 192, comma 5, C.d.S. – del trasferimento dell’omologazione rilasciata dal Ministero per le infrastrutture dalla società Autostrade per l’Italia Spa e alla Autostrade Tech Spa (...); 3) disattese le contestazioni relative all’assenza di autorizzazione all’uso del sistema “(*Omissis*) Tutor” in capo ad ANAS (...); 4) affermò (…) che ad essere sanzionata era la violazione del limite di velocità media di percorrenza – in virtù del pericolo derivante dalla percorrenza costante di un tratto stradale a velocità elevata – violazione non configurabile in caso di uscita del veicolo da svincoli o di sosta in aree di servizio; 5) infine, disattese le doglianze con le quali era dedotta l’irregolarità della segnalazione con cartelloni della rilevazione di velocità. (...).

1. Il ricorso è affidato a cinque motivi. (...).

1.2. Con il secondo motivo si deduce, in relazione all’art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione del D.Lgs. n. 285 del 1992, art. 45, comma 6, come risultante dalla declaratoria di incostituzionalità con sentenza della Corte costituzionale n. 113-2015. Il ricorso lamenta che la decisione impugnata abbia escluso la necessità di procedere alla verifica periodica (“taratura”) dei sistemi di rilevazione della velocità “(*Omissis*) – Tutor” (…) per l’accertamento della violazione dei limiti di velocità, osservando, peraltro, che (…) il sistema “(*Omissis*) – Tutor”, pur rilevando una velocità media e non istantanea, calcola detta velocità sulla scorta dei dati forniti da un’apparecchiatura di misura del tempo che anch’essa è esposta ad obsolescenza.

Il motivo è fondato. Questa Corte ha già in passato affermato, proprio con riferimento al sistema “(*Omissis*)-Tutor”, il principio per cui, poiché, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 285 del 1992, art. 45, comma 6, (Corte cost. 18 giugno 2015 n. 113), tutte le apparecchiature di misurazione della velocità devono essere sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura, in caso di contestazioni circa l’affidabilità dell’apparecchio il giudice è tenuto ad accertare se tali verifiche siano state o meno effettuate (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 533 del 11/01/2018 – Rv. 647218 – 01). Il principio è stato ribadito anche di recente da Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 22015 del 2022, la quale ha, testualmente,

osservato: “La giurisprudenza di questa Corte ha in effetti, ed in più occasioni, rilevato che, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 285 del 1992, art. 45, comma 6, (Corte cost. 18 giugno 2015 n. 113), tutte le apparecchiature di misurazione della velocità devono essere sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura, e che in caso di contestazioni circa l’affidabilità dell’apparecchio il giudice è tenuto ad accertare se tali verifiche siano state o meno effettuate, ivi incluse quelle rientranti nella tipologia oggetto di causa (Cass. n. 533-2018), essendo irrilevante (cfr. Cass. n. 40627-2021) che l’apparecchiatura operi in presenza di operatori o in automatico, senza la presenza degli operatori ovvero, ancora, tramite sistemi di autodiagnosi – palesandosi la necessità di dimostrare o attestare con apposite certificazioni di omologazione e conformità il loro corretto funzionamento (conf. Cass. n. 24757-2019; Cass. n. 29093-2020)”. La decisione del Tribunale capitolino – nell’escludere che gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 113-2015 trovino applicazione anche al sistema “(Omissis)-Tutor” – si è discostata da tali principi, ritenendo sufficiente l’omologazione dell’apparecchiatura ma escludendo l’esigenza di verificare la prova della verifica periodica di funzionalità e di taratura. Va, per contro, ribadito che anche il sistema “(Omissis)-Tutor” deve essere sottoposto a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura, e che in presenza di contestazioni da parte del soggetto sanzionato, spetta all’Amministrazione la prova positiva dell’iniziale omologazione e della periodica taratura dello strumento. Valgono sul punto i richiami già operati da questa Corte, nell’affermare che “è stato precisato che (Cass. n. 14597-2021) detta prova non possa essere fornita con mezzi diversi dalle certificazioni di omologazione e conformità (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 9645 del 11/05/2016; cfr. anche Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 18022 del 9/7/2018), aggiungendosi che la prova dell’esecuzione delle verifiche sulla funzionalità ed affidabilità dell’apparecchio non è ricavabile dal verbale di contravvenzione, il quale “... non riveste fede privilegiata – e quindi non fa fede fino a querela di falso – in ordine all’attestazione, frutto di mera percezione sensoriale, degli agenti circa il corretto funzionamento dell’apparecchiatura, allorché e nell’istante in cui l’eccesso di velocità è rilevato” (Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 32369 del 13/12/2018). È quindi a carico della pubblica amministrazione, in presenza di contestazione da parte del soggetto sanzionato, la prova positiva dell’omologazione iniziale e della taratura periodica dello strumento. In presenza di detti elementi, di per sé sufficienti a dimostrare il corretto funzionamento dell’apparato di rilevazione della velocità – circostanza, quest’ultima, che costituisce elemento essenziale costitutivo della fattispecie sanzionatoria – spetta alla parte sanzionata l’onere della prova contraria (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 29093 del 18/12/2020, non massimata; anche Cass. Sez. 6-2, Ordinanza n. 3538 dell’11/2/2021, non massimata, che ha confermato la sufficienza della produzione del certificato di taratura periodica, da parte della P.A., al fine di dimostrare la corretta verifica del funzionamento dell’apparato).” (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 22015 del 2022). In presenza di contestazioni sulla funzionalità dell’apparecchio, quindi, non risulta sufficiente che il medesimo risulti omologato, dovendo il giudice di merito verificare l’esistenza della prova della successiva taratura periodica, prova che deve essere fornita dall’Amministrazione che ha contestato l’infrazione.

3. L’accoglimento del secondo motivo determina l’assorbimento dei restanti. (...).”

Sui gravi motivi che giustificano il recesso del conduttore/imprenditore

Argomento: Della locazione

(Cass. Civ., Sez. III, 7 marzo 2023, n. 6731)

Stralcio a cura di *Ida Faiella*

“(…) *Omissis* Srl ricorre (…) per la cassazione della sentenza (…) emessa dalla Corte d’Appello di Venezia (…);

la ricorrente (…) aveva concesso in locazione a *Omissis* Spa (…) il complesso immobiliare sito in Vicenza e la relativa autorimessa, per un canone fisso annuo, determinato, per il complesso immobiliare (…) con un minimo di L. 1,2 miliardi, e per l’autorimessa, in L. 30 milioni;

(…) *Omissis* Spa (…) aveva manifestato la volontà di recedere dal contratto per gravi motivi, rappresentati dalla contrazione dei ricavi provocati dalla crisi economico-finanziaria del 2008;

– il complesso alberghiero veniva riconsegnato (…) e locato a *Omissis* Sc. Coop. Srl, (…) per un canone sensibilmente inferiore rispetto a quello oggetto dei contratti per cui è causa;

(…), il Tribunale aveva dichiarato illegittimo il recesso e condannato la convenuta a pagare, a titolo risarcitorio, la somma pari alla differenza tra le previsioni minime dei canoni, di cui al contratto per cui è causa (…) e le previsioni minime dei canoni di cui al nuovo contratto (…);

la Corte d’Appello di Venezia (…) ha accolto il primo motivo di appello, con cui veniva censurata la decisione del Tribunale di Vicenza nella parte in cui aveva giudicato illegittimo il recesso, ed ha dichiarato cessato il rapporto locativo (…).

1) con il primo motivo la ricorrente deduce, ai sensi dell’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, "Violazione e falsa applicazione dell’art. 41 Cost. e L. n. 392 del 1978, art. 27, u.c., errata applicazione del principio di insindacabilità delle scelte di libera iniziativa economica privata"; (…) la sentenza impugnata, ritenendo insindacabile, a fronte di una crisi aziendale, la scelta dell’imprenditore di sopprimere determinate strutture operative, avrebbe erroneamente applicato la L. n. 392 del 1978, art. 27, u.c.; la conduttrice avrebbe dovuto dimostrare che gli effetti della crisi avevano colpito l’unità alberghiera per cui è causa e quindi inciso sul contratto di locazione (…);

ora, nella fattispecie esaminata, si verte nell’ipotesi di recesso legale, invocabile ed esperibile dal conduttore (…) allorquando ricorrano (…) (gravi motivi); (…) diversamente, si negherebbe al conduttore/imprenditore, che si trovasse dinanzi una grave ed imprevista crisi economica, la facoltà di esercitare il recesso sino a quando non venga a trovarsi in stato di decozione, altrimenti ne risulterebbe frustrato lo scopo della norma che è evidentemente quello di prevenire la crisi del conduttore: cfr. Cass. 27/03/2014 n. 7217 che ha ritenuto irrilevante, al fine di escludere la legittimità del recesso anticipato, il fatto che altri rami dell’azienda del conduttore conseguissero risultati economici favorevoli;

le ragioni che danno concretezza alla gravità dei motivi devono essere determinate da avvenimenti: a) sopravvenuti rispetto alla costituzione del rapporto locatizio; b) estranei alla vo-

lontà del recedente; c) imprevedibili, cioè eccedenti l'ambito della normale alea contrattuale, tali non solo da determinare un sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni originarie non altrimenti rimediabile (Cass. 13/06/2017, n. 14623; Cass. 27/03 2014, n. 7217), ma anche da incidere significativamente sull'andamento dell'azienda globalmente considerata;

i gravi motivi non possono attenere alla soggettiva ed unilaterale valutazione effettuata dal conduttore in ordine alla opportunità o meno di continuare a godere dell'immobile locato – in tal caso, si ipotizzerebbe la sussistenza di un recesso *ad nutum*, contrario alla interpretazione letterale oltre che allo spirito della L. n. 392 del 1978, art. 27, u.c.; tale recesso costituisce, infatti, un'eccezione al principio generale posto dall'art. 1372 cc da interpretarsi rigorosamente, onde evitare che la scelta di proseguire il rapporto di locazione derivi dalla mera volontà del conduttore – giova aggiungere, con riferimento all'andamento dell'attività aziendale, che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, può integrare grave motivo, legittimante il recesso del conduttore, un andamento della congiuntura economica (sia favorevole che sfavorevole all'attività di impresa), sopravvenuto e oggettivamente imprevedibile (quando fu stipulato il contratto), che lo obblighi ad ampliare o ridurre la struttura aziendale in misura tale da rendergli particolarmente gravosa la persistenza del rapporto locativo (Cass. 13/12/2011, n. 26711).

Applicando i suddetti principi alla fattispecie per cui è causa, deve ritenersi che la sentenza impugnata sia immune dagli errores in iudicando che le sono stati attribuiti; (...) la giurisprudenza di questa Corte ha in più occasioni (...) consentito di valutare la scelta imprenditoriale di una struttura (...) con riferimento al contratto di locazione per cui viene esercitato il recesso (...) o addirittura la chiusura del ramo di azienda che utilizzava l'immobile interessato dal recesso (...) (Cass. 27/03/2014, n. 7217; Cass. 14/07/2016, n. 14365; Cass. 24/09/2019, n. 23639, secondo cui: “In tema di recesso del conduttore di immobile adibito ad uso non abitativo, le ragioni che consentono al locatario di liberarsi in anticipo del vincolo contrattuale, ai sensi della L. n. 392 del 1978, art. 27, u.c., devono essere determinate da avvenimenti estranei alla volontà del conduttore, imprevedibili e sopravvenuti alla costituzione del rapporto, che ne rendano oltremodo gravosa la prosecuzione. La gravosità di tale prosecuzione (...) deve non solo eccedere l'ambito della normale alea contrattuale, ma consistere, altresì, ove venga in rilievo l'attività di un'azienda, in un sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni originarie idoneo ad incidere significativamente sull'andamento dell'azienda stessa globalmente considerata e, quindi, se di rilievo nazionale o multinazionale, anche nel complesso delle sue varie articolazioni territoriali”);

(...) pur dovendo (...) l'apprezzamento giudiziale tener conto del complesso dell'attività della conduttrice, non si può esigere che la conduttrice continui a farsi carico del rapporto locatizio, nonostante la ricorrenza di elementi oggettivi che ne dimostrano l'insostenibilità economica, esternalizzando le perdite su un'altra sua attività, in alcun nesso di sinallagmaticità con il contratto locatizio;

3) con il terzo motivo la ricorrente lamenta (...) che (...) la Corte d'Appello avrebbe ritenuto giustificato il recesso (...) omettendo di indicare gli elementi da cui aveva tratto il proprio convincimento ovvero indicandoli senza farli oggetto di approfondita disamina;

(...) il motivo non è meritevole di accoglimento; la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, – secondo un principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte – deve ricavarSI dalla motivazione della sentenza in sé e per sé considerata e non dal confronto tra la stessa ed elementi estrinseci (Cass., Sez. Un., 07/04/2014, n. 8053 e n. 8054 e successiva giurisprudenza conforme); la violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 non è sorretta dal soddisfacimento degli oneri di allegazione del dato extratestuale dal quale evincere la esistenza del fatto omesso nonché il come e il quando tale fatto fosse stato oggetto di discussione tra le

parti (ancora Cass., Sez. Un., nn. 8053 e 8054/2014); ciò non consente di attribuire ai fatti asseritamente omessi i caratteri del tassello mancante alla plausibilità cui è giunta la sentenza rispetto a premesse date nel quadro del sillogismo giudiziario; peraltro (...) data l'assorbente di quanto appena rilevato, non costituisce omissione censurabile, ai sensi della norma richiamata, il mancato esame di elementi istruttori precostituiti o costituendi qualora il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque preso in considerazione dal giudice (cfr. pp. 1011), ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (così da ultimo Cass. 27/01/2023, n. 2595);

(...) P.Q.M. La Corte dichiara inammissibile il ricorso. (...)”.

Genitori legalmente separati. In mancanza di accordo sulla frequentazione dell'ora di religione da parte del minore la scelta spetta al giudice

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 7 marzo 2023, n. 6802)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“3.1 – (...) Venendo al tema centrale della scelta in ordine alla frequentazione o meno dell'ora di religione da parte della minore, nella specie il Tribunale di Vicenza aveva fatto applicazione dell'art. 316 c.c. e la Corte d'appello ha ritenuto che «non spetta a un giudice sostituirsi ai genitori nello stabilire se un'educazione religiosa possa garantire – come ritiene i padre secondo le sue convinzioni – una crescita “sana ed equilibrata” scelta già compiuta dai genitori e di cui uno negasse ingiustificatamente l'esistenza», essendo le scelte in materia di religione «insindacabili». (...).

(...) Questa Corte, con sentenza n. 21553/2021, ha affermato che «il contratto insorto tra genitori legalmente separati, entrambi esercenti la responsabilità genitoriale, sulla scuola “religiosa” o “laica” presso cui iscrivere i figli, deve essere risolto in considerazione dell'esigenza di tutelare il preminente interesse dei minori ad una crescita sana ed equilibrata, ed importa una valutazione di fatto, non sindacabile nel giudizio di legittimità, che può ben essere fondata sull'esigenza, in una fase esistenziale già caratterizzata dalle difficoltà conseguenti alla separazione dei genitori, di non introdurre fratture e discontinuità ulteriori, come facilmente conseguenti alla frequentazione di una nuova scuola, assicurando ai figli minori la continuità ambientale nel campo in cui si svolge propriamente la loro sfera sociale ed educativa». (...).

(...) In sostanza, la giurisprudenza di questa Corte ritiene che, in materia di scelte riguardo ai figli, criterio guida, informante delle decisioni sia necessariamente quello del preminente interesse del minore a una crescita sana ed equilibrata (cfr., tra le altre pronunce, Cass., 11 novembre 2020, n. 25310; Cass., 24 maggio 2018; Cass., 1 febbraio 2005, n. 1996) e, dando corso e attuazione a detto principio, questa Corte ha stabilito che, in caso di conflitto genitoriale, il perseguimento dell'interesse del minore può comportare anche l'adozione di provvedimenti, relativi all'educazione religiosa, contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà religiosa dei genitori, operando come limite alla libertà religiosa dei genitori. (...).”

La Corte di cassazione, con sentenza n. 6802/2023, è tornata a fare luce su un argomento particolarmente dibattuto, ossia il corretto esercizio della responsabilità genitoriale nel momento patologico del rapporto, con espresso riguardo al preminente interesse del minore.

In particolare, la vicenda sottoposta all'attenzione dei giudici di legittimità vedeva coinvolti due genitori, legalmente separati e in disaccordo circa la frequentazione, da parte della figlia minore, dell'ora di religione, prevista dall'Istituto scolastico presso il quale la stessa era iscritta. Il giudice di prime cure, ascoltate le ragioni di entrambi i genitori, ha accolto la richiesta del padre, con conseguente iscrizione della bambina all'ora di religione; di diversa opinione è stata la Corte di Appello di Venezia, la quale ha inteso riconoscere esclusivamente in capo alla madre il diritto-dovere di assumere la decisione maggiormente rispondente all'interesse della minore.

I giudici di secondo grado hanno valorizzato l'esigenza, esposta dalla madre, di evitare un trattamento "differenziato" tra le figlie della coppia, dal momento che, qualche anno prima, la primogenita non aveva frequentato l'ora in questione; per cui, in una logica di continuità educativa, la Corte ha aderito alle valutazioni materne di non iscrivere la seconda figlia, proprio al fine di non disorientare le minori. In ultimo, è stato posto l'accento su due profili particolarmente rilevanti, il primo di naturale sostanziale e il secondo di carattere più processuale; in ordine al primo, i giudici hanno specificato che il giudice non possa *sostituirsi, in nessun caso, ai genitori nell'assunzione di scelte relative al credo religioso*, con riguardo, invece, al secondo profilo occorre evidenziare come la Corte abbiano valutato di non dover provvedere all'audizione della minore perché verrebbe *inutilmente coinvolta nella lite fra i genitori*.

In ragione delle motivazioni assunte dalla Corte veneziana, il padre ha adito i giudici di legittimità, i quali hanno accolto le doglianze contenute nel ricorso, cassando il decreto impugnato e rinviando alla Corte di Appello.

Con espresso riferimento alla sentenza emessa dalla Suprema corte, è necessario soffermarsi sulle fasi del percorso logico-giuridico seguito dai magistrati della prima sezione che hanno inteso, in primo luogo, esaminare la portata normativa della prescrizione di cui all'art. 337-ter c.c., mediante la quale il legislatore ha previsto che *"le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute (...) sono assunte di comune accordo (...). In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice"*.

Gli Ermellini si sono concentrati proprio su quest'ultimo profilo, dal momento che la richiamata disposizione è stata disattesa nella misura in cui è stata trascurata la circostanza per la quale l'intervento del giudice, rispetto a una questione afferente a una macroarea di interesse del minore – quale l'educazione religiosa – e sulla quale vi è disaccordo dei genitori legalmente separati, risulta doveroso. Ed infatti, l'art. 337-ter non a caso è collocato all'interno del Capo II del Codice, rubricato *Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili (...)*.

La *ratio* della norma, dunque, deve essere rintracciata nell'esigenza di perseguire e garantire il rispetto del principio del *superiore interesse del minore*, anche e soprattutto quando i genitori non sono più legati da quell'*affectio coniugalis* che, in qualche misura, dovrebbe agevolare il dialogo e la capacità di esercitare, al meglio, la responsabilità genitoriale.

Occorre, pertanto, precisare come l'intento della prescrizione sia rivolta verso un corretto esercizio della citata responsabilità, rispetto alla quale i genitori ne sono i titolari e i loro doveri non si affievoliscono a seguito dell'emissione di una sentenza di separazione o di divor-

zio; la loro condotta deve, quindi, essere costantemente orientata al perseguimento del superiore interesse del minore, anche se questo implica una contrazione di un loro diritto come, nel caso di specie, quello riferito alla libertà di culto.

La Corte ha ribadito che la possibilità, da parte del giudice, di adottare provvedimenti contenitivi dei diritti dei genitori è strettamente connessa all'accertamento, in concreto, di conseguenze pregiudizievoli per il figlio e a lui causalmente riconducibili, tali da comprometterne la salute psico-fisica e lo sviluppo. Pertanto, *“l'adozione di provvedimenti, afferenti all'educazione religiosa e limitativi dei diritti individuali dei genitori, è giustificata dall'esigenza di preservare il minore da eventuali ed ulteriori traumi derivanti dall'interruzione di abitudini di vita quotidiana già avviate”*.

Con riguardo al caso di cui si sono occupati i giudici di legittimità, infatti, la bambina aveva frequentato, per tre anni, una scuola di infanzia che comprendeva l'insegnamento della religione cattolica; per tale ragione, *“interrompere un percorso già iniziato e proseguito nella scuola elementare, non sarebbe una scelta assunta nel rispetto del superiore interesse della minore”*.

Sul punto, si precisa come quest'ultima abbia aderito positivamente all'ora di religione insieme ai suoi compagni di classe, con i quali ha instaurato abitudini di vita che verrebbero sconvolte se interrotte improvvisamente; per cui, deve essere scongiurato un repentino mutamento di scuola, all'interno di un contesto temporale già contrassegnato da una vicenda di rilevante importanza, come la frattura creatasi tra i coniugi e che, inevitabilmente, si ripercuote su tutto l'assetto familiare.

Questa argomentazione è avvalorata da un precedente arresto giurisprudenziale, in particolare, con sentenza n. 21553/2021, la Cassazione ha affermato che *“il contrasto insorto tra genitori legalmente separati, entrambi esercenti la responsabilità genitoriale, sulla scuola religiosa o laica presso cui iscrivere i figli, deve essere risolto in considerazione dell'esigenza di tutelare il preminente interesse dei minori ad una crescita sana ed equilibrata, (...) assicurando ai figli minori la continuità ambientale nel campo in cui si svolge propriamente la loro sfera sociale ed educativa”*.

In ordine a questo delicato profilo, è intervenuta anche la prima sezione della Corte EDU, la quale, con sentenza n. 54032/2022, ha chiarito come, in talune circostanze, la necessità di restringere la libertà religiosa di un genitore sia funzionale ad assicurare la massima libertà di scelta al minore, garantendogli una specifica continuità di percorsi avviati ed evitando un'alterazione delle abitudini quotidiane. In ogni caso, l'eventuale limitazione, imposta al genitore, non interferisce con la contestuale esigenza di assicurare, tanto al genitore, quanto al figlio, un rapporto saldo e continuativo, in ossequio al principio di bigenitorialità.

Per tali ragioni, i giudici di legittimità hanno cassato il decreto della Corte di Appello che accoglieva le richieste materne, evidenziando, inoltre, come la precedente scelta operata dai genitori, a quel tempo non ancora separati e nei riguardi della prima figlia, non possa e non debba rappresentare uno “strumento di ancoraggio” per la madre perché trattasi decisioni assunte in momenti diversi e in un contesto familiare che, nel mentre, è mutato.

Occorre, altresì, ribadire come l'intervento del giudice, nel caso di due genitori legalmente separati e in disaccordo su una questione inerente a una macroarea di interesse del minore, sia espressamente previsto dalla legge, ai sensi dell'art. 337-ter c.c.; in specifiche circostanze, dunque, il magistrato si sostituisce agli esercenti la responsabilità genitoriale, attuando provvedimenti relativi alla prole, nella misura in cui i genitori non sono in grado di risolvere, di comune accordo, dissidi ideologici e correlati alle proprie convinzioni.

In considerazione del particolare compito al quale è chiamato a rispondere, il giudicante dovrà operare una scelta non arbitraria, ma assunta nell'esclusivo interesse del minore coin-

volto; per tale motivo, è necessaria una valutazione specifica e strettamente connessa alle peculiarità che distinguono un caso dall'altro.

In ragione di questa specifica esigenza, ossia di assumere la decisione maggiormente rispondente al reale interesse del minore di età, la Suprema corte ha evidenziato un ulteriore profilo, di natura processuale e riconducibile al diritto del minore ad essere ascoltato in tutti i procedimenti che lo riguardano. Più specificamente, il richiamato principio assume una duplice funzione, da un lato, garantire al minore un maggior grado di tutela e, dall'altro, investire l'organo giudicante di un dovere specifico, quello di ascoltare e valutare le esigenze e le inclinazioni del minore; a tale proposito, è necessario specificare come il giudice non sia l'esecutore dei desiderata del bambino, dal momento che è suo dovere ricavare dalla sua audizione gli elementi utili per comprendere quali potrebbero essere i provvedimenti da assumere nel suo esclusivo interesse. L'intervento legislativo n. 206/2021 ha chiarito che l'audizione deve essere condotta direttamente dal giudice, il quale può essere coadiuvato da esperti e l'assolvimento di tale obbligo vale ai fini della corretta integrazione del contraddittorio, salvo non disponga altrimenti, fornendo, in questo caso, adeguata motivazione, ai sensi degli artt. 473-bis.4 e 473-bis.5 c.c.

Sull'importanza del diritto del minore ad essere ascoltato era già intervenuta la Nomofilia, con le sentenze nn. 1474/2021 e 16071/2022, con le quali è stato ribadito come l'audizione sia un adempimento previsto dalla legge, a pena di nullità e rappresenti lo strumento principale per comprendere le necessità del minore, rendendolo pienamente partecipe del procedimento che lo investe. Tale obbligo può essere disatteso, previa motivazione, quando manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore di età o perché incapace di discernimento.

Gli Ermellini hanno, infine, ribadito come l'indicazione del compimento del dodicesimo anno di età non rappresenti un limite tassativo per il giudice, il quale dovrà procedere all'audizione anche se di età inferiore, qualora dotato di discernimento; a riguardo, occorre specificare che la nozione di "discernimento" non richiami schemi tassativi, ma, al contrario, imponga una interpretazione ampia, "a geometrie variabili", volta a comprendere se il minore possa essere effettivamente in grado di *cogliere dati, informazioni e stimoli provenienti dall'esterno, riguardanti la propria sfera esistenziale ed elaborarli secondo il proprio personale sentire, formandosi un proprio convincimento riguardo ad essi*".

Accertamento di ricavi occulti. Il contribuente imprenditore può comunque eccepire la incidenza percentuale dei costi sostenuti

Argomento: Dell'impresa

(Cass. Civ., Sez. Trib., 8 marzo 2023, n. 6874)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“6.3. – La Corte costituzionale, con sentenza n. 10 del 2023, si è pronunciata sulla legittimità costituzionale d e l D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32, comma 1, n. 2), (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), come modificato dal D.L. n. 193 del 2016, promosso dalla Commissione tributaria provinciale di Arezzo, nella parte in cui pone la presunzione per la quale i prelevamenti sul conto corrente, se non risultano dalle scritture contabili, sono considerati ricavi dell'imprenditore commerciale, salvo che ne sia indicato il beneficiario. La Corte Cost., dopo avere richiamato la sentenza n. 228 del 2014 – che aveva differenziato rispetto agli imprenditori la posizione dei lavoratori autonomi e dei professionisti, ritenendo solo rispetto a questi ultimi che la norma con riferimento ai prelievi fosse lesiva del principio di ragionevolezza e di capacità contributiva – e la sentenza n. 225 del 2005 – che aveva già deciso su alcune questioni afferenti alla legittimità costituzionale rispetto ai parametri di cui agli artt. 3 e 53 Cost. della presunzione di equiparazione dei prelievi ai ricavi espressa dalla norma censurata – ha ritenuto non fondate le questioni di costituzionalità del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32.

6.4. – Ciò in base alla possibilità di un'interpretazione adeguatrice, orientata alla conformità agli evocati parametri, precisando (al punto 8 e 9) che bisogna tener conto dei costi in misura percentuale rispetto ai ricavi accertati. Ha pertanto statuito che: *«la disposizione censurata in tanto si sottrae alle censure mosse, in riferimento agli evocati parametri, dalla Commissione tributaria rimettente sì che le sollevate questioni possono essere dichiarate non fondate – in quanto si interpreti nel senso che, a fronte della presunzione legale di ricavi non contabilizzati, e quindi occulti, scaturente da prelevamenti bancari non giustificati, il contribuente imprenditore possa sempre, anche in caso di accertamento analitico-induttivo, opporre la prova presuntiva contraria e in particolare possa eccepire la incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati».*

6.5. – Sulla base della indicata interpretazione della norma di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 32 il secondo motivo del ricorso è fondato nei limiti di cui in prosieguo. La Corte Cost., richiamato il principio secondo il quale, nell'ipotesi di accertamento induttivo “puro”, deve riconoscersi la deduzione dei costi di produzione, determinata anche in misura percentuale forfettaria, ha ribadito che l'interpretazione adeguatrice, orientata alla conformità ai parametri di cui agli artt. 3 e 53 Cost., richiede che il contribuente imprenditore possa sempre articolare la prova presuntiva e, in particolare, eccepire la *«incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati»* affinché la presunzione in esame risulti essere compatibile, in particolare, anche con il principio di capacità contribu-

tiva (art. 53 Cost., comma 1). E anzi, nel caso di accertamento induttivo puro, è lo stesso ufficio ad essere onerato di determinare induttivamente non solo i ricavi, ma anche i corrispondenti costi. Ciò comporta il superamento di quella giurisprudenza costante, in materia di prova contraria incombente al contribuente per vincere la presunzione relativa di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, citato art. 32 espressa da Cass. n. 15161/20 (nonché da molte altre pronunce, tra le quali, Cass. n. 16896/14; Cass. n. 14675/06), secondo cui è onere del contribuente dimostrare la sussistenza di specifici costi e oneri deducibili, fondata su concreti elementi di prova (Cass. n. 15161/2020), avvicinando il riconoscimento della detrazione dei costi, in relazione ai prelevamenti non giustificati, al regime forfettario proprio dell'induttivo puro (v. già Corte Cost. n. 225/2005).

6.6. – Il secondo motivo va pertanto accolto con riferimento al mancato riconoscimento dei costi in relazione ai prelevamenti bancari non giustificati, enunciando il seguente principio di diritto: **«In tema di accertamenti bancari di cui al D.P.R. n. 602 del 1973, art. 32 a fronte della presunzione legale di ricavi non contabilizzati, e quindi occulti, scaturenti da prelevamenti bancari non giustificati, il contribuente imprenditore può sempre, anche in caso di accertamento analitico-induttivo, eccipere la incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati»**. Ove detti costi non siano stati riconosciuti dall'Amministrazione finanziaria, va demandato al giudice di merito l'accertamento del quantum dei costi sostenuti per la produzione del reddito, in ragione del parametro individuato nel par. 8 della sent. della Corte Cost. n. 10/2023, quantificandoli in via presuntiva, anche con riferimento alle “medie” elaborate dall'amministrazione finanziaria per il settore di riferimento, o, se del caso, anche a mezzo di CTU”.

Nota a cura di Antonio Borghetti

L'ordinanza in commento tratta in modo esauriente e condivisibile due fondamentali problematiche che sovente ricorrono nelle controversie tra fisco e contribuenti: il trattamento fiscale ai fini delle imposte dirette da riservare alle persone fisiche che cedono oggetti d'arte e da collezione e la corretta modalità di determinazione di quella grandezza netta che è, *rectius* dovrebbe essere, il reddito imponibile. La disamina verrà qui in particolare operata sul secondo aspetto rinviando ad altro scritto [1] la compiuta analisi della prima tematica sulla quale, peraltro, incombe la riforma fiscale in itinere.

Oggetto di scrutinio è quivi l'esistenza di un obbligo, o meno, in capo ai verificatori, di riconoscere l'incidenza dei costi (probabilisticamente) sostenuti dal contribuente allorquando si rideterminano i componenti positivi. Nel momento in cui i verificatori ricostruiscono i componenti positivi di reddito (principalmente, quindi, i Ricavi) del contribuente i cui redditi debbono essere determinati in base scritture contabili occorre avere riguardo alla metodologia accertativa utilizzata ed alle connesse conseguenze. È ben noto che nei casi più gravi, allorquando il contribuente ponga in essere comportamenti censurabili ed ostativi volti ad occultare la propria “forza economica”, l'Amministrazione non può che prescindere dalle risultanze delle scritture contabili, se tenute, e rideterminare *ab ovo*, tutte le componenti necessarie alla determinazione del reddito imponibile: non solo quindi i ricavi ma anche i consequenziali costi al fine di determinare appunto una grandezza netta. In tale fattispecie, il richiamo va operato all'accertamento induttivo *ex art. 39 comma 2 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600*. È altresì

noto che tale metodologia non si rende sempre applicabile ma solo allorché v'è, sostanzialmente, l'impossibilità di avere un "dato di partenza" affidabile rappresentato dalle scritture contabili. È giusto segnalare che tale approdo, tuttavia, non è sempre stato pacifico ed anzi si rese necessario il fondamentale intervento della Corte Costituzionale n. 8 giugno 2005, n. 225 a mente della quale: «*in caso di accertamento induttivo, si deve tenere conto – in ossequio al principio di capacità contributiva – non solo dei maggiori ricavi ma anche della incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti [dedotti, NdA] dall'ammontare dei prelievi non giustificati*». La presunzione legale in tema di accertamenti bancari ex art. 32 del d.p.r. 600/73 viene quindi calmierata dal necessario conteggio dei costi.

L'ordinanza n. 6784 analizza un caso parzialmente diverso ed inerente ad un accertamento spiegato con il metodo analitico-induttivo ex art. 39 comma 1 lett. d) del d.p.r. 600/73 nel quale peraltro sono anche state utilizzate le risultanze dei movimenti bancari. Un metodo che quindi non (dovrebbe) prescindere dalle scritture contabili ma che da esse (dovrebbe) prendere avvio. Esso consta in una ricostruzione della base imponibile che si avvale di elementi inferenziali esterni alla contabilità (e dunque anche presunzioni semplici, purché gravi, precise e concordanti). Presupposto per l'utilizzo di tale metodologia è l'attendibilità complessiva della contabilità, che consentirebbe, solo, la rettifica di "singole componenti reddituali". È noto, al contrario, che sovente l'Amministrazione proceda a rideterminare non singole poste contabili ma intere componenti (es. tutte le componenti positive). Si sostiene che proprio la presenza di una contabilità complessivamente attendibile, e una ripresa a tassazione che si realizza mediante rettifiche di singole "poste contabili", implichi che, ai fini della deduzione dei costi, operi la regola generale ritraibile dall'art. 109 del d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (e dal comma 3 dell'art. 61 del d.p.r. 29 settembre, n. 1973), in forza della quale, se i costi non sono presenti nel conto economico, possono essere dedotti solo se risultano da elementi certi e precisi, dei quali l'onere della prova è a carico del contribuente.

A costituire il fondamento delle motivazioni esposte nell'ordinanza in commento è la sentenza della Corte costituzionale 31 gennaio 2023 n. 10 a mente della quale nell'accertamento analitico-induttivo che ridetermina "in toto" una componente di reddito (nel caso, quella dei componenti positivi), vi è la necessità di considerare anche i correlati costi.

Sotto tale ultimo profilo quindi, il contribuente può, in detti casi, alternativamente, (i) provare in modo puntuale e specifico l'esistenza di costi di produzione del reddito (anche non presenti in contabilità) facendo ricorso a documentazione comprovante esistenza ed inerenza dei suddetti costi ovvero (ii) adottare una metodologia (altrettanto) induttiva di calcolo dei costi occulti, mediante l'utilizzo di presunzioni semplici che comprovino, su base razionale e logica, la plausibilità dei costi stessi nella fattispecie specifica (es. medie del settore).

Il principio sancito dalla Corte costituzionale qui richiamato è stato rapidamente recepito nelle pronunce della Suprema Corte di cassazione, facendo quest'ultima richiamo all'utilizzo di meccanismi induttivi tipici (e cioè le medie di settore o comunque il confronto comparativo coi dati statistici del comparto di mercato) a mezzo dei quali poter consentirsi l'assolvimento dell'onere probatorio incombente sul contribuente in punto di componenti negative di reddito [2].

Dall'analisi di tali pronunce, si ritrae il principio per cui non appare condivisibile, ragionevole e proporzionato ritenere che il contribuente che abbia commesso una delle gravi condotte che legittimano l'accertamento induttivo-extracontabile, abbia il diritto al riconoscimento "automatico" della deduzione in misura percentuale forfettaria dei costi non contabilizzati, mentre, tale "facoltà", non sussisterebbe in capo a chi, più "diligente", fosse destinatario di un accertamento di tipo analitico-induttivo a mezzo del quale si recuperano ad imposizione – in via comunque presuntiva – intere componenti reddituali (solitamente, ricavi non contabilizzati).

È bene precisare, però, che questa incoerenza è ravvisabile, in particolare, solo nella non

infrequente ipotesi in cui l'accertamento analitico-induttivo, si traduca in una rettifica non di "singole poste" attive o passive del reddito, ma della (quasi) "globalità" del reddito, in quanto la rettifica (*de facto* di tipo induttivo) finisce per rideterminare in toto (o quasi) la categoria – quella dei ricavi – "più rilevante tra quelle dalla cui somma algebrica si determina il reddito": in questi casi le risultanze delle scritture contabili, anche se non espressamente dichiarate inattendibili, *de facto* vengono significativamente disattese dall'Amministrazione finanziaria, con ciò venendosi a configurare una sorta di abuso del metodo analitico-induttivo in luogo di quello più agevole (accertamento induttivo extracontabile) ma meno contrastabile, per il contribuente, in giudizio.

Diversamente, non è ravvisabile l'incoerenza segnalata nei casi in cui il metodo analitico-induttivo venga applicato nella sua forma più "pura", ovvero sia utilizzato nel contesto di una ricostruzione analitica di singoli elementi attivi e passivi del reddito d'impresa, sulla base di presunzioni semplici (purché gravi, precise e concordanti) e senza acriticamente accantonare il rilievo delle scritture contabili.

La Corte ha quindi stabilito che «*il contribuente imprenditore possa sempre, anche in caso di accertamento analitico-induttivo, opporre la prova presuntiva contraria e in particolare possa eccepire la "incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati"*»).

L'utilizzo di tale principio, fatto proprio dal giudice di legittimità (tra le prime, Cass. n. 5586/2023) riverbera effetti, anche a mente della citata dottrina, non solo nell'accertamento analitico-induttivo suffragato da indagini bancarie, ma *a fortiori* anche in quegli accertamenti in cui queste non sono utilizzate e ciò in ossequio della applicazione dell'art. 53 Cost che, come noto, tra l'altro, mira a tassare grandezze nette proprio per la precipua ricerca ed eventuale ricostruzione della capacità contributiva del contribuente. Lo schema inferenziale è il seguente: ogni reddito d'impresa va calcolato come saldo algebrico dei ricavi e dei costi di produzione, la produzione di ricavi richiede costi per la relativa produzione, in assenza di una puntuale dimostrazione dei costi in misura analitica può adottarsi un criterio di incidenza percentuale dei costi in riferimento anche ai ricavi occulti [3].

Di questo ed altri principi ne dà conto la Cassazione (es. Cass 5586/2023 e 18231/2023 e da ultimo Cass. 2344/2024).

Nella pronuncia che ci occupa quindi, la Corte di cassazione viene così a recepire l'ultimo orientamento espresso dal giudice delle leggi e stabilisce l'importante principio di diritto che segue: «*In tema di accertamenti bancari di cui all'art. 32 d.p.r. 602/1973, a fronte della presunzione legale di ricavi non contabilizzati, e quindi occulti, scaturenti da prelievi bancari non giustificati, il contribuente imprenditore può sempre, anche in caso di accertamento analitico-induttivo, eccepire la incidenza percentuale dei costi relativi, che vanno, dunque, detratti dall'ammontare dei prelievi non giustificati*».

[1] A. Borghetti, *Un quadro (normativo) senza cornice: il difficile rapporto tra Arte e Fisco*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 3 del 2024.

[2] Si vedano i lavori di S. Zaga, *Prelevamenti bancari e metodi di accertamento*, in *Diritto e pratica tributaria* n. 3/2023 e P. Boria, *Nell'accertamento analitico-induttivo il contribuente può opporre l'incidenza percentuale dei costi*, in *GT Giurisprudenza tributaria* 1/2024.

[3] P. Boria, *La Consulta riconosce al contribuente la presunzione di incidenza dei costi sui ricavi occulti*, in *GT-Giurisprudenza tributaria* 4/2023.

Utilizzabilità della CTU espletata in altro procedimento ai fini del disconoscimento di paternità

Argomento: Diritto di famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 8 marzo 2023, n. 6929)

Stralcio a cura di *Ida Faiella*

“La Corte d’appello di Reggio Calabria, con sentenza (...) ha confermato la decisione del Tribunale di Locri (...) con la quale, in accoglimento di domanda di disconoscimento proposta dal curatore speciale della minore (...) è stato dichiarato che la stessa non è figlia di D.D.

(...) I giudici della Corte di merito hanno respinto il gravame di A.A., madre della minore, la quale affermava che era interesse della figlia vivere nella serenità del nucleo familiare (...) rilevando che dovesse essere confermata l’utilizzabilità della CTU espletata in altro giudizio, di disconoscimento, attivato dal padre naturale E.E., definito con pronuncia in rito di inammissibilità per carenza di legittimazione attiva dell’attore e che l’esclusione della paternità biologica del D.D. doveva essere desunta sia dal rifiuto dello stesso di sottoporsi al prelievo di un campione biologico ai fini dell’esame del DNA, sia dalle testimonianze. (...).

(...) Avverso la suddetta pronuncia A.A. propone ricorso per cassazione (...) nei confronti di (...) curatore speciale della minore. (...).

1. La ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, la violazione e/o falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, dell’art. 116 c.p.c., per avere la Corte d’appello erroneamente considerato utilizzabile la CTU espletata in altro giudizio definito con sentenza di inammissibilità, mentre la consulenza espletata nel giudizio di primo grado non aveva avuto alcun esito; b) con il secondo motivo, la violazione o falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, dell’art. 116 c.p.c. e artt. 231 e segg. e art. 2727 c.c., per avere la Corte d’appello sia ritenuto esserci la presunzione di paternità del E.E., non parte del giudizio (...) sia ritenuto provata una paternità quando la prova non c’era; c) con il terzo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 116 e 246 c.p.c., in relazione alla testimonianza della teste (...) che si riteneva nonna della piccola ed alla sua capacità a testimoniare; d) con il quarto motivo, la violazione e/o falsa applicazione ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, degli artt. 2 e 30 Cost., e art. 263 c.c., art. 8 della CEDU, 24 della Carta dei diritti fondamentali UE, 6 della Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei minori del gennaio 1996 (...) avendo la Corte erroneamente perseguito il principio della prevalenza del favor veritatis sul favor minoris. (...).

2. Le censure, da esaminare congiuntamente in quanto connesse, sono inammissibili. (...) essendo stata acquisita agli atti del giudizio (...) la consulenza ematologica disposta in altro pregresso giudizio di disconoscimento (...), nella quale era stata esclusa la paternità di D.D. (...) Invero, nel giudizio (...) definito in appello (...) era stata (...) disposta una CTU medico-legale diretta all’accertamento della compatibilità genetica tra la minore ed il padre legittimo, ma senza esito, in quanto il D.D., rimasto contumace (...) non si era presentato senza giustificato motivo.

(...) Il giudice di merito, che ben poteva utilizzare come prova il rifiuto del padre legittimo di sottoporsi all'esame genetico conformemente a consolidati principi di diritto espressi da questo giudice di legittimità (Cass. 15568/2011; Cass. 23290/2015; Cass. 14458/2018), ha scelto di rafforzare la propria decisione fondandola anche sulle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio in altro giudizio tra le stesse parti (...), il giudice di merito può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in diverso giudizio fra le stesse o altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse e può, quindi, avvalersi anche di una consulenza tecnica ammessa ed espletata in diverso procedimento, valutandone liberamente gli accertamenti ed i suggerimenti una volta che la relativa relazione peritale sia stata ritualmente prodotta dalla parte interessata (Cass. 12422/2000; Cass. 16069/2001; Cass. 19521/2019).

(...) Quanto (...) alla testimone (...) la Corte d'appello ne ha escluso l'incapacità (...), questa Corte (Cass. 167/2018; Cass. 9353/2012) ha affermato che "L'incapacità a deporre prevista dall'art. 246 c.p.c., si verifica solo quando il teste è titolare di un interesse personale, attuale e concreto, che lo coinvolga nel rapporto controverso, alla stregua dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., tale da legittimarlo a partecipare al giudizio in cui è richiesta la sua testimonianza, con riferimento alla materia in discussione, non avendo, invece, rilevanza l'interesse di fatto a un determinato esito del processo – salva la considerazione che di ciò il giudice è tenuto a fare nella valutazione dell'attendibilità del teste – né un interesse, riferito ad azioni ipotetiche, diverse da quelle oggetto della causa in atto, proponibili dal teste medesimo o contro di lui, a meno che il loro collegamento con la materia del contendere non determini già concretamente un titolo di legittimazione alla partecipazione al giudizio".

(...) Questo giudice di legittimità ha (...) precisato che il quadro normativo (art. 30 Cost., art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali della UE, e art. 244 c.c.) e giurisprudenziale attuale non comporta la prevalenza del "favor veritatis" sul "favor minoris", ma impone un bilanciamento fra il diritto all'identità personale legato all'affermazione della verità biologica – anche in considerazione delle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dell'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini – e l'interesse alla certezza degli "status" ed alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità personale, non necessariamente correlato alla verità biologica ma ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno di una famiglia, specie quando trattasi di un minore infraquattordicenne (Cass. 27140/2021; Cass. 6517/2019; cfr. anche, in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, Cass. 4791/2020). Ma, nella specie, si è accertato che doveva ritenersi prevalente il favor veritatis, in quanto corrispondente, in concreto, all'interesse della minore.

3. Per tutto quanto sopra esposto, va dichiarato inammissibile il ricorso.

Le spese (...) seguono la soccombenza e vanno poste a favore dello Stato, essendo il controricorrente, Curatore speciale della minore, ammesso al patrocinio a spese dello Stato. (...).

P.Q.M. La Corte dichiara inammissibile il ricorso. (...)"

Comunicazioni di cancelleria nella “posta indesiderata”. Inammissibilità della rimessione in termini tra negligenza dell’avvocato e preclusioni

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., Sez. III, 15 marzo 2023, n. 7510)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“Il Tribunale di Palermo, pronunciando sulle cause riunite NRG 9163/2011, 9736/2011 e 12682/2011, promosse (...) da U.L. contro *Omissis* S.r.l., conduttrice dell’immobile sito in (*Omissis*), con sentenza n. 2047, (...), dichiarò cessata la materia del contendere sulla domanda di risoluzione del contratto di locazione, condannò la conduttrice al pagamento della somma di Euro 12.500,00, oltre interessi legali, a titolo di canoni locativi non corrisposti, nonché alle spese di lite.

Avverso tale decisione *Omissis* S.r.l. in liquidazione propose gravame, del quale l’appellata, costituendosi, dedusse l’inammissibilità e comunque l’infondatezza.

La Corte di appello di Palermo, con sentenza (...), dichiarò l’improcedibilità dell’impugnazione e condannò l’appellante alle spese di quel grado.

Evidenziò quella Corte che: a) il procedimento di appello era stato promosso dall’appellante con ricorso presentato in via telematica in data 1.6.2016; b) il giorno 6.6.2016 il presidente della seconda sezione di quella Corte aveva depositato il decreto di fissazione dell’udienza di discussione del 2.5.2017 (...); c) secondo l’appellante la comunicazione di tale decreto non si era perfezionata a causa dell’inavvertito inserimento del relativo messaggio nella cartella SPAM; d) all’udienza del 2.5.2017, (...) il difensore dell’appellante aveva chiesto termine per la rinotifica del ricorso alla controparte senza addurre alcuna causa di legittimo impedimento; e) a seguito di mero rinvio della causa, la richiesta era stata reiterata nella successiva udienza del 16.5.2017, con allegazione e documentazione, quale causa incolpevole di decadenza, dell’anomala inclusione del messaggio di comunicazione della fissazione d’udienza nella cartella SPAM (...).

Avverso la sentenza appena richiamata *Omissis* S.r.l. in liquidazione ha proposto ricorso per cassazione, basato su tre motivi (...).

Con il primo motivo si deduce “Violazione e/o falsa applicazione delle norme di diritto ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. in relazione all’art. 153 c.p.c., comma 2, in combinato disposto con l’art. 294 c.p.c., (...), nella parte in cui la Corte di appello (...) ha erroneamente dichiarato l’istanza di rimessione in termini inammissibile, in quanto tardiva, e, per l’effetto, dichiarato improcedibile l’appello proposto dalla “*Omissis*” (...).

Con il secondo motivo si deduce “Violazione e/o falsa applicazione delle norme di diritto ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. in relazione all’art. 435 c.p.c., comma 3 (...), nella parte in cui la Corte di appello (...) ritenendo la condotta della “*Omissis*” negligente per non aver adoperato la diligenza richiesta nel controllo della casella di posta elettronica certificata ai fini

della successiva notifica del ricorso in appello e del decreto di fissazione udienza comunicato dalla cancelleria, ha erroneamente dichiarato improcedibile l'appello proposto (...).

I (...) due motivi possono essere unitariamente esaminati stante la loro stretta connessione.

(...) Risultano infondate le doglianze circa la ritenuta condotta negligente del difensore per non aver adoperato la diligenza richiesta nel controllo della casella di posta elettronica certificata.

Al riguardo si osserva che costituisce principio generale quanto già affermato da questa Corte con ordinanza n. 3340 del 10/02/2021, secondo cui in caso di tardiva proposizione dell'impugnazione, la parte non può invocare la rimessione in termini ex art. 153 c.p.c., quando il ritardo sia dovuto a fatto imputabile al difensore, costituendo la negligenza di quest'ultimo un evento esterno al processo, che attiene alla patologia del rapporto con il professionista, rilevante solo ai fini dell'azione di responsabilità nei confronti del medesimo, senza che ciò comporti alcuna violazione dell'art. 6 CEDU, poiché l'inammissibilità dell'impugnazione, che consegue all'inosservanza del termine, non integra una sanzione sproporzionata rispetto alla finalità di salvaguardare elementari esigenze di certezza giuridica (Corte EDU, 15 settembre 2016, Trevisanato c. Italia).

È stato pure precisato che l'istituto della rimessione in termini, previsto dall'art. 153 c.p.c., comma 2, (...), opera anche con riguardo al termine per proporre impugnazione e richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte, perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà che presenti i caratteri dell'assolutezza e non della mera difficoltà (Cass., ord., n. 27726 del 3/12/2020).

Con specifico riferimento all'ipotesi di posta considerata dal programma gestionale utilizzato come SPAM, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che nell'ipotesi di notifica del decreto ingiuntivo a mezzo PEC, a norma della L. n. 53 del 1994, art. 3-bis, la circostanza che la e-mail PEC di notifica sia finita nella cartella della posta indesiderata ("spam") della casella PEC del destinatario e sia stata eliminata dall'addetto alla ricezione, senza apertura e lettura della busta, per il timore di danni al sistema informatico aziendale, non può essere invocata dall'intimato come ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore ai fini della dimostrazione della mancata tempestiva conoscenza del decreto che legittima alla proposizione dell'opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c.; ciò in quanto il D.M. n. 44 del 2011, art. 20 (...), nel disciplinare i requisiti della casella PEC del soggetto abilitato esterno, impone una serie di obblighi (...) finalizzati a garantire il corretto funzionamento della casella di posta elettronica certificata, il cui esatto adempimento consente di isolare i messaggi sospetti ovvero di eseguire la scansione manuale dei relativi "files", sicché deve escludersi l'impossibilità di adottare un comportamento alternativo a quello della mera ed immediata eliminazione del messaggio PEC nel cestino, una volta che esso sia stato classificato dal computer come "spam" (Cass. n. 17968 del 23/06/2021). È stato pure ribadito in più provvedimenti decisionali di questa Corte, che il titolare dell'account di posta elettronica certificata ha il dovere di assicurarsi del corretto funzionamento della propria casella postale e di utilizzare dispositivi di vigilanza e di controllo, dotati di misure anti intrusione, oltre che di controllare prudentemente la posta in arrivo, ivi compresa quella considerata dal programma gestionale utilizzato come "posta indesiderata" (Cass. n. 7752 dell'8/04/2020; Cass. n. 12451 del 21/05/2018; Cass. n. 13917 del 7/07/2016).

Nella specie la Corte di appello risulta aver fatto corretta applicazione dei principi sopra richiamati.

Infine, si osserva che l'apprezzabilità della non imputabilità alla parte del ritardo nella formulazione della richiesta di rimessione in termini ("inescusabilità", (...)) è rimessa al giudice del merito (Cass. n. 30514 del 18/10/2022).

A quanto precede va aggiunto (...) che all'udienza del 2 maggio del 2017 il difensore della parte si limitò a chiedere solo il termine per la notifica del ricorso alla controparte senza addurre alcuna motivazione al riguardo, il che si pone in contrasto con la stessa logica sottesa all'istituto della rimessione in termini e, anzi, costituisce comportamento incompatibile con la volontà di avvalersene, se non anche una oggettiva rinuncia a volersene giovare.

Va rilevato, infine, che ogni ulteriore questione (inammissibilità della richiesta di rimessione in termini per tardività lamentata con il primo motivo) resta assorbita da quanto sopra evidenziato. (...).

La Corte rigetta il ricorso (...)"

Nota a cura di Giacomo Pirotta

Con il provvedimento in epigrafe, la Corte di cassazione torna ad esaminare il rapporto tra processo civile e nuove tecnologie, concentrandosi sulla fruizione della rimessione in termini per l'omessa notifica del ricorso in appello e del decreto di fissazione dell'udienza nel rito locatizio.

Dalla lettura della sentenza di legittimità emerge che l'appellante – nonostante il puntuale utilizzo del processo civile telematico per il deposito dell'atto di gravame – ha poi omesso di notificare all'appellato il ricorso introduttivo con il decreto di fissazione dell'udienza emesso dalla corte. Secondo l'impugnante, la notificazione è stata impedita dal mancato perfezionamento della comunicazione di cancelleria, terminata inaspettatamente nella cartella SPAM. In prima udienza, a causa dell'intervenuta preclusione, l'appellante ha chiesto un nuovo termine per la notifica, omettendo però di indicare i motivi dell'inerzia; la corte ha quindi disposto un mero rinvio d'udienza e, all'adunanza successiva, l'impugnante ha promosso un'istanza di rimessione in termini *ex art.* 153, comma 2, c.p.c. producendo documenti e giustificando la decadenza nell'anomala inclusione della comunicazione nella cartella SPAM. Il giudice di seconde cure, ritenendo l'istanza ormai preclusa, ha dichiarato la sua inammissibilità e, per conseguenza, l'improcedibilità dell'appello intentato.

L'appellante soccombente ha quindi proposto ricorso per cassazione adducendo che il giudice d'appello avrebbe errato, in primo luogo, nel ritenere tardivo l'utilizzo del rimedio rimesorio e, in secondo luogo, nel considerare la parte negligente nell'utilizzo della casella PEC.

Il giudice di legittimità, vagliando i motivi di ricorso, ha chiarito che la parte processuale non può ottenere una rimessione in termini deducendo la negligenza del proprio difensore; secondo la corte, infatti, l'inadempimento del legale nella gestione della PEC costituirebbe un fatto esterno al processo e potrebbe tutt'al più legittimare un'azione di responsabilità professionale verso l'avvocato.

Benché la conclusione sia condivisibile, il rigetto dell'istanza non dovrebbe dipendere dalla provenienza (interna od esterna) del fatto impediente al compimento dell'atto, bensì dall'operatività dello *ius postulandi, rectius* del peculiare rapporto di mandato intercorrente tra la parte processuale e il suo difensore (R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, 215). In tal senso, si può quindi pacificamente affermare che – nella sfera di discrezionalità riservatagli la legge – l'avvocato nominato è legittimato a compiere (ma anche ad omettere) «tutti gli atti del processo» che non siano «espressamente riservati» alla parte e ciò con efficacia direttamente vincolante nei suoi confronti.

Proseguendo nell'analisi della sentenza impugnata, il giudice di legittimità ha poi confer-

mato gli orientamenti in materia di rimessione in termini soffermandosi soprattutto sull'attività di accertamento dell'impedimento "non imputabile", sull'effettiva pregnanza di tale requisito e, infine, sulle preclusioni all'applicazione dell'istituto.

In merito al primo profilo, la Corte di cassazione ha ribadito che «l'apprezzabilità della non imputabilità alla parte del ritardo» è essenzialmente riservata alla valutazione discrezionale del giudice di merito; coerentemente, in sede di legittimità è precluso il riesame del fatto impediente e la valutazione effettuatane nei precedenti gradi. Malgrado tale rigidità, si devono però evidenziare spiragli di sindacabilità della decisione: ad esempio, se il rigetto dell'istanza di rimessione è dipeso dall'omesso esame di fatti decisivi della controversia, dovrà consentirsi la proposizione di uno specifico motivo di ricorso *ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.* che legitimerà un intervento della Cassazione sul punto.

Per quanto concerne il secondo profilo, ossia la pregnanza e la portata del requisito della "non imputabilità" del ritardo, la Suprema Corte aderisce alla *cd. tesi oggettivistica*, nella sua concezione assoluta; ciò comporta che la rimessione in termini sarà concessa solo quando la decadenza è dipesa da un fatto impediente, estraneo alla volontà della parte processuale, caratterizzato dall'assolutezza e non dalla mera difficoltà.

In questo arresto, quindi, la Suprema Corte non integra nella fattispecie rimessoria la nozione di "causa non imputabile" con il diverso criterio della diligenza; in altri termini, nel provvedimento annotato viene rinnegata la *cd. tesi soggettivistica* – a cui ambisce una parte della dottrina (C.E. BALBI, voce *Rimessione in termini (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Trecani*, XXVI, Roma, 1993, 7; F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1997, 142) – che legittimerebbe istanze di rimessione in termini in presenza di impedimenti non evitabili con comportamenti diligenti. La scelta della Cassazione – sebbene tenga correttamente scisso il concetto di colpevolezza da quello di imputabilità – meriterebbe però di essere attentamente vagliata onde evitare derive rigoriste. Ebbene, considerata l'evoluzione dell'istituto della rimessione in termini, conseguente alla sua generalizzazione e all'abbandono del presupposto del "caso fortuito" per la sua concessione, dovrebbe valorizzarsi il peculiare *focus* posto dal legislatore sul rapporto intercorrente tra l'impedimento e l'agente. Ciò posto, sarebbe forse opportuna una relativizzazione soggettivo-temporale dell'originario concetto di impossibilità oggettiva ed assoluta.

Ragioni di brevità impediscono di dilungarsi su tale questione, tuttavia pare auspicabile che la concessione della rimessione in termini prescindendo da ostacoli oggettivamente insuperabili dalle forze umane e che, invece, presupponga – dal momento in cui è sorta la volontà di compiere l'atto e sino allo spirare del potere – un ostacolo obiettivamente insuperabile per quello specifico agente. Traslando sul piano processuale le riflessioni della dottrina civilistica in materia di impossibilità della prestazione, si potrà sostenere che, per ottenere la rimessione in termini, sarà sufficiente un'impossibilità "soggettiva" nel compimento dell'atto processuale (sulla differenza con l'impossibilità oggettiva ed assoluta, A. PONTECORVO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007, 17-18).

Tornando al caso concreto, la Suprema Corte ha correttamente ratificato l'operato della corte di appello rinvenendo l'obbligo giuridico per il titolare di una casella PEC di dotarsi di *software* idonei a verificare l'assenza di virus informatici nei messaggi in arrivo e in partenza nonché di *software antispyware* atti a prevenire la trasmissione di messaggi indesiderati; come chiarito dalla stessa Corte, il titolare dell'*account* PEC deve accertarsi del corretto funzionamento della propria casella e utilizzare dispositivi di controllo della corrispondenza classificata come "posta indesiderata".

Da ultimo, i giudici di legittimità si sono concentrati su un ulteriore profilo di notevole interesse, ossia sulla sussistenza di preclusioni per promuovere un'istanza di rimessione in ter-

mini. L'analisi della questione appare di particolare utilità giacché l'art. 153, comma 2, c.p.c. non prevede termini perentori per l'esercizio del potere e, conseguentemente, eventuali impedimenti alla proposizione dell'istanza dovranno ricercarsi in diverse fonti preclusive.

Applicando gli studi chiovendiani in materia (G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, 411 ss.; ID., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, 231 ss.), la Corte di cassazione ritiene operante nel caso di specie la cd. incompatibilità preclusiva; questa preclusione costituisce un logico sviluppo del brocardo latino "*electa una via non datur recursus ad alteram*" e consegue al compimento di un atto incompatibile con il potere interdetto.

Al di là delle fattispecie positivizzate (ad esempio, l'art. 157, comma 3, c.p.c., sulla rinuncia all'eccezione di nullità degli atti che ne impedisce il rilievo di parte), occorre domandarsi se – come ammesso dalla Suprema Corte – il giudice abbia la facoltà di rilevare il compimento di atti incompatibili e, in assenza di previsione di legge, ritenere precluso il potere "antagonista" incompatibile. Alcuni autori, infatti, preoccupati dell'incisività del fenomeno preclusivo, ritengono che tutta la materia sia assoggettata ad una vera e propria riserva di legge.

Le conclusioni della dottrina più cauta possono condividersi, ma solo per le preclusioni da ritardo (la cd. decadenza); in questo caso, infatti, il ruolo riservato alla legge è centrale nel determinare il momento di estinzione del potere in assenza di attività del suo titolare: trattasi di bilanciamenti di valori costituzionali tipici della politica legislativa.

Tali osservazioni non sembrano però valide per l'incompatibilità preclusiva che, diversamente dalla decadenza, può logicamente desumersi dai concreti sviluppi processuali; con questo non si intende sostenere che il legislatore non possa accentuare il carattere di incompatibilità per trasformare la contrapposizione di poteri in uno strumento di politica processuale, ma solo che – anche in assenza di tipizzazione – il giudice di merito può rilevare il compimento di atti che si dimostrano incompatibili con il successivo esercizio di un potere "antagonista".

La Corte di cassazione – confermando quindi la decisione di merito – ha recepito questa impostazione e ha chiarito che la richiesta effettuata in udienza di fissare un nuovo termine per il compimento di un atto tardivo, in assenza di deduzioni sulla non imputabilità del ritardo, impedisce la promozione di una successiva istanza rimessoria a causa dell'incompatibilità di tale richiesta con la condotta previamente tenuta dalla parte.

La tutela del possesso di un bene corrispondente ad una servitù di parcheggio

Argomento: Del possesso

(Cass. Civ., Sez. II, 16 marzo 2023, n. 7620)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“La Corte d’Appello di Firenze, tuttavia, non ha tenuto conto del fatto che la giurisprudenza di questa Corte ha superato tale indirizzo interpretativo ritenendo, invece, configurabile una servitù volontaria di parcheggio, in quanto il titolo costitutivo può ancorare tale utilità a vantaggio direttamente del fondo dominante, al fine di garantirne la migliore utilizzazione, piuttosto che delle persone che concretamente ne beneficino, e che, in tali casi, la trasmissione del relativo diritto avvenga unitamente alla cessione dei fondi secondo il principio di ambulatorietà. Si è detto, infatti, che “In tema di servitù, lo schema previsto dall’art. 1027 c.c. non preclude in assoluto la costituzione di servitù aventi ad oggetto il parcheggio di un’autovettura su un immobile di proprietà altrui, a condizione che, in base all’esame del titolo, tale facoltà risulti essere stata attribuita a diretto vantaggio del fondo dominante, per la sua migliore utilizzazione, quale utilitas di carattere reale” (Sez. 2, Sent. n. 7561 del 2019, Sez. 2, Sent. n. 16698 del 2017). Tale orientamento che il collegio intende seguire, essendosi oramai consolidato e non riscontrandosi pronunce successive di segno contrario, si fonda sul disposto di cui all’art. 1027 c.c. e sulla considerazione che tale norma non tipizza tassativamente le utilità suscettibili di concretizzare il contenuto della servitù volontaria, ma si limita a stabilire le condizioni che consentono di distinguere le stesse dai rapporti di natura personale, e che, connettendosi il principio di tassatività dei diritti reali alle caratteristiche strutturali della situazione di vantaggio esercitabile erga omnes, indipendentemente dal suo contenuto, resti indifferente la natura dell’utilitas prevista dal titolo, rilevando invece l’istituzione, per via convenzionale, del rapporto di strumentalità e di servizio tra immobili che, incidendo sulla qualitas fundi, attribuisce all’utilità carattere di realtà, così da poter essere fruita da qualunque proprietario del fondo dominante senza essere imprescindibilmente legata ad una attività personale del singolo beneficiario. Deve ribadirsi che: In tema di servitù, lo schema previsto dall’art. 1027 c.c. non preclude in assoluto la costituzione di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un’autovettura su fondo altrui, a condizione che, in base all’esame del titolo e ad una verifica in concreto della situazione di fatto, tale facoltà risulti essere stata attribuita come vantaggio in favore di altro fondo per la sua migliore utilizzazione. Dunque, anche il possesso può consistere in un potere sulla cosa corrispondente ad una servitù di parcheggio, mentre la sentenza in esame, con un percorso argomentativo che, come si è detto, è tortuoso e poco intellegibile, ha riconosciuto la tutela possessoria ai ricorrenti solo in relazione all’accesso e al transito dei veicoli negandola per il parcheggio con un riferimento del tutto ultroneo al presupposto del possesso “continuato” e “consentito”. **In conclusione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: Ai fini della tutela possessoria ex art. 1168 c.c. lo spoglio può avere ad oggetto anche il possesso corrispondente ad una signoria di**

fatto sul bene corrispondente ad una servitù di parcheggio e, dunque, può realizzarsi con modalità tali da precludere al possessore la possibilità di transito attraverso un passaggio a ciò destinato indipendentemente dalla sussistenza o meno della titolarità del corrispondente diritto reale”.

La trasformazione della s.r.l. in comunione di azienda non è ostativa al fallimento

Argomento: Diritto fallimentare

(Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 2023, n. 8680)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“2 – (...) A fondamento della decisione, la Corte ha confermato l’ammissibilità della dichiarazione di fallimento entro il termine di cui all’art. 10 della legge fall., affermando che la trasformazione della società in una comunione d’azienda non comporta una novazione soggettiva, ma soltanto una modificazione dell’atto costitutivo, con mutamento della veste legale dell’ente, tale da non determinare l’estinzione del precedente soggetto giuridico. Ha osservato che tale fattispecie, comportando il passaggio da un ente avente forma societaria ad una comunione su un complesso di beni aziendali, dà luogo ad una trasformazione eterogenea, riconducibile all’art. 2500-septies cod. civ., con la conseguente esclusione della configurabilità sia di una successione tra soggetti ed entità distinte sia per forma che per natura, sia di una trasformazione della società di capitali in una società di fatto tra gli ex soci, la cui volontà consiste nella costituzione di una mera comunione di godimento, disciplinata dall’art. 2248 cod. civ. Ha aggiunto che tale conclusione era avvalorata, nella specie, dalla circostanza che il compendio aziendale era rimasto sotto il controllo del medesimo centro d’interessi. (...).

9 – (...) A sostegno di tale conclusione, si è osservato innanzitutto che, mentre la trasformazione di una società da un tipo ad un altro previsto dalla legge, ancorché connotato da personalità giuridica, costituisce una vicenda meramente evolutivo-modificativa del medesimo soggetto giuridico, che non produce alcun effetto successorio ed estintivo, la trasformazione di una società in un’impresa individuale o viceversa determina invece un rapporto di successione tra soggetti distinti, e non preclude quindi la dichiarazione di fallimento della società estinta, purché la stessa abbia luogo nel termine di un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese. Si è rilevato inoltre che, a seguito della riforma del diritto societario, la cancellazione dal registro delle imprese cui non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta dà luogo ad un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale le obbligazioni della società si trasferiscono ai soci, i quali ne rispondono nei limiti di quanto riscosso in sede di liquidazione o illimitatamente, a seconda che fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali, mentre i diritti ed i beni non compresi nel bilancio di liquidazione si trasferiscono ai soci in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese e dei crediti ancora incerti o illiquidi. Tanto premesso, si è ritenuto che, in quanto idonea a determinare il passaggio da un ente avente forma societaria ad una comunione su un complesso di beni aziendali, la trasformazione della società in una comunione di godimento di un’azienda costituisca una trasformazione eterogenea ai sensi dell’art. 2500-septies cod. ed entità distinti sia per forma che per natura, con la conseguenza che la nascita di una comunione indivisa tra due o più persone fisiche (cui l’ente

collettivo abbia trasferito il proprio patrimonio) non preclude la dichiarazione di fallimento della società entro il termine di cui all'art. 10 della legge fall. Il predetto principio, contestato dai ricorrenti, ha trovato conferma in una pronuncia più recente (cfr. Cass., Sez. I, 22/10/2020, n. 23174). (...).

(...) È stato osservato che, ai fini dell'ammissibilità della dichiarazione di fallimento dell'ente originario, non assume alcun rilievo la circostanza che l'ente risultante dalla trasformazione svolga o meno un'attività d'impresa, potendo la stessa venire in considerazione esclusivamente ai fini della fallibilità dell'ente trasformato. Ciò posto, e aggiunto che, in linea generale, la trasformazione svolge essenzialmente una funzione di riorganizzazione della struttura degli enti, destinata nel caso in esame a sostituire il procedimento di liquidazione, è stato affermato che, in mancanza di una norma specifica, essa non può comportare la sottrazione dell'impresa societaria alla soggezione alle procedure concorsuali: è stata quindi confermata l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 10 della legge fall., osservandosi che la finalità dalla stessa perseguita, consistente nell'evitare di estendere all'infinito gli effetti di un'attività d'impresa non più attuale, non postula necessariamente che alla cessazione dell'esercizio di tale attività da parte di un soggetto faccia riscontro il venir meno della stessa in senso oggettivo, e concludendosi pertanto che essa può trovare applicazione anche nel caso in cui, come nella specie, sia mutato, per sopravvenuta trasformazione, il regime di responsabilità patrimoniale che accompagnava l'ente originario. (...)"

Il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio: diritti ed obblighi dello *status* genitoriale

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 2023, n. 8762)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“7. (...) Il diritto al riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio può essere sacrificato solamente in presenza di motivi gravi ed irreparabili tali da compromettere in modo irreversibile lo sviluppo psico-fisico del minore. Tale è il discrimen che il giudice deve vagliare in concreto al fine di valutare il bilanciamento tra opposti interessi, quali l'esigenza di affermare la verità biologica e l'interesse di preservare i rapporti familiari nonché lo sviluppo del minore. Quanto riportato trova fondamento nella distinzione dei concetti giuridici di "riconoscimento" ed "esercizio della responsabilità genitoriale". **Il riconoscimento inteso come status genitoriale non può essere mai eluso, a meno che il minore non possa subire un pregiudizio gravissimo da parte del padre, dato ad esempio dal "suo inserimento in un ambiente di criminalità organizzata ed attualmente detenuto per tali gravi reati"** (cfr. Cass. 23074/2005). La titolarità dell'esercizio della responsabilità genitoriale, al contrario, può essere – successivamente al riconoscimento effettuato – soggetta a limitazione fino alla decadenza, ove venga evidenziata una situazione di pregiudizio grave o comunque di interferenza negativa con il benessere del minore (nell'ipotesi in cui si adottino provvedimenti conformativi). (...).

Recentemente sul tema la Suprema Corte si è espressa ritenendo che "nel giudizio volto al riconoscimento del figlio minore di anni quattordici da parte del secondo genitore, nell'ipotesi di opposizione del primo che lo abbia già effettuato, occorre procedere ad un bilanciamento, il quale non può costituire il risultato di una valutazione astratta, ma deve procedersi ad un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di un suo sviluppo armonico, dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale" (Cass. 18600/2021). Ulteriormente, non è condivisibile la richiesta di non attribuzione del cognome del padre giustificata da una sottovalutazione delle condotte moralmente negative e delle caratteristiche somatiche del controricorrente, attesa la riscontrata carenza di allegazione probatoria sulle condotte da parte del giudice del merito non sindacabile in sede di giudizio di legittimità, e la del tutto condivisibile irrilevanza delle caratteristiche somatiche, non potendo il giudizio sul riconoscimento essere fondato su canoni discriminatori. Infine, l'età del minore non giustifica l'esclusione del secondo cognome per contrasto con la complessiva identità del minore stesso. Sul punto, la Corte si è espressa (Cass. 772/2020) in modo conforme ritenendo che "in tema di minori, è legittimo, in ipotesi di secondo riconoscimento da parte del padre, l'attribuzione del patronimico in aggiunta al cognome della madre, purché non gli arrechi pregiudizio in ragione della cattiva reputazione del padre e purché non sia lesivo della identità

personale del minore ove questa si sia definitivamente consolidata con l'uso del solo matronimico nella trama dei rapporti personali e sociali". Ne consegue che non vi è stata violazione di legge né omesso vaglio di fatto decisivo da parte del giudice di secondo grado, non sussistendo alcun pregiudizio per il minore rispetto al riconoscimento del suo diritto alla bigenitorialità, rectius il riconoscimento da parte del padre naturale. (...).

10. (...) Il riconoscimento determina lo status genitoriale con i diritti e gli obblighi che ne conseguono dalla nascita. Ne consegue, come affermato costantemente da questa Corte, tra questi obblighi si colloca in posizione di preminenza l'obbligo dei genitori di concorrere al mantenimento dei bambini. Anch'esso sorge dal momento della procreazione, atteso che dal momento della nascita i genitori hanno la responsabilità genitoriale verso i propri figli (15148/2022). Sul punto, questa Corte ha statuito (Cass. 16916/2022) che **"in materia di figli nati fuori del matrimonio, il diritto al rimborso delle spese in favore del genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio fin dalla nascita, ancorché trovi titolo nell'obbligazione legale di mantenimento imputabile anche all'altro genitore, la cui paternità sia stata successivamente dichiarata, ha natura in senso lato indennitaria, restando comunque indiscutibili le spese di sostentamento, sin dalla nascita, in base ad elementari canoni di comune esperienza"**. Ne consegue che il genitore che ha assunto, medio tempore, l'onere di mantenimento ha diritto di regresso per la corrispondente quota, dal momento della nascita del bambino, sulla scorta delle regole relative ai rapporti fra i condebitori solidali (cfr. Cass. 16916/2022, in senso analogo Cass. 2970/2017). (...)"

Nota a cura di Francesca Di Giacomo

Con la recente ordinanza n. 8762 del 28 marzo 2023, la Suprema Corte di cassazione, nella sua Sezione I, si è pronunciata in materia di filiazione e di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio nonché in tema di diritti e doveri derivanti dal riconoscimento.

La vicenda oggetto dell'ordinanza in commento trae origine da una pronuncia del Tribunale di Pescara, confermata dalla Corte di Appello dell'Aquila che statuiva che l'aggiunta del cognome del padre, e dunque il riconoscimento da parte dello stesso, non comportava alcun pregiudizio per la crescita del minore, attesa la mancanza di una adeguata allegazione probatoria volta a dimostrare la sussistenza del pregiudizio derivante dal puro e semplice acquisto dello status genitoriale in capo al padre.

La sentenza in oggetto stabiliva, inoltre, l'impossibilità di far retroagire il contributo di mantenimento del minore a data anteriore rispetto a quella della domanda.

La ricorrente, quindi, adiva la Cassazione al fine di ricorrere avverso la sentenza di secondo grado, offrendo a supporto sei motivi di ricorso.

In particolare, la ricorrente lamentava la violazione degli artt. 250 ss. c.c. nonché dei principi in materia di riconoscimento dei figli naturali laddove la Corte di Appello non avrebbe considerato che la decisione relativa al riconoscimento del padre naturale avrebbe potuto compromettere lo sviluppo del minore a causa delle caratteristiche fisiche e morali del genitore; la violazione degli artt. 262 comma 2 e 261 c.c., avendo la Corte aggiunto il cognome del padre al cognome del minore; la ricorrente sosteneva poi la violazione degli artt. 250 ss. c.c. e 78 c.p.c. per non avere la Corte nominato un curatore speciale ai fini della tutela degli interessi del minore nel procedimento di riconoscimento della paternità. Ulteriormente essa lamentava la mancata audizione del minore che, nonostante la tenera età, era capace di discernimento.

Inoltre, la donna, evidenziava che il mantenimento era stato disposto solamente dalle istituzioni di primo grado e dunque soltanto dalla data di proposizione della domanda invece che dalla nascita.

La Suprema Corte ha accolto il quinto motivo di gravame ed ha dichiarato infondati i restanti.

Quanto al punto accolto dalla Suprema Corte, è da segnalare che le ragioni evocate dalla Corte di Appello dell'Aquila non sono state condivise dall'ordinanza in commento, la quale, come anticipato, ha ritenuto fondato il quinto motivo di ricorso attinente al mantenimento del figlio naturale e al rimborso delle spese sostenute per il periodo anteriore alla pronuncia di dichiarazione giudiziale di paternità.

In particolare, è noto che il riconoscimento del figlio naturale comporta l'assunzione di tutti i diritti e i doveri della procreazione legittima, ivi compreso l'obbligo di mantenimento ex artt. 147 e 148 c.c. e 30 Cost.

Sebbene l'affermazione costituzionale che prevede il "dovere dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio" (art. 30 Cost.) a prima vista appare di assoluta chiarezza, essa è stata al centro negli ultimi anni di accesa discussione in ordine al problema se l'obbligo di mantenimento del figlio inizi dalla nascita dello stesso o dall'acquisizione dello status.

A questo interrogativo, dopo qualche presa di posizione iniziale più sfocata, viene data oggi una risposta univoca e consolidata.

Infatti, come a più riprese ribadito dalla Suprema Corte, se al momento della nascita il figlio è stato riconosciuto da uno solo dei genitori, l'altro genitore, dichiarato tale con provvedimento del giudice, sarà tenuto, previa espressa domanda in tal senso, a rimborsare il genitore che ha provveduto per intero al mantenimento della prole per la quota parte posta a suo carico sin dal momento della nascita.

Nella pronuncia in commento, la Corte, richiamando un suo precedente orientamento, ha statuito che "in materia di figli nati fuori dal matrimonio, il diritto al rimborso delle spese in favore del genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio fin dalla nascita, ancorché trovi titolo nell'obbligazione legale di mantenimento imputabile anche all'altro genitore, la cui paternità sia stata successivamente dichiarata, ha natura in senso lato indennitaria, restando comunque indiscutibili le spese di sostentamento, sin dalla nascita, in base ad elementari canoni di comune esperienza" (Cass., Sez. I, n. 16916/2022).

In conclusione, al genitore che ha assunto, medio tempore l'onere di mantenimento è attribuito il diritto di regresso al fine di ottenere il rimborso pro quota delle spese sostenute dalla nascita, sulla scorta delle regole relative ai rapporti fra i condebitori solidali (in tal senso Cass. 16916/2022, Cass. 2970/2017).

Per quanto attinente agli altri punti di doglianza posti alla base del ricorso, la Corte ne ha sottolineato l'infondatezza: in primo luogo si è rilevato che il diritto al riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio può essere sacrificato solo in presenza di motivi gravi ed irreparabili che possano compromettere in modo irreversibile lo sviluppo psico-fisico del minore.

Si ritiene dunque prevalente l'interesse del minore sul diritto soggettivo del genitore a vedersi riconosciuto tale status.

Si supera così il precedente orientamento volto a qualificare il diritto allo status di genitore come diritto soggettivo primario costituzionalmente garantito ex art. 30 Cost. e come tale non passibile di compressione alcuna: si afferma dunque la necessità di operare un bilanciamento tra il diritto soggettivo del genitore a vedersi riconosciuta la propria genitorialità e l'interesse del minore ad un corretto sviluppo.

Pertanto, alla luce del mutato indirizzo giurisprudenziale, il favor veritatis potrà risultare

compreso laddove vi sia un pericolo di compromissione dello sviluppo psico-fisico del minore.

L'accertamento da svolgersi è basato su un giudizio prognostico concretamente incentrato sulla situazione personale e relazionale del genitore e del minore che abbia ad oggetto la verifica del pericolo per lo sviluppo psico-fisico non traumatico del minore stesso, derivante dal riconoscimento richiesto.

Deve dunque sussistere un necessario bilanciamento tra diversi valori coinvolti: da un lato il diritto all'identità personale legato all'affermazione della verità biologica (cioè il c.d. favor veritatis), dall'altro l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari (c.d. favor minoris), tenuto conto della sempre maggiore considerazione assunta dal diritto all'identità personale, che non necessariamente si correla all'identità biologica, ma, come in più occasioni sottolineato dagli Ermellini, è connesso anche "ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno di una famiglia" (Cass. n. 26767/ 2016).

In definitiva, la Corte ha enunciato il principio per cui, nel giudizio volto al riconoscimento del figlio naturale, "l'opposizione del primo genitore, che lo abbia già effettuato non è ostativa al successivo riconoscimento, dovendosi procedere ad un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardino, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di un suo sviluppo armonico, dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale" (Cass. n. 8762/2023).

Quanto all'ulteriore punto di doglianza, relativo all'attribuzione del cognome paterno, la Corte non ha ritenuto condivisibili le ragioni della ricorrente in quanto fondate su canoni essenzialmente discriminatori e privi di adeguata allegazione probatoria.

Al riguardo si rileva che il cognome rappresenta un segno di riconoscimento evidente e uno strumento di rilevante portata identitaria, sicché i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione del suo interesse.

In proposito, la giurisprudenza consolidata della stessa Corte, sostiene che è legittimo, in ipotesi di secondo riconoscimento da parte del padre, l'attribuzione del patronimico in aggiunta al cognome della madre, purché non arrechi pregiudizio al minore e non sia lesivo della sua identità personale, ove questa si sia definitivamente consolidata con l'uso del solo matronimico nella trama dei rapporti personali e sociali (Cass. n. 772/2020).

Alla luce di tutto quanto sinora esposto, può sostenersi che l'ordinanza in commento si pone in armonia il principio del Supremo interesse del minore affermatosi a livello europeo e convenzionale che risulta essere divenuto il principio cardine che guida l'attività interpretativa della giurisprudenza di legittimità.

Elementi costitutivi e quantificazione dell'assegno divorzile: il ruolo della casa familiare

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 28 marzo 2023, n. 8764)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“3.3. Con riferimento, da ultimo, al tema del mantenimento del coniuge ed ai recenti ap-prodi giurisprudenziali riguardanti, in particolare, l'assegno divorzile, è possibile richiamare quanto, su questi aspetti, ricordato, in motivazione, dalla pronuncia resa da Cass., SU, n. 32914 del 2022.

3.3.1 (...) Ha osservato, tra l'altro, che "La separazione personale tra i coniugi non estingue il dovere reciproco di assistenza materiale, espressione del dovere, più ampio, di solidarietà coniugale, ma il venir meno della convivenza comporta significati mutamenti: a) il coniuge cui non è stata addebitata la separazione ha diritto di ricevere dall'altro un assegno di mantenimento, qualora non abbia mezzi economici adeguati a mantenere il tenore di vita matrimoniale, valutate la situazione economica complessiva e la capacità concreta lavorativa del richiedente, nonché le condizioni economiche dell'obbligato (...); b) il coniuge separato cui è addebitata la separazione perde, invece, il diritto al mantenimento e può pretendere solo la corresponsione di un assegno alimentare se versa in stato di bisogno. (...). Invece, **l'assegno divorzile, del tutto autonomo rispetto a quello di mantenimento concesso al coniuge separato (...) ha natura composita, in pari misura, assistenziale (qualora la situazione economico-patrimoniale di uno dei coniugi non gli assicuri l'autosufficienza economica) e riequilibratrice o, meglio, perequativo compensativa (quale riconoscimento dovuto, laddove le situazioni economico-patrimoniali dei due coniugi, pur versando entrambi in condizione di autosufficienza, siano squilibrate, per il contributo dato alla realizzazione della vita familiare, con rinunce ad occasioni reddituali attuali o potenziali e conseguente sacrificio economico).** (...) Si è quindi evidenziato (Cass. SS.UU. n. 18287/2018) che “la funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi, anch'essa assegnata dal legislatore all'assegno divorzile – al pari dell'assegno di mantenimento in sede di separazione –, non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi”. (...) **In ogni caso, l'assegno divorzile cesserà con le nuove nozze dell'avente diritto (art. 5, comma 10), mentre, nell'ipotesi di instaurazione di una stabile convivenza di fatto con un terzo, viene caducata, alla luce di quanto affermato da queste Sezioni Unite nella recente sentenza n. 32198/2021, la sola componente assistenziale dello stesso, potendo essere mantenuto il diritto al riconoscimento di un assegno a carico dell'ex coniuge economicamente più debole, in funzione esclusivamente perequativa-compensativa. Sia l'assegno di mantenimento sia quello divorzile possono subire variazioni, in aumento o in diminuzione, per effetto del cambiamento della situazione patrimoniale relativa al debitore o al creditore considerata al**

momento della sentenza. Quanto all'assegno divorzile, se la necessità di un assegno si manifesti dopo il passaggio in giudicato della statuizione attributiva del nuovo status, esso verrà liquidato in separato giudizio, restando ferma la possibilità di avanzare la domanda successivamente alla sentenza di divorzio, anche in difetto di pregressa domanda giudiziale. (...).

3.2. (...) **“Il riconoscimento dell’assegno divorzile in funzione perequativo-compensativa non si fonda sul fatto, in sé, che uno degli ex coniugi si sia dedicato prevalentemente alle cure della casa e dei figli, né sull’esistenza in sé di uno squilibrio reddituale tra gli ex coniugi – che costituisce solo una preconditione fattuale per l’applicazione dei parametri di cui alla l. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, – essendo invece necessaria un’indagine sulle ragioni e sulle conseguenze della scelta, seppure condivisa, di colui che chiede l’assegno, di dedicarsi prevalentemente all’attività familiare, la quale assume rilievo nei limiti in cui comporti sacrifici di aspettative professionali e reddituali, la cui prova spetta al richiedente”** (cfr. Cass. n. 29920 del 2022, nonché, in senso sostanzialmente conforme, Cass. n. 23583 del 2022; Cass. n. 38362 del 31 Marzo 2023). Significativa, infine, è anche la più recente Cass. n. 5395 del 2023, la quale ha ritenuto (cfr. in motivazione) che “la valutazione del contributo fornito alla conduzione della vita familiare – e in questo senso alla formazione del patrimonio comune – non può andar disgiunta dalla considerazione del patrimonio (oltre che del reddito) personale di ciascuno degli ex coniugi, della durata del matrimonio e dell’età del coniuge economicamente più debole. La funzione perequativo-compensativa resta identificabile anche in rapporto alla condizione economica del coniuge più debole siccome conseguente alle scelte familiari”.

4.1. (...) Ormai acquisite, nel diritto vivente, alcune affermazioni da porre alla base dell’esame di qualsiasi questione concernente il diritto all’assegno di divorzio ed opportunamente sintetizzate da Cass., SU, n. 32198 del 2021 (cfr. in motivazione): i) “la necessità, perché sorga e si mantenga il diritto all’assegno, che il giudice accerti la carenza in capo ad uno dei due coniugi di mezzi adeguati (pre-requisito fattuale distinto e più ampio rispetto alla pura e semplice mancanza di autosufficienza economica)”; ii) “la nozione di mancanza di mezzi adeguati, parametrata ad un significativo squilibrio nelle posizioni economiche delle due parti, da accertarsi in concreto, anche mediante i poteri ufficiosi conferiti al giudice, ricostruendo la situazione economico patrimoniale di entrambi i coniugi dopo il divorzio, verificando se uno dei due si viene a trovare in una situazione di dislivello reddituale rispetto all’altro e ricostruendo se, all’interno di questo squilibrio, tenendo conto di tutte le altre componenti sopra indicate, sia stato sacrificato un contributo, dato dal coniuge debole con le sue scelte personali e condivise in favore della famiglia, alle fortune familiari: (...)”; iv) “la necessità di quantificare l’assegno, alla presenza del pre-requisito fattuale, tenendo conto dei vari indicatori riportati nella L. Div., art. 5, comma 6, da intendersi come parametri equiordinati, (...)”; v) “il riconoscimento della funzione composita dell’assegno divorzile in favore dell’ex coniuge, non solo assistenziale, ma anche perequativo-compensativa, che discende direttamente dalla declinazione del principio costituzionale di solidarietà (...)”. (...).

4.3.1. È noto, invero, che l’assegnazione della casa familiare, in caso di divorzio o separazione, è prevista a tutela dell’interesse prioritario dei figli minorenni e di quelli maggiorenni non economicamente autosufficienti e conviventi con uno dei genitori, a permanere nell’ambiente domestico in cui sono cresciuti, in modo tale da garantire la conservazione delle loro abitudini di vita e delle relazioni sociali ivi radicatesi (cfr. anche nelle rispettive motivazioni, Cass. n. 20452 del 2022, Cass. n. 25604 del 2018; Cass. n. 3015 del 2018). A tale provvedimento risulta estranea qualsiasi valutazione inerente alla regolamentazione dei rapporti economici tra i genitori, i quali, ai sensi dell’art. 337-sexies, comma 1, secondo periodo, c.c., vengono in considerazione soltanto in via consequenziale, una volta adottata la relativa deci-

sione, ai fini dell'eventuale riequilibrio in favore del coniuge che, in quanto proprietario o comproprietario dell'immobile, subisca una limitazione delle proprie facoltà di godimento e disposizione, per effetto dell'imposizione del predetto vincolo; tale riequilibrio non ha peraltro carattere automatico, presupponendo una valutazione, da compiersi caso per caso, dell'incidenza della predetta limitazione sulla situazione economica complessiva di chi la sopporta e del vantaggio indirettamente arrecato al coniuge con cui i figli convivono, corrispondente al risparmio della spesa necessaria per procurarsi un'autonoma sistemazione abitativa (cfr. Cass. n. 20452 del 2022). (...).

4.3.4. (...) Nell'adottare le statuizioni conseguenti al divorzio, deve attribuirsi rilievo anche all'assegnazione della casa familiare che, pur essendo finalizzata alla tutela della prole e del suo interesse a permanere nell'ambiente domestico, indubbiamente costituisce un'utilità suscettibile di apprezzamento economico, anche quando il coniuge separato assegnatario dell'immobile ne sia comproprietario, perché il godimento di tale bene non trova fondamento nella proprietà dello stesso, ma nel provvedimento di assegnazione, opponibile anche ai terzi, che limita la facoltà dell'altro coniuge di disporre della propria quota e si traduce, per esso, in un pregiudizio economico, valutabile ai fini della quantificazione dell'assegno dovuto (cfr. Cass. n. 27599 del 2022, dettato in materia di separazione ma agevolmente applicabile, per evidente identità di ratio, anche in ambito divorzile)".

Nota a cura di Gabriele Monforte

Con l'ordinanza n. **8794 del 2023** la **Suprema Corte di cassazione** è intervenuta a fare ulteriore chiarezza sugli elementi costitutivi dell'assegno divorzile, puntualizzando anche la concreta rilevanza dell'assegnazione della casa familiare ai fini della quantificazione dello stesso. In questa prospettiva, più precisamente, l'ordinanza in esame appare da un canto ricognitiva dei principi generali espressi dalle note **Sezioni Unite n. 1828/2018** e dall'altro – in tema di casa familiare – estensiva dei precetti già affermati dalla **Cassazione n. 27599/2022** in materia di separazione.

Procedendo con ordine, prima di passare ad analizzare il caso pratico risolto dall'ordinanza in commento, mette conto, preliminarmente, delineare sul piano della teoria generale il fondamento dell'assegno divorzile ed il ruolo della casa familiare in relazione alla sua quantificazione.

In proposito, giova precisare che l'odierna considerazione in ordine alla struttura dell'assegno di divorzio discende da un lungo e tormentato dibattito giurisprudenziale figlio di diverse concezioni non soltanto giuridiche ma anche etico-sociali. Sul punto, si fronteggiavano essenzialmente due tesi.

Una incline a sostenere che l'assegno *de quo* dovesse essere idoneo a consentire al coniuge beneficiario di conservare **un tenore di vita analogo** a quello goduto durante il matrimonio.

L'altra, di segno opposto, propensa a ritenere che l'assegno in esame dovesse essere limitato alle risorse necessarie per assicurare all'ex coniuge un regime di vita decoroso, con l'ulteriore specificazione che detta corresponsione, avendo **natura solo assistenziale**, dovesse spettare esclusivamente all'ex coniuge privo di mezzi economici adeguati ad assicurargli una condizione di **autosufficienza economica** e che non potesse procurarseli per ragioni oggettive, escludendo, in ogni caso, un diritto alla conservazione del tenore di vita goduto durante il matrimonio.

I due orientamenti appena prospettati hanno trovato una definitiva composizione con la citata decisione delle Sezioni Unite del 2018. Queste ultime, muovendo dal dato normativo (*i.e.* dall'art. 5 l. div.), hanno precisato che l'assegno di divorzio **ha natura composita**, in pari misura **assistenziale e riequilibratrice** (o **perequativo-compensativa**), apparendo, per contro, estranea alla lettera della legge la componente inerente al precedente tenore di vita goduto dai coniugi.

Ne segue, pertanto, che in ordine sia all'*an* sia al *quantum* dell'assegno divorzile, il giudice dovrà tenere conto soltanto della componente **assistenziale** e di quella **equilibratrice** in quanto ne costituiscono i soli elementi costitutivi.

Con riferimento alla componente **assistenziale**, quest'ultima deve essere apprezzata dal giudice qualora la situazione economico-patrimoniale di uno dei due coniugi non gli assicuri **l'autosufficienza economica**. Più precisamente, quest'ultima trova il proprio fondamento nella solidarietà *post*-coniugale *ex art. 2 Cost.* e postula, quale presupposto indefettibile, il difetto di **autosufficienza economica** in capo ad uno dei due coniugi.

La componente **riequilibratrice** viene in rilievo, invece, laddove le **situazioni economico-patrimoniali dei due coniugi appaiano squilibrate** in ragione del prevalente contributo fornito da uno dei due consorti alla conduzione della vita familiare e/o del *ménage* domestico, con rinunce da parte dello stesso ad occasioni professionali e reddituali attuali o potenziali. In questo senso, più precisamente, la componente in esame mira **a compensare e a perequare** l'intervenuto squilibrio economico tra i due ex coniugi, in ragione dei sacrifici dell'uno nei confronti dell'altro. Sacrifici suscettibili da un canto di indebolire (o comunque non accrescere) la sfera economica dell'ex coniuge richiedente l'assegno e dall'altro di incrementare il patrimonio familiare comune e/o quello personale dell'altro coniuge. Pertanto, quanto all'accertamento di detta componente, il giudice è chiamato a verificare non già la mancanza **della semplice autosufficienza economica** dell'ex coniuge richiedente, ma la presenza **di uno squilibrio economico patrimoniale e reddituale** tra gli ex coniugi derivante dalle scelte comuni di conduzione familiare, le quali assumono rilievo nei limiti in cui abbiano comportato, per uno dei due sposi, sacrifici di aspettative professionali e reddituali, tenuto conto anche, a mente del citato art. 5 l. div., della durata del matrimonio.

Per tali ragioni, ne discende che le predette componenti dell'assegno divorzile devono essere considerate autonomamente, dialogando tra loro solo nel senso di far accrescere o diminuire il valore economico dell'erogazione in esame. Ciò comporta che l'organo giudicante non può riconoscerle automaticamente ma è tenuto a verificare di volta in volta la concreta sussistenza di entrambe, le quali si fondano su presupposti del tutto differenti. Di conseguenza, laddove il giudice riscontri il **solo deficit di autosufficienza economica** in capo ad uno dei due coniugi ma **non accerti lo squilibrio economico nei termini sopra precisati**, potrà determinarsi soltanto nel senso di riconoscere **la componente assistenziale dell'assegno**, senza poter riconoscere quella **perequativo-compensativa**.

Viceversa, laddove accerti soltanto **lo squilibrio economico**, potrà optare soltanto per il riconoscimento della **componente riequilibratrice** senza poter riconoscere quella **assistenziale**.

Tanto premesso, ne consegue che se ai fini della concessione dell'assegno in esame sul piano dell'*an* è sufficiente che almeno una tra le due componenti in parola sia riconosciuta dal giudice, sotto il profilo del *quantum*, l'ammontare dello stesso assegno può variare a seconda che le predette componenti siano riconosciute sussistenti cumulativamente o singolarmente. Ovviamente, laddove riconosciute cumulativamente, il giudice dovrà determinarsi nel senso di liquidare un ammontare maggiore, mentre, qualora ne riconosca esistente una soltanto, l'erogazione del contributo in parola avrà un valore inferiore.

Sul punto, occorre ancora precisare che l'onere di provare l'esistenza di tali componenti incombe, a mente degli ordinari principi ricavabili dalle regole sul riparto probatorio di cui all'art. 2697 c.c., sull'ex coniuge richiedente l'assegno divorzile. In ogni caso, come osservato

anche dalla sentenza in commento, l'assegno *de quo* cessa con le nuove nozze dell'avente diritto [1] (art. 5, comma 10, l. div.) e appare suscettibile di subire variazioni, in aumento o in diminuzione, per effetto del cambiamento della situazione patrimoniale relativa al debitore o al creditore considerata al momento della sentenza che lo dispone.

Ciò posto, le considerazioni sin qui svolte necessitano di essere ulteriormente coordinate con l'indagine circa il ruolo dell'assegnazione della casa familiare all'ex coniuge richiedente l'assegno divorzile. In altri termini, occorre domandarsi se e in che misura quest'ultima incida sul *quantum* dell'assegnazione dell'assegno in parola, diminuendone il valore.

Sul punto, come precisato anche dalla **ordinanza in commento** per le concrete ragioni che si vedranno innanzi, in disparte ogni considerazione sulla sua funzione di conservare l'*habitat* familiare dei figli [2], l'assegnazione della casa familiare ha indubbi riflessi economici, sia se il bene appartiene ad uno soltanto o a entrambi i coniugi sia che appartenga ai terzi perché consente al genitore collocatario di evitare le spese per reperire una nuova abitazione, che invece deve essere ricercata dall'altro genitore, che non può godere del bene anche ove ne sia comproprietario o (a maggior ragione) proprietario esclusivo, traducendosi per quest'ultimo in un pregiudizio economico, valutabile ai fini della quantificazione dell'assegno dovuto suscettibile, per l'effetto, di opportuna diminuzione [3].

Acclarato ciò, occorre adesso esaminare il caso pratico che ha occupato l'ordinanza in commento.

Nella specie, la ricorrente, nella sua qualità di ex moglie, si vedeva negato **dalla Corte d'appello dell'Aquila** il riconoscimento della componente assistenziale posto che in ragione della sua attività di avvocato e dei relativi compensi percepiti appariva in condizione di autosufficienza economica. Per contro, le veniva riconosciuto l'assegno di divorzio con riferimento alla sua funzione **equilibratrice**, atteso che era stato valorizzato l'apporto dalla stessa fornito all'ex marito per il superamento del concorso da magistrato contabile nei termini che seguono.

Invero, la predetta componente era stata presunta esistente in considerazione del ritenuto squilibrio tra le condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi riconducibile alle scelte comuni di conduzione di vita familiare. Detto squilibrio veniva in particolare desunto da tale Corte di merito assumendo come parametro il reddito annuo dell'ex marito stimato in circa 124.000 euro, acquisito dallo stesso in conseguenza del superamento del predetto concorso, il cui positivo esito era stato ritenuto possibile anche in ragione dei sacrifici dell'ex moglie, la quale (sempre secondo il giudizio della Corte Aquilana) aveva dedicato gran parte del matrimonio alla cura delle esigenze della famiglia e delle aspirazioni professionali del marito al fine di agevolarne lo studio e la preparazione concorsuale.

Ne discendeva conseguentemente, ad avviso della Corte territoriale in parola, la necessità **di compensare lo squilibrio tra i redditi degli ex coniugi attraverso il riconoscimento a vantaggio dell'ex moglie di un assegno dal valore di 400 euro mensili**.

Tali ragioni evocate dalla **Corte d'appello dell'Aquila** non sono state condivise dalla **Cassazione in commento**. In proposito, ad avviso dell'**ordinanza in esame**, gli assunti prospettati dalla predetta Corte d'appello si sono rivelati sul piano probatorio del tutto deficitari ed inidonei a **dimostrare quello squilibrio patrimoniale tra i coniugi** che, come si è affermato precedentemente, ai sensi dell'art. 5 l. div., costituisce la **precondizione fattuale** ai fini del riconoscimento della **componente equilibratrice** dell'assegno di divorzio. Ciò, essenzialmente, per le seguenti ragioni.

In primo luogo, in quanto la stima del reddito annuo in capo all'ex marito di euro 124.000 non è apparsa supportata dalla benché minima indicazione di quale sia stato il materiale utilizzato per il relativo computo, essendo peraltro stata totalmente obliata dalla Corte territoriale in esame la documentazione con cui lo stesso dava atto di un reddito significativamente inferiore rispetto a quello menzionato dalla sentenza d'appello impugnata.

In secondo luogo, poiché non sono stati indicati dalla citata Corte gli elementi idonei ad identificare chiaramente la situazione reddituale della *ex* moglie al momento del riconoscimento, in suo favore, dell'assegno divorzile.

Ancora, la sentenza di merito è apparsa ulteriormente viziata nella misura in cui non ha considerato, al lume di quanto si è osservato sopra, **la rilevanza dell'assegnazione della casa familiare**. In questa prospettiva, infatti, **la funzione riequilibratrice** dell'assegno di divorzio va, in ogni caso, bilanciata con il correlativo vantaggio indirettamente tratto dall'*ex* coniuge (beneficiario della predetta assegnazione) corrispondente al risparmio della spesa che sarebbe stata necessaria per procurarsi un'autonoma sistemazione abitativa. Conseguentemente, pertanto, ad avviso della **Cassazione in commento**, la Corte d'appello Aquilana avrebbe dovuto tenere in debito conto, in relazione alla determinazione del predetto assegno divorzile, la circostanza che la richiedente era stata beneficiaria dell'assegnazione della casa familiare, la quale le aveva consentito di evitare le spese per reperire una nuova abitazione che invece erano state sopportate dall'altro genitore non collocatario (gravato dall'assegno di divorzio). Ciò vale anche quando, come nel caso di specie, il coniuge beneficiario dell'assegnazione consegue un'abitazione di proprietà di terzi e non dell'altro coniuge [4]. Conseguentemente, ne discende secondo l'ordinanza *de qua* che a prescindere dalla proprietà dell'immobile oggetto di assegnazione, il godimento di quest'ultima appare suscettibile di autonoma valutazione economica di cui il giudice deve tenere conto ai fini della quantificazione dell'assegno divorzile.

Per tali motivi, pertanto, la **Cassazione** ha concluso con **l'annullamento della sentenza della Corte d'appello dell'Aquila**, rinviando alla medesima per **una nuova valutazione**.

In particolare, quest'ultima sarà chiamata a pronunciarsi con una diversa composizione, dovendo specificamente motivare: a) sul preciso ammontare dei redditi degli *ex* coniugi al momento del riconoscimento dell'assegno divorzile, dando puntualmente conto dello squilibrio tra le relative condizioni patrimoniali in conseguenza delle comuni scelte familiari, secondo i termini sopra precisati; b) sull'incidenza dell'assegnazione della casa familiare all'*ex* coniuge in ordine all'ammontare dell'assegno di divorzio (il quale dovrà, per l'effetto, essere congruamente ridotto tenuto conto dei costi sopportati dall'*ex* coniuge gravato dal medesimo assegno per il reperimento di una nuova abitazione a fronte del vantaggio consistente nel risparmio di spesa conseguito dall'altro coniuge assegnatario e richiedente l'emolumento in parola).

[1] Al riguardo, mette conto puntualizzare che tali considerazioni appaiono soltanto parzialmente estensibili all'ipotesi in cui l'*ex* coniuge economicamente più debole instauri, successivamente alla cessazione degli effetti legali del matrimonio, una stabile convivenza di fatto con un terzo. In questa prospettiva, infatti, come chiarito dal recente insegnamento delle **Sezioni Unite n. 32198/2021**, in mancanza di un'espressa disposizione normativa, qualora l'*ex* coniuge instauri una nuova convivenza *more uxorio*, può opinarsi soltanto nel senso della caducazione della mera componente assistenziale, il cui bisogno può essere ben assolto dal nuovo convivente, mentre per contro resiste, in ragione della sua funzione **compensativa**, la componente **riequilibratrice** dell'assegno di divorzio, la quale dovrà comunque continuare ad essere erogata dall'*ex* coniuge avvantaggiato dai sacrifici del precedente *partner* durante il rapporto matrimoniale.

[2] Con riferimento alla *ratio* che informa l'assegnazione della casa familiare in caso di divorzio o separazione, è sufficiente in questa sede ricordare che quest'ultima è prevista a tutela dell'interesse prioritario dei figli minorenni e di quelli maggiorenni non economicamente autosufficienti e conviventi con uno soltanto dei genitori (c.d. collocatario), a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, in modo tale da garantire la conservazione delle loro abitudini di vita e delle relazioni sociali ivi radicatesi. In proposito, tra le altre, cfr. oltre all'**ordinanza in commento (par. 4.3.1)** anche **Cass. n. 20452/2022**.

[3] Al riguardo, si veda l'insegnamento di **Cass. n. 27599/2022** dettato in materia di separazione ma agevolmente applicabile, per evidente identità di *ratio*, anche in ambito divorzile.

[4] In questo senso, infatti, l'immobile oggetto di assegnazione era stato concesso in comodato gratuito dai genitori della richiedente l'assegno di divorzio.

Decesso per sinistro stradale e prova del danno patrimoniale subito dal convivente *more uxorio*

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 28 marzo 2023, n. 8801)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“4.2. Osserva il Collegio, in via preliminare, che la Corte di merito (...) ha compiuto un duplice errore di diritto; per un verso, sul metodo da utilizzare al fine della corretta valutazione del materiale probatorio, che deve essere in questa sede rilevato: acquisita una pluralità di elementi che costituiscono indici rilevanti – nella stessa affermazione e quindi considerazione del giudice di merito – in ordine alla configurabilità di una determinata situazione produttiva di ricadute giuridicamente rilevanti, **essi non possono essere poi presi in considerazione atomisticamente, ma devono essere considerati nella loro unitarietà e nella loro interazione l’uno con l’altro**. Per altro verso, sulla configurabilità di una relazione caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale tra il convivente deceduto e la superstite, il giudice di appello non ha tenuto nel debito conto, nella fattispecie in esame, quanto da questa Corte già affermato con riferimento al diritto al risarcimento del danno da fatto illecito concretatosi in un evento mortale, che **va riconosciuto – con riguardo sia al danno morale sia a quello patrimoniale allorquando emerga la prova di uno stabile contributo economico apportato, in vita, dal defunto al danneggiato – anche al convivente more uxorio del defunto** (Cass. Sez. 3 n. 23725 del 2008; Cass. Sez. 3 n. 12278 del 2011). (...).

4.3. Tanto preliminarmente osservato, l’argomentazione circa “una contribuzione economica alle spese del quotidiano, relative alla gestione/manutenzione dell’alloggio e alle esigenze alimentari” – che viene ritenuta compatibile con la scelta della convivenza fatta dal deceduto, ma che non sottintenderebbe, al contempo, “l’intenzione di mettere in comune le risorse economiche nel contesto della costituzione sostanziale di un nuovo nucleo familiare”, appare intrinsecamente illogica e del tutto inconciliabile con la rilevanza probatoria del fatto storico, emerso pacificamente e rimarcato dalla stessa Corte d’appello, di una **contribuzione caratterizzata dalla diuturnitas per tutto il corso della convivenza more uxorio**, durata circa un lustro e interrotta dal sinistro de quo, laddove la Corte di merito l’ha ritenuta però significativa solo ai fini della sussistenza di una mera “comunione affettiva” tra il deceduto e la sua convivente (pag. 7 della sentenza impugnata). Tale argomentazione si pone invero in aperto contrasto con la nozione di convivenza di fatto prevista dalla l. n. 76 del 2016, che all’art. 1, comma 36, definisce i conviventi di fatto come “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di **reciproca assistenza morale e materiale**, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile” e che presuppone l’esistenza dell’elemento spirituale, il legame affettivo e di quello materiale o di stabilità, la reciproca assistenza morale e materiale, fondata in questo caso non sul vincolo coniugale e sugli obblighi giuridici che ne scaturiscono, ma sull’assunzione volontaria di un impegno reciproco”.

Dissesto delle strade vicinali adibite a pubblico transito: il Comune può rispondere dei danni

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 29 marzo 2023, n. 8879)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“5.1 – (...) In relazione alle strade vicinali sussiste la responsabilità per custodia del Comune a prescindere dal fatto che esse siano di proprietà privata, purché esse siano inserite – come nella specie – tra le strade adibite a pubblico transito. Infatti, va premesso che ai fini della definizione stessa di “strada”, è rilevante, ai sensi dell’articolo 2, comma primo, del nuovo codice della strada, la destinazione di una determinata superficie ad uso pubblico, e non la titolarità pubblica o privata della proprietà.

È, pertanto, l’uso pubblico a giustificare, per evidenti ragioni di ordine e sicurezza collettiva, la soggezione delle aree alle norme del codice della strada e la legittimazione passiva del Comune, fondata sugli obblighi di custodia correlati al controllo del territorio e alla tutela della sicurezza ed incolumità dei fruitori delle strade di uso pubblico, in relazione agli eventuali danni riportati dagli utenti della strada. Ciò è confermato dall’ultimo inciso del comma sesto dell’articolo 2, ai sensi del quale anche le strade «vicinali» sono assimilate alle strade comunali, nonostante la strada vicinale sia per definizione (articolo 3, comma primo, n. 52, stesso codice) di proprietà privata, anche in caso di destinazione ad uso pubblico (v. Cass. n. 17350 del 2008; nello stesso senso, v. Cass. n. 14367 del 2018).

5.2 – La legittimazione passiva del Comune ben può concorrere con quella del Consorzio dei comproprietari dei fondi vicini, fondata sul concorrente obbligo di custodia esistente in capo ai proprietari del bene: v. Cass. n. 3216 del 2017: “In tema di responsabilità da negligente manutenzione delle strade, in colpa la Pubblica Amministrazione che non provveda alla manutenzione o messa in sicurezza delle aree, anche di proprietà privata, latitanti le pubbliche vie, quando da esse possa derivare pericolo per gli utenti delle strade, né ad inibirne l’uso generalizzato; ne consegue che, nel caso di danni causati da difettosa manutenzione d’una strada, la natura privata di questa non, di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità dell’amministrazione comunale ove, per la destinazione dell’area e per le sue condizioni oggettive, la stessa era tenuta alla sua manutenzione”. (...).”

Nota a cura di **Lorenzo Forlano**

L’ordinanza in commento della Terza Sez. Civile della Corte di cassazione pone l’accento sul tema della responsabilità da negligente manutenzione delle strade, nello specifico sulla responsabilità dei Comuni sulle strade vicinali.

Nel caso giunto all'attenzione dei giudici della Suprema Corte una donna fu vittima di un infortunio di grave entità, subito dopo essere precipitata in un pozzetto aperto posto a margine di una carreggiata. La danneggiata era in auto in compagnia del marito percorrendo un tratto di strada non illuminata, in cui la vettura slittò terminando a ridosso di un pozzetto; per tale ragione, la signora scese dal veicolo, riportando una caduta che gli ha provocato particolari danni.

In conseguenza di ciò, la malcapitata chiese ed ottenne risarcimento ex artt. 2051 e 2043 c.c. dal Tribunale di Grosseto, che ritenne responsabili sia il Comune della strada, teatro del sinistro, che il Consorzio Riunito delle Strade Vicinali.

Avverso tale decisione, le parti soccombenti in primo grado proposero appello: il Comune sottolineò il proprio difetto di legittimazione passiva, sostenendo che la strada non fosse di sua proprietà e, in ragione di ciò, non vi fosse a proprio carico alcun obbligo di manutenzione e vigilanza; si soffermò, inoltre, sul comportamento colposo dei coniugi all'interno dell'automobile. Il Consorzio, dal canto proprio, si oppose poiché all'interno della sentenza di primo grado non era stato ritenuto provato il caso fortuito, mettendo in risalto inoltre come il sinistro si fosse verificato per difetto di manto stradale e per negligenza ed imprudenza della coppia, marcando infine il proprio difetto di legittimazione, in quanto non erano stati chiamati in causa i proprietari dei fondi attigui alla strada.

La Corte d'Appello di Firenze rigettò entrambi gli atti di appello, sia del Comune che del Consorzio Riunito, con sentenza n. 840/2019.

Nella suddetta pronuncia, i giudici della città rinascimentale riconobbero la strada, teatro del sinistro, come strada vicinale pubblica, poiché strada su cui viene esercitato il passaggio pubblico sottolineando, inoltre, come il Comune fosse responsabile circa la sorveglianza e la manutenzione. Secondo quanto sancito in sentenza, il medesimo obbligo di manutenzione gravava sull'altro appellante, ovvero il Consorzio.

Avverso tale decisione il Comune italiano ha proposto ricorso in Cassazione, offrendo a supporto quattro motivazioni.

Nelle prime due – ritenute tra loro collegate – la parte ricorrente dedusse la nullità della sentenza d'appello per violazione della Costituzione, art. 111 comma IV, poiché ritenuta in contrasto con una sentenza penale n.102/2005 in cui il Giudice di Pace di Orbetello aveva escluso ogni responsabilità di natura penale del Sindaco del Comune ricorrente assolvendo, inoltre, il Dirigente della Polizia Municipale e condannando, invece, il Presidente del Consorzio.

Il terzo motivo vide allo stesso modo la parte ricorrente segnalare una violazione della Cost. al già menzionato art. 111 comma IV, oltre che dell'art. 2051 c.c., in merito alla custodia e all'obbligo di manutenzione della strada che, a detta del Comune, era un'esclusiva del Consorzio anche se questo era stato condannato al ristoro dai giudici della Corte fiorentina per il mancato controllo dello stato della strada.

La quarta tesi, suffragata dalla parte ricorrente in Cassazione, riconobbe una violazione dell'art. 2055 c.c., che si pone in contrasto rispetto alla responsabilità solidale del Comune e del Consorzio, senza altresì apportare una chiara ripartizione dei vari gradi di responsabilità tra essi distribuiti.

Ebbene, i Giudici della Corte di cassazione, con la decisione in commento hanno rigettato il ricorso del Comune, ritenendo infondati o inammissibili i motivi esposti.

Un importante richiamo alla precedente giurisprudenza è segnato nella pronuncia in commento dai parallelismi posti dalla ricorrente sulla sentenza penale, ricollegandosi in particolare alla sentenza n. 30838 del 2018, in cui si afferma che "l'efficacia di giudicato della sentenza penale irrevocabile di assoluzione nel giudizio civile, di cui all'art. 654 c.p.p., postula, sotto il profilo soggettivo, la perfetta coincidenza delle parti tra i due giudizi, vale a dire che non

soltanto l'imputato, ma anche il responsabile civile e la parte civile risultano partecipanti del processo penale".

Gli Ermellini hanno posto l'accento anche sul rapporto tra strade vicinali e responsabilità per custodia del Comune. Su queste, qualora inserite, come nel caso in esame, tra le strade adibite al transito pubblico, ed anche quando si tratti di proprietà privata, ricade la responsabilità per custodia dell'ente.

In virtù di ciò, appare interessante l'analisi effettuata dai giudici della Suprema Corte sulla definizione generale di strada ed il nesso emerso in merito alla sua destinazione, oscillante tra superficie ad uso privato o pubblico. Pertanto, proprio l'uso pubblico, nella sentenza in commento, è utile a giustificare "per evidenti ragioni di ordine e sicurezza collettiva" la soggezione delle aree alle norme del codice stradale e la legittimazione passiva del Comune, che pone come automatica conseguenza gli obblighi di custodia e la tutela della sicurezza ed incolumità dei fruitori di suddette strade. A supporto di ciò, vi è anche l'art. 2 comma 6 del Codice della Strada, secondo cui anche le strade cd. "vicinali" sono assimilate alle strade comunali.

Ad abundantiam, la Corte di cassazione, con sentenza n. 3216 del 2017, ha stabilito che "in tema di responsabilità da negligente manutenzione delle strade, è in colpa la Pubblica Amministrazione che non provveda alla manutenzione o messa in sicurezza delle aree, anche di proprietà privata, latitanti le pubbliche vie, quando da esse possa derivare pericolo per gli utenti delle strade, né ad inibirne l'uso generalizzato; ne consegue che, nel caso di danni causati da difettosa manutenzione d'una strada, la natura privata di questa non è, di per sé, sufficiente ad escludere la responsabilità dell'amministrazione comunale ove, per la destinazione dell'area e per le sue condizioni oggettive, la stessa era tenuta alla sua manutenzione".

La pronuncia in analisi offre, quindi, spunti rilevanti ai fini della responsabilità in caso di negligente manutenzione delle strade. Si tratta di una presa di posizione netta da parte degli Ermellini, che in un certo senso ribadisce quanto già sostenuto in passato, ma questa volta in modo più lineare, su come l'uso pubblico sia determinante al fine di sancire una responsabilità della Pubblica Amministrazione.

L'infrazionabilità del credito e l'esistenza del giudicato esterno

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. Lav., 29 marzo 2023, n. 8914)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. *Omissis* otteneva decreto ingiuntivo nei confronti di *Omissis* Spa per il pagamento della indennità sostitutiva del preavviso; a fondamento della richiesta monitoria aveva posto la sentenza n. 3090/2012 del Tribunale di Roma che aveva dichiarato ingiustificato il licenziamento intimato dalla datrice di lavoro *Omissis* Spa e condannato quest'ultima al pagamento della indennità supplementare;

2. Il giudice di primo grado in esito a opposizione della società revocava il decreto ingiuntivo respingendo la domanda;

3. la decisione era confermata dalla Corte di appello di Roma la quale, escluso che la pretesa potesse trovare titolo nella sentenza n. 3090/2012 del Tribunale di Roma (...), rilevato il difetto dei presupposti di emissione del provvedimento monitorio, ha ritenuto la domanda azionata preclusa in quanto proposta in violazione del principio di non frazionabilità del credito di cui alla sentenza delle Sezioni unite di questa Corte n. 4090/2017; ciò sul rilievo che ha la domanda avente ad oggetto la indennità sostitutiva del preavviso trovava fondamento nel medesimo fatto – il licenziamento – alla base della pretesa azionata nel giudizio definito dalla sentenza del Tribunale di Roma, in assenza di un interesse oggettivamente valutabile, peraltro neppure dedotto dal A.A., ad ottenere una tutela frazionata; in merito poi alla circostanza secondo la quale la indennità ex art. 2119 c.c. era divenuta esigibile nelle more del giudizio relativo alla impugnativa di licenziamento, in coincidenza con la scadenza del termine del comporta per malattia del quale il dipendente aveva fruito, la sentenza impugnata ha confermato la valutazione di prime cure sulla carenza di prova dello stato di malattia per essere tale circostanza di fatto stata dimostrata nel diverso giudizio avente ad oggetto il licenziamento ma non nell'ambito del giudizio in cui era stato fatto valere il diritto all'indennità sostitutiva (...).

1. Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente deduce violazione o falsa applicazione dell'art. 111 Cost., dell'art. 88 c.p.c., degli artt. 1175 e 2909 c.c., censurando la sentenza impugnata per avere ritenuto configurabile nella domanda proposta in via monitoria una fattispecie di abuso del processo; sostiene che mentre il primo giudizio aveva ad oggetto una domanda di mero accertamento il secondo concerneva un credito la cui liquidazione era consequenziale alle statuizioni del primo giudizio e doveva tenere conto altresì delle retribuzioni maturate nel corso della malattia; evidenzia che al momento dell'introduzione del primo giudizio, non era ancora divenuto efficace il licenziamento (...) avendo egli fruito del comporta per malattia (...), di talché all'epoca non aveva a disposizione neppure tutti gli elementi necessari e sufficienti per richiedere la indennità sostitutiva del preavviso e determinarne la entità.

2. Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente deduce nullità della sentenza per apparenza di motivazione in relazione alla questione attinente alla sussistenza dell'interesse a pro-

porre un separato procedimento monitorio per ottenere il pagamento della indennità sostitutiva del preavviso (...).

3. Con il terzo motivo deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. per avere la Corte di merito ritenuto non utilizzabili come prove atipiche gli accertamenti svolti nel precedente giudizio tra le stesse parti in punto di permanenza dello stato di malattia anche dopo l'introduzione del primo giudizio (...).

4. Con il quarto motivo deduce violazione o falsa applicazione dell'art. 633 c.p.c., comma 1, n. 2 censurando la sentenza impugnata nella parte in cui aveva rilevato l'assenza dei presupposti di ammissibilità ex art. 633 c.p.c. per l'emissione del procedimento monitorio ove configurabile in tale argomentazione un profilo di autonoma ratio decidendi (...).

7. I motivi secondo, terzo e quarto, esaminati congiuntamente per connessione, sono fondati.

7.1. È noto che con l'intervento nomofilattico di cui alla sentenza n. 4090/2017 le Sezioni unite di questa Corte hanno statuito che "Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi, ma, ove le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, – sì da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale – le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, e, laddove ne manchi la corrispondente deduzione, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ex art. 183, c.p.c., riservando, se del caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie ex art. 101 c.p.c., comma 2" (v. Cass. Sez. Un. cit. ed, in termini, fra le altre, Cass. n. 17893/2018, Cass. n. 20714/2018, Cass. n. 6591/2019, Cass. n. 337/2020, Cass. n. 14143/2021).

7.2. Il "dictum" del giudice di legittimità in tema di "infrazionabilità del credito" (...) non risulta applicabile alla fattispecie in esame nella quale (...) è dato rinvenire un interesse oggettivamente apprezzabile in capo al lavoratore a far valere in un giudizio diverso e successivo, rispetto a quello avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento, la domanda intesa alla condanna di controparte al pagamento della indennità sostitutiva del preavviso (...).

7.4. Diversamente deve (...) dirsi in relazione alla fattispecie in esame connotata, secondo la prospettazione dell'odierno ricorrente, dall'essere il licenziamento stato intimato quando il lavoratore era in malattia, circostanza che sul piano giuridico comporta il differimento della efficacia del recesso fino alla cessazione dello stato di malattia o comunque del superamento del periodo di comporto (v. in termini, Cass. n. 815/1971); in tale situazione, quindi, al momento della impugnativa giudiziale del licenziamento (e della connessa richiesta della indennità supplementare) l'indennità sostitutiva del preavviso non era ancora divenuta esigibile per difetto del presupposto rappresentato dalla cessazione del rapporto di lavoro; essa, inoltre, neppure risultava determinata nel suo ammontare in quanto inevitabilmente condizionata dalla durata della malattia e comunque suscettibile di essere incisa da fattori sopravvenuti al recesso datoriale stante la perdurante vigenza del rapporto di lavoro; alla luce di tali considerazioni, rispetto all'azione promossa con il primo ricorso, il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, seppure scaturente dal medesimo rapporto di lavoro, si connotava come un credito distinto ed autonomo, originato da un diverso fatto costitutivo (rappresentato dalla cessazione del rapporto di lavoro e non dalla sola intimazione del licenziamento), e tale quindi da giustificare ampiamente la sua proposizione in un momento successivo allorquando erano venuti in essere i relativi presupposti costitutivi.

7.7. (...) Nel giudizio di cassazione, l'esistenza del giudicato esterno è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile di ufficio anche quando il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata, e, nel caso in cui consegua ad una sentenza della Corte di cassazione, la cognizione di quest'ultima può avvenire pure mediante quell'attività di istituto (relazioni, massime ufficiali) che costituisce corredo della ricerca del collegio giudicante, in tal senso deponendo il duplice dovere incombente sulla Corte di prevenire il contrasto tra giudicati, in coerenza con il divieto del "ne bis in idem", e di conoscere i propri precedenti, nell'adempimento del dovere istituzionale derivante dall'esercizio della funzione nomofilattica di cui all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario" (Cass. n. 30780/2011, seguita, in termini, tra le altre da Cass. n. 24740/2015, Cass. n. 18634/2017, Cass. n. 29923/2020) (...).

La Corte accoglie il ricorso (...)"

La registrazione tardiva del contratto di locazione immobiliare ad uso diverso da quello abitativo non è detta che ne sani l'invalidità

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. III, 30 marzo 2023, n. 8968)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. (...) G.M. ricorre, sulla base di tre motivi, per la cassazione della sentenza che (...) ha accolto la domanda, proposta da G.T. e G.A., di risoluzione, per inadempimento della conduttrice, del contratto di locazione ad uso abitativo relativo ad un immobile sito in (*Omissis*), contratto concluso giusta scrittura privata del 12 ottobre 2009 e registrato in data 11 ottobre 2010.

2. Riferisce, in punto di fatto, l'odierna ricorrente di essere stata convenuta in giudizio dai G., i quali le intimavano sfratto per morosità, sul presupposto che dal mese di ottobre 2010 la medesima avrebbe corrisposto, a titolo di canone locatizio, solo l'importo di Euro 200,00 mensili, mentre la suddetta scrittura privata del 12 ottobre 2009, registrata l'11 ottobre 2010 (sostitutiva di quella datata 15 ottobre 2009, registrata il successivo giorno 16) prevedeva un canone di Euro 400,00 mensili, omettendo, pertanto, la conduttrice di versare il dovuto, per un importo complessivo di Euro 1.400,00. La G., costituitasi in giudizio, si opponeva alla convalida, deducendo che la locazione aveva avuto inizio, in realtà, il 12 aprile 2009 (riportando il contratto, per un mero errore, la data del 12 ottobre dello stesso anno), come comprovato dalla decorrenza del rapporto dal 1 maggio 2009, e fino al 30 aprile 2013, per un canone mensile di Euro 400,00. Tuttavia, la rilevata presenza – nel settembre 2009 – di vizi della "res locata", che ne limitavano l'utilizzazione, aveva indotto le parti a sottoscrivere un nuovo contratto, quello del 15 ottobre 2009, registrato il giorno successivo, prevedendosi un minor canone di Euro 200,00. (...).

3.1. Con il primo motivo è denunciata – ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) – violazione e falsa applicazione degli artt. 1414,1417,2697,2733 e 2735 c.c. (...).

3.2. I motivi secondo e terzo, svolti unitariamente, denunciano – ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) violazione della L. 9 dicembre 1998, n. 431, art. 13, oltre che dell'art. 1418, comma 1, n. 3), c.c., nonché degli artt. 1343 e 1344 c.c. (...).

9.2.1. Errata è la ricostruzione che la Corte territoriale offre dei due contratti di locazione, il primo (...) come contenente “la previsione di un canone realmente convenuto di Euro 400 e realmente corrisposto”, il secondo (...) come “assolutamente simulato”, in quanto diretto a “eludere il fisco”, non potendo configurarsi la simulazione relativa del prezzo, secondo la sentenza impugnata, vuoi in ragione “del rilevante lasso temporale – sei mesi intercorso tra le stipule delle due scritture”, vuoi dell'assenza, nella prima, “di qualunque riferimento ad un successivo contratto da registrare con un simulato canone inferiore”. (...).

9.2.2. Al riguardo, deve muoversi dalla constatazione che il primo contratto – quello concluso il 12 aprile del 2009 – era nullo, per violazione della L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 346. (...).

10. (...) “In materia di locazione immobiliare ad uso diverso da quello abitativo, qualora le parti concludano un primo contratto, senza provvedere alla sua registrazione, ed uno successivo, immediatamente registrato, che contempli un minor canone locatizio, la tardiva registrazione del contratto originario (che segua quella del secondo contratto) non può avere l’effetto di sanarne l’invalidità, restando, dunque, il solo contratto posteriore quello idoneo a regolare il rapporto corrente tra le parti”.

L'invalidità della procura rilasciata su di un atto separato, redatta in un luogo ed in un momento diverso rispetto al ricorso

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., Sez. III, 4 aprile 2023, n. 9271)

Stralcio a cura di *Ida Faiella*

“(…) – la procura rilasciata per il ricorso per cassazione – redatta su foglio separato e unito all’atto – risulta sottoscritta e autenticata in data 06/07/2020 in Catania, mentre l’atto introduttivo reca la data 14/08/2020 e, secondo l’indicazione ivi contenuta, è stato predisposto in Marsala-Roma;

– da tanto si evince, dunque, che il difensore non ha autenticato una procura apposta in calce al ricorso (per la quale, secondo Cass., Sez. U, Sentenza n. 36057 del 09/12/2022, Rv. 666374-01, è irrilevante la collocazione "topografica"), bensì una procura a sé stante, redatta e sottoscritta in un momento e in un luogo diverso da quello in cui è stato redatto il ricorso;

– in forza dell’art. 83 c.p.c., comma 3, secondo periodo, l’autografia della sottoscrizione della parte può essere certificata dal difensore solo se la procura è apposta in calce o a margine di uno degli atti menzionati nel primo periodo (tra i quali è annoverato il ricorso), perché l’avvocato, a differenza di altri pubblici ufficiali (ad esempio, il notaio), non è munito di un potere certificativo generale, bensì limitato dalle speciali disposizioni (tra cui l’art. 83 c.p.c.) che regolano il suo potere di autentica;

– **nel caso in esame la procura è affetta da invalidità, perché il difensore che ha certificato la sottoscrizione non aveva il potere di autentica in un atto separato – non solo "topograficamente", ma redatto in un luogo distinto e in un tempo diverso – dal ricorso;**
– è opinione del Collegio che a tale conclusione non ostino le statuizioni di Cass., Sez. U, Sentenza n. 36057 del 09/12/2022, né quindi le argomentazioni ad essa riferite di altre pronunce di segno contrario, rese oltretutto in fattispecie non del tutto sovrapponibili alla presente, poiché in questa l’inammissibilità non discende dal contenuto della delega, in cui l’intrinseca carenza di specialità può essere superata dalla sua collocazione "topografica", bensì dalla dirimente e preliminare circostanza della violazione dei limiti intrinseci dei poteri di autenticazione che l’ordinamento eccezionalmente riconosce all’avvocato;

(…) P.Q.M. La Corte dichiara inammissibile il ricorso (...).”

Nota a cura di *Erika Forino*

La pronuncia in commento (ri)torna a misurarsi con il delicato tema della contestualità

spaziale e cronologica del conferimento della procura speciale afferente al ricorso per Cassazione (ed alla certificazione della sua autografia) riportando al centro la questione dei limiti del potere (si badi) certificativo (e non di autenticazione) [1] riconosciuto al difensore dall'ordinamento.

Evocando un orientamento, ad oggi, minoritario per le ragioni che saranno diffusamente illustrate in prosieguo, l'arresto offre lo spunto per indagare le pericolose conseguenze processuali derivanti dall'eccessivo approccio formalistico del tema.

La controversia trae origine dall'opposizione agli atti esecutivi proposta dal debitore esecutato avverso un atto di pignoramento presso terzi avente ad oggetto crediti tributari. La domanda, dapprima accolta dal giudice di merito è stata successivamente cassata con rinvio al giudice di prime cure, su ricorso del creditore, in ragione della ravvisata violazione del contraddittorio per la mancata evocazione in giudizio del terzo pignorato quale litisconsorte necessario. All'esito dell'accoglimento dell'opposizione ad opera del giudice del rinvio il creditore procedente ha proposto ricorso per Cassazione fondando lo stesso su due motivi di censura per nulla vagliati dal Giudice di legittimità in ragione dei dirimenti profili di inammissibilità del ricorso riscontrati dalla Suprema Corte.

Poche battute bastano alla Suprema Corte per dichiarare l'invalidità della procura e, per l'effetto, l'inammissibilità del ricorso: la non contestualità tanto temporale (la procura rilasciata per il ricorso per cassazione risulta sottoscritta ed autenticata in epoca antecedente rispetto all'atto introduttivo del giudizio di legittimità) quanto spaziale (il mandato è stato rilasciato in un luogo diverso da quello indicato nel ricorso) del conferimento e della certificazione della sottoscrizione della procura che accede al ricorso per cassazione rispetto al tempo ed al luogo di redazione dell'atto, comporta il superamento di quei (per vero, stringenti) limiti alla potestà certificativa speciale del difensore riconosciuti dall'ordinamento.

L'art. 83, terzo comma, c.p.c. preoccupandosi, infatti, di delimitare il potere di certificazione dell'autografia di una sottoscrizione di cui è insignito – in via del tutto speciale ed alle specifiche condizioni indicate dalla disposizione *de qua* – il difensore chiarisce che “[...] la procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine [...per quel che qui rileva] del ricorso [...]. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore [...]”.

Così circoscritto il potere certificativo del difensore appare naturale nel disegno del Legislatore (almeno secondo la prospettazione della Corte) che la sottoscrizione e certificazione della procura “apposta in calce o a margine” debba necessariamente seguire cronologicamente alla redazione dell'atto cui accede dovendosi, in caso contrario, constatare l'invalidità della stessa poiché certificata dal difensore oltre i limiti riconosciuti dall'ordinamento.

Tale indirizzo troverebbe il conforto della normativa emergenziale ormai abrogata (D.L. 17 marzo 2020 n. 18, art. 83, comma 20-ter) che ha consentito – proprio muovendo dalla tesi della contestualità spaziale e cronologica del conferimento e della certificazione dell'autografia della procura alle liti – per un ristretto arco temporale la certificazione dell'autografia della sottoscrizione “a distanza”, vale a dire, *apposta su un documento analogico trasmesso al difensore anche in copia informatica per immagine unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità* (si veda, al riguardo, Cass. civ., sez. III, Ord. 5 luglio 2023, n. 19039), in deroga, dunque, tanto al terzo comma dell'art. 83 c.p.c. quanto al secondo comma dell'art. 2702 c.c.

Di tanto si fa portavoce la Suprema Corte ricordando – seppure implicitamente – come ai fini della ammissibilità del ricorso per cassazione sia necessaria, ai sensi degli artt. 365 e 366 c.p.c., il rilascio di una valida procura speciale precedente al ricorso cui essa accede, con la conseguente inapplicabilità della sanatoria prevista per i giudizi di merito in ragione di quanto

disposto dagli artt. 182 (come restrittivamente interpretato alla luce di Cass. civ., SS. UU. n. 37434 del 21 dicembre 2022) e 359 c.p.c. per i casi di mancanza della procura (esclusivamente per i giudizi instaurati dopo il 28 febbraio 2023) o per quelli di nullità derivante dal difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione.

Né, peraltro, osta a detta conclusione quanto sancito dalla Suprema Corte nella sua più autorevole composizione (Cass. civ. SS.UU. n. 36057 del 9 dicembre 2022), trattandosi di due fattispecie, pur sempre inerenti la procura alle liti conferita per il ricorso per Cassazione, ma afferenti, nell'un caso (la pronuncia in commento) ai limiti relativi al potere certificativo attribuito dall'ordinamento, in via del tutto speciale, al difensore e, nell'altro (la menzionata pronuncia resa a SS.UU.) alla specialità della procura desumibile anche dalla mera collocazione topografica della stessa ove quest'ultima ometta di indicare specificamente il provvedimento da impugnare o il giudizio da promuovere.

All'interpretazione cui la terza sezione della Corte ha aderito nel caso in esame (in senso conforme alle precedenti si vedano, infatti, Cass. civ. Sez. III, 6 aprile 2022 n. 11240; Cass. civ., Sez. III, 7 aprile 2022 n. 11244; Cass. civ., Sez. III, 21 aprile 2022, n. 12707; Cass. civ., Sez. III, 4 novembre 2022, n. 32569) si è, per vero, opposto un ulteriore orientamento meno rigorista che non ritiene la contestualità spaziale e temporale un requisito prescritto dall'art. 83, terzo comma, c.p.c.

Secondo detto indirizzo, espresso nella pronuncia n. 36827 resa dalla Terza Sezione della S.C. in data 15 dicembre 2022, *“in tema di ricorso per cassazione, il requisito della specialità della procura, di cui all'art. 83, comma 3, c.p.c., non postula la contestualità del relativo conferimento rispetto alla redazione dell'atto cui accede, dal momento che, anche nel caso in cui la procura sia stata redatta, sottoscritta e autenticata in data anteriore a quella del ricorso, è possibile desumerne la specialità, da un lato, dalla sua congiunzione (materiale o telematica) al ricorso e, dall'altro, dalla sua susseguente notifica insieme a quest'ultimo”*.

Dunque, la *ratio* sottesa all'art. 83 c.p.c. sarebbe da rinvenire non già nella contestualità spaziale e temporale del conferimento e della certificazione dell'autografia della sottoscrizione quanto, piuttosto, nella *certezza e conoscibilità del potere rappresentativo del difensore che sostituisce in giudizio la parte*. In altri termini, il conferimento della procura alle liti in data posteriore a quella della pubblicazione del provvedimento impugnato e, nel contempo, in data anteriore o contemporanea alla notifica del ricorso è idoneo ad integrare il requisito della specialità della procura richiesto dall'art. 365 c.p.c. per il giudizio in cassazione.

I numerosi interventi del Giudice di legittimità sul punto non sono riusciti a sopire le divergenze esistenti in seno alla Suprema Corte. Tant'è che con l'ordinanza interlocutoria n. 19039 del 5 luglio 2023, la Terza Sezione è tornata nuovamente ad interrogarsi sulla necessità della contestualità spaziale e cronologica del conferimento della procura (e della certificazione dell'autografia ad opera del difensore) sottoponendo il contrasto alle Sezioni Unite.

Accordandosi all'orientamento meno rigorista, il Giudice della nomofilachia ha reso il seguente principio di diritto *“in tema di ricorso per cassazione, il requisito della specialità della procura, di cui agli artt. 83, comma terzo e 365 c.p.c. non richiede la contestualità del relativo conferimento rispetto alla redazione dell'atto cui accede, essendo a tal fine necessario soltanto che essa sia congiunta, materialmente o mediante strumenti informatici, al ricorso e che il conferimento non sia antecedente alla pubblicazione del provvedimento da impugnare e non sia successivo alla notificazione del ricorso stesso”*.

Sapientemente la Suprema Corte ha interpretato l'art. 83 del codice di rito conferendo prevalenza *alla reale e piena esplicazione del diritto di difesa ed alla reale attuazione dello scopo ultimo quale il processo è di per sé orientato, ossia l'effettività della tutela giurisdizionale rispetto alla strada (ormai, provvidenzialmente – ci viene da dire – abbandonata dal giudice di*

legittimità) del bieco formalismo dagli effetti processuali devastanti, riconoscendo valida la procura alle liti rilasciata nell'arco temporale compreso tra la pubblicazione del provvedimento da impugnare e la notifica del ricorso.

[1] Si veda, al riguardo, Mandrioli, Commentario Allorio, 1972, 939 ss.

Privacy, le banche devono rispondere alle richieste di accesso ai dati personali

Argomento: Della protezione dati personali

(Cass. Civ., Sez. I, 4 aprile 2023, n. 9313)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“2.4 – (...) Va infatti chiarito che, sulla base della normativa sopra richiamata, la (...) avrebbe dovuto fornire una risposta all’istanza dell’interessato, anche qualora il riscontro stesso avesse avuto un esito negativo. Contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, è il destinatario dell’istanza di accesso ai dati a dover essere considerato onerato dell’obbligo di fornire risposta in ordine al possesso o meno dei predetti dati personali e non può invece ritenersi l’istante onerato della prova di tale circostanza fattuale.

2.5 – L’art. 12 del Reg. Ue sopra citato è infatti chiaro nello statuire, espressamente nel suo terzo comma, che “Il titolare del trattamento fornisce all’interessato le informazioni relative all’azione intrapresa riguardo a una richiesta ai sensi degli articoli da 15 a 22 senza ritardo e, comunque, al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta stessa. Tale termine può essere prorogato di due mesi, se necessario, tenuto conto della complessità e del numero delle richieste. Il titolare del trattamento informa l’interessato di tale proroga, e dei motivi del ritardo, entro un mese dal ricevimento della richiesta. Se l’interessato presenta la richiesta mediante mezzi elettronici, le informazioni sono fornite, ove possibile, con mezzi elettronici, salvo diversa indicazione dell’interessato”, aggiungendo, inoltre, al quarto comma che “Se non ottempera alla richiesta dell’interessato, il titolare del trattamento informa l’interessato senza ritardo, e al più tardi entro un mese dal ricevimento della richiesta, dei motivi dell’inottemperanza e della possibilità di proporre reclamo a un’autorità di controllo e di proporre ricorso giurisdizionale”. Ma è peraltro il quinto comma del sopra menzionato art. 12 a precisare espressamente, e per quanto qui di interesse per la presente controversia, che “Incombe al titolare del trattamento l’onere di dimostrare il carattere manifestamente infondato o eccessivo della richiesta”.

2.6 – Orbene, dal tenore letterale della norma da ultimo citata emerge dunque chiaramente che il destinatario della richiesta di accesso ai dati deve sempre riscontrare l’istanza dell’interessato, anche in termini negativi, non potendosi trincerare dietro ad un non liquet. (...).

3 – (...) Occorre pertanto enunciare il seguente principio di diritto: “In materia di trattamento dei dati personali, il soggetto onerato dell’obbligo di fornire risposta in ordine al possesso (o meno) dei dati sensibili è il destinatario dell’istanza di accesso e non invece l’istante, dovendo il primo sempre riscontrare l’istanza dell’interessato, anche in termini negativi, dichiarando espressamente di essere, o meno, in possesso dei dati di cui si richiede l’ostensione”. (...).”

Sui diritti del subappaltatore nell'ambito dei contratti pubblici

Argomento: Amministrazione pubblica

(Cass. Civ., Sez. I, 5 aprile 2023, n. 9353)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“9 – (...) Il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 118, nel comma 3 (nella formulazione corrispondente alle modifiche apportate al testo originario dal D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, art. 2, e anteriore alle successive modifiche apportate dal D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, art. 13, comma 10, lett. a), convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2014, n. 9) applicabile *ratione temporis*, in tema di subappalto disponeva: “Nel bando di gara la stazione appaltante indica che provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore o al cottimista l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite o, in alternativa, che è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate. Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. Nel caso di pagamento diretto, gli affidatari comunicano alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore o dal cottimista, con la specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento”.

10 – È fuor di questione nella fattispecie l'obbligo di pagamento diretto, pacificamente non assunto dal Comune di (...). Quella che viene invocata è l'obbligazione alternativa che incombe agli affidatari di trasmettere alla stazione appaltante, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore o cottimista, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate e il correlativo obbligo incombente sulla stazione appaltante nel caso in cui gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, di sospendere il successivo pagamento a favore degli affidatari. Si tratta evidentemente di una obbligazione *ex lege* che grava sulla stazione appaltante che ha la specifica funzione di preservare di diritti di credito del subappaltatore verso l'appaltatore, consentendo la liberazione dei pagamenti a suo favore da parte della stazione appaltante solo quando si sia conseguita la prova della soddisfazione dei crediti dell'impresa subappaltatrice. (...).

(...) Con la sentenza n. 5685 del 2.3.2020 le Sezioni Unite hanno affermato che in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 118, comma 3 – che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore – deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di

appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione, senza che rilevi a suo vantaggio l'istituto della prededuzione L. Fall., ex art. 111, comma 2. (...)”.

È discriminatorio vietare ai non vedenti l'accesso alle scale mobili con cani-guida

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 5 aprile 2023, n. 9384)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“5.1 – (...) È doveroso premettere che la L. n. 67 del 2006 appresta misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità che siano vittime di discriminazioni, al fine di garantire alle stesse, in attuazione di principi costituzionali (di eguaglianza e di parità di trattamento: art. 3) e sovranazionali (art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo), “il pieno godimento dei diritti civili, politici, economici e sociali”.

Onde realizzare lo scopo, la legge sancisce, con norme dalla portata immediatamente preceettiva, divieti di discriminazione delle persone disabili nei rapporti non soltanto pubblici ma anche tra privati, ovvero senza alcuna limitazione soggettiva dei destinatari dell'obbligo di non discriminazione (sul tema, cfr. Cass. 23/09/2016, n. 18762; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3691).

La nozione di discriminazione è positivamente definita dalla L. n. 67 del 2006 attraverso due possibili declinazioni: la discriminazione diretta, la quale si verifica (art. 2) ogni qualvolta una persona, per motivi connessi alla disabilità, riceve un trattamento diverso e meno favorevole di quello riservato ad una persona non disabile in situazione analoga; la discriminazione indiretta, la quale si configura (art.3) quando “una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri” mettano una persona con disabilità in posizione di svantaggio rispetto ad altre persone.

Come chiarito da questa Corte, la locuzione “disposizione” che concreta il concetto di discriminazione indiretta va riferita anche ai regolamenti i quali “a differenza della legge – che è assoggettabile al giudizio di legittimità costituzionale quando sospettata di creare discriminazioni –, se, nel dettare norme di dettaglio, creano discriminazione, vanno disapplicati dal giudice ordinario” (così la citata Cass. n. 18762 del 2016).

5.2. Tanto premesso in generale, diversamente da quanto opinato dall'impugnante, la gravata sentenza ha ravvisato la sussistenza di un interesse concreto ed effettivo a fondamento dell'azione promossa: “i ricorrenti /1..) hanno denunciato una asserita condotta discriminatoria di cui ciascuno di essi assume essere stato vittima /1.) essi, pur essendo afflitti dalla medesima disabilità di non vedenti, hanno agito facendo valere non gli interessi della categoria di cui fanno parte, quanto piuttosto l'interesse di ciascuno a non subire atti discriminatori proprio perché non vedente. Va ritenuto sussistente quindi l'interesse degli appellanti, e di ciascuno di essi, alla proposizione dell'azione risarcitoria, che hanno proposto cumulativamente, ma non come azione collettiva”.

È del pari ineccepibile la ritenuta discriminatorietà della condotta serbata dal proprietario e dal gestore dell'impianto di scale mobili. Il divieto opposto – con apposito cartello – all'accesso con cani-guida sulle scale (tale la situazione di fatto accertata dal

giudice di merito) è invero disposizione specificamente riferita alla condizione di handicap dei soggetti non vedenti (o ipovedenti), per i quali l'accompagnamento dell'animale costituisce ausilio necessario ed indispensabile per consentire una possibile mobilità: inibire il transito sulle scale mobili con cani guida concreta dunque atto discriminatorio per il non vedente rispetto all'omologa situazione del normodotato, dacché si traduce nella lesione del diritto alla fruizione del mezzo di trasporto pubblico.

E poiché siffatto diritto con l'accompagnamento del proprio cane è garantito al non vedente da norma di rango primario (la L. 14 febbraio 1974, n. 37), è pienamente condivisibile la valutazione del giudice di merito circa la disapplicazione, nel caso, delle prescrizioni del D.M. n. 18 settembre 1975 (nella formulazione vigente *ratione temporis*, anteriore alla novella del D.M. n. 22 dicembre 2017), aventi natura di regolamento esecutivo, cioè a dire norme secondarie idonee, nella loro concreta applicazione, a determinare trattamenti deteriori per il disabile, integranti veri e propri atti discriminatori. (...)"

Revocatoria dell'atto con cui è stato costituito in fondo patrimoniale un bene della comunione legale ed esecuzione forzata di tale bene per debito di uno solo dei coniugi

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. III, 7 aprile 2023, n. 9536)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“5. Nella giurisprudenza di legittimità si è costantemente affermato che “la comunione legale tra coniugi è una comunione senza quote” (o “a mani riunite”) (...).

6. Per quanto concerne l'espropriazione forzata, a risolvere un acceso contrasto nelle prassi degli uffici giudiziari (e, conseguentemente, in dottrina e nella giurisprudenza di merito) è intervenuta Cass., Sez. 3, Sentenza n. 6575 del 14/03/2013, Rv. 625462-01, la quale ha statuito che “La natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi comporta che l'espropriazione, per crediti personali di uno solo dei coniugi, di un bene (o di più beni) in comunione abbia ad oggetto il bene nella sua interezza e non per la metà, con scioglimento della comunione legale limitatamente al bene staggito all'atto della sua vendita od assegnazione e diritto del coniuge non debitore alla metà della somma lorda ricavata dalla vendita del bene stesso o del valore di questo, in caso di assegnazione” (...).

9. Proprio la sua strumentalità rispetto all'esercizio dell'azione esecutiva impone di ritenere che – qualora l'atto pregiudizievole abbia riguardato un bene ancora assoggettato alla comunione legale, come nel caso di sua costituzione in fondo patrimoniale – al giudizio di revocatoria debbano necessariamente partecipare, come litisconsorti necessari, entrambi i coniugi (in proposito, Cass., Sez. 6-3, Ordinanza n. 5768 del 22/02/2022, Rv. 664077-01, Cass., Sez. 3, Sentenza n. 19330 del 03/08/2017, Rv. 645489-01, Cass., Sez. 3, Sentenza n. 21494 del 18/10/2011, Rv. 620535-01) e che la domanda di inefficacia dell'atto e la corrispondente pronuncia di accoglimento debbano riguardare l'intero bene e non soltanto una sua (inesistente) quota. (...).

12. Si deve dunque affermare che la domanda di revocatoria dell'atto con cui è stato costituito in fondo patrimoniale un bene della comunione legale va rivolta (notificata ed eventualmente trascritta ex art. 2652, comma 1, n. 5, c.c.) nei confronti di entrambi i coniugi (ancorché solo uno di essi sia debitore) e, in quanto preordinata all'espropriazione forzata del medesimo cespite (necessariamente da compiersi per l'intero), essa è diretta ad una pronuncia d'inefficacia dell'atto complessivo e non limitata alla inesistente quota pari alla sola metà del bene. (...) La decisione impugnata muove evidentemente da un presupposto errato e, cioè, dall'argomento secondo cui l'art. 170 c.c. vieta l'espropriazione forzata dei beni in fondo patrimoniale; conseguentemente, soltanto la revocatoria ex art. 2901 c.c. di tale atto dispositivo consente al creditore di agire in executivis. (...).

17. Contrariamente a tali premesse, si rileva che l'art. 170 c.c. non sancisce affatto

l'assoluta impignorabilità dei beni in fondo patrimoniale, ma introduce un divieto – che costituisce eccezione rispetto alla regola dettata dall'art. 2740 c.c. – di intraprendere azioni esecutive su detti beni (e sui loro frutti) a condizione che ricorrano i presupposti applicativi della citata disposizione. Nello specifico, ci si riferisce agli elementi – oggettivo (la non inerenza del debito alle esigenze familiari) e soggettivo (la consapevolezza di tale circostanza in capo al creditore) – che consentono l'applicabilità della predetta norma, la cui dimostrazione (sia l'estraneità del debito ai bisogni della famiglia, sia la scienza del creditore) compete all'esecutato secondo un univoco orientamento giurisprudenziale, perché, con l'opposizione ex art. 615 c.p.c., il debitore chiede di sottrarre i beni all'esecuzione forzata e, quindi, in base agli ordinari criteri di ripartizione dell'*onus probandi*, deve dare prova del fatto impeditivo (eccezionale) del (generale) principio di responsabilità patrimoniale”.

Nota a cura di Fabiola Giarmoleo

Omissis agiva in giudizio contro il proprio debitore e la moglie davanti al Tribunale di Lecce, domandando la revocatoria dell'atto con cui essi costituivano in fondo patrimoniale un immobile in comunione legale. Il Tribunale accoglieva la domanda dichiarando inefficace il fondo patrimoniale nei confronti di parte attrice limitatamente alla quota di immobile del debitore – escludendo quella della moglie. Il creditore avviava l'esecuzione in base alla sentenza definitiva e il Giudice dell'esecuzione ne disponeva l'estensione alla quota della sig.ra D.D.A.G. che presentava opposizione: la procedura si concludeva con sentenza che accoglieva l'opposizione. Parte soccombente impugnava la sentenza e la Corte d'Appello di Lecce confermava l'impignorabilità del bene perché parte del fondo patrimoniale ex art. 170 c.c.

Omissis proponeva ricorso per Cassazione sostenendo che la Corte d'Appello avrebbe errato nel ritenere inefficace il fondo patrimoniale, solo per la quota del debitore sig. R.C., omettendo di considerare che «*col conferimento del bene in fondo patrimoniale, la comunione legale su tale cespite si trasforma in comunione semplice*» ed, infine, avrebbe mal interpretato l'art. 170 c.c.

Quindi, partendo dalla sent. n. 9536/2023 della Terza Sezione della Suprema Corte, questa nota vuole fornire spunti di riflessione su alcune questioni: la natura della comunione legale; il rapporto tra comunione legale, fondo patrimoniale e azione revocatoria.

Circa la prima questione, ricordiamo che il Prof. Salvatore Pugliatti qualificava la comunione come «*situazione che costituisce una specificazione della titolarità di una situazione soggettiva caratterizzata dalla pluralità dei soggetti di fronte all'unità della situazione stessa*» (Pugliatti S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 157). Si tratta di uno degli istituti maggiormente studiati dalla dottrina civilistica che lo distingue in base al rapporto dei comunisti col bene – comunione *pro quota* e non; al contenuto della comunione; ai soggetti coinvolti; al modo di costituzione, gestione e scioglimento. Di fatto, il nostro Codice civile disciplina diversi tipi di comunione – «*comunione legale*» (artt. 177 e ss.), «*comunione ereditaria*» (artt. 713 e ss.), «*comunione ordinaria*» (artt. 1100 e ss. c.c.), «*condominio*» (artt. 1117-1139 c.c.) ... – riconducibili a due macrocategorie: la comunione romanistica – ove si ritiene coesistano «*una pluralità di diritti di proprietà*» aventi ad oggetto delle vere e proprie quote di cui il singolo comunista è titolare; e quella germanica (detta «*Gemeinschaft zur Gesamten Hand*» o «*a mani riunite*») – in cui tali quote non sussistono e i comunisti, per via di particolari legami intercorrenti tra loro, si ritengono titolari dell'intero cespite soggetto a comunione

(Palazzo A., *Comunione, Digesto on-line*, 1988). In generale, la disciplina dei diversi regimi di comunione esistenti in Italia è basata sulla comunione ordinaria (artt. 1100 e ss. c.c.): una forma di comunione romanistica che subisce delle deroghe in presenza di forme di comunione germanica.

La sentenza in commento, quindi, riprende proprio il tema della natura giuridica «*comunione legale*» (regime patrimoniale legale della famiglia) che la dottrina ha considerato in diverso modo: soggetto di diritto autonomo rispetto ai comunisti; patrimonio di destinazione; comunione «*pro quota*»; comunione «*a mani riunite*». Coloro che consideravano la comunione legale come una forma di comunione *pro quota* si appellavano agli artt. 189, c. 2, 194 e 210 c.c. e concludevano che si trattasse di una «(...) *comunione per quote speciale. Speciale, perché – diversamente dalla normale comunione per quote – non si può disporre della quota durante la comunione (...)*» (Caringella, *Manuale ragionato di diritto civile*, 2022, Cercola, cit. 1744). Tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria, la Consulta (Sent. n. 311/1988) e la Cassazione (oltre alla pronuncia in esame: Cass. Civ., Sez. II, Sent. n. 14093/2010; Cass. Civ., Sez. III, Ord. n. 1647/2023) sono ormai concordi nel considerare la comunione legale un esempio di comunione germanica poiché essa, riconoscendo a ciascun coniuge un diritto avente ad oggetto la totalità dei beni e non la singola quota, sposa la *ratio* e il *favor communionis* tipici del matrimonio e della famiglia (Caringella, *op. cit.* 1742-1751). Ecco, quindi, il primo degli errori commessi dal Tribunale di Lecce: ritenere la comunione legale come una comunione di matrice romanistica.

Necessario, poi, appare il coordinamento tra discipline. L'*actio pauliana* – che può essere ordinaria (artt. 2901 e ss. c.c.) o fallimentare (artt. 163-171 del CCII) – consente al creditore di far dichiarare inefficace (nei suoi confronti) un atto del debitore, lesivo dei suoi interessi creditizi. È un'azione conservativo-cautelare cui dovrà seguire una procedura esecutiva perché si ottenga effettiva tutela. I presupposti dell'azione – oltre alla sussistenza di un diritto di credito che non deve essere certo, liquido ed esigibile (Cass. Civ., Sez. II, Sent. n. 12235/2011) – sono: un atto dispositivo del debitore; un danno alla garanzia generica del creditore; la consapevolezza del debitore (o eventualmente del terzo) di arrecare un danno al creditore (Caringella, *op. cit.*, 444-458). Circa l'ambito di applicazione dell'azione pauliana, la Cassazione è stata più volte interpellata per chiarire se essa potesse avere o meno ad oggetto l'atto con cui viene costituito un fondo patrimoniale: questione che si può dire positivamente risolta dalla giurisprudenza di legittimità. Di fatti, la sentenza in commento riporta i principi che dovrebbero guidare la revocatoria di un atto costituente in fondo patrimoniale un bene soggetto a comunione legale: il bene deve essere aggredito per intero; il coniuge non debitore diviene soggetto passivo della procedura di espropriazione come quello debitore e titolare degli stessi diritti e doveri; il bene staggito deve essere assegnato o venduto interamente e il coniuge non debitore acquisisce il diritto a ricevere la metà della somma lorda ottenuta dalla alienazione/assegnazione del bene (Cass. Civ., Sez. III, Sent. n. 6575/2013). Inoltre, la costituzione in fondo patrimoniale di un bene oggetto di comunione legale, non è atto di disposizione né causa di scioglimento della comunione (*ex art. 191 c.c.*): pertanto, rimanendo inalterato il regime della comunione legale ed essendo esso caratterizzato dall'assenza di quote, l'azione revocatoria dovrà essere necessariamente indirizzata nei confronti di ambedue i coniugi «*e, in quanto preordinata all'espropriazione forzata del medesimo cespite (necessariamente da compiersi per l'intero), essa è diretta ad una pronuncia d'inefficacia dell'atto complessivo e non limitata alla inesistente quota pari alla sola metà del bene*» (Cass. Civ., Sez. III, Sent. 9536/2023). Così è chiarita anche la questione del considerare o meno litisconsorte necessario il coniuge non debitore: a fronte di un orientamento minoritario che intendeva il coniuge non debitore come litisconsorte facoltativo (Cass. Civ., Sez. III, Sent. n. 11582/2005), l'orientamento mag-

gioritario ritiene che «(...) per ottenere la dichiarazione di inefficacia dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale stipulato da entrambi i coniugi stessi, è litisconsorte necessario il coniuge non debitore (...)» (Cass. Civile, Sez. III, Sent. n. 2711/2024; Cass. Civ., Sez. III, Ord. n. 19319/2023).

Accertati questi errori e il giudicato, la Cassazione rigetta anche il secondo motivo e, avvalendosi dell'art. 384 c.p.c., fornisce l' esegesi da attribuire alla sentenza di prime cure: il giudicato legittima un'azione esecutiva limitata dal punto di vista soggettivo, e non oggettivo, al solo coniuge-debitore. Un'interpretazione che sembra spostare il *focus* della questione dal piano oggettivo a quello soggettivo, lasciando inalterate le conseguenze negative di una pronuncia che, pur non essendo vincolata a seguire i precedenti giurisprudenziali esistenti, avrebbe potuto considerarli senza discostarsene così nettamente. L'utilizzo dell'art. 384 c.p.c. offre anche l'occasione di accennare alla Sent. n. 5633/2022 con cui le SS.UU., a seguito dell'Ord. di rimessione n. 12944/2021 della Sez. Lavoro, hanno risolto un contrasto giurisprudenziale relativo al modo di intendere il titolo esecutivo definitivo in sede di legittimità: esse, aderendo alla ricostruzione del rimettente, qualificano, per la prima volta, il titolo esecutivo «*come strumento di adeguamento dello stato di fatto allo stato di diritto*» e, quindi, interpretabile dal giudice di legittimità quale *regula iuris* alla stregua non dell'art. 360, c.1, n. 3 c.p.c. ma ex art. 2909 c.c. (De Carolis, *Interpretazione del titolo esecutivo – Il vaglio in Cassazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 3/2023).

Contrariamente a quanto affermato dalla Corte d'Appello, la Cassazione afferma che «*l'art. 170 c.c. non sancisce affatto l'assoluta impignorabilità dei beni in fondo patrimoniale (...)*». Il fondo patrimoniale è, secondo la giurisprudenza di legittimità maggioritaria, un atto a titolo gratuito (Cass. Civ., Sez. III, Sent. n. 24757/2011; Cass. Civile, Sez. III, Sent. 2711/2024) con cui, per volontà di uno/entrambi i coniugi o una/entrambe le parti di unione civile o un terzo, vengono destinati uno o più beni (immobili, mobili registrati o titoli di credito e i rispettivi frutti) al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Il concetto di “*bisogni della famiglia*” deve intendersi in senso ampio e include le necessità della famiglia e tutto ciò che è funzionale al suo sviluppo (Cass. Civ., Sez. I, Sent. n. 11683/2001). Sebbene il fondo patrimoniale abbia come obiettivo la tutela della famiglia, i beni che lo costituiscono non sono assolutamente impignorabili ma relativamente: essi possono essere pignorati dal creditore nel caso in cui il credito sia sorto per soddisfare esigenze familiari; contrariamente, se il debitore esecutato riesce a provare che il credito sia sorto per far fronte a bisogni estranei alla famiglia e che il creditore fosse consapevole di questa estraneità, i beni costituenti il fondo non potranno essere pignorati. La Corte di cassazione, in definitiva, costretta a rigettare i primi due motivi, accoglie il terzo e rimette la questione alla Corte d'Appello di Lecce e, con la speranza che questa segua quanto più possibile i precedenti esistenti in materia, si evidenzia la necessità che sia l'opponente a fornire la prova dell'elemento oggettivo e soggettivo di cui all'art. 170 c.c., così da scongiurare qualunque uso fraudolento del fondo da parte del debitore.

Danni da allagamento di unità immobiliari: limiti alla liquidazione equitativa

Argomento: Del risarcimento del danno

(Cass. Civ., Sez. III, 12 aprile 2023, n. 9744)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“2 – (...) La società (...) sostiene che, accertata la responsabilità del condominio in entrambi i gradi di giudizio, la logica avrebbe imposto di ritenere che i beni – articoli da regalo e lampadari – depositati all’interno dei locali danneggiati dall’allagamento fossero andati almeno in parte perduti e che la difficoltà di quantificare il danno non potesse che emergere de plano dall’irriconeoscibilità e dal deterioramento dei beni provocati dalla miscela di acqua, fango e reflui degli scarichi condominiali.

La censura non può accogliersi, perché la Corte territoriale ha dato conto delle ragioni che l’hanno indotta ad escludere che vi fossero i presupposti per liquidare equitativamente il danno: documentazione fotografica, genericità delle prove testimoniali, assenza di inventario della merce, mancanza di un accertamento tecnico preventivo, non deteriorabilità di alcuni oggetti.

Anche senza considerare che l’accertamento di un comportamento antigiuridico non provoca, diversamente da quanto adombra la difesa del ricorrente, automaticamente il risarcimento del danno, perché il nocumento patrimoniale non può essere mai identificato in *re ipsa* ed il pregiudizio risarcibile è sempre danno – conseguenza, da provare anche per presunzioni, l’accoglimento delle censure del ricorrente implicherebbe un inammissibile nuovo e diverso (l’asserita irriconeoscibilità e il deterioramento della merce si scontrano con le risultanze delle fotografie agli atti che ritraevano, secondo il giudice *a quo*, solo contenitori in cartone e imballi) accertamento dei fatti di causa sia quanto alla ricorrenza dei danni sia quanto alla difficoltà di provarne l’ammontare.

Non sussistono ragioni, dunque, per discostarsi dal seguente principio di diritto, pronunciato in una fattispecie che presenta innegabili similitudini con quella per cui è causa, atteso che si controverteva della richiesta risarcitoria derivante dall’allagamento di un appartamento: “La liquidazione in via equitativa del danno postula, in primo luogo, il concreto accertamento dell’ontologica esistenza di un pregiudizio risarcibile, il cui onere probatorio ricade sul danneggiato e non può essere assolto dimostrando semplicemente che l’illecito ha soppresso una cosa determinata, se non si provi, altresì, che essa fosse suscettibile di sfruttamento economico, e, in secondo luogo, il preventivo accertamento che l’impossibilità o l’estrema difficoltà di una stima esatta del danno stesso dipenda da fattori oggettivi e non dalla negligenza della parte danneggiata nell’allegarne e dimostrarne gli elementi dai quali desumerne l’entità” (Cass. 22/02/2017, n. 4534). (...).”

Il rilievo della coabitazione nella riconciliazione tra coniugi legalmente separati

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 13 aprile 2023, n. 9839)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“2.1. – Vero è che **il ripristino della coabitazione può essere uno degli indici attraverso i quali valutare l'intervenuta riconciliazione, ma solo in quanto essa sia espressione di una effettiva ripresa della convivenza coniugale, che non è data dal mero fatto di dividere l'abitazione, ma dalla esistenza di un progetto di vita comune, attuato nella quotidianità e improntato alla solidarietà, alla reciproca collaborazione e alla assistenza morale e materiale; nel nostro ordinamento, il matrimonio è una comunione materiale e spirituale di vita, come espressamente affermato dall'art. 1 della legge 898/1970 e come si evince dall'art. 143 c.c., che disciplina il matrimonio attraverso la previsione di un insieme di doveri che integrandosi reciprocamente ne definiscono i contenuti. La coabitazione è uno di questi doveri, non a caso indicato per ultimo, che ha una sua consistenza e significato in quanto costituisca la base materiale della esplicazione degli altri doveri, che devono connotare la vita comune. Pertanto, la giurisprudenza di questa Corte afferma che la mera coabitazione non è sufficiente a provare la riconciliazione tra coniugi separati, essendo necessario il ripristino della comunione di vita e d'intenti, materiale e spirituale, che costituisce il fondamento del vincolo coniugale.** Il coniuge che ha interesse a far accertare l'avvenuta riconciliazione, dopo la separazione, ha l'onere di fornire una prova piena e incontrovertibile della ricostituzione del consorzio familiare, che il giudice di merito è chiamato a verificare, compiendo un apprezzamento insindacabile in sede di legittimità (Cass. n. 19535 del 17/09/2014; Cass. n. 1630 del 23/01/2018; Cass. n. 20323 del 26/07/2019; Cass. n. 27963 del 23/09/2022). Nella specie, la Corte di merito ha accertato che tra i coniugi non sussisteva alcuna vita comune, posto che essi vivevano nella stessa casa, ma separatamente, senza alcun rapporto né di affetto né di amore, dormendo separati e vivendo come estranei, senza neppure collaborare nella gestione della casa, organizzandosi autonomamente e intrattenendo la moglie relazioni affettive con altri uomini. La Corte ha pertanto escluso che fosse intervenuta tra i coniugi alcuna riconciliazione, distinguendo tra il mero protrarsi della coabitazione nonostante la pronuncia della separazione, e la convivenza, osservando peraltro che vi erano delle specifiche ragioni di tolleranza da parte del marito (la tutela della figlia, le condizioni della moglie) al mancato rilascio della casa familiare da parte della moglie e che si tratta di una evenienza non infrequente nelle vicende di separazione qualora vi siano ragioni economiche, in caso di incapacità a provvedere al pagamento al canone dell'abitazione e di sostenerne le spese. La Corte di merito ha quindi correttamente inquadrato in punto di diritto l'istituto della riconciliazione e reso un giudizio in punto di fatto di cui in questa sede non può solleccitarsi la revisione, né è ammissibile la censura nella parte in cui prospetta una diversa valutazione del risultanze istruttorie, fondata su generici rilievi riguardo pretesi conflitti con la teste

principale, ovvero oppone circostanze irrilevanti quali il contenuto delle dichiarazioni a fini fiscali che non sono indicative di alcunché, se non della intenzione di beneficiare un trattamento tributario favorevole.

3. – In sintesi, gli effetti della separazione non possono essere posti nel nulla dalla mera circostanza che uno dei due coniugi non abbia rilasciato la casa familiare in favore dell'altro coniuge, proprietario esclusivo, e che quest'ultimo abbia tollerato tale situazione, se la persistenza della coabitazione non è connotata dal mantenimento o dal ripristino della comunione spirituale e materiale di vita tra i coniugi; la riconciliazione deve essere manifestata per mezzo di un comportamento inequivoco, che esprima senza possibilità di dubbio la ricostituzione di un progetto di vita comune, connotato da tutti i doveri che discendono dal matrimonio”.

L'imprudenza del pedone su strada sterrata dispensa il Comune dall'onere di provare il caso fortuito ai sensi dell'art. 2051 c.c.

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 9863)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) Avendo la corte territoriale positivamente accertato che causa esclusiva dell'evento dannoso è stata la condotta imprudente del danneggiato, non viene in rilievo la regola sull'onere della prova, ed in particolare quella che onera il custode della necessità di provare il caso fortuito, regola della quale il ricorrente ha denunciato la violazione. Le regole sull'onere della prova sono regole residuali di giudizio in conseguenza delle quali la mancanza, in seno alle risultanze istruttorie, di elementi idonei all'accertamento della sussistenza del diritto in contestazione determina la soccombenza della parte onerata della dimostrazione dei relativi fatti costitutivi, ovvero impeditivi, modificativi o estintivi. Esse lasciano fermo il principio di acquisizione probatoria, secondo il quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute (e quale che sia la parte ad iniziativa della quale sono state raggiunte), concorrono, tutte ed indistintamente, alla formazione del libero convincimento del giudice, senza che la relativa provenienza possa condizionare tale convincimento in un senso o nell'altro (Cass. 16 giugno 1998, n. 5980; 16 giugno 2000, n. 8195; 7 agosto 2002, n. 11911; 21 marzo 2003, n. 4126). Le regole sull'onere probatorio trovano perciò applicazione solo in presenza di fatto rilevante rimasto ignoto sulla base delle risultanze istruttorie. Come si è detto, l'eziologia dell'evento dannoso è stata positivamente accertata dal giudice del merito come riconducibile al comportamento imprudente del danneggiato. Non è quindi emerso un onere probatorio del custode del quale possa predicarsi il mancato assolvimento. Il custode non aveva l'onere di provare il caso fortuito, avendo il giudice del merito accertato che l'evento dannoso era eziologicamente riconducibile in via esclusiva al comportamento imprudente del danneggiato”.

Abbandono parentale e prescrizione del diritto al risarcimento del danno da illecito endofamiliare

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. III, 13 aprile 2023, n. 9930)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1) (...) Con il primo motivo è dedotta la violazione o falsa applicazione degli artt. 2, 29, 30, 31 Cost e degli artt. 147, 148, 2043 e 2059 cod. civ. Dopo avere ricondotto le condotte imputate al controricorrente all’illecito endofamiliare ed averne descritto i caratteri, il ricorrente, con il motivo qui scrutinato, attinge la statuizione con cui la Corte territoriale ha affermato che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si manifesta; detta statuizione, ad avviso del ricorrente, sarebbe in contraddizione con la conclusione raggiunta, stante che la condotta illecita del padre non era affatto cessata.

Va innanzitutto precisato che, nel caso di specie, non è in discussione la qualificazione dell’illecito: come affermato nella sentenza impugnata, il totale disinteresse dimostrato da un genitore nei confronti del figlio integra, da un lato, la violazione degli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione, e determina, dall’altro, un’inevitabile e insanabile ferita di quei fondamentali diritti nascenti dal rapporto di filiazione, che trovano nella Carta costituzionale (in particolare, negli artt. 2 e 30) e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento un livello assoluto di riconoscimento e di tutela; l’abbandono parentale consiste, in particolare, nel mancato adempimento di tutti gli obblighi che il genitore assume nei confronti della prole: una completa e costante assenza di un genitore nella vita filiale, dunque, è ritenuto un indiscutibile esempio di illecito omissivo di carattere permanente. (...).

In primo luogo, mette conto rilevare che l’illecito endofamiliare si caratterizza per una serie di omissioni protrattesi per un apprezzabile lasso di tempo, suscettibile di essere interrotta in ogni momento soltanto per effetto di una radicale modificazione del proprio atteggiamento genitoriale, e cioè solo con l’adempimento degli obblighi dovuti alla prole; di conseguenza, finché la situazione di assenza, disinteresse, abbandono (...) non viene rimossa, l’illecito si perpetua nel tempo, restando attuale ed eguale a sé stesso, in ragione del fatto che il comportamento produttivo di danno non può ritenersi commesso unico actu, perché l’illecito permanente «costituisce una fattispecie complessa ed a formazione progressiva, nel senso che il protrarsi dell’offesa proviene da un comportamento volontario dell’autore che prosegue senza interruzione, per cui egli è in grado in qualsiasi momento di porre fine a tale situazione dannosa» (cfr., di recente, Cass. 01/03/2023, n. 6177). (...).

L’altro errore in cui è incorsa la Corte territoriale, nonostante abbia riconosciuto la natura permanente dell’illecito per cui è causa – nel quale, protraendosi la verifica dell’evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione rico-

mincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, di modo che il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica – consiste nel non avere considerato e, quindi, non avere applicato, in ordine alla individuazione del dies a quo del termine prescrizione, i principi affermati da questa Corte con la decisione n. 11097 del 10/06/2020, seguita da Cass. 16/12/2021, n. 40335. (...).

Tanto premesso, l'illecito endofamiliare di protratto abbandono della prole da parte del genitore è stato ritenuto una forma di illecito rispetto al quale la concreta capacità della persona danneggiata di esercitare il diritto risarcitorio, cioè la concreta percepibilità completa del danno, assume un peculiare rilievo, derivante dalla natura parimenti peculiare del danno: «Tale illecito infatti produce anche un danno non patrimoniale lato sensu psicologico-esistenziale, ovvero che investe direttamente la progressiva formazione della personalità del danneggiato, condizionando così pure lo sviluppo delle sue capacità di comprensione e di autodifesa». (...).

Nel caso di specie, pertanto, la Corte territoriale, prima di applicare il meccanismo prescrizione fondato sul principio del *de die in diem*, avrebbe dovuto ulteriormente accertare, alla luce dell'insegnamento nomofilattico sopra riferito (...) se la vittima della condotta di abbandono genitoriale fosse pervenuta ad una reale condizione emotiva di consapevole esercitabilità del diritto risarcitorio come sopra illustrato, anziché far coincidere, del tutto immotivatamente, il dies a quo della prescrizione con la circostanza, di per sé irrilevante, della formale interruzione dei rapporti tra le parti nel 2003, quando il ricorrente era uscito dal carcere, o tutt'al più nel 2005, quando aveva trasferito altrove la sua residenza.

2) Con il secondo motivo, ex art. 360, 1° comma, n. 5, cod.proc.civ. il ricorrente lamenta l'omesso esame di un «fatto decisivo per il giudizio-prescrizione: valutazione della raggiunta autosufficienza economica», per avere entrambi i giudici del merito ritenuto che solo perché aveva trasferito la sua residenza (...) e perché non riusciva a trovare un lavoro stabile a causa dei suoi precedenti penali fosse venuto meno l'obbligo di mantenimento a carico dei genitori.

(...) Il diritto del figlio si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e purché compatibili con le condizioni economiche dei genitori aspirazioni (Cass. 26/05/2022, n.17075).

3) Entrambi i motivi di ricorso meritano accoglimento (...).”

Sulla disciplina del contratto di conto corrente nell'alveo del principio dell'efficacia pro quota dell'eccezione di compensazione nelle obbligazioni solidali

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. I, 14 aprile 2023, n. 10024)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“– (...) La Corte di appello ha motivato la sua decisione sul punto evidenziando che l'art. 1853 c.c. consentiva la compensazione dei reciproci debiti della banca e del correntista, traendo origine da rapporti diversi, a nulla rilevando il fatto che uno dei rapporti fosse riconducibile anche ad altro soggetto;

– l'art. 1854 c.c., poi, permetteva, secondo la Corte, la compensazione dei reciproci debiti della banca e del correntista anche laddove il conto corrente fosse cointestato, in ragione del regime della solidarietà vigente nei rapporti tra banca e correntista;

– quanto, poi, alla valenza che la Corte di appello avrebbe attribuito agli artt. 9 e 15 delle condizioni generali di contratto, si rileva che la sentenza impugnata ha posto a fondamento della sua decisione sul punto unicamente l'operatività delle disposizioni codicistiche e non anche quelle negoziali, menzionate al solo fine di escluderne la natura vessatoria e la ricorrenza della conseguente tutela, per cui, in relazione a tale profilo, la doglianza non è concludente;

– con il primo motivo la ricorrente principale denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1302, 1853 e 1854 c.c., nonché la violazione degli artt. 1362 e 1363 c.c., per aver la sentenza impugnata ritenuto che la compensazione del credito e del debito della banca verso A.G. operasse con riferimento all'intero saldo attivo risultante dal conto corrente – e al controvalore dei titoli depositati –, intestato a quest'ultima unitamente a A.R.M., e non, invece, limitatamente al 50% dello stesso;

– lamenta, altresì, la interpretazione all'art. 9 delle condizioni generali di contratto effettuata dalla Corte di appello, nella parte in cui quest'ultima ha ritenuto che tale clausola negoziale consentisse la compensazione per l'intero credito risultante dal saldo del conto corrente cointestato, benché uno dei cointestatari non fosse debitore della banca;

– il motivo è, nei limiti che seguono, fondato;

– va premesso che, come rilevato in precedenza, il giudice di merito ha disatteso la tesi difensiva della ricorrente principale secondo la quale il credito della banca nei confronti della sorella A.G. poteva essere estinto per compensazione con il saldo attivo del conto medesimo solo nella misura del 50% del conto, attesa la situazione di contitolarità del conto medesimo e la sua estraneità al rapporto di garanzia che legava la sorella con la banca, sull'unico fondamento della applicazione del regime di solidarietà attiva e passiva nei rapporti tra banca e singolo correntista del conto cointestato previsto dalle norme del Codice civile e non anche del contenuto delle clausole di cui agli artt. 9 e 15 delle condizioni generali di contratto; (...).

– ciò premesso, deve rammentarsi che l’art. 1302, comma 2, c.c., (...) introduce la regola dell’efficacia pro quota dell’eccezione di compensazione opposta dal debitore ad uno dei creditori e trova la sua giustificazione nella limitazione del potere dispositivo del creditore alla sola quota o parte ad esso spettante, nonché nelle esigenze di tutela del concreditore che sarebbe costretto, altrimenti, ad agire, in via di regresso, contro gli altri concreditori;

– sostiene la Corte di appello che siffatta regola non troverebbe applicazione al caso in esame, in considerazione dell’operatività degli artt. 1853 e 1854 c.c.; (...).

– l’art. 1854 c.c., invece, (...) sancisce la solidarietà dei cointestatari del conto corrente sia dal lato attivo, sia dal lato passivo, nei confronti della banca in ordine al saldo del conto corrente e trova la sua ratio nell’unicità del rapporto e del conto corrente;

– tuttavia, essa riguarda unicamente i rapporti tra cointestatari e la banca, per cui sono estranei alla sua sfera di operatività i rapporti interni tra i correntisti cointestatari, che rimangono regolati dalla regola generale di cui all’art. 1298, comma 2, c.c., in base al quale debito e credito solidale si dividono in quote uguali (...);

– da ciò consegue che, diversamente da quanto affermato dalla Corte di appello, il principio 9,4 dell’efficacia pro quota dell’eccezione di compensazione nelle obbligazioni solidali non riceve deroghe dalla disciplina tipica del contratto di conto corrente, per cui la banca non può, a meno che le parti non abbiano diversamente disposto, operare la compensazione del credito vantato nei confronti di uno dei cointestatari, non regolato nel conto corrente cointestato, in misura superiore alla quota del saldo di spettanza di quest’ultimo; (...).

– con il primo motivo del ricorso incidentale si censura la sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione degli artt. 1341 e 1853 c.c., nella parte in cui ha ritenuto lecita la compensazione operata dalla banca mediante trasferimento di poste attive sul conto corrente e smobilizzo di titoli e ha escluso il carattere vessatorio dell’art. 9 delle condizioni generali di contratto, ritenendo, conseguentemente, inapplicabile e, comunque, rispettata, la disciplina di cui all’art. 1341 cpv. c.c.;

– il motivo è fondato;

– quanto al primo aspetto, si osserva che, come evidenziato in precedenza, la compensazione tra saldi attivi e passivi prevista dall’art. 1853 c.c. è attuata mediante annotazioni in conto, e, in particolare, attraverso la immissione del saldo di un conto, come posta passiva, in un altro conto ancora aperto, con le modalità proprie di tale tipo di operazione;

– orbene, la parte rileva che la banca ha operato la compensazione mediante operazioni “straordinarie” diverse – ed “enormemente più invasive ed esorbitanti” – dalla mera annotazione in conto corrente prevista dall’art. 1853 c.c., quali il trasferimento di poste attive da un conto deposito a un conto corrente e lo smobilizzo unilaterale di fondi obbligazionari e dossier titoli;

– in presenza dell’allegazione di un siffatto modus operandi – che, peraltro, sembra trovare conferma sia dalla sentenza impugnata, sia dal contenuto del controricorso della banca –, elevato a motivo di gravame, la Corte di appello si limita ad affermare che le operazioni di compensazione sono avvenute nel rispetto del termine di cinque giorni contrattualmente previsto per consentire l’adempimento delle obbligazioni scadute e che “La condotta della banca, in quanto tenuta in attuazione delle facoltà ad essa attribuite dalla legge e dal contratto, non può considerarsi contraria a buona fede, né tale risulta per le modalità di esecuzione”;

– in tal modo, non ha fatto corretta applicazione del principio espresso dall’art. 1853 c.c., in quanto tale disposizione non legittima, di per sé, le modalità di compensazione denunciate dalla correntista;

– né, sotto altro profilo, indica se e quali disposizioni negoziali consentivano il ricorso a tali modalità;

(...) la Corte accoglie il primo motivo del ricorso principale e di quello incidentale (...).”

Il diritto al ristoro in caso di ritardo del vettore aereo non si esaurisce con i soli c.dd. “pernotto limitato” e “cestino per la colazione”

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. III, 17 aprile 2023, n. 10178)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. (...) Con il primo motivo la ricorrente denuncia, con riferimento all’art. 360, comma 1, num. 3, c.p.c., violazione dell’art. 2002 c.c., in relazione agli artt. 1678, 1681 e 1341 c.c., per avere il giudice d’appello rigettato la reiterata eccezione circa l’esistenza, nelle condizioni generali di contratto, di una clausola che escludeva dagli obblighi contrattuali il rispetto delle “tempistiche indicate negli orari”, sul rilievo della mancata produzione dell’integrale contratto di trasporto alla quale non poteva supplire il riferimento alle condizioni pubblicate sul sito della compagnia poiché riflettenti le condizioni attuali e non quelle vigenti al momento dell’acquisto dei titoli di viaggio. (...).

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia, con riferimento all’art. 360, comma 1, num. 3, c.p.c., violazione dell’art. 1223 c.c. “in relazione alla liquidazione di danni patrimoniali indiretti a fattispecie di inadempimento contrattuale”. (...).

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia, con riferimento all’art. 360, comma 1, num. 3, c.p.c., violazione degli artt. 1223 e 2059 c.c., “in relazione alla liquidazione di danni morali estranei alla fattispecie di inadempimento contrattuale o comunque ad essa non direttamente connessi”. (...).

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia, con riferimento all’art. 360, comma 1, num. 3, c.p.c. violazione degli artt. 1226 c.c. e 113, comma 2, c.p.c., per avere il Tribunale proceduto a liquidazione equitativa del danno in mancanza dei relativi presupposti.

5. Il primo motivo è inammissibile.

5.1. Con esso in sostanza la ricorrente deduce la violazione delle norme che regolano la responsabilità contrattuale del vettore aereo per avere erroneamente rigettato l’eccezione diretta a negare tale responsabilità sulla base di dedotta clausola contrattuale per difetto di prova relativa alla sua esistenza. (...).

5.3. Il rilievo della difficoltà di documentare le condizioni generali di contratto stipulato via internet appare privo di significato censorio, non potendo tale difficoltà, quand’anche effettivamente apprezzabile, di per sé costituire ragione di deroga della norma sul riparto dell’onere probatorio.

5.4. Deve peraltro osservarsi, ancora a monte di tali considerazioni, la non decisività del vizio denunciato.

Ed infatti, quand’anche provata, la clausola in questione sarebbe comunque da considerare nulla e priva di effetto ai sensi dell’art. 23, comma 1, della Convenzione di Varsavia del 1929, come detto applicabile alla fattispecie, ai sensi del quale “ogni clausola tendente a esonerare il vettore dalla sua responsabilità od a stabilire un limite inferiore a quello fissato nella presente

Convenzione, è nulla e di nessun effetto; la nullità di questa clausola non ha però per conseguenza la nullità del contratto, il quale resta soggetto alle disposizioni della presente Convenzione”.

5.5. Mette conto al riguardo rammentare che, ai sensi dell’art. 19 della citata Convenzione “il vettore è responsabile del danno derivante da ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci”, e che inoltre, ai sensi del successivo art. 20, “il vettore non è responsabile se prova che egli ed i suoi preposti hanno preso tutte le misure necessarie per evitare il danno o che era loro impossibile di prenderle”. (...).

6. Il secondo motivo è del pari inammissibile.

In sede di legittimità è censurabile soltanto l’eventuale errore compiuto dal giudice di merito nell’individuare la regola giuridica in base alla quale accertare la sussistenza del nesso causale tra fatto illecito ed evento (ad es. la regola della certezza invece che quella della ragionevole probabilità); per contro, l’eventuale errore nell’individuazione delle conseguenze fattuali che sono derivate dall’illecito, alla luce della regola giuridica applicata, costituisce una valutazione di fatto, come tale sottratta al sindacato di legittimità (Cass. n. 4439 del 25/02/2014) (...).

7. Il terzo motivo è infondato.

Come affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la nota sentenza n. 26972 dell’11/11/2008, il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi “previsti dalla legge”, e cioè, secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c.:

a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall’ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale;

b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni);

c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati ex ante dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice.

Tuttavia le stesse Sezioni Unite, con la sentenza già richiamata, hanno pure precisato che il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile – sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. – anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni:

a) che l’interesse leso – e non il pregiudizio sofferto – abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si verrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell’art. 2059 c.c., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile);

b) che la lesione dell’interesse sia grave, nel senso che l’offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all’art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza);

c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità. (...).

9. Il quarto motivo è altresì infondato.

La motivazione sopra richiamata vale indubbiamente a offrire elementi concreti atti a dimostrare l'effettiva esistenza di un apprezzabile pregiudizio di carattere non patrimoniale tale da giustificare pienamente il ricorso alla liquidazione equitativa, quale nella specie operata dal Tribunale. (...).

(...) Rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore dei controricorrenti, delle spese processuali. (...)"

Nota a cura di Lorenzo Forlano

La sentenza della Corte di cassazione in rassegna prende le mosse da una controversia inerente ad una tematica di estrema attualità – soprattutto a ridosso della pandemia da Covid-19, della guerra e dei disagi da queste scaturiti – esaminando un segmento di un contenzioso insorto tra una compagnia aerea ed una coppia di viaggiatori.

La circostanza della cancellazione ovvero del ritardo di un volo aereo, “*casus belli*” della lite in approfondimento, è infatti, sovente, al centro di dibattiti e confronti, sia di natura giurisprudenziale che di natura popolare, dominando i c.dd. mass media.

Nel caso sottoposto ad esame, le parti giungono davanti ai Giudici della Suprema Corte di cassazione dopo un ricorso depositato da una compagnia di volo russa contro due viaggiatori, i quali, a loro volta, l'avevano citata in giudizio dinnanzi al Giudice di Pace di Bologna.

Ripercorrendo preliminarmente il fatto, è doveroso sottolineare che i due passeggeri italiani convennero in giudizio per ottenere la condanna al risarcimento dei danni causati dal ritardo di oltre ventiquattro ore di un volo aereo e della sosta nello scalo intermedio, in cui essi rimasero bloccati e collocati in una struttura alberghiera – in cui vigeva l'obbligo di permanenza all'interno delle camere – dalla compagnia aerea. Quest'ultima, inoltre, si era limitata a fornire loro un cestino di alimenti e bevande per la colazione del giorno successivo.

Il GDP di Bologna, con sentenza n. 919/2019, accolse favorevolmente la pretesa degli attori, condannando la convenuta ad un risarcimento pecuniario. La stessa decisione, per giunta, fu suffragata dal Tribunale di Bologna. I Giudici felsinei sostennero, tuttavia, altre motivazioni, rintracciabili nella Convenzione di Varsavia del 1929 che, all'art. 19, sancisce la responsabilità del vettore per il ritardo nel trasporto e, all'art. 22, il risarcimento del danno, rinviando al contempo i criteri alla legge nazionale del giudice.

La compagnia di volo russa, contrastando le suddette decisioni, depositò, come sopra anticipato, ricorso per Cassazione.

La Suprema Corte, con sentenza n. 10178 del 17 aprile 2023, si è trovata, dunque, ad esprimersi su una *vexata quaestio* in cui, dal punto di vista giurisprudenziale, appare interessante la commistione tra diritto nazionale ed internazionale.

Le motivazioni sostenute da parte ricorrente erano quattro, accomunate dal richiamo all'art. 360 comma 1, num. 3, c.p.c. per la violazione: a) dell'art. 2002 c.c., in relazione agli artt. 1678, 1681 e 1341 c.c., da parte del giudice d'appello sul rigetto circa l'esistenza di una clausola, indicata nelle condizioni generali di contratto, che negava obblighi derivanti dal rispetto di tempistiche orarie; b) dell'art. 1223 c.c., circa i danni patrimoniali di natura indiretta

a fattispecie di inadempimento contrattuale a cui, secondo la compagnia, non è possibile correlare le esigenze alimentari della coppia al ritardo aereo; c) degli artt. 1223 e 2059 c.c., a proposito di “liquidazione di danni morali estranei alla fattispecie di inadempimento contrattuale o comunque ad essa non direttamente connessi”; d) degli artt. 1226 c.c. e 113, comma 2, c.p.c., poiché il Tribunale aveva proceduto a liquidazione equitativa del danno senza che ne ricorressero i relativi presupposti.

Tutte le motivazioni presentate nel ricorso, e sopra riassunte, sono state respinte in quanto ritenute inammissibili (*a e b*) o infondate (*c e d*).

Ricostruita, quindi, la cornice fattuale in merito alla pronuncia della Suprema Corte, si ritiene opportuno concentrarsi su un’analisi delle conclusioni interpretative compiute dagli Ermellini.

In prim’ordine, si considera di fondamentale importanza l’attenzione data nella sentenza all’impugnazione di parte ricorrente circa le norme che scandiscono la responsabilità contrattuale del vettore aereo per aver erroneamente rigettato l’eccezione volta a negare suddetta responsabilità in virtù di una clausola contrattuale per difetto di prova inerente alla sua esistenza. Tutto ciò, però, viene a monte escluso, non solo per il richiamo a pronunce circa l’esercizio di potere/dovere di autonoma qualificazione giuridica del suo contenuto sostanziale (Cass., Sez. Un., n. 17931 del 24 luglio 2013), ma anche e soprattutto per l’incongruenza palese con ciò che viene sancito dalla Convenzione di Varsavia del 1929. Quest’ultima trova ampio spazio nella questione in commento, poiché la stessa sopracitata clausola esposta nei motivi del ricorso sarebbe ritenuta, in ogni modo, nulla e priva di effetto ai sensi dell’art. 23, comma 1, all’interno del quale viene sancito come non sia in alcun modo possibile un esonero di responsabilità del vettore o di un limite di questa inferiore a ciò che è scandito nella Convenzione. In merito, è d’uopo soffermarsi su come l’art. 19 ed il successivo art. 20 siano di riferimento per la decisione presa dalla Cassazione: il primo poiché afferma una chiara responsabilità del danno derivante da ritardo nel trasporto aereo di passeggeri, bagagli o merci; ai sensi del secondo, invece, il vettore per non essere ritenuto responsabile deve provare di aver adottato ogni misura necessaria (o la sua impossibilità) per evitare il danno. Norme, dunque, chiare ed evidenti a supportare le motivazioni della Corte.

Il richiamo alle fonti di natura internazionale in materia di trasporto aereo è vasto e, a parer di chi scrive, trova conferma in altre disposizioni, dello stesso tenore e ancor più recenti che, però, non vengono affrontate in questa sentenza, ma ne rafforzano la decisione. Un esempio lampante è rappresentato dagli artt. 6 e 9 del Regolamento (CE) n. 261 dell’11 febbraio 2004, dettante “regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (CEE) n. 295/91”. L’art. 6 si sofferma su quanto la compagnia possa ragionevolmente prevedere che il volo sarà ritardato; l’art. 9, invece, sancisce che “il passeggero ha diritto a titolo gratuito a pasti e bevande in congrua relazione alla durata dell’attesa”.

Circa la presunzione di responsabilità del vettore, come ampiamente dimostrato dalla giurisprudenza, questa opera naturalmente sul piano dell’imputabilità dell’inadempimento, *ex art.* 1218 c.c. e non sulla prova oggettiva dello stesso. Appare evidente, inoltre, come il debitore sia gravato dall’onere della prova dell’avvenuto adempimento. Anche nella circostanza in cui si parli di inesatto adempimento e non di inadempimento dell’obbligazione, al creditore basta fornire allegazione, mentre graverà sul debitore l’onere di dimostrare l’esatto adempimento. (si veda, *ex plurimis*, in materia di danni da inesatto adempimento del contratto di trasporto aereo la sentenza della Cassazione n. 1584 del 23.01.2018).

Proseguendo nelle ragioni della decisione in commento, i Giudici della Suprema Corte ripercorrono il tema dell’accertamento della sussistenza del nesso causale tra fatto illecito ed

evento. Per poter determinare ciò per la controversia in analisi, essi applicano la regolarità causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve collegare l'evento di danno (nello specifico, le oltre ventiquattro ore di ritardo del vettore e la successiva attesa in aeroporto) alla conseguenza dannosa (ossia l'acquisto di bevande e alimenti). A sostegno delle regole di cui sopra, vi è poi un'applicazione di natura pratica sul collegamento tra una permanenza forzata in un preciso luogo e l'ovvia esigenza di sostentamento alimentare.

Un'ulteriore *quaestio iuris* trattata riguarda quella inerente alla risarcibilità del danno patrimoniale, che si conferma, ancora una volta, nei soli casi previsti dalla legge, cioè, secondo una consolidata interpretazione dell'art. 2059 c.c., e come precedentemente stabilito anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 26972 dell'11.11.2008: 1) quando il fatto illecito sia configurabile astrattamente come reato; 2) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge consente espressamente il ristoro del danno non patrimoniale anche oltre una ipotesi di reato; 3) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, oggetto di tutela costituzionale.

Ad abundantiam, si sottolinea come il richiamo alla lesione di diritti costituzionalmente tutelati trovi espressione in pronunce altresì recenti della Suprema Corte, come la n. 4723 del 15.02.2023, in relazione ad un'analogo fattispecie di danni patiti da passeggeri di un volo a causa del ritardo nella consegna del bagaglio. In particolare, è consolidato il riferimento alla violazione dell'art. 16 della Costituzione, "*consistente nello stress, nell'ansia e nel disagio scaturiti dalla lesione del diritto di circolazione*".

La pronuncia in commento ha così ribadito l'orientamento giurisprudenziale in materia di responsabilità del vettore e della risarcibilità del danno patrimoniale, in un'ottica allargata in cui è mirata la difesa dei diritti garantiti sia dal diritto nazionale che da quello internazionale, ponendo l'accento su una tematica di frequente controversia nel periodo recente.

Abitazione in regime di comunione legale e godimento esclusivo da parte di un coniuge. L'indennità di occupazione non è automatica

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. II, 18 aprile 2023, n. 10264)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“Nel sistema della comunione del diritto di proprietà per quote ideali ciascun partecipante gode del bene comune in maniera diretta e promiscua, cioè come può purché non ne alteri la destinazione e non impedisca l'esercizio delle pari facoltà di godimento che spettano agli altri comproprietari (art. 1102 c.c.). Allorché per la natura del bene o per qualunque altra circostanza non sia possibile un godimento diretto tale da consentire a ciascun partecipante alla comunione di fare parimenti uso della cosa comune, i comproprietari possono deliberarne l'uso indiretto (a maggioranza o all'unanimità, secondo il tipo di uso deliberato: cfr. artt. 1105 e 1108 c.c.) (...) pur essendo pacifica nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione secondo cui il condividente che non tragga diretto godimento dal bene in comunione, possa chiedere la propria quota parte dei frutti del bene al condividente che invece ne abbia il concreto godimento, non appare condivisibile la decisione del giudice di secondo grado che ha ritenuto di riconoscere il diritto ad indennità della B.B. fin dal febbraio 2007, a far tempo dalla sentenza di separazione dei coniugi, (...), in mancanza di una richiesta di rilascio del bene in favore della controricorrente ovvero di istanza di uso turnario del bene medesimo o di richiesta da parte della stessa di ricevere la quota parte dei frutti non goduti (pertanto, in mancanza di accertamenti circa le concrete richieste della condividente non beneficiaria del bene a ricevere siffatti frutti). Infatti, dalla sentenza impugnata si ricava che l'oggetto di comunione è l'abitazione coniugale e dunque una cosa per definizione idonea a produrre frutti civili, di cui il A.A. ne ha goduto in via esclusiva. Sulla base di tali premesse di fatto, la Corte d'appello ha falsamente applicato (invece delle norme sulla comunione) l'art. 1148 c.c., che disciplina il caso, affatto diverso, della sorte dei frutti naturali o civili percepiti dal possessore di buona fede il quale debba restituire la cosa al rivendicante. Tale norma regola l'attribuzione dei frutti nel conflitto esterno tra possessore in buona fede e proprietario, e dunque non può operare per disciplinare il diverso problema della ripartizione interna fra più comproprietari dei frutti ritratti o ritraibili dalla cosa comune”.

La produzione dell'estratto conto può offrire la prova del saldo del conto stesso

Argomento: Della tutela dei diritti

(Cass. Civ., Sez. I, 18 aprile 2023, n. 10293)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1.1 – (...) Il motivo del ricorso principale della banca deduce la violazione dell’art. 2697 c.c. e la falsa applicazione dell’art. 117, comma 7, t.u.b., in quanto la Corte territoriale ha condiviso le risultanze della c.t.u., nonostante che questa avesse utilizzato i dati del c.d. conto scalare, che, però, costituiscono un mero criterio presuntivo, senza che la società abbia invece prodotto gli estratti conto per l’intero rapporto.

1.2 – Il motivo del ricorso incidentale della correntista deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c. e 345 c.p.c., ai sensi dell’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, in quanto la relazione peritale (...) aveva ricalcolato il dovuto, espungendo le poste indebite sino al 2006 e, quindi, per il periodo successivo a tale anno, aveva considerato solo gli effetti che il ricalcolo aveva prodotto sulle risultanze del conto, in quanto gli addebiti precedenti avevano comunque avuto ripercussioni per il periodo successivo, nonostante la liceità delle poste, oggetto di clausole pattuite nelle forme dovute dopo tale data. In tal modo, sussiste il mancato esame delle risultanze peritali, con un vizio della decisione, per la mancanza di qualsiasi motivazione circa il dissenso dal suo ausiliario e l’apodittica riduzione della somma dovuta per circa un terzo.

2.1. – Il motivo del ricorso principale è inammissibile.

Esso invero intende riproporre un giudizio sul fatto, dal momento che la sentenza impugnata ha ritenuto di aderire alle risultanze dei calcoli operati dal c.t.u.: il quale si è sì fondato su conti c.d. scalari, ma ha rielaborato per intero il dovuto, espungendo le poste indebite risultanti.

Tale modus procedendi, da un lato, non incorre nella violazione delle norme invocate dalla ricorrente, e, dall’altro lato, appartiene all’ambito del giudizio sul fatto ed all’apprezzamento delle risultanze processuali, interamente affidato al giudice del merito.

(...) A fronte di una produzione non integrale degli estratti conto, è sempre possibile, per il giudice del merito, ricostruire i saldi attraverso l’impiego di mezzi di prova ulteriori, purché questi siano idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all’inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto rapporto (Cass. n. 11543-2019; Cass. n. 9526-2019). La prova dei movimenti del conto può, pertanto, desumersi aliunde (Cass. n. 29190-2020), avvalendosi eventualmente dell’opera di un consulente d’ufficio che ridetermini il saldo del conto in base a quanto emergente dai documenti prodotti in giudizio, che devono fornire indicazioni certe e complete nei termini sopra illustrati (Cass. n. 20621-2021).

2.2. – Il ricorso incidentale è fondato.

La sentenza impugnata espone, sul punto, una motivazione inadeguata e carente, inferiore al c.d. minimo costituzionale, in quanto non dà conto della necessità esposta nella c.t.u. (...)

di valutare gli effetti del ricalcolo anche per il periodo in cui, pure, la liceità delle clausole derivava dalla loro formalizzazione e liceità. Essa dimostra, in tal modo, l'omesso esame di fatto storico, riportato dalla c.t.u., relativo alle conseguenze ed alle ripercussioni sull'indebito pagato dal cliente, anche nel periodo post 2006, proprio a causa (...) degli effetti che il ricalcolo del dovuto a tale data ha avuto anche per i rapporti di dare-avere successivi.

3. – La sentenza impugnata va dunque cassata, in accoglimento del ricorso incidentale (...): “La produzione dell’estratto conto, quale atto riassuntivo delle movimentazioni del conto corrente, può offrire la prova del saldo del conto stesso, in combinazione con le eventuali controdeduzioni di controparte e delle altre risultanze processuali; là dove tali movimentazioni siano ricavabili anche – da altri documenti, come i cosiddetti riassunti scalari, attraverso la ricostruzione operata dal consulente tecnico d’ufficio, secondo l’insindacabile accertamento in fatto del giudice di merito, ciò è sufficiente alla integrazione della prova di cui il correntista richiedente è onerato”.

Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente *ex art. 2058, co. 2, codice civile*: il ruolo della locupletazione del danneggiato

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 20 aprile 2023, n. 10686)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“(…) la disposizione dell’art. 2058 c.c. prevede che il danneggiato possa chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile (1 co.), consentendo tuttavia al giudice di disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore; ciò significa che, in relazione al danno subito da un veicolo, nel primo caso la somma dovuta è calcolata sui costi necessari per la riparazione, mentre nel secondo è riferita alla differenza fra il valore del bene integro (ossia nel suo stato ante sinistro) e quello del bene danneggiato (cfr. Cass. n. 5993/1997 e Cass. n. 27546/2017), ovvero nella “differenza fra il valore commerciale del veicolo prima dell’incidente e la somma ricavabile dalla vendita di esso, nelle condizioni in cui si è venuto a trovare dopo l’incidente, con l’aggiunta ulteriore della somma occorrente per le spese di immatricolazione e accessori del veicolo sostitutivo di quello danneggiato” (Cass. n. 4035/1975); **le due modalità di liquidazione si pongono, fra loro, in un rapporto di regola ed eccezione, nel senso che la reintegrazione in forma specifica (che vale a ripristinare la situazione patrimoniale lesa mediante la riparazione del bene) costituisce la modalità ordinaria, che può tuttavia essere derogata dal giudice – con valutazione rimessa al suo prudente apprezzamento (“può disporre”) – in favore del risarcimento per equivalente, laddove la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per la parte obbligata;** quanto all’eccessiva onerosità, la giurisprudenza di legittimità l’ha ritenuta ricorrente “allorquando il costo delle riparazioni superi notevolmente il valore di mercato del veicolo” (Cass. n. 2402/1998, Cass. n. 21012/2010 e Cass. n. 10196/2022), non mancando di rilevare che, se la somma occorrente per la reintegrazione in forma specifica “supera notevolmente il valore di mercato dell’auto, da una parte essa risulta eccessivamente onerosa per il debitore danneggiante e dall’altra finisce per costituire una locupletazione del danneggiato” (Cass. n. 24718/2013, in motivazione, a pag. 5); (…) nel bilanciamento fra l’esigenza di reintegrare il danneggiato nella situazione antecedente al sinistro e quella di non gravare il danneggiante di un costo eccessivo, **l’eventuale locupletazione per il danneggiato costituisca un elemento idoneo a orientare il giudice nella scelta della modalità liquidatoria e, al tempo stesso, un dato sintomatico della correttezza dell’applicazione dell’art. 2058, 2 co. c.c.;** invero, va considerato che il danneggiato può avere serie ed apprezzabili ragioni per preferire la riparazione alla sostituzione del veicolo danneggiato (ad es., perché gli risulta più agevole la guida di un mezzo cui è abituato o perché vi sono difficoltà di reperirne uno con caratteristiche simili sul mercato o perché vuole sottrarsi ai tempi della ricerca di un veicolo equipollente e ai rischi di un usato che potrebbe rivelarsi non affidabile) e che una piena soddisfazione delle sue ragioni risarcito-

rie può comportare un costo anche notevolmente superiore a quello della sostituzione; per altro verso, al debitore non può essere imposta sempre e comunque (a qualunque costo) la reintegrazione in forma specifica, dato che l'obbligo risarcitorio deve essere comunque parametrato a elementi oggettivi e che, pur tenendo conto dell'interesse del danneggiato al ripristino del bene e della possibilità che i costi di tale ripristino si discostino anche in misura sensibile dal valore di scambio del bene, non può consentirsi che al danneggiato venga riconosciuto più di quanto necessario per elidere il pregiudizio subito (ostandovi il principio – sotteso all'intero sistema della responsabilità civile secondo cui il risarcimento deve essere integrale, ma non può eccedere la misura del danno e comportare un arricchimento per il danneggiato); come si è visto, **la giurisprudenza di legittimità ha individuato il punto di equilibrio delle contrapposte esigenze facendo riferimento alla necessità che il costo delle riparazioni non superi “notevolmente” il valore di mercato del veicolo danneggiato**; si tratta di un criterio che si presta a tutelare adeguatamente la posizione dell'obligato rispetto ad eccessi liquidatori, ma non anche a tener conto della necessità di non sacrificare specifiche esigenze del danneggiato a veder ripristinato il proprio mezzo; esigenze che – come detto – debbono trovare tutela nella misura in cui risultino idonee a realizzare la migliore soddisfazione del danneggiato e, al tempo stesso, non ne comportino una indebita locupletazione; **in tale ottica, deve dunque ritenersi che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2058, 2 co. c.c., la verifica di eccessiva onerosità non possa basarsi soltanto sull'entità dei costi, ma debba anche valutare se la reintegrazione in forma specifica comporti o meno una locupletazione per il danneggiato, tale da superare la finalità risarcitoria che le è propria e da rendere ingiustificata la condanna del debitore a una prestazione che ecceda notevolmente il valore di mercato del bene danneggiato; (...).**

(...), laddove il danneggiato decida – com'è suo diritto – di procedere alla riparazione anziché alla sostituzione del mezzo danneggiato, non risulta giustificato (perché si tradurrebbe in una indebita locupletazione per il responsabile) il mancato riconoscimento di tutte le voci di danno che competerebbero in caso di rottamazione e sostituzione del veicolo; invero, a fronte di un danno accertato, l'opzione del giudice in favore del criterio liquidativo per equivalente deve necessariamente comportare il riconoscimento di tutte le voci di danno che sarebbero spettate al danneggiato se non avesse scelto di riparare il mezzo e, quindi, anche di costi che non siano stati effettivamente sostenuti, ma che sono necessariamente da considerare nell'ambito di una liquidazione per equivalente che, per essere tale, deve comprendere tutti gli importi occorrenti per elidere il danno mediante la sostituzione del veicolo danneggiato; non si tratta, a ben vedere, di liquidare danni non verificatisi, ma di utilizzare in modo coerente, in relazione al danno cristallizzatosi al momento del sinistro, la tecnica liquidatoria prescelta; tecnica che risulta comunque tale da comportare, per l'obligato, un esborso inferiore a quello cui sarebbe stato tenuto in caso di risarcimento in forma specifica; in tal modo pervenendosi a tutelare il danneggiante rispetto ad esborsi eccessivi conseguenti a scelte del danneggiato, senza tuttavia riconoscergli una locupletazione per il fatto che il danneggiato abbia preferito riparare il mezzo (e senza “punire” quest'ultimo per il fatto di avere compiuto tale legittima scelta, come avverrebbe se gli si riconoscesse meno di quanto avrebbe ricevuto se avesse rottamato l'auto); (...).”

Obbligatorietà del deposito telematico di atti e di provvedimenti. I ricorsi per Cassazione devono essere depositati, a pena di improcedibilità, in modalità telematica

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., Sez. I, 20 aprile 2023, n. 10689)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“III – (...) di riflesso a tale previsione è divenuta immediatamente operativa, a partire dal 1° gennaio 2023, la disposizione dell’art. 196-quater disp. att. cod. proc. civ. in ordine alla “obbligatorietà del deposito telematico di atti e di provvedimenti”:

– **“Il deposito degli atti processuali e dei documenti, ivi compresa la nota di iscrizione a ruolo, da parte del pubblico ministero, dei difensori e dei soggetti nominati o delegati dall’autorità giudiziaria ha luogo esclusivamente con modalità telematiche. Con le stesse modalità le parti depositano gli atti e i documenti provenienti dai soggetti da esse nominati. Il giudice può ordinare il deposito di copia cartacea di singoli atti e documenti per ragioni specifiche. Il deposito dei provvedimenti del giudice e dei verbali di udienza ha luogo con modalità telematiche. Il deposito con modalità telematiche è effettuato nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Il capo dell’ufficio autorizza il deposito con modalità non telematiche quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti e sussiste una situazione di urgenza, dandone comunicazione attraverso il sito istituzionale dell’ufficio. Con la medesima forma di pubblicità provvede a comunicare l’avvenuta riattivazione del sistema.” (...).**

V – Nella sua inequivoca formulazione e nella ratio che la sottende, essa assume portata cogente, e dunque implica l’osservanza dell’obbligo del deposito telematico in funzione dell’art. 369 cod. proc. civ. Non altrimenti può giustificarsi, d’altronde, la specifica indicazione delle eccezioni alla regola stessa, legate unicamente al non funzionamento dei sistemi informatici del dominio giustizia.

VI – **Ne segue che, a far data dal 1° gennaio 2023, tutti i ricorsi per Cassazione debbono essere depositati in modalità telematica sotto pena di improcedibilità, poiché questa è adesso la modalità di legge alla quale allude l’art. 369 cod. proc. civ., salve le eccezioni appositamente specificate. Il ricorso va dunque dichiarato improcedibile. (...)**”.

Scontro tra un veicolo e la fauna selvatica: l'onere della prova a carico del danneggiato

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 27 aprile 2023, n. 11107)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“3.1 – (...) i danni cagionati dalla fauna selvatica sono risarcibili dalla P.A. a norma dell’art. 2052 c.c., giacché, da un lato, il criterio di imputazione della responsabilità previsto da tale disposizione si fonda non sul dovere di custodia, ma sulla proprietà o, comunque, sull’utilizzazione dell’animale e, dall’altro, le specie selvatiche protette ai sensi della L. n. 157 del 1992 rientrano nel patrimonio indisponibile dello Stato e sono affidate alla cura e alla gestione di soggetti pubblici in funzione della tutela generale dell’ambiente e dell’ecosistema”; “nell’azione di risarcimento del danno cagionato da animali selvatici a norma dell’art. 2052 c.c. la legittimazione passiva spetta in via esclusiva alla Regione, in quanto titolare della competenza normativa in materia di patrimonio faunistico, nonché delle funzioni amministrative di programmazione, di coordinamento e di controllo delle attività di tutela e gestione della fauna selvatica, anche se eventualmente svolte – per delega o in base a poteri di cui sono direttamente titolari – da altri enti; la Regione può rivalersi (anche mediante chiamata in causa nello stesso giudizio promosso dal danneggiato) nei confronti degli enti ai quali sarebbe in concreto spettata, nell’esercizio di funzioni proprie o delegate, l’adozione delle misure che avrebbero dovuto impedire il danno”; “in materia di danni da fauna selvatica a norma dell’art. 2052 c.c., grava sul danneggiato l’onere di dimostrare il nesso eziologico tra il comportamento dell’animale e l’evento lesivo, mentre spetta alla Regione fornire la prova liberatoria del caso fortuito, dimostrando che la condotta dell’animale si è posta del tutto al di fuori della propria sfera di controllo, come causa autonoma, eccezionale, imprevedibile o, comunque, non evitabile neanche mediante l’adozione delle più adeguate e diligenti misure – concretamente esigibili in relazione alla situazione di fatto e compatibili con la funzione di protezione dell’ambiente e dell’ecosistema – di gestione e controllo del patrimonio faunistico e di cautela per i terzi”. (...).

3.3. – (...) Per quanto riguarda le ulteriori censure, con le quali, nella sostanza, il ricorrente sostiene che egli aveva ampiamente fornito la prova necessaria ai fini dell’affermazione della responsabilità della Regione ai sensi dell’art. 2052 c.c., mentre quest’ultima non avrebbe fornito la prova liberatoria del caso fortuito, si osserva quanto segue. La decisione impugnata risulta del tutto conforme, in diritto, ai principi che si sono esposti in premessa, in tema di responsabilità per gli incidenti stradali causati da animali selvatici, ai sensi dell’art. 2052 c.c. Come espressamente precisato nei precedenti già richiamati di questa Corte (ed invocati dallo stesso ricorrente a sostegno della presente impugnazione), con i quali si è affermata l’applicabilità dell’art. 2052 c.c. alle ipotesi di danni causati dalla fauna selvatica, “nel caso di danni derivanti da incidenti stradali tra veicoli ed animali selvatici (ipotesi invero statisticamente

molto frequente, nel tipo di contenzioso in esame), non può ritenersi sufficiente – ai fini dell’applicabilità del criterio di imputazione della responsabilità di cui all’art. 2052 c.c. – la sola dimostrazione della presenza dell’animale sulla carreggiata e neanche che si sia verificato l’impatto tra l’animale ed il veicolo, in quanto, poiché al danneggiato spetta di provare che la condotta dell’animale sia stata la “causa” del danno e poiché, ai sensi dell’art. 2054 c.c., comma 1, in caso di incidenti stradali il conducente del veicolo è comunque onerato della prova di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno, quest’ultimo – per ottenere l’integrale risarcimento del danno che allega di aver subito – dovrà anche allegare e dimostrare l’esatta dinamica del sinistro, dalla quale emerga che egli aveva nella specie adottato ogni opportuna cautela nella propria condotta di guida (cautela da valutare con particolare rigore in caso di circolazione in aree in cui fosse segnalata o comunque nota la possibile presenza di animali selvatici) e che la condotta dell’animale selvatico abbia avuto effettivamente ed in concreto un carattere di tale imprevedibilità ed irrazionalità per cui – nonostante ogni cautela – non sarebbe stato comunque possibile evitare l’impatto, di modo che essa possa effettivamente ritenersi causa esclusiva (o quanto meno concorrente) del danno” (cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 7969 del 20/04/2020, in motivazione, al paragrafo 6.1; conf., più di recente: Cass., Sez. 6 – 3, Ordinanza n. 30294 del 14/10/2022).

Il tribunale, nel rilevare la mancanza di adeguata prova della condotta di guida connotata da speciale prudenza da parte dell’attore nel tratto di strada in cui è avvenuto l’incidente, ove era nota e segnalata la possibile presenza di animali selvatici, nonché del comportamento in concreto imprevedibile dell’animale, tale da rendere inevitabile l’impatto, cioè, in altri termini, nel negare che fosse stata fornita sufficiente prova del nesso di causa tra la condotta dell’animale selvatico e l’evento dannoso lamentato dall’attore, ha correttamente applicato i suddetti principi di diritto, contrariamente a quanto sostiene il ricorrente. Per ogni altro aspetto, le censure di quest’ultimo si risolvono nella contestazione degli accertamenti di fatto operati dal giudice del merito – che sono sostenuti da adeguata e esaustiva, benché sintetica, motivazione (la si trova espressa a pag. 5 della sentenza impugnata), non apparente né insanabilmente contraddittoria sul piano logico, come tale non censurabile nella presente sede – nonché nella richiesta di una nuova e diversa valutazione delle prove, il che non è consentito in sede di legittimità. (...).”

"Ancora" sul danno non patrimoniale. Liquidazione e valutazione del danno morale soggettivo

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. Lav., 27 aprile 2023, n. 11108)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. La Corte di appello di Genova ha confermato la sentenza del Tribunale della stessa città che decidendo sul ricorso proposto da A.A. nei confronti di *Omissis* e *Omissis* aveva condannato le convenute al pagamento in suo favore della somma di Euro 9.419,45 oltre interessi e rivalutazione dalla sentenza al saldo a titolo di risarcimento del danno subito a seguito del naufragio della m/n (*Omissis*) ed al rimborso della somma di Euro 2.195,57 a titolo di rimborso spese viaggio e soggiorno ed Euro 800,00 per le spese di ctp, oltre accessori e spese di lite rigettando le altre domande: nave sulla quale la A.A. era imbarcata quale assistente cameriera (...).

5. Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 2056, 1226 e 1223 c.c., censura la sentenza impugnata per avere, in sintesi, ritenuto che la liquidazione del danno sulla base della massima personalizzazione prevista dalle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano operata dal giudice di primo grado, ristorasse l'intero danno sofferto dalla lavoratrice; al contrario, secondo parte ricorrente, la liquidazione operata non teneva conto del pregiudizio subito dalla lavoratrice, esterno al danno non patrimoniale connesso alla diminuzione dell'integrità psico fisica, rappresentato dal coinvolgimento nel naufragio della nave (*Omissis*) e dalla connessa sofferenza legata al protratto timore, per diverse ore, per la propria sopravvivenza.

6. Con il secondo motivo, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 2059, 2056, 1226 e 1223 c.c., censura la sentenza impugnata per avere, nell'ambito del complessivo risarcimento attribuito alla lavoratrice, quantificato la componente ascritta al danno non patrimoniale cd. morale, in Euro 1.311,00 somma che assume non corrispondente alla concreta gravità ed incidenza del pregiudizio sofferto; in particolare evidenzia che le tabelle milanesi tengono conto, con effetti fortemente diminuenti, dell'età del soggetto danneggiato laddove quest'ultima non era destinata ad assumere in concreto alcuna rilevanza nella valutazione del danno scaturente dal coinvolgimento in un evento drammatico e straordinario come il naufragio.

7. Con il terzo motivo di ricorso, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 2059 e 2087 c.c. e dell'art. 185 c.p., censura la sentenza impugnata per avere limitato il risarcimento del danno non patrimoniale al pregiudizio alla salute e non anche all'ulteriore danno connesso al fatto di essere la lavoratrice rimasta vittima di un grave reato e di avere subito la compressione dei propri diritti inviolabili della persona – ulteriori rispetto a quello alla salute – di cui agli artt. 2 e 4 Cost. (...).

9. Con il quinto motivo di ricorso deduce error in procedendo per violazione degli artt. 414 e 437 c.p.c. nonché degli artt. 112 e 115 c.p.c.; censura la sentenza impugnata per avere rite-

nuto che il riferimento alla lesione al diritto di libertà e alla dignità personale sarebbe stato formulato solo in secondo grado e per avere affermato la genericità delle deduzioni di primo grado in punto di danno morale; assume, mediante richiami al contenuto del ricorso introduttivo, che la errata interpretazione delle domande aveva determinato violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato ed evidenzia che i fatti dedotti in domanda non erano stati specificamente contestati dalle controparti; irrilevante la mancata denuncia in prime cure dell'avvenuta lesione della propria dignità personale posto che stante il rilievo penale degli eventi alla base della domanda, la risarcibilità del danno ad essi connesso doveva considerarsi pacifica ai sensi dell'art. 2059 c.c. e art. 185 c.p.; sussistevano quindi presupposti per la richiesta di autonomo risarcimento ex art. 2059 c.c.

10. Con il sesto motivo deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 2727 e 2729 c.c. nonché degli artt. 115 e 116 c.p.c. censurando la sentenza impugnata per avere respinto la domanda di risarcimento dell'ulteriore danno in quanto ritenuta generica; il giudice di appello non aveva considerato che le allegazioni difensive della ricorrente non erano state contestate per cui dovevano ritenersi provate ed inoltre, alcune, da ritenersi notorie ai sensi dell'art. 115 c.p.c. per il rilievo avuto negli organi di stampa del naufragio della società.

11. I motivi possono essere esaminati congiuntamente, per connessione, in quanto tutti intesi a denunciare, sotto vari profili, il mancato riconoscimento del danno non patrimoniale, asseritamente ulteriore rispetto a quello attribuito dal giudice di appello, danno collegato al patema connesso al coinvolgimento nella tragica vicenda del naufragio della motonave (*Omissis*) della *Omissis* Spa. (...).

16. (...) Riguardo al danno morale soggettivo, si è affermato che esso costituisce una voce di pregiudizio non patrimoniale, ricollegabile alla violazione di un interesse costituzionalmente tutelato, ontologicamente distinta dal danno biologico e dal danno nei suoi aspetti dinamico relazionali, con la conseguenza che va risarcito autonomamente, ove provato, senza che ciò comporti alcuna duplicazione (v. Cass. n. 24075 del 2017; n. 901 del 2018).

17. È compito del giudice di merito, una volta identificata la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, “rigorosamente valutare, sul piano della prova, tanto l'aspetto interiore del danno (c.d. danno morale), quanto il suo impatto modificativo in peius con la vita quotidiana (il danno c.d. esistenziale, o danno alla vita di relazione, da intendersi quale danno dinamico-relazionale), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile – alla luce dell'insegnamento della Corte Costituzionale (sentenza n. 235/2014) e del recente intervento del legislatore (artt. 138 e 139 C.d.A. come modificati dalla legge annuale per il Mercato e la Concorrenza del 4 agosto 2017 n. 124) – è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, la quale, nella sua realtà naturalistica, si può connotare in concreto di entrambi tali aspetti essenziali, costituenti danni diversi e, perciò, autonomamente risarcibili, ma solo se provati caso per caso con tutti i mezzi di prova normativamente previsti” (Cass. n. 901 del 2018 cit.; v. anche Cass. n. 23469 del 2018; n. 11851 del 2015).

(...) La Corte rigetta il ricorso. (...).”

Nota a cura di Alessia Maggiotto

Ancora una volta gli Ermellini tornano a pronunciarsi su un principio che ad oggi dovrebbe già considerarsi consolidato ovvero quello della natura del danno non patrimoniale. Infatti la

giurisprudenza, sin dal 2008, con ben quattro pronunce gemelle tra cui la n. 26972/2008 e la 26975/2008 richiamate dall'ordinanza in commento ha rappresentato un quadro dettagliato e completo sulla natura del danno non patrimoniale e la successiva liquidazione. Ripercorrendo i fatti di causa in primo grado la sig.ra A.A. aveva proposto ricorso nei confronti della *Omissis* e della *Omissis* s.p.a. al fine di richiedere il risarcimento dei danni subiti a seguito del naufragio della nave della *Omissis* s.p.a. ove la ricorrente svolgeva la mansione di assistente cameriera. In accoglimento della sua domanda il Tribunale di Genova liquidava in favore della lavoratrice l'importo di € 9.419,45 a titolo di risarcimento del danno.

Nella liquidazione del predetto danno il giudice di merito aveva applicato i parametri di cui alle Tabelle di Milano con la maggiorazione nella misura massima del 50% a titolo di personalizzazione del danno. La ricorrente, ritenendo che nella liquidazione del danno il giudice di primo grado avrebbe dovuto liquidare in maniera separata ed ulteriore il danno collegato al patema d'animo connesso al "coinvolgimento nella tragica vicenda del naufragio della motonave *Omissis* della *Omissis* Spa" proponeva appello alla predetta sentenza.

La Corte d'Appello di Genova con la sentenza n. 203/2017 ha confermato la pronuncia del precedente giudicante affermando che l'ulteriore danno morale rivendicato dalla lavoratrice era già stato valutato e calcolato aggiungendo alla liquidazione di cui alle Tabelle di Milano la relativa personalizzazione nella misura massima del 50%.

Arrivando all'attuale ordinanza n. 11108 del 27/04/2023 gli Ermellini hanno rigettato il ricorso della sig.ra A.A. con la quale tramite quattro dei sei motivi oggetto di impugnazione (gli altri due di carattere prettamente processuale) richiedeva nuovamente la riforma della pronuncia di secondo grado nella parte in cui i precedenti giudicanti non le avevano riconosciuto l'ulteriore ed autonomo danno non patrimoniale, rispetto a quello riconosciuto in primo grado, legato al patema d'animo derivante dalla partecipazione all'evento traumatico del naufragio della motonave della *Omissis*. Stante l'unicità di fondo, anche se sotto diversi profili, i predetti sei motivi di ricorso sono stati esaminati congiuntamente per connessione.

Nel nostro ordinamento il danno non patrimoniale è disciplinato dall'art. 2059 c.c. che, quale norma di rinvio, prevede che il danno risarcibile è quello previsto dalla legge.

Originariamente, con un'interpretazione restrittiva della norma, la risarcibilità del danno non patrimoniale derivava dalla presenza di fatti illeciti integranti reato, ex art. 185 c.p. Nello specifico quest'ultima norma recita che "ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui".

Questo perché all'epoca del codice civile del 1930 l'art. 185 c.p. era l'unica norma che espressamente prevedeva la risarcibilità del danno non patrimoniale. Il termine "legge", di cui all'art. 2059, inoltre, veniva interpretato anche in maniera rigorosa ricomprendendo la sola legge ordinaria.

La successiva giurisprudenza si consolidò identificando il danno non patrimoniale con il danno morale soggettivo quale "sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte" volto ad assicurare al soggetto danneggiato un'utilità sostitutiva che lo indennizzi, per quanto possa essere possibile, delle sofferenze psichiche e morali anche valutando la durata di tale sofferenza nel tempo. L'evoluzione del nostro ordinamento, con la successiva introduzione del testo costituzionale, ha reso criticabile una lettura del termine "legge", di cui all'art. 2059 c.c., da rapportare alla sola legge ordinaria. L'art. 2 Cost., infatti, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo richiede un'interpretazione più ampia del concetto di legge ricomprendendo la risarcibilità del danno anche in presenza di un "danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica".

Predetto principio è stato recepito dalle sentenze n. 8827/2003 e n. 8828/2003 con le quali

la precedente identificazione del danno non patrimoniale con il danno morale soggettivo viene definitivamente superata ampliando il concetto di danno non patrimoniale risarcibile.

Si viene a creare, infatti, quel bipolarismo tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale seppur mantenendo la risarcibilità dello stesso ancorata alla presenza di un illecito, ex art. 185 c.p.

Tuttavia, diversamente dal passato, non è più necessario l'accertamento del reato ma basta una presunzione nella configurazione dello stesso.

In tal modo il danno morale viene confinato a species del danno non patrimoniale. Anche la successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 233/2003 ha svincolato il danno non patrimoniale dai limiti dell'art. 185 c.p. e ha fornito una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

A seguito di tale pronuncia, pertanto, all'interno del termine legge di cui all'art. 2059 c.c. viene ricompreso ogni danno di natura non patrimoniale conseguente alla lesione di valori riguardanti la persona e tutelati dalla Costituzione.

Si tenga presente che oltre a quanto sopra esposto vi sono stati ulteriori fattori che hanno condotto all'ampliamento della natura del danno non patrimoniale.

Tra questi, in primo luogo, vi è stata l'emanazione di nuove norme che, al pari dell'art. 185 c.p., ma al di fuori di ipotesi di reato, prevedono e riconoscono espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale (a mero titolo esemplificativo l'art. 2 della legge n. 117/1998 o l'art. 2 della legge n. 89/2001).

In secondo luogo, nell'ordinamento e soprattutto in giurisprudenza iniziava sempre più a prendere forma, accanto al danno morale soggettivo, il danno biologico quale "lesione all'integrità psichica e fisica della persona".

L'allontanamento del significato del danno non patrimoniale dal solo danno morale soggettivo lo si evidenzia anche dal fatto che la liquidazione dello stesso viene riconosciuto anche in favore delle persone giuridiche le quali, ovviamente, in quanto entità non fisiche non possono soffrire di un patema d'animo.

Tuttavia, le pronunce del 2003 hanno condotto al rischio di vedere moltiplicate le tipologie di danno non patrimoniale risarcibili quali il danno morale, il danno biologico, il danno esistenziale, il danno estetico, il danno alla vita di relazione, etc.

Sul punto sono state rivoluzionarie le quattro pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione. Con le predette pronunce il danno non patrimoniale viene considerato come figura unitaria ed onnicomprensiva in alternativa alla tripartizione fatta propria dalla pronuncia costituzionale n. 233 del 2003.

Le figure del danno biologico, del danno morale e del danno esistenziale vengono adesso degradate a mere configurazioni descrittive della figura onnicomprensiva del danno non patrimoniale. Predetta configurazione unitaria è volta a scongiurare il rischio di avere una duplicazione di liquidazione dei risarcimenti.

Viene così definitivamente superata la visione che vede il danno morale quale "pecunia doloris" ovvero quella visione che identifica il danno morale da reato come "sofferenza transiente, turbamento psichico momentaneo, patema d'animo, avallato dalla dottrina danni".

La liquidazione del danno non patrimoniale viene svolta utilizzando i parametri delle Tabelle di Milano. La predetta liquidazione "ordinaria" può subire una variazione in aumento attraverso una liquidazione in misura forfettizzata della cosiddetta personalizzazione del danno che tiene conto delle predette voci descrittive.

La personalizzazione del danno viene valutata dal giudice il quale dà atto dell'iter logico adottato nella motivazione della pronuncia.

Nel caso in esame la Corte dando seguito a quanto sopra esposto ha rigettato il ricorso del-

la ricorrente in quanto il giudice di primo grado nella propria pronuncia ha correttamente liquidato il danno non patrimoniale attraverso l'utilizzo delle Tabelle di Milano e, con un motivato iter logico, ha provveduto a dare valorizzazione al danno morale subito dalla lavoratrice applicando la relativa personalizzazione del danno nella sua misura massima del 50%.

Inoltre, dando continuità a quanto sopra esposto, nella pronuncia in commento si dà atto che predetto principio è stato altresì applicato in altre pronunce che i colleghi della ricorrente avevano depositato con le medesime domande di A.A.

Responsabilità del mediatore ex art. 1759 c.c. per l'omessa comunicazione di irregolarità urbanistica o edilizia non ancora sanata relativa all'immobile oggetto della promessa di vendita

Argomento: Del mediatore

(Cass. Civ., Sez. II, 2 maggio 2023 n. 11371)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“4.2. (...), il mediatore – tanto nell'ipotesi tipica in cui abbia agito in modo autonomo, quanto nell'ipotesi in cui si sia attivato su incarico di una delle parti (c.d. mediazione atipica) – ha, ai sensi dell'art. 1759, comma 1, c.c., l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, nel cui ambito è incluso l'obbligo specifico di riferire alle parti le circostanze dell'affare a sua conoscenza, ovvero che avrebbe dovuto conoscere con l'uso della diligenza qualificata propria della sua categoria, idonee ad incidere sul buon esito dell'affare. Dalla lettura combinata dell'art. 1759, comma 1, c.c. con gli artt. 1175 e 1176 c.c., nonché con la disciplina dettata dalla L. n. 39 del 1989, si desume, invero, la natura professionale dell'attività del mediatore, il quale (pur non essendo tenuto, se non in forza di uno specifico impegno contrattuale, a svolgere apposite indagini di natura tecnico – giuridica) riveste comunque un ruolo che gli permette di "svolgere ogni attività complementare o necessaria per la conclusione dell'affare" (L. n. 39 del 1989, art. 3, comma 1; si vedano già Cass. Sez. 3, n. 6389 del 2001; Sez. 3, n. 5107 del 1999). **L'obbligo ex art. 1759, comma 1, c.c. consente di configurare la responsabilità del mediatore anche ove questi dia informazioni obiettivamente non vere su fatti di indubbio rilievo, dei quali egli non abbia consapevolezza e che non abbia controllato.** In questi limiti possono rilevare, in caso di mediazione immobiliare, le informazioni afferenti alla contitolarità del diritto di proprietà, all'insolvenza di una delle parti, all'esistenza di elementi atti a indurre le parti a modificare il contenuto del contratto, ad eventuali prelazioni ed opzioni, al rilascio di autorizzazioni amministrative, alla provenienza di beni da donazioni suscettibili di riduzione, alla solidità delle condizioni economiche dei contraenti, alle iscrizioni o trascrizioni sull'immobile e alla titolarità del bene in capo al venditore. Hanno peso, in particolare, ai fini dell'obbligo di informazione di cui all'art. 1759, comma 1, c.c., le circostanze relative alla valutazione ed alla sicurezza dell'affare, che possano influire sia sulla prestazione del consenso al contratto, sia comunque nel senso di determinare le parti a concludere il contratto a diverse condizioni (Cass. Sez. 2, n. 15577 del 2022; Sez. 2, n. 784 del 2020; Sez. 2, n. 27482 del 2019; Sez. 3, n. 16623 del 2010; Sez. 3, n. 5777 del 2006; Sez. 3, n. 16009 del 2003; Sez. 3, n. 6714 del 2001).

4.3. Nella specie, anche **la mancata informazione del promissario acquirente sull'esistenza di una irregolarità urbanistica o edilizia non ancora sanata relativa all'immobile oggetto della promessa di vendita, della quale il mediatore stesso doveva e poteva essere edotto, rende lo stesso responsabile verso il cliente (affiancandosi tale responsabilità alla**

eventuale responsabilità del venditore) e può essere fatta valere dall'acquirente sia chiedendo al mediatore il risarcimento del danno, sia rifiutando il pagamento della provvigione (Cass. Sez. 3, n. 16623 del 2010; Sez. 3, n. 6926 del 2012; Sez. 2, n. 20132 del 2022). (...).

4.5.1. Un conto è affermare che il diritto del mediatore alla provvigione sorge anche in relazione alla conclusione di un preliminare di vendita di un immobile privo di regolarità urbanistica, sul rilievo che la sanzione di nullità prevista dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria; altro è negare che il promissario acquirente non abbia interesse ad essere informato dal mediatore della presenza di irregolarità urbanistiche e edilizie dell'immobile, seppur sanabili, trattandosi di circostanza relativa alla valutazione ed alla sicurezza dell'affare, che può sia influire sulla prestazione del consenso al contratto, sia determinare le parti a concludere il contratto a diverse condizioni, adeguando il prezzo alla spesa da sostenere per la sanatoria. (...).

4.5.2. Come si è già osservato, il contenuto della responsabilità del mediatore agli effetti dell'art. 1759 c.c. è il risarcimento dei danni. La parte che sarebbe tenuta a corrispondere la provvigione, a norma dell'art. 1755 c.c. (e dunque allorché l'affare sia stato concluso per effetto dell'intervento del mediatore), può, peraltro, far valere l'inadempimento dell'obbligo di informazione proprio per sottrarsi al pagamento della stessa provvigione (Cass. Sez. n. 5938 del 1993). In ogni caso, il mediatore che non abbia adempiuto all'obbligo di corretta informazione, secondo il criterio della diligenza professionale, è responsabile per i danni sofferti dall'interessato (Cass. Sez. 3, n. 16009 del 2003; Sez. 3, n. 6389 del 2001; Sez. 3, n. 5107 del 1999). Secondo quanto si osserva in dottrina, ed è stato talvolta riconosciuto altresì in giurisprudenza, la responsabilità del mediatore ex art. 1759 c.c. non trova un suo presupposto indefettibile nell'avvenuta conclusione dell'affare (Cass. Sez. 3, n. 1160 del 1973). (...) le parti ben potrebbero subire un danno conseguente alla violazione dell'obbligo di informazione gravante sul mediatore anche per non aver stipulato un contratto che si sarebbe rivelato conveniente. Allorché l'affare sia comunque concluso, la responsabilità risarcitoria del mediatore reticente o mendace (indipendentemente dalla eventuale responsabilità concorrente della controparte contrattuale: Cass. Sez. 2, n. 1102 del 1996) può correlarsi al minore vantaggio o al maggiore aggravio patrimoniale derivanti dalle determinazioni negoziali della parte che siano state effetto del deficit informativo subito, o anche all'importo della provvigione corrisposta nella prospettiva di un affare che avrebbe richiesto una diversa valutazione economica per raggiungere gli scopi prefissi dal contraente. In tale evenienza (affare concluso), **il riscontro dell'adempimento del dovere di informazione esigibile nei confronti del mediatore va compiuto con esclusivo riferimento al momento stesso del perfezionamento dell'accordo, che è poi lo stesso in cui, ai sensi dell'art. 1755 c.c., sorge il diritto alla provvigione, ossia quando fra le parti messe in contatto dal mediatore si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna ad agire per l'esecuzione del contratto stesso, nelle forme di cui all'art. 2932 c.c., ovvero per il risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del risultato utile del negozio programmato.** (...).

4.5.3. (...) se, come detto, non possono esigersi dal mediatore specifiche indagini di natura tecnico-giuridica in ordine alla veridicità della dichiarazione del venditore circa la libertà dell'immobile e l'inesistenza di pesi od oneri, non di meno egli deve comunicare alle parti le circostanze dell'affare conosciute o conoscibili, nei sensi già indicati, ed astenersi dal fornire informazioni non controllate. Il mediatore, d'altro canto, interviene nelle fasi del procedimento di formazione del contratto di compravendita immobiliare antecedenti all'intervento del notaio ed all'espletamento dei controlli cui quest'ultimo è deputato (...).

5. Possono pertanto enunciarsi i seguenti principi di diritto. **Il mediatore, ai sensi dell'art. 1759, comma 1, c.c., deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, o che avrebbe dovuto conoscere con l'uso della diligenza impostagli dalla natura professionale dell'attività esercitata, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possano influire sulla conclusione di esso o determinare le parti a perfezionare il contratto a diverse condizioni; ne consegue che, ove l'affare sia concluso, può sussistere la responsabilità risarcitoria del mediatore in caso di mancata informazione del promissario acquirente circa l'esistenza di irregolarità urbanistiche o edilizie non ancora sanate relative all'immobile oggetto della promessa di vendita, dovendosi comunque verificare l'adempimento di tale dovere di informazione da parte del mediatore con esclusivo riferimento al momento stesso della conclusione dell'affare.** Allorché l'affare sia concluso, la responsabilità risarcitoria del mediatore reticente o mendace può correlarsi al minore vantaggio o al maggiore aggravio patrimoniale derivanti dalle determinazioni negoziali della parte che siano state effetto del deficit informativo subito (indipendentemente dalla eventuale responsabilità concorrente della controparte contrattuale, quale, nella specie, quella del venditore per la violazione dell'impegno traslativo, che possa consentire al compratore di sperimentare i mezzi di tutela finalizzati al mantenimento dell'equilibrio del rapporto di scambio), o anche all'importo della provvigione corrisposta nella prospettiva di un affare che avrebbe richiesto una diversa valutazione economica per raggiungere gli scopi prefissi dal contraente”.

Nota a cura di Giuseppe Piccardo

La vicenda oggetto della sentenza in commento trae origine dal ricorso in Cassazione avverso la sentenza della Corte d'appello di Genova, di accoglimento del gravame della pronuncia del Tribunale del capoluogo ligure. Il giudice di primo grado, in particolare, condannava il titolare di una agenzia immobiliare al risarcimento dei danni in favore del cliente, in misura pari all'importo della provvigione corrisposta per la compravendita di un immobile.

I giudici rigettavano la domanda di garanzia svolta dall'agenzia immobiliare nei confronti della compagnia di assicurazioni chiamata in garanzia, ritenendo che la riscontrata violazione dell'articolo 1759 c.c., da parte del mediatore, non fosse coperta dalla polizza. La Corte d'Appello, in accoglimento del gravame proposto dall'agenzia immobiliare, affermava che:

a) la circostanza che il mediatore fosse al corrente del fatto che, in relazione all'immobile fosse in corso l'aggiornamento catastale e urbanistico, risultasse dalla proposta irrevocabile;

b) le difformità edilizie presenti non pregiudicavano la commerciabilità del bene;

c) nel secondo preliminare le parti avevano dato espressamente atto del fatto che la riduzione del corrispettivo veniva pattuita unicamente in funzione della circostanza che i promissari acquirenti si obbligavano a provvedere a propria cura e spese alle regolarizzazioni urbanistico edilizie;

d) a tale riduzione del corrispettivo non si era poi proceduto nell'atto di compravendita, perché nel frattempo il bene era stato colpito da sequestro conservativo e si era quindi "deciso di procedere alla vendita per il prezzo già convenuto e di destinare il ricavato della medesima a garanzia dei crediti e/o del loro pagamento", il che tuttavia non incide sul ravvisato adempimento dell'obbligo di informazione da parte del mediatore. Il cliente soccombente in secondo grado, proponeva, quindi, ricorso per Cassazione, fondato sui seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione degli articoli 1362 e 1363 c.c., in quanto la specifica, nel-

la proposta di acquisto sottoscritta, che fosse in corso l'aggiornamento catastale e urbanistico dell'immobile, non valesse ad informare il compratore delle difformità edilizie, solo in seguito accertate dallo stesso;

b) violazione e falsa applicazione della legge n. 52 del 1985, articolo 29, per incommerciabilità dell'immobile;

c) nullità della sentenza in relazione agli artt. 116 e 132, comma 2, n. 4, c.p.c. e all'articolo 118 disp. att. c.p.c. in quanto, stante il rilascio del permesso in sanatoria, la sentenza impugnata avrebbe dovuto rilevare la sussistenza di irregolarità che imponessero un "condono";

d) omesso esame di fatti decisivi e di testimonianze rilevanti ai fini della decisione, dalle quali sarebbe emerso, se ammesse, che l'agenzia immobiliare era al corrente delle irregolarità urbanistiche – edilizie dell'immobile e che erano state sottaciute;

e) violazione e falsa applicazione degli articoli 1755 c.c. e 1759 c.c., in quanto il vincolo derivante dalla proposta d'acquisto, e formalizzato nel preliminare, era stato poi del tutto modificato con successivo preliminare, cosicché l'acquisto si era poi perfezionato oltre un anno dopo. La Suprema Corte, in accoglimento del primo e del quinto motivo di ricorso, cassava con rinvio la sentenza impugnata. In particolare, i giudici di legittimità, chiarito, in via preliminare, che la ditta individuale non è soggetto giuridico diverso dal suo titolare, affermavano che il mediatore immobiliare, tanto nell'ipotesi tipica in cui abbia agito in modo autonomo, quanto nell'ipotesi in cui si sia attivato su incarico di una delle parti (c.d. mediazione atipica), ha, ai sensi del primo comma dell'articolo 1759 c.c., l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, comprensivi del dovere di riferire alle parti le circostanze dell'affare a sua conoscenza, ovvero che avrebbe dovuto conoscere con l'uso della diligenza qualificata propria della sua categoria, idonee ad incidere sul buon esito dell'affare. In applicazione del principio suddetto, la Cassazione argomentava che anche la mancata informazione del promissario acquirente, circa l'esistenza di una irregolarità urbanistica o edilizia non sanata, della quale il mediatore stesso doveva e poteva essere edotto, rende lo stesso responsabile (in solido con il venditore) verso il cliente – promissario acquirente, anche per i danni ulteriori, se dimostrati, quali costi e spese documentate, salvo il legittimo rifiuto di corrispondere la provvigione richiesta.

A corollario dei principi sopra esposti, va evidenziato che la Cassazione, con la pronuncia in commento, ha ribadito il proprio orientamento, secondo il quale la responsabilità risarcitoria del mediatore reticente, a prescindere da eventuale responsabilità concorrente del venditore, può ricollegarsi al minore vantaggio o al maggiore aggravio patrimoniale derivanti dalle determinazioni negoziali della parte, che siano state effetto dell'adempimento degli obblighi di informazione. Si legge, infatti, nell'ordinanza: *“Dalla lettura combinata dell'art. 1759, comma 1, c.c. con gli artt. 1175 e 1176 c.c., nonché con la disciplina dettata dalla L. n. 39 del 1989, si desume, invero, la natura professionale dell'attività del mediatore, il quale (pur non essendo tenuto, se non in forza di uno specifico impegno contrattuale, a svolgere apposite indagini di natura tecnico-giuridica) riveste comunque un ruolo che gli permette di “svolgere ogni attività complementare o necessaria per la conclusione dell'affare” (L. n. 39 del 1989, art. 3, comma 1; si vedano già Cass. Sez. 3, n. 6389 del 2001; Sez. 3, n. 5107 del 1999). L'obbligo ex art. 1759, comma 1, c.c. consente di configurare la responsabilità del mediatore anche ove questi dia informazioni obiettivamente non vere su fatti di indubbio rilievo, dei quali egli non abbia consapevolezza e che non abbia controllato. In questi limiti possono rilevare, in caso di mediazione immobiliare, le informazioni afferenti alla contitolarità del diritto di proprietà, all'insolvenza di una delle parti, all'esistenza di elementi atti a indurre le parti a modificare il contenuto del contratto, ad eventuali prelazioni ed opzioni, al rilascio di autorizzazioni amministrative, alla provenienza di beni da donazioni suscettibili di riduzione, alla*

solidità delle condizioni economiche dei contraenti, alle iscrizioni o trascrizioni sull'immobile e alla titolarità del bene in capo al venditore. Hanno peso, in particolare, ai fini dell'obbligo di informazione di cui all'art. 1759, comma 1, c.c., le circostanze relative alla valutazione ed alla sicurezza dell'affare, che possano influire sia sulla prestazione del consenso al contratto, sia comunque nel senso di determinare le parti a concludere il contratto a diverse condizioni (Cass. Sez. 2, n. 15577 del 2022; Sez. 2, n. 784 del 2020; Sez. 2, n. 27482 del 2019; Sez. 3, n. 16623 del 2010; Sez. 3, n. 5777 del 2006; Sez. 3, n. 16009 del 2003; Sez. 3, n. 6714 del 2001)''.

Il principio di diritto sopra riportato deriva, in punto di fatto, dalla circostanza che la sopravvenuta conoscenza delle difformità dell'immobile acquisita dal promissario acquirente all'atto del preliminare modificativo del primo, sotto il profilo delle clausole di rilievo urbanistico ed edilizio, confermava l'originaria carenza informativa del mediatore, circa il non corretto adempimento degli obblighi di informazione alle parti, al fine della conclusione, comunque, dell'affare e, quindi, dell'incasso della provvigione.

Circa, infine, il profilo del coordinamento della responsabilità del mediatore con la responsabilità del venditore per la violazione dell'impegno a vendere l'immobile, con la sottoscrizione del contratto preliminare, alla stregua della specifica disciplina delle garanzie e degli inadempimenti del contratto di compravendita, se non possono esigersi dal mediatore indagini che vadano oltre quelle di ordinaria natura tecnico-giuridica in ordine alla situazione urbanistica ed edilizia dell'immobile e la libertà da pesi e vincoli del bene, secondo la Cassazione occorre, comunque, che il mediatore medesimo comunichi alle parti le circostanze dell'affare conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza, propria del professionista.

Valida la clausola penale determinata *ex post*

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. I, 3 maggio 2023, n. 11548)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. – S.E. Srl ricorre per tre mezzi, illustrati da memoria, nei confronti di L. Srl, contro la sentenza del 23 agosto 2021, con cui la Corte d’Appello di Bologna ha dichiarato “la nullità delle statuizioni del lodo rituale sottoscritto dall’Arbitro Unico Collegio Arbitrale in data 10 luglio 2014”, all’esito di procedimento arbitrale svoltosi tra le parti, nonché “la nullità della clausola penale contenuta nell’art. 5 della scrittura in data 30 novembre 2005”, rigettando di conseguenza l’originaria domanda proposta nel procedimento arbitrale dall’odierna ricorrente, volta alla condanna di L. Srl al pagamento della penale contrattuale prevista in detta scrittura e regolando le spese di lite. (...).

3. – Il ricorso contiene i seguenti tre motivi:

i) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1382 e 1325 n. 2 c.c. in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia;

ii) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1346 e 1349 c.c. in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.;

iii) violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362, 1366, 1367 c.c. in relazione all’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

4. – Il ricorso va accolto. Sono difatti fondati i tre motivi, che, per il loro intimo collegamento, tutti attenendo alla validità della clausola penale azionata nel giudizio arbitrale, devono essere simultaneamente esaminati.

5. – Per la necessaria intelligenza della vicenda è sufficiente premettere quanto segue:

-) S.E. Srl ha venduto a L. Srl un fondo finitimo ad altro di proprietà di essa venditrice;

-) con successiva scrittura privata del 30 novembre 2005 L. Srl si è obbligata, nei confronti di S.E. Srl, al “rispetto... per i fabbricati che saranno edificati da L. delle attuali previsioni progettuali e di P.R.G. in merito quanto meno al numero dei piani, all’altezza dei fabbricati, alle distanze minime di 5 (cinque) metri dalla proprietà della stessa S.E., con l’obbligo da parte di L. di lasciare, qualora i fabbricati che verranno costruiti dalla parte dell’attuale giardino della S.E. siano più alti di 9 (nove) metri, una “luce”... di almeno 10 (dieci) metri”, il tutto assistito da una clausola penale così congegnata: “In caso di inadempimento saranno applicate, a carico della parte inadempiente, penali pari al doppio del valore dell’inadempimento”;

-) assumendo che L. Srl si fosse resa inadempiente dell’obbligazione assunta, S.E. Srl, ha azionato la clausola compromissoria prevista in contratto ed ha promosso giudizio arbitrale volto alla condanna della convenuta al pagamento della penale contrattuale;

-) l’arbitro ha accolto la domanda e, espletata consulenza tecnica diretta alla determinazione del valore dell’inadempimento, ha condannato L. Srl, che aveva edificato violando il limite convenuto, al pagamento, in favore dell’attrice, della somma di Euro 98.046,00 con accessori e spese;

-) L. Srl ha proposto impugnazione per nullità che la Corte d'appello di Bologna ha accolto, reputando nulla la clausola in discorso, per mancanza di causa, in quanto priva dell'attitudine delimitativa che sarebbe richiesta dall'art. 1382 c.c., laddove prevede che la penale comporta che l'inadempiente sia "tenuto a una determinata prestazione";

-) la Corte d'appello, richiamata l'autorità di Cass. 23 maggio 2019, n. 13956, ha evidenziato che, essendo la penale parametrata all'inadempimento, essa "non costituisce criterio preciso oggettivamente e preventivamente quantificabile, non potendo che essere determinato ex post secondo lo schema di cui agli artt. 1223 ss. c.c.", tanto più che "tale criterio dell'inadempimento non è risultato neppure quantificabile in maniera univoca", sicché "la clausola penale de qua non assolve affatto... alla funzione predeterminativa della prestazione dovuta per il caso di inadempimento", venendo così meno "il nucleo caratterizzante la funzione della clausola penale, ossia la previa quantificazione del danno risarcibile", in mancanza di "determinabilità... poiché il generico criterio dell'inadempimento... non offre alcun tipo di parametro al quale ancorare la predeterminazione del danno, limitandosi a rimandare all'accertamento dell'inadempimento e al "valore" dello stesso, concetto in sé indeterminato e di difficile comprensione".

6. – Siffatto argomentare è errato in diritto.

6.1. – Varrà premettere che il tentativo di puntellare la decisione con il richiamo a Cass. 23 maggio 2019, n. 13956, non è condivisibile (...).

6.2. – Ma il punto è che nulla esclude che la "determinata prestazione" di cui all'art. 1382 c.c. possa essere rapportata, in duplum, e dunque in misura predeterminata, all'entità dell'inadempimento, da verificare nella sua consistenza a valle dell'inadempimento stesso.

6.2.1. – Si sa che in dottrina è stata in passato, per la verità ormai non recente, sostenuta la tesi secondo cui l'art. 1382 c.c., nel riferirsi ad una "determinata prestazione", renderebbe insufficiente la sola determinabilità, il che si giustificerebbe per la considerazione che una penale non determinata, ma soltanto determinabile, rimarrebbe indebolita nella sua funzione di coazione indiretta all'adempimento (...). Alla tesi ricordata, tuttavia, è agevole non solo replicare, in generale, che una penale soltanto determinabile non è per questo meno dissuasiva di una penale invece predeterminata, dal momento che esonera pur sempre il creditore dall'onere della prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno, nel che risiede l'effetto strutturale della stessa, ma anche aggiungere, con riguardo al caso in considerazione, che l'indole intimidatrice della pattuizione rapportata al "valore dell'inadempimento", è semmai qui incrementata, giacché volta a mettere sull'avviso il contraente che quanto più egli si fosse reso inadempiente, tanto più sarebbe stato costretto a pagare.

6.2.2. – Si è aggiunto, al fine di dimostrare l'esigenza di necessaria determinatezza della penale, che essa andrebbe a collocarsi al fianco dell'obbligazione risarcitoria da inadempimento, dalla quale si differenzerebbe però proprio perché il contenuto di quest'ultima viene determinato dal giudice, mentre la prestazione oggetto della penale, atteso il suo carattere sanzionatorio, dovrebbe essere anticipatamente definito dall'accordo delle parti. Ma l'osservazione, la quale seconderebbe nella materia una significativa compressione dell'autonomia negoziale dei contraenti, cade dinanzi alla constatazione, secondo quanto questa Corte ha da tempo chiarito, che la clausola penale – pur nella complessità della sua fisionomia, da rapportarsi alla concreta conformazione che le parti le hanno di volta in volta assegnato – svolge una funzione, non tanto sanzionatorio-punitiva, quanto di risarcimento forfettario del danno, essendo intesa a rafforzare il vincolo contrattuale ed a stabilire preventivamente la prestazione cui è tenuto uno dei contraenti qualora si renda inadempiente, con l'effetto di limitare a tale prestazione il risarcimento, indipendentemente dalla prova dell'esistenza e dell'entità del pregiudizio effettivamente sofferto (da ultimo Cass. 26 luglio 2021, n. 21398) (...).

6.3. – In definitiva, va seguito l’orientamento ampiamente maggioritario secondo cui alla clausola penale deve applicarsi la disciplina generale dell’oggetto del contratto, la cui natura può essere tanto determinata quanto determinabile, di guisa che la determinazione ben può avvenire ex post, sulla base di un criterio predeterminato, di cui sia fatta applicazione in un momento successivo all’inadempimento.

In tale prospettiva le parti possono convenire, ad esempio, il pagamento di una somma rapportata all’entità temporale di durata dell’inadempimento, o convenire soltanto il tetto della penale, suscettibile di essere poi rapportata alla effettiva consistenza dell’inadempimento consumato (in questo senso espressamente in motivazione Cass. 18 gennaio 2018, n. 1189), nel qual caso, parimenti, l’entità della penale diviene concretamente determinato soltanto ex post.

6.4. – In tale quadro, dunque, la previsione secondo cui in caso di inadempimento “saranno applicate, a carico della parte inadempiente, penali pari al doppio del valore dell’inadempimento”, è conforme alla previsione dell’art. 1382 c.c., dal momento che predetermina il danno in funzione di un parametro individuato ex ante e considerato dalle parti nella sua oggettività, tale da vincolare il giudice, fatto salvo il potere di riduzione (beninteso, esercitabile nell’osservanza dei rigidi criteri che questa Corte ha fissato: v. p. es. Cass. 10 maggio 2012, n. 7180), tant’è che l’arbitro, ricorrendo all’ausilio di un tecnico, non ha incontrato soverchie difficoltà a fissare il valore dell’inadempimento, rapportato al valore dei maggiori volumi edificati dall’originaria convenuta in arbitrato, e pervenire per questa via all’elementare calcolo aritmetico della penale dovuta.

7. – La sentenza impugnata è cassata e la causa rinviata alla Corte d’appello di Bologna in diversa composizione, che si atterrà al seguente principio di diritto: “In materia di clausola penale, la prestazione posta a carico della parte inadempiente ai sensi dell’art. 1283 c.c. è soggetta all’applicazione della disciplina generale dell’oggetto del contratto, sicché può essere determinata o determinabile sulla base di un criterio predeterminato, quantunque la determinazione possa aver luogo soltanto ex post, in un momento successivo al consumarsi dell’inadempimento (...)”.

Nota a cura di Fabrizio Petillo

Due società di capitali stipulavano un contratto di compravendita tramite il quale pattuivano il trasferimento del diritto di proprietà che una delle due vantava in relazione ad un fondo.

Successivamente le società stipulavano un altro accordo in virtù del quale l’acquirente si obbligava ad edificare sul fondo oggetto della compravendita rispettando, tra l’altro, determinate distanze e garantendo precise “luci” tra la nuova opera e il fondo limitrofo ancora di proprietà della società venditrice. Tale accordo prevedeva, altresì, una clausola penale così formulata: ***“in caso di inadempimento saranno applicate, a carico della parte inadempiente, penali pari al doppio del valore dell’inadempimento”***.

A seguito dell’inadempimento della sopracitata obbligazione, la venditrice instaurava un giudizio arbitrale al termine del quale la società acquirente veniva condannata al pagamento della penale; l’entità di quest’ultima veniva determinata con l’ausilio di una c.t.u., necessaria per definire il valore dell’inadempimento.

La società soccombente, quindi, instaurava un giudizio di fronte alla Corte di Appello di Bologna, impugnando il lodo rituale.

La sopracitata Corte di Appello, in accoglimento della domanda, dichiarava la nullità delle

statuizioni rinvenibili nel lodo e anche la nullità della clausola penale, motivando tale ultima statuizione con un presunto difetto di causa a sua volta dovuto a quanto previsto dall'art. 1382 c.c. il quale stabilirebbe che la penale, avendo funzione delimitativa della somma da pagare in conseguenza dell'inadempimento, deve indicare precisamente la somma che dovrà essere corrisposta, dal momento che il Legislatore ha espressamente stabilito, con la suddetta disposizione codicistica, che la parte inadempiente sarà obbligata ad "*una determinata prestazione*".

La società venditrice impugnava, quindi, la sentenza della Corte di Appello con ricorso per Cassazione fondato su tre motivi che, per il loro evidente collegamento, riguardando tutti la questione della validità della clausola penale, venivano esaminati congiuntamente.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso ritenendo fondati i motivi e, di conseguenza, non condivisibile quanto statuito dalla Corte di Appello.

Prima di tutto il Giudice di legittimità ha sottolineato come sia inconferente il richiamo, contenuto nella sentenza impugnata, ad un precedente della stessa Corte di cassazione (sez. III civ., sent. n. 13956/2019), con il quale è stata esaminata una clausola contrattuale che stabiliva il pagamento di una somma, non a fronte di un inadempimento come nel caso della penale, ma in conseguenza di un avvenimento non imputabile alla parte obbligata e non riconducibile alla sua volontà (obbligo di corrispondere una somma, in capo all'utilizzatore e a favore del concedente, nel caso di furto o perdita del bene concesso in leasing).

La Suprema Corte, inoltre, ha aggiunto un'ulteriore critica alla sentenza impugnata, sottolineando come, anche a tutto voler concedere e anche a voler ritenere quanto statuito con il precedente del 2019 applicabile alla fattispecie in esame, la Corte di Appello di Bologna non avrebbe comunque dovuto desumere l'invalidità della pattuizione dalla presunta impossibilità di qualificare come penale la clausola voluta dalle due società di capitali, alla luce del fatto che proprio la clausola contrattuale esaminata nel precedente del 2019 era stata comunque considerata valida ed efficace, pur non potendo essere qualificata come penale, perché determinata nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti.

Premessa, quindi, la necessità che il Giudice accerti la validità di una pattuizione contrattuale a prescindere dalla riconducibilità o meno della stessa alla disciplina della penale, la Suprema Corte ha sottolineato come la Corte di Appello abbia errato, soprattutto, nel ritenere che la clausola penale pattuita tra le due società di capitali sopracitate fosse in contrasto con l'art. 1382 c.c.

In particolare, a parere del Giudice della nomofilachia, nell'ambito della "*determinata prestazione*" di cui all'art. 1382 c.c. può rientrare il pagamento di una somma parametrata all'entità dell'inadempimento. Il fatto che solo a seguito del suddetto inadempimento sarà possibile determinare, concretamente, la somma da corrispondere non esclude infatti che si possa configurare una clausola penale.

Con la pronuncia in esame **la Corte di cassazione**, quindi, **ha aderito alla tesi per la quale la penale ben può essere meramente determinabile**.

La Corte ha, altresì, esposto i motivi per i quali ha ritenuto di dover, invece, respingere l'opposta tesi, esposta da una dottrina meno recente, secondo la quale la penale non può che essere sin dall'origine determinata per garantire l'effettiva realizzazione della funzione dissuasiva dell'inadempimento che caratterizza l'istituto in esame. Secondo la tesi da rigettare, inoltre, la penale deve essere determinata anche perché diversamente la stessa non potrebbe essere distinta dall'obbligazione risarcitoria conseguente all'inadempimento contrattuale. Difatti, secondo la superata tesi in esame, l'entità dell'obbligazione risarcitoria deve essere determinata dal Giudice, a differenza della penale che, invece, deve essere predefinita nel suo ammontare alla luce della funzione sanzionatoria della stessa.

Secondo la Suprema Corte la tesi sopracitata (oggi minoritaria) deve essere, come detto, respinta. Prima di tutto perché, a ben vedere, la funzione principale della penale è quella di

esonerare la parte adempiente dall'onere di provare la sussistenza e l'entità del danno e tale funzione, evidentemente, ben può essere perseguita con una penale anche solamente determinabile. Inoltre, ha sottolineato la Corte, **la funzione dissuasiva può essere garantita** adeguatamente anche tramite **una penale solo successivamente determinabile** la quale anzi, ancor di più, può fungere da deterrente dell'inadempimento contrattuale quando, come nel caso in esame, l'entità della stessa sarà tanto maggiore quanto più grave sarà il suddetto inadempimento. **La tesi minoritaria, infine, è criticabile** anche nella parte in cui, delineando la sopra descritta **distinzione tra clausola penale e obbligazione risarcitoria conseguente all'inadempimento**, finisce per aderire ad una concezione sanzionatoria della penale e non ad una, più corretta e conforme ai principi, concezione risarcitoria della clausola penale (sebbene si tratti di un risarcimento forfettario) la quale si distingue dal risarcimento del danno da inadempimento semplicemente perché, tramite la stessa, la parte è esonerata dal provare la sussistenza e l'entità del danno subito a fronte di un inadempimento imputabile. Diversamente, ha concluso il Giudice di legittimità, non si spiegherebbe quella giurisprudenza di legittimità che ritiene riducibile d'ufficio equamente la penale manifestamente eccessiva anche nel caso in cui sia pattuita espressamente l'irriducibilità della stessa.

Premesso quanto sopra circa l'interpretazione dell'art. 1382 c.c., la Suprema Corte ha sottolineato la totale contraddittorietà di quanto statuito dalla Corte di Appello la quale, prima ha affermato che la clausola penale soggiace alla disciplina delle obbligazioni e, quindi, ben può essere solamente determinabile e, successivamente, ha dichiarato la nullità della clausola contrattuale sottoposta al suo esame.

Infine, in perfetta coerenza con le premesse, la Suprema Corte ha concluso il proprio ragionamento statuendo che **alla clausola penale non può che essere applicata la disciplina prevista in materia di contratti** e, in particolare, la previsione secondo la quale l'oggetto può essere determinato o determinabile.

La clausola penale, quindi, ben può essere solamente determinabile, purché la stessa si basi su un **criterio predeterminato** che consenta agevolmente la successiva definizione della somma dovuta. La clausola penale può essere, come nella fattispecie oggetto dell'ordinanza in esame, parametrata all'entità e al valore dell'inadempimento, alla sua durata, come pure essere definita solo nel suo ammontare massimo e determinata, poi, in base all'entità concreta dell'inadempimento.

In definitiva quindi, secondo il Giudice di legittimità, **la clausola penale pattuita dalle parti è conforme a quanto previsto dall'art. 1382 c.c. perché**, seppur determinabile solo a seguito dell'inadempimento, **è parametrata ad un criterio oggettivo delineato ex ante** che vincola il Giudice nell'attività volta a determinarla, salva la possibilità per quest'ultimo di esercitare il potere di riduzione di cui all'art. 1384 c.c. nel rispetto dei criteri stabiliti dalla Suprema Corte.

La pronuncia in esame – come sottolineato anche nei primi commenti della dottrina [1] – si pone **in continuità con quanto precedentemente affermato dalla stessa Corte di cassazione** [2], oltretutto, come visto, **con la tesi maggioritaria in tema di penale determinabile** e con **quanto sostenuto dalla migliore dottrina**, più in generale, **in tema di funzione della clausola penale**.

In particolare, si ricorda che, secondo la tesi maggioritaria sia in dottrina [3] che in giurisprudenza [4], la clausola penale ha una funzione prevalentemente risarcitoria-reintegratoria e non una funzione esclusivamente sanzionatoria [5] e, per tal motivo, la stessa semplicemente esonera il creditore dalla prova dell'esistenza del danno e del suo ammontare dal momento che la misura del danno da risarcire è stata, preventivamente, determinata dalle parti in maniera forfettaria.

Proprio in virtù della funzione risarcitoria della clausola penale, la tesi minoritaria che esclude la penale meramente determinabile deve essere considerata oramai superata perché la stessa, come detto, si fonda anche sulla criticabile presunta funzione sanzionatoria della penale.

La sentenza in commento pare coerente, infine, anche nella misura in cui **applica alla clausola penale** nient'altro che **la disciplina** prevista, più in generale, **in materia di contratti e, in particolare, quanto previsto dall'art. 1346 c.c.** il quale stabilisce espressamente che l'oggetto deve essere determinato o semplicemente determinabile.

[1] V. DE GIOIA, *Clausola penale: la determinazione "ex post" della prestazione dovuta dalla parte inadempiente*, in www.latribuna.it.

[2] Si veda Cass., sez. I civ., sent. n. 1189/2018 tramite la quale è stata esaminata una penale stabilita solo nell'importo massimo. Tale precedente – richiamato anche nella pronuncia in commento – in realtà pare superare il problema della indeterminatezza della penale stabilendo, in relazione alla fattispecie all'epoca esaminata, che, a ben vedere, la penale era determinata essendo stato stabilito comunque un importo massimo. Il fatto poi che il creditore avesse la facoltà di diminuire l'entità della penale non lasciava il debitore in balia delle scelte discrezionali dell'altra parte perché quest'ultima non poteva far altro che ridurre la penale (e non aumentarla), tenendo anche conto della gravità dell'inadempimento e dell'interesse del creditore, eventualmente anticipando l'esercizio del potere del Giudice di cui all'art. 1384 c.c.

[3] C.M. BIANCA, *Diritto civile 5, La responsabilità*, Milano, 1994, pag. n. 222; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pag. 131 e ss.

[4] Tra le tante è possibile citare Cass., sez. I civ., sent. n. 1189/2018; Cass., sez. Lav., sent. n. 6976/1995; Cass., sent. n. 5122/1985.

[5] La tesi minoritaria, secondo la quale la clausola penale non potrebbe avere una funzione risarcitoria, si fonda, in estrema sintesi, sulla considerazione che la somma dalla stessa prevista deve essere corrisposta anche nel caso in cui non sia configurabile alcun danno e anche a fronte di un danno minore rispetto all'entità della penale.

Pignoramento di crediti futuri e assegno divorzile. È illegittima la pretesa di pagamento in unica soluzione mediante capitalizzazione dei ratei non ancora maturati

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., Sez. III, 8 maggio 2023, n. 12216)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) la pretesa fatta valere con l’intervento (per quanto emerge dagli atti) è quella avente ad oggetto il pagamento in unica soluzione dell’assegno divorzile, mediante attualizzazione, nella forma della capitalizzazione, del credito, futuro ed eventuale, relativo ai ratei di detto assegno non ancora maturati. Così dovendosi individuare l’oggetto e il titolo del credito fatto valere dalla A.A. in sede di intervento nel processo esecutivo, risulta evidente che si tratta di una pretesa radicalmente insussistente in diritto, in quanto **la legge non consente affatto al titolare di un assegno mensile di mantenimento (per sé o per i figli minori non autosufficienti) riconosciuto con provvedimenti giudiziali emessi nel corso di un giudizio di separazione coniugale o scioglimento del matrimonio, cioè al titolare di un credito che matura periodicamente (di mese in mese, di regola), di pretendere dal coniuge gravato il pagamento in unica soluzione, sotto forma di capitalizzazione del relativo corrispettivo economico**: la corresponsione dell’assegno può avvenire " in unica soluzione", ai sensi della legge sul divorzio n. 898 del 1970, art. 5, solo su accordo delle parti e se tale soluzione sia ritenuta equa dal tribunale, vale a dire dietro esplicito riconoscimento giudiziale in tal senso: il che, ovviamente, esclude altresì che sussista un diritto dell’avente diritto alla capitalizzazione dei ratei "maturandi" se tanto non gli è stato accordato dal giudice del merito che pronuncia il titolo esecutivo, giammai potendo allora provvedervi direttamente quello dell’esecuzione o dell’opposizione a quest’ultima. La radicale insussistenza della pretesa creditoria fatta valere con l’intervento nel processo esecutivo, così come, d’altronde, anche la mera corretta qualificazione di quelli relativi ai ratei non ancora maturati dell’assegno divorzile come crediti non attuali e non come crediti attualmente esistenti ma inesigibili in considerazioni svolte dalla controricorrente nella memoria depositata ai sensi dell’art. 378 c.p.c., con riguardo alla pretesa decadenza del debitore dal beneficio del termine ai sensi dell’art. 1186 c.c., poiché la fattispecie per cui è causa non può minimamente sussumersi nel paradigma di tale disposizione. **Trattandosi, cioè, di credito a maturazione periodica, non di credito unico ripartito in ratei con diverse e successive scadenze, non potrebbero ritenersi in nessun caso sussistenti i presupposti per l’applicabilità delle disposizioni richiamate, in tema di decadenza dal beneficio del termine.** Si tratta, comunque, di argomentazioni tardive, in quanto non viene chiarito in che sede ed in che termini tale questione (che presupporrebbe anche accertamenti in fatto) era stata eventualmente sollevata nel corso del giudizio di merito. È, infine, opportuno osservare che non può avere rilievo, a sostegno delle pretese della A.A., l’avve-

nuta iscrizione di ipoteca per un importo corrispondente al credito per cui ha ottenuto l'assegnazione, ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 8: l'indicata prelazione, benché la sua costituzione sia effettivamente possibile, in caso di inadempienza del debitore, fino a concorrenza di una somma in sostanza corrispondente all'importo della capitalizzazione dell'assegno, può poi essere fatta valere in concreto esclusivamente nei limiti dei ratei dell'assegno stesso già maturati al momento in cui – con la distribuzione del ricavato – l'azionato processo esecutivo si chiude e non pure per quelli di futura (ed eventuale) maturazione, secondo l'indirizzo di questa stessa Corte, cui va certamente data continuità (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 679 del 29/01/1980, Rv. 404103 – 01; Sez. 1, Sentenza n. 12309 del 06/07/2004, Rv. 574168 – 01), coerentemente con quanto fin qui esposto in diritto. L'esclusione, dall'attribuzione disposta in sede di riparto, dei ratei dell'assegno successivi a quelli già maturati al momento del riparto stesso (i quali possono essere riconosciuti, a seguito di intervento o di suoi equipollenti: v. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 22645 del 11/12/2012, Rv. 624690 – 01) deve, pertanto, ritenersi correttamente operata dal giudice dell'esecuzione”.

Dipendente poco collaborativo: legittimo il licenziamento

Argomento: Del rapporto di lavoro

(Cass. Civ., Sez. Lavoro, 9 maggio 2023, n. 12241)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“2 – (...) La Corte territoriale ha escluso la tardività del provvedimento di recesso comunicato con lettera raccomandata del 5.2.2016, il giorno stesso dell’audizione del lavoratore, e quindi nel rispetto del termine di sei giorni fissato dalla contrattazione collettiva; ha ritenuto che fossero dimostrate, in base alle prove raccolte, le condotte contestate al dipendente con due distinte lettere entrambe del 21.1.2016; in particolare, ha accertato, in merito alla prima contestazione, che il lavoratore si era rifiutato di approfondire lo studio dei sistemi operativi Open Stack e Red Hat, come richiestogli dal suo diretto superiore gerarchico, sebbene non impegnato in altre commesse; ha inoltre accertato che la formazione sollecitata non avrebbe comportato spese a carico del dipendente, né la necessità di usufruire di permessi o di sacrificare il proprio tempo libero, risultando infondate le giustificazioni addotte dal lavoratore a sostegno del proprio rifiuto; in ordine alla seconda contestazione, i giudici di appello hanno appurato che il lavoratore aveva tenuto un comportamento passivo e privo di spirito di collaborazione presso il cliente DGS Group spa, rifiutando di svolgere attività di aggiornamento dei sistemi presso questa società sebbene rientranti nelle sue competenze sistemiche generali; hanno giudicato la condotta di insubordinazione di rilevante gravità e la sanzione espulsiva quale misura proporzionata, anche in ragione della volontarietà del comportamento posto in essere dal dipendente. (...).

10 – (...) La Corte d’appello si è attenuta ai canoni giurisprudenziali attraverso cui sono state definite le nozioni legali di giusta causa, giustificato motivo soggettivo (cfr. Cass. n. 18715 del 2016; n. 6901 del 2016; n. 21214 del 2009; n. 7838 del 2005) e di proporzionalità della misura espulsiva (cfr. Cass. 18715 del 2016; Cass. n. 21965 del 2007; Cass., n. 25743 del 2007) ed ha motivatamente valutato la gravità dell’insubordinazione realizzata dal dipendente, senza alcuna giustificazione, in modo persistente e volontario, in aperto contrasto con l’obbligo di diligenza e di esecuzione delle disposizioni dettate dai superiori gerarchici, anche riferite alle esigenze di formazione e accrescimento professionale necessarie per il proficuo impiego del dipendente. Non vi è spazio per ritenere integrata la violazione di norme di diritto come denunciata e neanche risultano violate le disposizioni del contratto collettivo che prevedono, per la condotta di insubordinazione non lieve, la misura espulsiva, risultando il giudizio di proporzionalità coerente alla scala valoriale concordata dalle parti sociali.

11. – Per le ragioni esposte, il ricorso deve essere respinto. (...).”

Nota a cura di Annunziata Staffieri

Con l'ordinanza in epigrafe la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha arricchito il quadro giurisprudenziale in tema di licenziamento per giustificato motivo soggettivo che com'è noto, avviene per motivi disciplinari e si lega, come precisato dall'art. 3 della legge n.604/66 a "un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro".

Classici esempi di giustificato motivo soggettivo sono:

- la negligenza del lavoratore, come nel caso di mancata e colposa custodia dei beni aziendali affidatigli;
- lo scarso rendimento del dipendente;
- l'assenza dal lavoro, in mancanza di una valida giustificazione, per un numero di giorni, anche non continuativi, superiori a tre nell'arco del biennio;
- falsificazione o divulgazione di dati o di documenti aziendali;
- il mancato rispetto delle direttive del superiore gerarchico, come nel caso di specie.

Nella decisione in commento, i Giudici della nomofilachia, infatti, si sono espressi proprio in merito alla legittimità del licenziamento disciplinare intimato al dipendente di un'azienda informatica, poco collaborativo, che in più occasioni ha disatteso le richieste di aggiornamento professionale fattegli dal superiore gerarchico.

In particolare, due infatti sono gli episodi contestati al dipendente nella lettera di avvio del procedimento disciplinare ex art 7 della legge n.300/70 sufficienti, secondo l'azienda, a legittimare l'espulsione del dipendente dal contesto lavorativo.

Nel primo, il giudice di merito ha appurato che il dipendente, sebbene non fosse impegnato in altre commesse, si è rifiutato senza giustificato motivo di approfondire lo studio di due sistemi operativi, come richiesto dal suo superiore gerarchico, considerato anche che la partecipazione alla formazione non avrebbe comportato spese a carico del dipendente, né tanto meno la necessità di usufruire di permessi o di sacrificare il proprio tempo libero.

Nella seconda occasione, invece, era stato accertato che il lavoratore avesse tenuto una condotta passiva presso un cliente dell'azienda, rifiutandosi di svolgere un'attività di aggiornamento dei sistemi sebbene questi rientrassero nelle sue competenze sistemiche generali.

Sulla scorta di tali presupposti, i Giudici di Piazza Cavour hanno ritenuto legittimo il licenziamento per giustificato motivo soggettivo intimato dall'azienda, ritenendo che il comportamento tenuto dal lavoratore integrasse gli estremi della grave insubordinazione, disattendendo l'obbligo di diligenza e di esecuzione delle disposizioni impartite dai superiori gerarchici, nel caso in commento riferite alle esigenze di formazione, di aggiornamento e di accrescimento professionale necessario per l'ottimale impiego del lavoratore.

I giudici di legittimità hanno pertanto ritenuto sussistenti, nel caso di specie, gli elementi che integrano il parametro normativo del giustificato motivo soggettivo, ritenendo proporzionata la misura espulsiva irrogata dall'azienda in ragione del carattere persistente e volontario del comportamento posto in essere dal dipendente rigettando il ricorso proposto dal dipendente stesso, che a seguito di tale recesso, potrà accedere alla NASpI, vale a dire all'indennità di disoccupazione.

Inoltre, a seguito del licenziamento il datore di lavoro sarà tenuto all'esborso del cd "ticket di licenziamento", introdotto nel nostro ordinamento dalla legge 28 giugno 2012, n.92.

Trattasi, nello specifico di un contributo che a partire dal 1° gennaio 2013 deve essere versato dall'azienda all'INPS in caso di estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per le causali che darebbero diritto al riconoscimento, almeno potenzialmente, dell'indennità

di disoccupazione NASpI, a prescindere dall'effettiva percezione della stessa indennità da parte del dipendente e anche nel caso in cui questi abbia trovato una nuova occupazione.

Il ticket in questione, il cui importo ammonta per il 2023 a 603,10 euro per ogni anno di lavoro effettuato, fino ad un massimo di tre anni, persegue una duplice finalità: da un lato quella di finanziare la NASpI e dall'altro lato di scoraggiare le riduzioni di personale da parte delle aziende.

Come si può notare, il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e il licenziamento per giusta causa hanno, pertanto, molti aspetti in comune.

Qual è, allora, la differenza tra “giusta causa” e “giustificato motivo soggettivo”?

La fondamentale differenza tra queste due tipologie di licenziamenti disciplinari riguarda la diversa gravità dell'inadempimento posto in essere dal dipendente.

In particolare, la violazione degli obblighi contrattuali è più o meno grave a seconda che si tratti rispettivamente di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

La differenza tra i due istituti è, pertanto, quantitativa.

Più precisamente, il giustificato motivo soggettivo si caratterizzerebbe, secondo la tesi ormai dominante, per la minore gravità dell'inadempimento, di per sé capace di consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro durante il periodo di preavviso.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, “le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo di licenziamento si distinguono con riguardo non alla consistenza temporale del requisito della immediatezza della contestazione, che invece deve connotare in misura analoga tali nozioni e in genere ogni sanzione disciplinare, ma con riguardo alla maggiore gravità della violazione contrattuale addebitata al dipendente licenziato per giusta causa rispetto a quella della violazione addebitata al dipendente per giustificato motivo soggettivo, la quale deve fondarsi anch'essa su comportamenti di entità tale da poter scuotere la fiducia del datore di lavoro e da ritenere che la comunicazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali”.

La principale differenza tra le due tipologie di recesso aziendale riguarda il fatto che in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo deve essere comunque riconosciuto al dipendente il diritto al preavviso oppure alla relativa indennità sostitutiva, a differenza di quanto avviene invece nel caso di recesso per giusta causa ove l'estinzione del rapporto di lavoro avviene in tronco, senza alcun periodo di preavviso in cui poter proseguire con il rapporto di lavoro.

Sul danno da usura psico-fisica derivante dalla mancata fruizione dei riposi giornalieri e settimanali

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. Lav., 9 maggio 2023, n. 12249)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. La Corte di Appello di Lecce, con la sentenza impugnata, ha respinto il gravame proposto dalla società (Omissis) e (Omissis) Srl avverso la sentenza del Tribunale della medesima sede che aveva accolto la domanda di A.A., B.B. e C.C., autisti del servizio di linea addetti (anche) a percorsi superiori a 50 km, per la condanna al pagamento del risarcimento del danno non patrimoniale derivato dalla mancata fruizione (per gli anni dal 2006 al 2011) dei riposi giornalieri e settimanali così come disciplinati dai Regolamenti CEE 3820 del 1985 e CE 561 del 2006.

2. Per quanto qui rileva, la Corte territoriale, all’esito della disamina di detti Regolamenti, ha ritenuto l’applicabilità della normativa comunitaria all’impresa di trasporto in contesa, nonostante svolgesse attività in regime di monopolio, in quanto l’obiettivo di tale disciplina sarebbe la conformazione delle condizioni di lavoro ad un modello standard a livello sovranazionale, che assicuri l’osservanza di minime norme di sicurezza e di protezione dei conducenti, con particolare riferimento al rispetto di riposo ed intervalli lavorativi, indipendentemente dal modo con cui l’impresa operi nel settore. (...).

1.1. Con il primo si denuncia violazione o falsa applicazione del Regolamento CEE n. 3820/1985 (artt. 4 e 8), del Regolamento CE n. 561/2006 (artt. 3, 4 e 8), della L. n. 138 del 1958 (artt. 7 e 8), del D.Lgs. n. 66 del 2003 (art. 17, comma 6), dell’art. 6 del c.c.n.l. Autoferrotranvieri 27/11/2000 (art. 6), ai sensi dell’art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, avendo, la Corte territoriale, ritenuto applicabile la disciplina comunitaria in luogo della disciplina nazionale di cui alla legge del 1958 in materia di riposi giornalieri e settimanali dei lavoratori addetti al trasporto di linea extra urbano; invero, secondo le previsioni del D.Lgs. n. 66-03, la disciplina dei riposi applicabile al personale mobile dipendente da aziende autoferrotranviarie è quella prevista dalla legge del 1958; i Regolamenti comunitari dettano una disciplina per il personale che effettua trasporti stradali il cui percorso supera i 50 km; la fattispecie de qua si caratterizza per effettuare trasporti di tipo “misto” (ossia l’autista può essere adibito a corse inferiori oppure superiori ai 50 km nell’ambito anche di uno stesso turno, ma le tratte inferiori sono di gran lunga prevalenti); l’Interpello n. 27 del 2009 del Ministero del Lavoro ha dettato, ai fini della scelta della disciplina da applicare, il criterio della prevalenza dell’attività svolta, mentre la sentenza impugnata ha ritenuto sufficiente la presenza anche di una sola tratta superiore ai 50 km nel turno di servizio per l’applicazione della normativa comunitaria, con ciò violando altresì il c.c.n.l. che prevede di misurare la durata settimanale dell’orario di lavoro nell’arco temporale di 17 settimane. (...).

1.4. Col quarto motivo si deduce violazione o falsa applicazione degli artt. 2059, 2087,

1223, 2727, 2729, 2697 c.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, avendo, la Corte territoriale, fatto erronea applicazione dei principi in materia di danno e di onere probatorio a fronte del ricorso introduttivo del giudizio privo di specifiche allegazioni idonee concretamente ad individuare il pregiudizio di cui i lavoratori chiedevano il risarcimento; inoltre, la Corte territoriale non avrebbe minimamente indicato le presunzioni gravi, precise e concordanti poste alla base del metodo di accertamento analitico induttivo adottato, avendo considerato un unico, insufficiente, fatto indiziario ossia la lunghezza dei periodi nei quali si è registrato l'inadempimento datoriale.

2. Il primo motivo di ricorso non è fondato.

2.1. Il ricorso della società, in relazione al periodo di causa (2006 – 2011), investe questa Corte della interpretazione del regolamento CE n. 561/2006 del parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada e che modifica i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 3821/85 e (CE) n. 2135/98 e abroga il regolamento (CEE) n. 3820/85 del Consiglio (GU 2006, L 102, pag. 1), nel prosieguo indicato come "regolamento". In relazione al periodo di causa non trovano applicazione le modifiche introdotte dal regolamento (UE) n. 2020/1054.

2.2. La società sostiene che il regime di monopolio in base al quale operava la esentava dall'applicazione del regolamento; ulteriore motivo di esenzione dall'applicazione della normativa comunitaria consisterebbe nella adibizione degli autisti a trasporti di tipo "misto" (ossia a corse inferiori e superiori ai 50 km nell'ambito anche di uno stesso turno, ma con netta prevalenza delle tratte inferiori). (...).

4. Parimenti inammissibile il quarto motivo perché tende a rivalutare elementi di fatto (concernenti la frequente od occasionale reiterazione di turni di lavoro che includevano tratte superiori a 50 km) a fronte del rispetto, da parte della Corte territoriale, del criterio consolidato della necessità della prova, da parte dell'interessato, del danno subito, prova che può essere fornita anche per presunzioni.

4.1. Questa Corte ha affermato che il danno da usura psico-fisica si iscrive (Cass. Sez. Un. 6572 del 2006; Cass. n. 26972 del 2008) nella categoria unitaria del danno non patrimoniale causato da fatto illecito o da inadempimento contrattuale e la sua risarcibilità presuppone la sussistenza di un pregiudizio concreto patito dal titolare dell'interesse leso, sul quale grava, pertanto, l'onere della relativa specifica deduzione della prova eventualmente anche attraverso presunzioni semplici.

Al principio è stato dato seguito dalla giurisprudenza successiva che, sottolineando la distinzione del danno da usura psico-fisica rispetto al danno alla salute o biologico (Cass. n. 24180 del 2013; Cass. n. 24563 del 2016), ha sancito come la mancata fruizione dei riposi possa essere fonte di danno non patrimoniale in via presuntiva (v. Cass. n. 18884 del 2019 ...).

4.2. La Corte di appello si è conformata alla giurisprudenza di legittimità e (...) ha ritenuto di desumere dalla specifica allegazione della "lunghezza dei periodi nei quali si è registrato l'inadempimento datoriale" l'anormale gravosità del lavoro e, dunque, il danno da usura psico-fisica "cagionato dal maggiore dispendio di energie necessarie per sostenere i ritmi lavorativi che, senza adeguati e cadenzati riposi, diventano oggettivamente usuranti anche per una persona esente da qualsivoglia patologia" (cfr. nello stesso senso, con riguardo a imprese di trasporto, Cass. n. 25135 del 2019, Cass. nn. 25260, 25259, 25069, 25068, 25067, 18776 del 2015). La Corte territoriale non ha, dunque, ritenuto il danno in re ipsa bensì, ricorrendo al mezzo di prova presuntivo, ha ritenuto provata l'esistenza di un danno da usura psico-fisica sulla base della maggiore gravosità dell'attività prestata durante i periodi destinati al riposo ricavata dalla valutazione della cadenza delle tratte e dei turni, prova che ha ritenuto non vinta

da prova contraria fornita dal datore di lavoro. Pertanto, la censura in esame è inammissibile in quanto non individua un errore di diritto ma, piuttosto, involge apprezzamenti di merito in ordine alla sussistenza del danno nella fattispecie concreta, valutazioni in quanto tali sottratti al sindacato di questa Corte.

5. Conclusivamente il ricorso deve essere respinto nel suo complesso (...).”

Nota a cura di Martina Scaffidi

Con la sentenza 9 maggio 2023 n. 12249, la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione affronta la questione della risarcibilità del danno non patrimoniale da usura psico-fisica, patito dal lavoratore e derivante dalla mancata fruizione dei turni di riposo.

In primo grado, il Tribunale accoglieva la domanda risarcitoria promossa da tre autisti dipendenti di un'impresa di trasporti, che lamentavano di aver subito un pregiudizio a causa della mancata fruizione dei riposi giornalieri e settimanali, come previsti dal Regolamento CE n. 561/2006.

Il datore di lavoro promuoveva appello avverso la sentenza emessa in primo grado ma veniva nuovamente dichiarato soccombente dalla Corte territoriale, che respingeva il gravame.

Della questione veniva quindi investita la Corte di Cassazione per pronunciarsi, per quanto di interesse in tale sede, sulla violazione e falsa applicazione del Regolamento CE n. 561/2006, sopra richiamato, nonché degli artt. 2059, 2087, 1223, 2727, 2729 e 2697 c.c.

In primo luogo – assume parte ricorrente – la Corte d'Appello ha errato nel ritenere applicabile *“la disciplina comunitaria in luogo della disciplina nazionale di cui alla legge del 1958 in materia di riposi giornalieri e settimanali dei lavoratori addetti al trasporto di linea extra urbano”*.

Nello specifico, secondo il datore di lavoro, la disciplina sovranazionale trova applicazione solo nei casi di trasporti stradali il cui percorso supera i 50 km, mentre il caso di specie afferisce a trasporti di tipo cd. “misto”, ossia solo in parte eccedenti i 50 km, e comunque in misura non prevalente. Siffatto ragionamento sembra peraltro avvalorato dall'Interpello n. 27 del Ministero del Lavoro, che indica il criterio della prevalenza dell'attività svolta per l'individuazione della disciplina in concreto applicabile.

La questione impone agli Ermellini di interrogarsi sulla corretta interpretazione del Regolamento CE n. 561/2006, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada. In particolare, dall'analisi degli articoli 1, 2 e 3 del Regolamento e dei correlati considerando, emerge chiaramente l'intento del legislatore eurounitario, che è quello di introdurre *“un complesso di regole più semplici e chiare, di immediata comprensione, che possano essere facilmente interpretate e applicate tanto dalle imprese del settore quanto dalle autorità che devono farle osservare”* al fine *“di armonizzare le condizioni di concorrenza fra diversi modi di trasporto terrestre (...) nonché di migliorare le condizioni di lavoro e la sicurezza stradale (...), ottimizzare il controllo e l'applicazione da parte degli Stati membri nonché a promuovere migliori pratiche nel settore dei trasporti su strada”*.

Quanto sopra induce la Suprema Corte a ritenere che il Regolamento Europeo in esame abbia valenza generale, giacché si applica *“inequivocabilmente a tutte le imprese del settore “trasporti su strada” (...) in modo da raggiungere il fine specifico di imporre delle condizioni minime di svolgimento dell'attività che tutelino sia gli operatori di esercizio di dette imprese sia i terzi impegnati nella circolazione stradale”*.

Dal preminente interesse di garantire condizioni minime di sicurezza comuni, ne deriva altresì che il Regolamento CE n. 561/2006 prevalga a prescindere dal contesto di mercato di riferimento (i.e. concorrenza perfetta, concorrenza monopolistica, oligopolio e monopolio).

L'applicazione del Regolamento CE n. 561/2006 anche alle imprese di trasporto che prevedono turni "misti" trova conferma in una pronuncia della Corte di Giustizia UE del 9 settembre 2021, richiamata dalla Suprema Corte. In particolare, alla luce dell'art. 3 lett. a) del Regolamento citato, i giudici eurounitari hanno chiarito che il perimetro di applicabilità della norma esclude soltanto i veicoli adibiti in via esclusiva a percorrere distanze inferiori a 50 km. Diversamente argomentando, a detta della Cassazione, ne deriverebbe l'insostenibile conseguenza del mancato raggiungimento degli obiettivi propri del Regolamento, ossia il miglioramento delle condizioni di lavoro e la sicurezza stradale.

Una volta chiarito l'ambito di applicazione del Regolamento CE n. 561/2006, la Suprema Corte affronta il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale per la maggiore usura psico-fisica derivante dalla mancata fruizione di adeguati e periodici turni di riposo. Secondo l'impresa ricorrente, la Corte d'Appello ha errato nel ritenere sussistente il danno in assenza non solo di specifiche allegazioni atte ad individuare in concreto il pregiudizio subito ma anche di presunzioni "gravi, precise e concordanti" da porre alla base del metodo di accertamento, considerando al contrario, quale unico fatto indiziario, la lunghezza dei periodi fonte di inadempimento datoriale.

Sul punto, richiamando una prassi ormai consolidata, la Cassazione ha ribadito che il danno da usura psico-fisica si iscrive nella categoria unitaria del danno non patrimoniale, potendo derivare tanto da fatto illecito quanto da inadempimento contrattuale, e la sua risarcibilità è condizionata alla sussistenza di un pregiudizio patito dal danneggiato, che deve essere provato anche eventualmente ricorrendo a presunzioni semplici. Rispetto al danno alla persona, che va sempre provato sia in ordine alla sussistenza sia al nesso eziologico, il danno da usura psico-fisica può essere dedotto anche in via presuntiva.

La Cassazione aderisce dunque al ragionamento logico-giuridico della Corte di Appello, che a sua volta ha ritenuto di desumere "l'anormale gravosità del lavoro e, dunque, il danno da usura psico-fisica" proprio "dalla specifica allegazione della lunghezza dei periodi nei quali si è registrato l'inadempimento datoriale".

In applicazione di tale principio giuridico, ne consegue che spetti al datore di lavoro dimostrare la fruizione dei riposi compensativi dei lavoratori, quali fatti impeditivi del danno lamentato.

In conclusione, statuisce la Suprema Corte, il danno da usura psico-fisica non può dirsi provato *in re ipsa* ma va sempre dimostrato, anche mediante il ricorso a presunzioni semplici dalle quali si evinca la "maggiore gravosità dell'attività prestata durante i periodi destinati al riposo ricavata dalla valutazione della cadenza delle tratte e dei turni", per l'effetto ribaltando sul datore di lavoro l'onere di fornire prova contraria.

Acquisto di materiali presso terzi da parte dell'appaltatore: azioni risarcitorie e tempestività della denuncia

Argomento: Dell'appalto

(Cass. Civ., Sez. II, 9 maggio 2023 n. 12337)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“4.2. È principio consolidato, più volte affermato da questa Corte che, in **tema di appalto, l'appaltatore si trova, rispetto ai materiali acquistati dallo stesso presso terzi e messi in opera in esecuzione del contratto, in una posizione analoga a quella dell'acquirente successivo nell'ipotesi della c.d. “vendita a catena”, potendosi, conseguentemente, configurare, in suo favore, due distinte fattispecie di azioni risarcitorie: quella contrattuale, esperibile soltanto nei confronti del “venditore immediato” e quella extracontrattuale, per essere tenuto indenne di quanto versato al committente ex art. 1669 c.c. in ragione dei danni sofferti per i vizi dei materiali posti in opera** (Cassazione civile sez. II, 21/05/2020, n. 9374; Cassazione civile sez. II, 30/08/2002, n. 12704).

4.3. Nella vendita a catena, ciascuno dei successivi acquirenti agisce in regresso contro il proprio immediato dante causa in forza del proprio e distinto rapporto contrattuale di compravendita e senza che fra l'azione principale e la successiva domanda di regresso si costituisca alcun vincolo di interdipendenza. (...).

4.5. Il principio dell'autonomia di ciascuna vendita non impedisce quindi al rivenditore di proporre, nei confronti del proprio venditore, domanda di rivalsa di quanto versato a titolo di risarcimento del danno all'acquirente, quando l'inadempimento del rivenditore sia direttamente connesso e consequenziale alla violazione degli obblighi contrattuali verso di lui assunti dal primo venditore (Cassazione civile sez. II, 24/01/2020, n. 1631; Cassazione civile sez. II, 05/02/2015, n. 2115). (...).

5.4. **In tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, è consolidato il principio secondo cui, eccetto dal venditore la tardività della denuncia rispetto alla data di consegna della merce, incombe sull'acquirente, trattandosi di condizione necessaria per l'esercizio dell'azione, l'onere della prova di aver denunciato i vizi nel termine di legge ex art. 1495 c.c.** (Cassazione civile sez. II, 14/05/2008, n. 12130) (...).”

Leasing immobiliare e usura: il ruolo della clausola di salvaguardia

Argomento: Del mutuo

(Cass. Civ., Sez. I, 15 maggio 2023, n. 13144)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“2.7.2. – (...) Tanto premesso, rileva il Collegio che, come già condivisibilmente osservato da Cass. n. 26286 del 2019 (resa con riferimento ad un contratto di mutuo fondiario, ma i cui principi sono agevolmente applicabili anche nell’odierna fattispecie, in cui si è al cospetto di un contratto di leasing immobiliare, posto che a quest’ultimo, nelle varie forme, sono coesenziali finalità di finanziamento, espressamente funzionali, però, all’acquisto ovvero alla utilizzazione dello specifico bene coinvolto. Cfr. Cass. n. 15200 del 2018; Cass. n. 30520 del 2019), “la clausola cd. “di salvaguardia” giova a garantire che, pur in presenza di un saggio di interesse variabile o modificabile unilateralmente dalla banca, la sua fluttuazione non oltrepassi mai il limite stabilito dalla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4. Dal punto di vista pratico, tale clausola opera in favore della banca, piuttosto che del cliente. Infatti, ai sensi dell’art. 1815, comma 2, c.c. “se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi”. La clausola “di salvaguardia”, dunque, assicurando che gli interessi non oltrepassino mai la soglia dell’usura cd. “oggettiva”, previene il rischio che il tasso convenzionale sia dichiarato nullo e che nessun interesse sia dovuto alla banca. Nondimeno, la clausola non presenta profili di contrarietà a norme imperative. Anzi, al contrario, essa è volta ad assicurare l’effettiva applicazione del precetto d’ordine pubblico che fa divieto di pattuire interessi usurari. Sebbene la “clausola di salvaguardia” ponga le banche al riparo dall’applicazione della “sanzione” prevista dall’art. 1815, comma 2, c.c. per il caso di pattuizione di interessi usurari (nessun interesse è dovuto), la stessa non ha carattere elusivo, poiché il principio d’ordine pubblico che governa la materia è costituito dal divieto di praticare interessi usurari, non dalla sanzione che consegue alla violazione di tale divieto. Non vale, in contrario, quanto ritenuto in altra occasione da questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 12965 del 22/06/2016, Rv. 640109), poiché quella pronuncia ha ad oggetto una ben diversa clausola, che prevedeva l’applicazione del principio solve et repete agli interessi che eventualmente fossero successivamente risultati usurari”.

2.7.3. – Dunque, adattando alla concreta vicenda per cui è causa gli appena riportati assunti, ne deriva che il percepimento di interessi usurari è vietato dalla legge e la relativa pattuizione è nulla. Con la “clausola di salvaguardia” la società di leasing si obbliga contrattualmente ad assicurare che, per tutta la durata del rapporto, non vengano mai applicati interessi che oltrepassino il “tasso soglia”.

2.7.4. – La “contrattualizzazione” di quello che è un divieto di legge, tuttavia, non è priva di conseguenze sul piano del riparto dell’onere della prova. Infatti, come osservato, ancora una volta condivisibilmente, dalla già citata Cass. n. 26286 del 2019, “se l’osservanza del “tasso soglia” diviene oggetto di una specifica obbligazione contrattuale,

alla logica della violazione della norma imperativa si sovrappone quella dell'inadempimento contrattuale, con conseguente traslazione dell'onere della prova in capo all'obligato, ossia alla banca" (nella vicenda in esame, quindi, alla società di leasing).

2.7.5. – Nella specie, invece, la corte di appello si è attestata sulla posizione della vigenza dirimente della "clausola di salvaguardia" in sé considerata, ritenendo – in sostanza – che l'inserimento della stessa nelle condizioni generali integranti il regolamento contrattuale fosse sufficiente ad escludere in radice l'usurarietà degli interessi moratori percepiti dalla società di leasing. Neppure ha pregio l'osservazione – riferita da Unicredit Leasing Spa (cfr. pag. 13 e ss. del controricorso) – secondo cui il consulente d'ufficio non avrebbe rilevato lo sfioramento del tasso soglia, neanche con riferimento al periodo di applicazione del tasso di mora. Si tratta, infatti, di conclusioni del c.t.u. che mai sono state validate dalla corte distrettuale, che ha basato la propria decisione unicamente sulla presenza, nelle condizioni generali del contratto di leasing immobiliare de quo, della "clausola di salvaguardia" suddetta. (...).

3.3. – (...) Le argomentazioni del motivo, inoltre, in nessun modo si confrontano con l'ulteriore affermazione della corte distrettuale secondo cui "Va aggiunto, come evidenziato nella sentenza impugnata, che gli interessi dovuti sull'intero finanziamento vengono ripartiti nelle singole rate e sono calcolati sul capitale residuo, non ancora restituito, senza quindi che si verifichi l'addebito di interessi sugli interessi maturati, che è l'ipotesi disciplinata dall'art. 1283 cod. civ.". Trattasi, evidentemente, di accertamento di natura fattuale, non sindacabile in questa sede, dovendosi qui solo ricordare che: i) il vizio di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 non può essere mediato dalla riconsiderazione delle risultanze istruttorie, ma deve essere dedotto, a pena di inammissibilità del motivo giusta la disposizione dell'art. 366, n. 4, c.p.c., non solo con la indicazione delle norme assuntivamente violate, ma anche, e soprattutto, mediante specifiche argomentazioni intelligibili ed esaurienti intese a motivatamente dimostrare in qual modo determinate affermazioni in diritto contenute nella sentenza gravata debbano ritenersi in contrasto con le indicate norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza di legittimità, diversamente impedendosi alla Corte regolatrice di adempiere al suo istituzionale compito di verificare il fondamento della lamentata violazione (cfr. Cass. n. 35041 del 2022; Cass. n. 4784 del 2023); ii) il giudizio di legittimità non può essere surrettiziamente trasformato in un nuovo, non consentito, ulteriore grado di merito, nel quale ridiscutere gli esiti istruttori espressi nella decisione impugnata, non condivisi e, per ciò solo, censurati al fine di ottenerne la sostituzione con altri più consoni alle proprie aspettative (cfr. Cass. n. 21381 del 2006, nonché, tra le più recenti, Cass. n. 8758 del 2017, Cass., SU, n. 34476 del 2019 e Cass. n. 32026 del 2021; Cass. n. 40493 del 2021; Cass. n. 1822 del 2022; Cass. n. 2195 del 2022; Cass. n. 3250 del 2002; Cass. n. 5490 del 2022; Cass. n. 9352 del 2022; Cass. 13408 del 2022; Cass. n. 15237 del 2022; Cass. n. 21424 del 2022; Cass. n. 30435 del 2022; Cass. n. 35041 del 2022; Cass. n. 35870 del 2022; Cass. n. 1015 del 2023; Cass. n. 4784 del 2023; Cass. n. 9021 del 2023). (...)"

Il danno da illecito trattamento dei dati personali non è in *re ipsa* ma occorre provare la gravità e serietà della lesione

Argomento: Della protezione dei dati personali

(Cass. Civ., Sez. I, 12 maggio 2023, n. 13073)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“L’adeguamento del sistema nazionale alle norme del GDPR impone allora di puntualizzare il senso di alcune anteriori posizioni espresse da questa Corte a proposito dell’art. 15 del codice privacy. Si è detto nella vigenza dell’art. 15 che il danno non può dirsi in *re ipsa* (v. Cass. Sez. 6-1 n. 17383-20, Cass. Sez. 3 n. 16133-14), e questo è certamente da mantenere. Tuttavia, il senso dell’affermazione non può esser tradotto altrimenti che in ciò: **che il diritto al risarcimento non si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del danno**. Questo perché anche per tale diritto opera il bilanciamento con il principio di solidarietà *ex Cost.*, art. 2, di cui quello di tolleranza della lesione minima è un precipitato. Il senso dell’affermazione, dopo il GDPR, è offerto dalla constatazione che non è tale da determinare una lesione effettiva del diritto la mera violazione delle prescrizioni poste in tema di trattamento, ma lo è invece quella violazione che concretamente offenda la portata effettiva del diritto alla riservatezza del dato.”

Fermo amministrativo illegittimo: va risarcita la perdita di valore del mezzo a causa della prolungata indisponibilità

Argomento: Del risarcimento del danno

(Cass. Civ., Sez. III, 15 maggio 2023, n. 13173)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“(…) 4. Il danno da fermo amministrativo illegittimo coincide con una situazione di materiale indisponibilità del bene, a fronte della quale varie sono le voci di danno delle quali può essere chiesto il risarcimento. Si tratta, come in ogni ipotesi di illegittima sottrazione della materiale disponibilità di un bene, non di un danno in re ipsa, ma di un danno la cui esistenza ed il cui ammontare sono sottoposti agli ordinari oneri probatori, che possono essere soddisfatti anche con il ricorso alle presunzioni, dalle quali si può trarre conferma della volontà della parte di godere materialmente del proprio bene secondo il suo uso normale.

Se il ricorrente si fosse limitato a chiedere il risarcimento del danno per aver dovuto provvedere altrimenti, negli anni in cui si è protratta l’indisponibilità del bene, al proprio autotrasporto, in difetto di una prova delle spese sostenute, sarebbe stato legittimo da parte della corte d’appello il rigetto della domanda per mancata prova del danno, in applicazione dell’ormai consolidato orientamento di legittimità per cui, da Cass. n. 20260 del 2015 in poi, si afferma che il danno da “fermo tecnico” di veicolo incidentato non è in re ipsa, ma esso deve essere allegato e dimostrato e la relativa prova non può avere ad oggetto la mera indisponibilità del veicolo, ma deve sostanziarsi nella dimostrazione o della spesa sostenuta per procurarsi un mezzo sostitutivo, ovvero della perdita subita per la rinuncia forzata ai proventi ricavabili dall’uso del mezzo (nello stesso senso, da ultimo, Cass. n. 27389 del 2022 e Cass. n. 5447 del 2020).

Ma il danno patrimoniale il cui risarcimento è stato chiesto nel caso di specie non era limitato alla lamentata indisponibilità del bene, bensì era riferito in principalità alla documentata perdita di valore del mezzo a causa della prolungata indisponibilità: questa componente del danno emergente, se nel caso del fermo tecnico per incidente, di durata circoscritta, è normalmente trascurabile, nel caso della perdita di disponibilità di un autoveicolo protrattasi per anni emerge in tutta la sua tangibilità, e, ove provata (e nel caso di specie il ricorrente aveva allegato il valore dell’autovettura al momento del fermo, e ne aveva documentato il prezzo di vendita, effettuata non appena aveva recuperato la disponibilità materiale e giuridica del bene con l’eliminazione del fermo amministrativo), deve essere riconosciuta. (...)”.

Mantenimento dei figli. L'obbligo grava sugli ascendenti se il reddito di un solo genitore è inadeguato

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2023, n. 13345)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“ (...) 2 – Il Collegio intende qui ribadire il principio già affermato da questa Corte, secondo il quale l'obbligo di mantenimento dei figli minori ex art. 148 c.c. spetta primariamente e integralmente ai loro genitori sicché, se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l'altro, nel preminente interesse dei figli, deve far fronte per intero alle loro esigenze con tutte le sue sostanze patrimoniali e sfruttando tutta la propria capacità di lavoro, salva la possibilità di convenire in giudizio l'inadempiente per ottenere un contributo proporzionale alle condizioni economiche globali di costui.

Pertanto, l'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli – che investe contemporaneamente tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi i genitori – va inteso non solo nel senso che l'obbligazione degli ascendenti è subordinata e, quindi, sussidiaria rispetto a quella, primaria, dei genitori, ma anche nel senso che agli ascendenti non ci si possa rivolgere per un aiuto economico per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli (Cass. n. 10419 del 02/05/2018).

Tuttavia, pur se la sentenza impugnata è – in parte censurabile in relazione alla motivazione in diritto, è però conforme a diritto il dispositivo, il che comportata non la cassazione della sentenza, ma la correzione della motivazione ex art 384, ultimo comma c.p.c.

Ed invero nella sentenza impugnata si osserva come non solo vi è stato un reiterato inadempimento da parte del padre, ma anche che la madre non è riuscita a riscuotere il contributo posto a carico del padre della bambina in ragione dei reiterati cambiamenti del luogo di residenza e di lavoro di quest'ultimo, comportamenti che la Corte ha ritenuto elusivi. La individuazione di un luogo di residenza e di un datore di lavoro è infatti il presupposto necessario per poter esperire le azioni a tutela del credito. Si è inoltre ricostruita, sia pure nella parte in fatto della sentenza impugnata, la complessiva condizione della madre che non ha mezzi sufficienti a provvedere al mantenimento della minore posto che vive in un appartamento ALER (edilizia economica e popolare) e gode di un reddito di appena euro 612,00 mensili e sono state richiamate le motivazioni della sentenza di primo grado ove si è evidenziato che la non può al momento incrementare la propria condizione reddituale, dovendosi occupare direttamente e da sola dalla figlia. Si è altresì ricostruita la condizione economica degli ascendenti proprietari di diversi immobili e percettori di reddito da pensione.

In tal modo la Corte ha reso evidente la sussistenza dei presupposti per ritenere l'obbligo degli ascendenti, in ragione della complessiva considerazione delle condizioni economiche dei genitori e dei loro comportamenti, segnatamente stigmatizzando il com-

portamento del padre, non solo elusivo, ma anche doloso, posto che egli è stato condannato in sede penale, e che – restando di fatto irreperibile viene meno non solo a doveri di mantenimento ma anche a quelli di cura educazione ed istruzione che di conseguenza gravano per intero sulla madre, capace di una produzione reddituale inadeguata al mantenimento dei minori.

Da ciò consegue che, in questa situazione, le esigenze di vita della minore non possono essere soddisfatte solo dalla madre, e pertanto i nonni, la cui posizione economica viene adeguatamente ricostruita dal giudice del merito, sono tenuti al loro contributo. (...)”.

Nota a cura di Giuseppe Piccardo

La vicenda oggetto dell’ordinanza in commento trae origine dal ricorso proposto ai sensi dell’articolo 316-*bis* c.c., dalla madre di una minore, a lei affidata in modo “super esclusivo”, nei confronti degli ascendenti paterni, al fine di ottenere il pagamento del contributo al mantenimento della minore medesima.

La ricorrente esponeva che, con la sentenza di separazione, era stato posto a carico del padre un contributo mensile per il mantenimento, non corrisposto per diversi anni, con conseguente condanna del padre, in sede penale, ai sensi dell’articolo 570 c.p., per essersi sottratto agli obblighi di assistenza familiare, rendendosi, di fatto irreperibile.

Il Tribunale di Milano accoglieva il ricorso, emettendo decreto a carico dei nonni per la corresponsione del mantenimento mensile.

Successivamente, gli ascendenti paterni proponevano appello, che veniva respinto, sul presupposto che l’obbligo di mantenimento del padre sussistesse a prescindere dalla capacità della madre di produrre reddito e che l’obbligo dei nonni al mantenimento della nipote fosse da considerare in surroga per le obbligazioni del padre nei confronti della minore.

Gli ascendenti paterni, quindi adivano la Cassazione, al fine di ricorrere avverso la sentenza di secondo grado; nel giudizio si costituiva, con controricorso la madre della minore.

In particolare, i ricorrenti lamentavano la violazione degli articoli 316-*bis* c.c., 433 c.c. e 2697 c.c., rilevando che l’obbligo di mantenimento dei figli minori spettasse, anzitutto ai genitori e che l’obbligo degli ascendenti avesse natura subordinata e sussidiaria, con la conseguenza dell’impossibilità di richiedere ai nonni un contributo economico, per il solo fatto che uno dei genitori non contribuisca al mantenimento dei figli.

Inoltre, evidenziavano, che nel caso di specie non vi fosse prova alcuna che la madre avesse esperito nei confronti del genitore inadempiente i rimedi consentiti dalla legge, in primo luogo il pignoramento dei beni o dei conti bancari, in quanto la Corte d’Appello aveva fatto riferimento soltanto continui trasferimenti del padre, di fatto resosi irreperibile.

La Corte di Cassazione rigettava il ricorso, pur provvedendo, però, a correggere la motivazione della sentenza di secondo grado, laddove i giudici di merito avevano fondato l’obbligo degli ascendenti sul disposto dell’articolo 316-*bis* c.c. Secondo i giudici di legittimità, infatti, la norma suddetta prevederebbe, a carico degli ascendenti, una responsabilità sussidiaria dei genitori, di fornire i mezzi sufficienti ai figli, affinché questi possano adempiere al loro dovere verso la propria prole, in via sussidiaria, e non in via surrogatoria.

La conclusione sopra riportata si correla al principio secondo il quale l’obbligo di mantenimento dei figli minori spetti primariamente e integralmente ai loro genitori e, pertanto, se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l’altro – nel preminente inte-

resse dei figli – deve far fronte per intero alle loro esigenze, con tutti i mezzi disponibili, fatto salvo il diritto di ottenere l'ordine giudiziale di versamento coattivo di un contributo proporzionale alle condizioni economiche globali di chi è gravato integralmente dall'onere.

In questa prospettiva, l'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli, obbligo che ricade, simultaneamente, su tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi gli obbligati, comporta che ai nonni non possa essere richiesto di intervenire, economicamente, in forza del fatto che uno dei due genitori non partecipi al mantenimento della prole, quando l'altro genitore non abbia possibilità di farlo e non abbia utilizzato tutti i mezzi che l'ordinamento offre per la tutela del diritto dei minori al mantenimento.

Tuttavia, nel caso in cui le risorse economiche di uno dei genitori siano insufficienti, come nel caso di specie, il contributo degli ascendenti diviene necessario e, sotto il profilo giuridico, può essere richiesto coattivamente mediante azione giudiziale. Nel caso specifico, va tenuto conto, altresì, della circostanza, rilevata dai giudici, che la madre della minore aveva esperito tutti i rimedi giudiziari possibili, per ottenere, coattivamente, il contributo del padre al mantenimento della figlia *“non solo vi è stato un reiterato inadempimento da parte del padre, ma anche che la madre non è riuscita a riscuotere il contributo posto a carico del padre della bambina in ragione dei reiterati cambiamenti del luogo di residenza e di lavoro di quest'ultimo, comportamenti che la Corte ha ritenuto elusivi. La individuazione di un luogo di residenza e di un datore di lavoro è infatti il presupposto necessario per poter esperire le azioni a tutela del credito. Si è inoltre ricostruita, sia pure nella parte in fatto della sentenza impugnata, la complessiva condizione della madre che non ha mezzi sufficienti a provvedere al mantenimento della minore posto che vive in un appartamento ALER (edilizia economica e popolare) e gode di un reddito di appena Euro 612,00 mensili e sono state richiamate le motivazioni della sentenza di primo grado ove si è evidenziato che la C.C. non può al momento incrementare la propria condizione reddituale, dovendosi occupare direttamente e da sola dalla figlia. Si è altresì ricostruita la condizione economica degli ascendenti proprietari di diversi immobili e percettori di reddito da pensione”*.

Con la sentenza in commento, quindi, la Corte di cassazione contempera il diritto al mantenimento dei minori, nei casi di impossibilità, da parte dei genitori, di farvi fronte, con quello dei nonni a non essere gravati di oneri, qualora i genitori, anche mediante azioni giudiziarie, corrispondano quanto dovuto a titolo di mantenimento.

Inoltre, chiarisce la natura dell'obbligazione dei nonni, nei confronti dei nipoti, ritenendola sussidiaria rispetto a quella dei genitori, precisando la necessità che nella valutazione del concorso degli ascendenti nel mantenimento dei nipoti si tenga conto della concreta possibilità, per il genitore adempiente, ma privo di adeguati mezzi economici, di ottenere la condanna del genitore inadempiente all'osservanza degli obblighi di mantenimento dei figli, sullo stesso gravanti.

Anche nei post su Twitter va rispettato il principio di continenza

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2023, n. 13411)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“V. – (...) La corte d’appello, replicando la conforme valutazione del tribunale, ha ritenuto tali espressioni lesive, nell’odierno contesto sociale. (...) Ha cioè da questo punto di vista valutato motivatamente le frasi reputandole offensive al di là del limite della continenza.

VI. – La valutazione non integra le violazioni che le vengono addebitate. Occorre ricordare che in tema di danni da diffamazione la ricostruzione storica dei fatti, la valutazione del contenuto degli scritti, l’apprezzamento in concreto delle espressioni usate come lesive dell’altrui reputazione e 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 e insindacabili in sede di legittimità se sorretti da argomentata motivazione. Il controllo affidato alla Corte di Cassazione è in questi casi limitato alla verifica dell’avvenuto esame, da parte del giudice del merito, della sussistenza dei requisiti della continenza, della veridicità dei fatti narrati e dell’interesse pubblico alla diffusione delle notizie, oltre che naturalmente al sindacato della congruità e logicità della motivazione secondo la previsione dell’art. 360 c.p.c., n. 5 ove applicabile. Va precisato che nella fattispecie in esame non solo non è dedotto alcun omesso esame di fatti, ma neppure avrebbe potuto esserlo, essendo la decisione sorretta da una doppia valutazione conforme in primo e secondo grado (art. 348-ter c.p.c.). In definitiva resta sempre estraneo al giudizio di legittimità l’accertamento della capacità diffamatoria delle espressioni in contestazione (v. Cass. Sez. 3 n. 18631-22, Cass. Sez. 3 n. 5811-19).

VII. – Contrariamente a ciò che assume il ricorrente, il legittimo esercizio del diritto di critica – anche in ambito latamente politico – sebbene consenta il ricorso a toni aspri e di disapprovazione più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti tra privati, è pur sempre condizionato dal limite della continenza intesa come correttezza formale dell’esposizione e non eccedenza dai limiti di quanto strettamente necessario per il pubblico interesse (v. Cass. Sez. 3 n. 11767-22, Cass. Sez. 3 n. 841-15). Non possiede quindi rilievo essenziale il riferimento alla attività politica del ricorrente quale fondamento del diritto di critica esercitato anche in modo pungente. Né induce a una possibile diversa considerazione del contenuto lesivo delle affermazioni la circostanza che le stesse siano state fatte a mezzo di un social-network qual è Twitter.

VIII. – Il punto è che nella formulazione di qualunque giudizio critico si possono utilizzare espressioni anche lesive della reputazione altrui, ma purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall’opinione o comportamento preso di mira, e non si risolvano, invece, in un’aggressione gratuita e distruttiva dell’onore e della reputazione del soggetto interessato. Anche e proprio all’uso di una

piattaforma come Twitter, o altre equivalenti, va correlato il limite intrinseco del giudizio che si posta in condivisione, il quale, come ogni giudizio, non può andar disgiunto dal contenuto che lo contraddistingue e dalla forma espressiva, soprattutto perché tradotto in breve messaggio di testo, per sua natura assertivo o scarsamente motivato. Da questo punto di vista, quindi, il post in Twitter non si sottrae al necessario rispetto della continenza espressiva, e non concretizza una manifestazione del pensiero irresponsabile sol perché veicolata tramite il mezzo prescelto. A titolo esemplificativo occorre ricordare che finanche la satira – che pur costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, al punto da esser sottratta, nel paradosso della narrazione, anche all’obbligo di riferire fatti veri – resta soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito (cfr. Cass. Sez. 1 n. 6919-18).

IX. – Non costituisce circostanza esimente neppure il fatto che il social-network sia funzionale a una impostazione predefinita, tal che i messaggi vengono trasmessi privatamente solo a determinati seguaci. Per quanto ciò sia vero, resta il fatto che si tratta pur sempre di messaggi, giudizi e affermazioni rivolti a un numero indiscriminato (e sempre più rilevante) di persone, sicché in quella indiscriminata cerchia essi sono e restano comunque “pubblici” per definizione.

X. – In conclusione, è infondato affermare – come invece assume il ricorrente – che nell’attuale contesto sociale l’utilizzo di un social-network, e segnatamente di Twitter, consentendo di esprimere e condividere brevi ma incisivi messaggi di testo, imponga una valutazione dei medesimi in modo meno rigoroso quanto al necessario rispetto dei noti limiti che circondano l’esercizio del diritto di critica. Va di contro affermato l’opposto principio: – l’uso di una piattaforma come Twitter, o altre equivalenti, implica l’osservanza del limite intrinseco del giudizio che si posta in condivisione, il quale, come ogni giudizio, non può andar disgiunto dal contenuto che lo contraddistingue e dalla forma espressiva, soprattutto perché tradotto in breve messaggio di testo per sua natura assertivo o scarsamente motivato; il post in Twitter non esime l’autore dal necessario rispetto della continenza espressiva in quanto non può concretizzare una manifestazione del pensiero irresponsabile sol perché veicolata tramite il mezzo prescelto. (...).”

Nota a cura di Letizia Barbero

La pronuncia in commento trae origine dal ricorso proposto da un Ente nanti il Tribunale di Roma avverso un *ex* Senatore al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni da diffamazione derivanti, secondo l’assunto di parte ricorrente, da una campagna denigratoria posta in essere dalla parte convenuta attraverso comunicati stampa, nonché messaggi di natura offensiva e denigratoria dell’onorabilità ed immagine dell’Ente pubblicati sul *social network* “*Twitter*”.

Il Tribunale di Roma, valutata la natura diffamatoria di alcune delle dichiarazioni oggetto di ricorso, ha pronunciato sentenza di condanna al risarcimento dei danni, confermata anche in secondo grado dalla Corte d’appello di Roma adita da parte convenuta lamentando la mancata attribuzione da parte del Giudice di primo grado di valore scriminante alla propria condotta.

Avverso tale pronuncia di conferma della pretesa risarcitoria, l’*ex* Senatore ha proposto ricorso per cassazione fondato su quattro motivi di doglianza.

Con il primo motivo il ricorrente lamenta che le dichiarazioni dallo stesso pubblicate dovevano essere valutate alla luce del contesto nel quale le stesso erano state rilasciate, ovvero una piattaforma online (“*Twitter*”), finanche da trattarle come libera espressione di un pensiero critico rivolto genericamente all’attività istituzionale dell’Ente. Con il secondo motivo, parte ricorrente denuncia l’omessa valutazione della Corte d’Appello dell’ambito nel quale le dichiarazioni sono state rese, trattandosi di espressioni atte a sostanziare una critica di natura politica legittimata dalla carica ricoperta dal ricorrente, quale *ex* Senatore, nonché dalle funzioni che lo stesso era chiamato a svolgere. Con il terzo motivo, l’*ex* Senatore adduce, relativamente ad un’ulteriore dichiarazione dallo stesso pubblicata sulla piattaforma in questione, l’assenza di elementi nella stessa atti ad integrare un illecito risarcibile a favore dell’Ente ricorrente, in quanto esclusivamente rivolta ad una persona fisica e non contenente espressioni riferibili all’Ente medesimo; con il quarto ed ultimo motivo, lamenta che la liquidazione del danno è avvenuta in assenza della relativa prova, non offerta in giudizio dall’Ente.

L’ordinanza in commento ha rigettato il ricorso ritenendo non fondati i quattro motivi di doglianza sopra portati.

In via preliminare, la Corte individua i limiti del controllo di legittimità in tema di danni derivanti da diffamazione, ribadendo che “*la ricostruzione storica dei fatti, la valutazione del contenuto degli scritti, l’apprrezzamento in concreto delle espressioni usate come lesive dell’altrui reputazione e 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 e insindacabili in sede di legittimità se sorretti da argomentata motivazione*”. Il controllo affidato alla Corte concerne, infatti, oltre il sindacato circa la congruità e logicità della motivazione, la verifica del corretto ed avvenuto esame da parte del giudice di merito circa la sussistenza dei seguenti limiti: continenza, veridicità ed interesse pubblico alla diffusione della notizia.

In merito, gli Ermellini evidenziano innanzitutto l’assenza di alcuna eccezione circa l’omesso esame dei fatti da parte del giudice di merito, o la non congruità dello stesso, nonché, in ogni caso, dichiarano la decisione insindacabile sotto l’aspetto motivazionale, essendo quest’ultima esaustiva e sorretta da una doppia valutazione operata sia in primo grado sia in secondo. In ultimo sull’argomento, rammentano che “*resta sempre estraneo al giudizio di legittimità l’accertamento della capacità diffamatoria delle espressioni in contestazione*”.

Operate le dovute premesse, l’esame dell’Ordinanza in commento richiede una breve disamina circa il rapporto intercorrente tra il diritto di critica e la diffamazione.

Concorde giurisprudenza afferma che affinché si configuri il reato di cui all’articolo 595 del codice penale occorrono i seguenti elementi: assenza dell’offeso, comunicazione con due o più persone ed offesa all’altrui reputazione; quanto sopra, salvo che il comportamento formalmente idoneo ad integrare la fattispecie della diffamazione non sia posto in essere nell’esercizio del diritto di cronaca o critica. L’esercizio di tali diritti, infatti, quali espressione della libertà di manifestazione del pensiero – quest’ultima costituzionalmente garantita dall’articolo 21 della Costituzione –, rientrano nell’ambito della scriminante di cui all’articolo 51 c.p. Orbene, l’esercizio del diritto di cronaca o critica assume valore scriminante di una condotta di rilevanza penale a condizione che siano rispettati i limiti della verità del fatto, della pertinenza nonché continenza, il cui rispetto garantisce un bilanciamento fra l’esercizio dei predetti diritti e le esigenze di tutela dell’onore.

Per quanto attiene al caso di specie, l’operatività della scriminante del diritto di critica, – il quale si caratterizza necessariamente in un giudizio avente carattere soggettivo rispetto ai fatti –, è subordinata al rispetto dei limiti anzidetti fra i quali, in particolare, la continenza non solo sostanziale (appunto, la verità dei fatti), ma anche formale, intesa quale utilizzo di modalità di

esposizione dei fatti ammissibili, nonché formalmente corrette; il rango costituzionale del diritto di critica, infatti, in quanto espressione della libertà di manifestazione del proprio pensiero, non legittima un esercizio privo di alcun limite, bensì ancorato al rispetto dei criteri di bilanciamento sopra menzionati, fra i quali altresì il perseguimento di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento nel rispetto del criterio cd. "finalistico". In merito, la Cassazione, nell'ambito della pronuncia in esame rileva che *"il legittimo esercizio del diritto di critica – anche in ambito latamente politico – sebbene consenta il ricorso a toni aspri e di disapprovazione più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti tra privati, è pur sempre condizionato dal limite della continenza intesa come correttezza formale dell'esposizione e non eccedenza dai limiti di quanto strettamente necessario per il pubblico interesse"*.

Gli Ermellini, nell'esaminare congiuntamente i primi due motivi di doglianza, evidenziano che non assume rilievo alcuno il fatto che il diritto di critica sia stato esercitato, secondo l'assunto di parte ricorrente, nell'ambito dell'attività politica dello stesso non potendo quest'ultima costituire, alla luce delle circostanze di specie, fondamento giustificativo della condotta posta in essere; sul punto, si osserva come nell'ambito dell'esercizio del diritto di critica politica il rispetto del limite della verità dei fatti assuma un rilievo più limitato ed affievolito rispetto al diritto di cronaca, ma l'elaborazione critica non può esimersi in ogni caso dal rispetto dei limiti della continenza e della verità.

Del pari, è irrilevante per i giudici della Cassazione la circostanza che le dichiarazioni di parte ricorrente siano state rese tramite un *social network*, il quale, – rileva il ricorrente – imporrebbe valutazioni meno rigorose circa la sussistenza dei limiti che circondano l'esercizio del diritto di critica.

In merito, gli Ermellini nella pronuncia in commento, enucleano il seguente principio: *"anche e proprio all'uso di una piattaforma come Twitter, o altre equivalenti, va correlato il limite intrinseco del giudizio che si posta in condivisione, il quale, come ogni giudizio, non può andar disgiunto dal contenuto che lo contraddistingue e dalla forma espressiva, soprattutto perché tradotto in breve messaggio di testo, per sua natura assertivo o scarsamente motivato."* A sostegno, la Cassazione rammenta che la formulazione di un giudizio non può, in ogni caso, esaurirsi in un'aggressione gratuita dell'onore e della reputazione del soggetto interessato; tanto più l'utilizzo di una piattaforma online, quale nel caso di specie l'uso di "Twitter", non esime l'utilizzatore dal necessario rispetto della continenza espressiva, ciò proprio in considerazione dall'assertività che caratterizza la dichiarazione postata su un *social network* e la quasi totale assenza di motivazione della stessa. I toni, pur se aspri e forti, devono essere proporzionati al fatto oggetto di narrazione ed al concetto che si intende esprimere.

Medesimi principi sono applicabili finanche alla satira, il cui esercizio rimane subordinato al rispetto dei limiti della verità, della continenza e funzionalità delle espressioni rispetto allo scopo perseguito.

Neppure l'eventualità che un *social network* possa operare al fine di destinare solo a determinati soggetti messaggi, commenti o dichiarazioni ivi pubblicati può rappresentare una circostanza esimente, in quanto proprio per natura gli stessi sono da considerarsi "pubblici", e comunque destinate ad un numero indiscriminati di persone.

Dunque, gli Ermellini affermano il seguente principio: *"il post in Twitter non esime l'autore dal necessario rispetto della continenza espressiva in quanto non può concretizzare una manifestazione del pensiero irresponsabile sol perché veicolata tramite il mezzo prescelto"*.

In relazione al terzo motivo, la Corte non condivide l'assunto di parte ricorrente in quanto l'ulteriore dichiarazione da quest'ultima pubblicata integra anch'essa una condotta lesiva dell'onore dell'Ente poiché rivolta ad un soggetto individuato non in quanto tale, ma in quan-

to presidente dell'Ente anzidetto; in ultimo, con il quarto motivo la Corte rileva l'infondatezza dello stesso poiché generico alla luce degli elementi valutati dalla corte di Appello che ha, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, ben esposto le ragioni della conferma della decisione di primo grado la quale, in tema di liquidazione del danno, ha tenuto conto delle peculiarità del caso di specie al fine di quantificare in via equitativa il risarcimento oggetto di causa.

Si osserva, infine, che il bene tutelato dal reato di diffamazione rappresenta pur sempre la dignità e la reputazione altrui, non venendo meno l'antigiuridicità della condotta allorquando l'offesa avviene mediante pubblicazione di messaggi di natura comunque diffamatoria sui *social network*; contrariamente, la Giurisprudenza è costante nell'affermare che la diffamazione commessa tramite web, rientrando nei casi di diffamazione commessa con "altri mezzi di pubblicità", costituisce un'ipotesi di diffamazione aggravata proprio per la diffusività ed offensività dello strumento adoperato non esimendo, pertanto, l'autore delle dichiarazioni dal rispetto dei limiti dei valori fondamentali e dei criteri individuati dalla prassi giurisprudenziale in tema di operatività della scriminante del diritto di critica.

Liquidazione del danno non patrimoniale spettante ai congiunti del soggetto macroleso, il giudice deve fare riferimento a tabelle che prevedano specificamente idonee modalità di quantificazione del danno

Argomento: Del risarcimento del danno

(Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2023, n. 13540)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“10 – (...) Il danno esistenziale, nei termini rappresentati dal ricorrente, non costituisce una categoria autonoma di danno non patrimoniale cui debba corrispondere una separata liquidazione qualora il risarcimento abbia avuto ad oggetto un danno biologico, del quale costituisce l’essenza, dinamico-relazionale, prevista dalla norma (Cass. 7513/2018 e successive conformi). Quanto al pregiudizio morale, benché non liquidato nella misura auspicata, di esso si è tenuto conto all’interno della liquidazione unitaria ma personalizzata del danno non patrimoniale (Cass. 25164/2020). Il danno non patrimoniale subito dal è stato liquidato infatti facendo applicazione della tabelle del Tribunale di Roma, e delle circostanze del caso concreto si è tenuto conto, dando il dovuto rilievo sia alla particolare sofferenza fisica causata dall’infortunio e dal suo lungo e doloroso decorso, sia alle limitazioni imposte alla vita personale del danneggiato, in quanto il giudice d’appello ha provveduto a personalizzare il danno, entro la “forbice” delineata dalle tabelle, ma con un aumento dei valori tabellari pari ben al 55 %. Né il ricorrente evidenzia, al di là del pur gravissimo danno subito, circostanze particolari, dedotte e trascurate, che, ove considerate, avrebbero portato ad una diversa quantificazione, anche superiore ai margini della forbice, per poter riconoscere un risarcimento effettivamente equivalente a tutto il danno subito (v. Cass. n. 23469 del 2018). (...).

12.1. – (...) Va tenuto in considerazione, quanto ai criteri da adottare per il riconoscimento e per la quantificazione del danno non patrimoniale alle vittime riflesse, che nel caso di specie oggetto della quantificazione non è il danno da morte del prossimo congiunto, e quindi da perdita del rapporto parentale, ma il danno che subiscono i congiunti in conseguenza delle lesioni – in questo caso gravissime – subite dalla vittima principale, tali da recare dolore e pena ai parenti, e da incidere pesantemente sullo svolgimento della vita quotidiana della intera famiglia. È affermazione consolidata nella giurisprudenza di questa Corte di legittimità che ai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa di fatto illecito, lesioni personali, può spettare anche il risarcimento del danno non patrimoniale concretamente accertato da lesione del rapporto parentale, in relazione ad una particolare situazione affettiva della vittima, non essendo ostativo il disposto dell’art. 1223 cod. civ., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso. In tal caso, traducendosi il danno in un patema d’animo ed anche in uno

sconvolgimento delle abitudini di vita del soggetto, esso non è accertabile con metodi scientifici e può essere accertato in base a indizi e presunzioni che, anche da soli, se del caso, possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità (già Cass. n. 8546 del 2008). In tema di danni conseguenti a sinistro stradale, si è detto che il danno “iure proprio” subito dai congiunti della vittima non è limitato al solo totale sconvolgimento delle loro abitudini di vita, potendo anche consistere in un patimento d’animo o in una perdita vera e propria di salute. Tali pregiudizi possono essere dimostrati per presunzioni, fra le quali assume rilievo il rapporto di stretta parentela esistente fra la vittima ed i suoi familiari che fa ritenere, secondo un criterio di normalità sociale, che essi soffrano per le gravissime lesioni riportate dal loro prossimo congiunto (Cass. n. 11212 del 2019; Cass. n. 7748 del 2020). Si è anche puntualizzato, da ultimo, che non sussiste in effetti alcun “limite” normativo per il danno da lesione del rapporto parentale, nel senso che possa sussistere soltanto se gli effetti stabiliti dal danno biologico sul congiunto siano particolarmente elevati (Cass. n. 1752 del 2023). (...).

12.6. – (...) Per rideterminare secondo i principi indicati la liquidazione del danno non patrimoniale spettante ai congiunti del soggetto macroleso, il giudice del rinvio dovrà far riferimento a tabelle che prevedano specificamente idonee modalità di quantificazione del danno, come le tabelle predisposte dal Tribunale di Roma, che fin dal 2019 contengono un quadro dedicato alla liquidazione dei danni cd. riflessi subiti dai congiunti della vittima primaria in caso di lesioni. Le tabelle del Tribunale di Milano, che nella loro più recente versione si sono adeguate alle indicazioni di questa Corte prevedendo una liquidazione “a punti” in riferimento alla liquidazione del danno non patrimoniale derivante da perdita del rapporto parentale, non altrettanto hanno fatto, allo stato, in riferimento alla liquidazione del danno dei congiunti del macroleso “in quanto per ora non è stato raccolto un campione significativo di sentenze utile a costruire una tabella fondata sul monitoraggio», come si legge nella illustrazione delle tabelle dell’Osservatorio milanese, lasciando in questo caso al giudice “...valutare se ritiene di avvalersi della tabella sul danno da perdita del rapporto parentale corrispondente al tipo di rapporto parentale gravemente leso, opportunamente adattando e calibrando la liquidazione al caso concreto, per quanto dedotto e provato» (punto 17 delle “domande e risposte”, all.2 delle tabelle milanesi ed. 2022). (...).”

Nota a cura di Debora Berta

La sentenza Cass. Civ. sez. III, n. 13540 del 17 maggio 2023, riafferma e puntualizza alcuni principi già espressi con riferimento all’applicabilità della presunzione di pari responsabilità in caso di scontro tra veicoli (art. 2054, II comma c.c.), al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito dalla vittima diretta, alla risarcibilità del danno subito *iure proprio* dai prossimi congiunti della vittima primaria.

In primo luogo la sentenza si sofferma sulla corretta applicazione del principio affermato dall’art. 2054, comma II, c.c., in caso di scontro tra veicoli, osservando come l’applicazione della presunzione di pari responsabilità è regola sussidiaria, legittimamente applicabile per ripartire le responsabilità sia nei casi in cui sia ignoto l’atto generatore del sinistro, sia nelle ipotesi in cui sia certo l’atto che ha causato il sinistro, ma incerto il grado di colpa attribuibile alle diverse parti coinvolte. La prova idonea a superare la presunzione può consistere nell’ac-

certamento del collegamento eziologico esclusivo o assorbente dell'evento dannoso col comportamento di uno dei due conducenti, ma può anche essere rinvenuta nell'accertamento in capo ad uno solo dei due conducenti di una precisa violazione di una o più regole di condotta stradale e della corretta condotta stradale dell'altro.

Venendo alla liquidazione del danno non patrimoniale, la Suprema Corte ricorda, richiamandosi all'ordinanza Cass. civ. Sez. III Ord., 27/3/2018, n. 7513 e successive, come il danno esistenziale, non costituisca una categoria autonoma di danno cui debba corrispondere una separata liquidazione, ma rappresenti la componente dinamico-relazionale del danno biologico che può consentire solo una personalizzazione di quest'ultimo. Allo stesso modo precisa che il danno morale, inteso come la peculiare sofferenza fisica causata dalla malattia e dal suo decorso, se opportunamente allegato e dimostrato, può anch'esso essere oggetto di liquidazione in termini di percentuale aggiuntiva rispetto alla somma prevista per il solo danno biologico. In ogni caso dovranno applicarsi i parametri previsti dalle tabelle del Tribunale che prevedono l'incremento percentuale per il ristoro del danno esistenziale e di quello morale, per assicurare una liquidazione unitaria ma personalizzata del danno non patrimoniale.

La Corte si sofferma altresì sulla risarcibilità del danno non patrimoniale subito, *iure proprio*, dai congiunti del soggetto vittima di gravi o gravissime lesioni personali (c.d. *macroleso*) precisando che trattasi di danno non patrimoniale, diretta conseguenza del fatto dannoso, consistente nel patema d'animo e nello sconvolgimento delle abitudini di vita. È danno che, non potendo essere accertato scientificamente, può essere accertato per presunzioni fra le quali assume rilievo il rapporto di stretta parentela esistente fra la vittima ed i suoi familiari, anche in assenza di rapporto convivenza, ma in presenza di una relazione affettiva e parentale al momento del sinistro.

Alla luce di tale criterio la sentenza non ha riconosciuto il danno parentale in capo al nipote nascituro perché *"In relazione al nipote non ancora nato al momento dell'incidente non sussiste, in difetto dell'attualità del rapporto, una presunzione di afflittività conseguente alla necessaria riconfigurazione del rapporto stesso col nonno, fin dal suo sorgere, conseguente alle menomate condizioni fisiche di questi. L'esistenza di un pregiudizio subito dal nipote per i danni alla persona riportati dal nonno è un danno futuro soltanto eventuale, come tale non risarcibile (...) quando il bambino, venuto alla luce, conoscerà il nonno, il loro rapporto si configurerà fin dall'inizio sulle possibilità fisiche che avrà questi al momento del loro incontro, e non è automatico né presumibile che da una limitata mobilità fisica del nonno il rapporto affettivo tra i due possa essere limitato o deteriorato"*. Il danno parentale può sussistere, peraltro, anche se il danno biologico subito dalla vittima primaria non sia particolarmente elevato, ma deve essere allegato da chi lo richiede ed eventualmente dimostrato per presunzioni. Per la liquidazione, infine, si dovrà fare riferimento a tabelle che prevedano specificatamente idonee modalità di quantificazione del danno come le Tabelle predisposte dal Tribunale di Roma a partire dal 2019.

La Corte, infine, ribadisce che all'ammontare del danno patrimoniale liquidato alla vittima di un illecito deve essere detratto il valore capitale dell'assegno di invalidità erogato da INPS attesa la funzione indennitaria assolta da tale emolumento e la possibilità per l'ente di previdenza di agire in surroga nei confronti del terzo responsabile o del suo assicuratore (*compensatio lucri cum damno*).

In tema di locazione il mancato versamento dell'imposta di registro dopo il primo anno non rileva ai fini della nullità del contratto

Argomento: Della locazione

(Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2023, n. 13870)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“2.1 (...) Orbene, nel caso di specie, la Corte di appello di Reggio Calabria, confermando la sentenza del giudice di primo grado, ha rigettato l'appello della A.A. sulla base della seguente motivazione: **“La nullità per mancata registrazione del contratto di locazione concerne l'iniziale ed unica registrazione, effettuata la quale il contratto si sottrae ad ogni nullità, mentre il mancato eventuale versamento dell'imposta di registro per alcune delle annualità successive, seppure sanzionata dal punto di vista fiscale, non interferisce sulla validità negoziale (cfr., soprattutto in motivazione, Cassazione n. 20938 del 2015)”**. (...).

2.2. (...) È infatti dirimente osservare, in primo luogo, che il contratto di locazione in oggetto (anteriore alla l. 311-04) venne regolarmente registrato all'atto della sua stipulazione; tanto che gli stessi conduttori riferiscono l'asserita causa di invalidità o inefficacia negoziale non già alla mancata registrazione in quanto tale, bensì al mancato versamento di alcune annualità successive di imposta. Vale a dire, ad un incombente – diverso dalla registrazione iniziale del contratto, e che anzi proprio nella regolare effettuazione di quest'ultima trova il proprio fondamento e presupposto esecutivo – la cui inosservanza viene certamente sanzionata dalla normativa fiscale, senza con ciò interferire sulla validità negoziale; costituendo una modalità di corresponsione dell'imposta (alternativa a quella cumulativa iniziale per l'intera durata contrattuale prevista) determinata su un presupposto impositivo reddituale già dichiarato all'amministrazione finanziaria.

In secondo luogo, non viene qui in alcun modo dedotto che, nel corso dello svolgimento del rapporto di locazione, si sia derogato al principio basilare di invariabilità del canone, costituente il cuore della questione interpretativa di cui si è dato conto. Ciò perché la vicenda modificativa del contratto (di cui si lamenta impropriamente la mancata registrazione) non ha riguardato l'entità del canone (rimasta immutata nel corso del rapporto), ma unicamente la modificazione soggettiva costituita dalla successione degli eredi all'originario conduttore. Sicché la mancata corresponsione degli importi annuali dell'imposta di registro si pone, nella specie, al di fuori della menzionata ratio di repressione dei fenomeni di evasione o elusione dell'imposta reddituale; non risultando in alcun modo funzionale (secondo la stessa prospettiva di parte conduttrice) all'occultamento dei redditi da fabbricato da parte del locatore. Vieppiù considerando che non viene nemmeno dedotto che la parte locatrice abbia fittiziamente comunicato all'amministrazione finanziaria la cessazione del rapporto in data anteriore a quella reale (in concomitanza con la ricordata modificazione soggettiva dal lato del conduttore), così da impedire od ostacolare l'azione di verifica del dovuto da parte dell'amministrazione finanziaria medesima”.

In definitiva, vero è che, come affermato dalla ricorrente, il contratto di locazione per cui è causa, contrariamente a quello esaminato da Cass. n. 20038-2015, è stato stipulato e registrato successivamente all'entrata in vigore della L. n. 311 del 2004.

Ma è altrettanto vero che questa Corte in detta sentenza, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, ha chiaramente riferito la norma dell'art. 1, comma 346 alla registrazione originaria o a registrazioni successive di accordi modificativi del canone che debbono essere novativi, dato il tenore del comma 346.

D'altronde, anche nel caso di specie, come in quello esaminato nel richiamato precedente, ricorre una ipotesi (non già di mancata registrazione, ma) di mancato versamento di alcune annualità successive di imposta, cioè di un incombente che non soltanto è diverso dalla registrazione iniziale del contratto, ma che, anzi, proprio nella regolare effettuazione della registrazione iniziale del contratto trova il proprio fondamento e presupposto esecutivo. (...).

In definitiva, il ricorso va deciso alla stregua del seguente principio di diritto:

“Il mancato versamento di alcune annualità della imposta di registro, successive a quella iniziale, è sì sanzionato dalla normativa fiscale, ma non rileva agli effetti della validità negoziale del contratto cui si riferisce la previsione di nullità di cui alla norma della l. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, atteso che essa si riferisce alla registrazione originaria del contratto”. (...).”

Nota a cura di Lorenza D'Amato

La sentenza n. 13870 del 2023, della terza sezione della Corte di Cassazione, distingue l'ipotesi di mancata registrazione a seguito dell'iniziale stipula del contratto di locazione, dal mancato versamento dell'imposta di registro dovuta per le annualità successive. Si tratta, infatti, di due inadempimenti che assumono una diversa rilevanza sul piano della validità del negozio ed in punto di conseguenze.

In particolare, l'obbligo di registrazione del contratto di locazione è sancito dal Testo unico sull'imposta di registro, nonché dall'art. 1, comma 346 della legge n. 311 del 2004, che espressamente prevede che “i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati”.

In questo caso, dunque, il legislatore riconduce alla violazione di una regola altrimenti prettamente tributaria, un'ipotesi di nullità testuale, pur peculiare considerato che non attiene né alla struttura del contratto né ad un vizio genetico (difatti si è parlato, in proposito, di nullità sopravvenuta). Appare peraltro evidente la ratio legis di incentivare l'emersione dei canoni di locazione e di compulsare, in tal modo, anche l'adempimento dell'obbligazione tributaria. Coerente con tale intenzione legislativa è anche la stessa possibilità di sanatoria con la registrazione tardiva, ulteriore peculiarità della nullità in questione.

Proprio sulla base di queste premesse, è possibile distinguere l'ipotesi sottoposta al vaglio della Suprema Corte nella sentenza in esame. Nel caso di specie, infatti, il contratto era stato correttamente registrato ab origine, ma successivamente prorogato, pur in assenza degli ulteriori adempimenti prescritti dalla normativa fiscale. Proprio a causa del mancato versamento di alcune annualità successive di imposta, secondo la ricostruzione del ricorrente il contratto sarebbe stato affetto da nullità, e dunque inidoneo a fondare la richiesta di adempimento rispetto a canoni ulteriori.

La Corte, tuttavia, non aderisce alla ricostruzione di parte, ritenendo che *“la nullità per mancata registrazione del contratto di locazione concerne l’iniziale ed unica registrazione, effettuata la quale il contratto si sottrae ad ogni nullità, mentre il mancato eventuale versamento dell’imposta di registro per alcune delle annualità successive, seppure sanzionata dal punto di vista fiscale, non interferisce sulla validità negoziale (cfr., soprattutto in motivazione, Cassazione n. 20938 del 2015)”*. Si tratta, in effetti, di una *“modalità di corresponsione dell’imposta (alternativa a quella cumulativa iniziale per l’intera durata contrattuale prevista) determinata su un presupposto impositivo reddituale già dichiarato all’amministrazione finanziaria”*.

Nel caso esaminato dalla pronuncia, infatti, il contratto risulta perfettamente valido, considerato che non viene mai messa in discussione l’originaria registrazione, ma solo il mancato versamento di annualità successive di imposta, che necessariamente presuppongono proprio la regolare effettuazione della registrazione richiesta dalla legge 311/2004. In assenza di un’esplicita previsione normativa in tal senso, l’unica violazione è quella di natura tributaria. Tale assunto, peraltro, si pone in perfetta conformità con la generale impostazione restrittiva in tema di nullità, assunta dalla giurisprudenza di legittimità. Non è infatti possibile applicare la più grave forma di invalidità del negozio in assenza di una previsione testuale o di una norma imperativa volta a sanzionare proprio l’accordo delle parti. Diversamente opinando, si avrebbero ripercussioni pregiudizievoli anche in termini di certezza del diritto; ciò sembra valido a maggior ragione nel caso di una nullità dai caratteri peculiari, come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza.

Del resto, l’art. 1 comma 346, l. 311/2004, opera un esplicito richiamo esclusivamente alla registrazione del contratto, alla quale può invece essere parificata soltanto una registrazione successiva di accordi modificativi del canone in funzione novativa, dato il tenore del comma 346. Il caso sottoposto alla Corte, tuttavia, non è riconducibile neanche a tale seconda ipotesi, ed infatti non viene operato alcun riferimento ad una possibile deroga al principio di invariabilità del canone, fissato invece in egual misura anche a seguito della proroga. Sul punto, osservano i giudici di legittimità che *“la vicenda modificativa del contratto (di cui si lamenta impropriamente la mancata registrazione) non ha riguardato l’entità del canone (rimasta immutata nel corso del rapporto), ma unicamente la modificazione soggettiva costituita dalla successione degli eredi all’originario conduttore”*.

La questione, quindi, non rientra nell’ambito applicativo del già citato art. 1 comma 346, sia avuto riguardo al suo tenore letterale, sia considerato il fondamento legislativo di tale norma: *“la mancata corresponsione degli importi annuali dell’imposta di registro si pone, nella specie, al di fuori della menzionata ratio di repressione dei fenomeni di evasione o elusione dell’imposta reddituale; non risultando in alcun modo funzionale (secondo la stessa prospettazione di parte conduttrice) all’occultamento dei redditi da fabbricato da parte del locatore”*.

Resta salva, chiaramente, la violazione di natura tributaria con l’applicazione della relativa sanzione. In conclusione, l’orientamento della Suprema Corte risulta cristallizzato nell’enunciazione del principio di diritto secondo il quale *“il mancato versamento di alcune annualità della imposta di registro, successive a quella iniziale, è sì sanzionato dalla normativa fiscale, ma non rileva agli effetti della validità negoziale del contratto cui si riferisce la previsione di nullità di cui alla norma della l. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, atteso che essa si riferisce alla registrazione originaria del contratto”*.

Rimuovere i film che non sono caduti nel pubblico dominio da YouTube è legittimo. Sulla natura dei diritti del produttore dell'opera cinematografica

Argomento: Del diritto d'autore

(Cass. Civ., Sez. I, 23 maggio 2023, n. 14117)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“(…) Il Tribunale di Napoli (...) con sentenza n. 1547/2018 (...) ha rigettato le domande proposte da A.A., finalizzate a sentire accertare e dichiarare la liceità della pubblicazione dallo stesso effettuata sul suo sito internet (Omissis) di alcuni frammenti del film “(Omissis)” – con B.B., pubblicato nel 1950 – oltre alla condanna della casa di produzione *Omissis* film Srl, asseritamente titolare dei diritti d'autore sul film in oggetto, al risarcimento dei danni per la abusiva attività di blocco posta in essere (quest'ultima aveva, in particolare, segnalato al gestore della piattaforma (Omissis) l'illiceità del video caricato e messo a disposizione del pubblico, determinandone la rimozione, il blocco e l'oscuramento). Il Tribunale di Napoli non ha condiviso la tesi dell'attore secondo cui l'opera cinematografica in oggetto fosse caduta in pubblico dominio.

Il giudice di primo grado ha, invece, accolto la domanda riconvenzionale della casa di produzione *Omissis* Film Srl in liquidazione, finalizzata ad ottenere l'accertamento in capo alla *Omissis* Srl (che ne aveva ceduto la gestione alla stessa *Omissis* Film Srl) della titolarità dei diritti di utilizzazione economica sul predetto film, oltre alla inibitoria nei confronti del A.A. all'ulteriore utilizzazione e diffusione della stessa opera.

La Corte d'Appello di Napoli, con sentenza n. 1674/2020, (...) ha, in primo luogo, condiviso l'impostazione del primo giudice in ordine al fatto che l'opera cinematografica in oggetto non fosse caduta in pubblico dominio, e ciò sul rilievo che i diritti che hanno ad oggetto l'opera cinematografica, nel suo contenuto creativo, sono dalla legge “attribuiti espressamente al produttore, operandosi quindi una chiara *fictionis juris* che di fatto equipara la posizione di quest'ultimo soggetto a quello degli autori dell'opera, da cui la tutela per tutta la vita dell'ultimo dei coautori e fino ai 70 anni successivi”. (...).

Infine, la Corte d'Appello di Napoli, in parziale accoglimento dell'appello del A.A., ha riformato la sentenza di primo grado nella parte in cui questa aveva accolto le domande riconvenzionali della *Omissis* Film Srl in liquidazione. In particolare, il giudice d'appello ha ritenuto che la predetta casa di produzione non avesse fornito la prova che la propria mandante *Omissis* Srl fosse la legittima titolare del diritto d'autore sull'opera “(Omissis)”, risultando dalla locandina del film che la società produttrice era la Pro *Omissis* (...).

1. Con il primo motivo del ricorso principale il A.A. ha dedotto la violazione e falsa applicazione della L. n. 33 del 1941, artt. 25, 32, 45, 46, art. 78 ter, commi 1 e 2 (legge sul diritto d'autore), 11 e 15 preleggi. Espone il ricorrente che, in virtù di quanto previsto ai sensi dall'art. 78 ter L.d.A, il produttore, dopo cinquanta anni dalla pubblicazione dell'opera, perde il diritto esclusivo di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente,

in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, degli originali e delle copie delle proprie realizzazioni, di autorizzare la distribuzione, il noleggio ed il prestito, la messa a disposizione al pubblico dell'originale e delle copie delle proprie realizzazioni. Proprio perché dopo cinquanta anni dalla pubblicazione l'opera cinematografica cade in pubblico dominio, il ricorrente deduce di aver lecitamente messo a disposizione del pubblico il film "(Omissis)" in vari frammenti.

Inoltre, ad avviso del ricorrente, in difetto di un'espressa previsione legislativa in tale senso, non è applicabile al produttore il più lungo termine protezionale di 70 anni previsto per gli autori: l'art. 78 ter L.d.A., nel prevedere una disciplina apposita del diritto del produttore all'esclusiva e del termine di durata del suo diritto, costituisce una specificazione dell'art. 45 e art. 46, comma 1 L.d.A., con conseguente piena prevalenza della prima norma sulle seconde.

In ogni caso, la L. n. 52 del 1996, art. 17, comma 1, nell'indicare espressamente tutti gli articoli della legge del diritto autore che sono stati interessati dall'estensione protezionale a 70 anni, ha richiamato artt. 25, 26, 27, 27-bis, 31, 32 e 32-bis della Legge medesima, ma non gli artt. 45 e 46. (...).

2. Il motivo è infondato anche se la motivazione della sentenza impugnata deve essere parzialmente corretta ex art. 384, u.c..

Ad avviso del ricorrente, al produttore non è applicabile il più lungo termine protezionale di 70 anni previsto per gli autori, atteso che con l'entrata in vigore dell'art. 78 ter L.d.A. – che ha regolato in modo specifico il diritto del produttore all'esclusiva, stabilendo la durata del suo diritto in cinquant'anni – sarebbe stata introdotta una sorta di disciplina speciale del diritti del produttore cinematografico, costituente una specificazione dell'art. 45 e art. 46, comma 1 L.d.A. o che avrebbe comunque comportato l'abrogazione implicita delle predette norme della legge sul diritto d'autore.

Secondo l'inquadramento giuridico della sentenza impugnata, invece, sussistono in capo al produttore cinematografico due ordini di diritti, ovvero il diritto primario, attribuito espressamente dagli artt. 45 e segg. della legge sul diritto di autore, ed al quale si applica l'art. 32 l.d.a. (con una durata di 70 anni decorrenti dalla morte dell'ultimo dei coautori), e il diritto secondario o connesso su tutti i supporti da esso realizzati su cui è stata impressa l'opera, che gli dà titolo alla riproduzione e duplicazione dei supporti ed alla loro distribuzione e commercializzazione. (...).

(...) Questo Collegio ritiene doveroso effettuare, alla luce di un'interpretazione sistematica, oltre che letterale, della normativa (anche Eurounitaria) sul diritto d'autore, alcune precisazioni che (...) hanno la funzione di ricostruire in modo più articolato la natura dei diritti di utilizzazione economica che sono attribuiti al produttore cinematografico. In particolare, va preliminarmente osservato che, dal combinato disposto degli artt. 44 e 45 L.d.A., emerge che la legge attribuisce la contitolarità dell'opera cinematografica all'autore del "soggetto", all'autore della "sceneggiatura", all'autore della "musica" (se composta appositamente per l'opera cinematografica), al "direttore artistico" (regista), con la conseguenza che agli autori – difformemente da quanto erroneamente ritenuto dal ricorrente – sono stati attribuiti i diritti di utilizzazione economica previsti dagli artt. 12 e segg. della legge sul diritto d'autore. Al "produttore" è stato, invece, riconosciuto solo "l'esercizio" dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica, nei limiti indicati dai successivi articoli. (...).

Tale ricostruzione è coerente con quanto previsto dal successivo art. 46 L.d.A. (...).

Il legislatore, nell'attribuire ex lege al "produttore" l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica, il che equivale a dire – come precisato dall'art. 46 L.d.A. – lo sfruttamento dell'opera medesima, ha presunto normativamente quello che normalmente avviene nella prassi, quando inizia la lavorazione di un film: ovvero la stipula da parte del

“produttore” di una serie di contratti (tra i più significativi rientrano quello di regia, di cessione dei diritti di utilizzazione delle parti letterarie, come il soggetto e sceneggiatura, e della realizzazione della colonna sonora), non disciplinati dalla legge, con i quali il produttore acquista, a titolo derivativo, ancor prima della realizzazione del film, i diritti di sfruttamento dell’opera cinematografica facenti capo originariamente ai singoli autori dell’opera, i quali – dopo tale cessione – conservano comunque, oltre ai diritti cosiddetti morali, quei soli diritti patrimoniali che sono ad essi espressamente riservati dalla stessa legge (in particolare, la L.d.A., art. 46, comma 4, attribuisce attualmente all’autore della “sceneggiatura” e al “direttore artistico” il diritto di ricevere un ulteriore compenso, a talune condizioni, sempre che essi non vengano retribuiti mediante una percentuale sulle proiezioni pubbliche dell’opera cinematografica; ulteriori diritti economici sono attribuiti dagli artt. 46-bis e 18-bis: il primo dispone un’equa remunerazione a favore dei coautori per le comunicazioni via etere, via cavo e via satellite, il secondo prevede un equo compenso per il diritto di noleggio). (...).

Va osservato che il legislatore, con il D.Lgs. 9 aprile 2003 n. 68, emanato in attuazione della Direttiva 2001/29/CEE, ha introdotto l’art. 78-ter L.d.A., che ha attribuito al produttore cinematografico anche i c.d. diritti connessi (o secondari) al diritto d’autore, con i quali sono state riconosciute al “produttore” prerogative che già rientrano nella vasta gamma di facoltà esercitate dal produttore in virtù dell’art. 45 L.d.A. (diritto di esclusiva nella riproduzione, in tutto o in parte, e in qualsiasi forma, dell’opera, nella distribuzione, noleggio, prestito, messa a disposizione del pubblico). Si tratta, tuttavia, di una categoria di diritti distinta e autonoma rispetto al diritto d’autore, atteso che, mentre quest’ultimo diritto tutela l’opera dell’ingegno di carattere creativo (art. 1 L.d.A. e art. 2575 c.c.) e, ferma la presunzione di cui all’art. 45 L.d.A., già ampiamente sopra illustrata, la estensione dello stesso diritto (o eventuali limitazioni) dipende dalle concrete pattuizioni contrattuali tra gli autori e il produttore di opera cinematografica, i diritti connessi vengono direttamente attribuiti al produttore dalla legge e tutelano l’attività di fissazione di un’opera su di un corpus mechanicum, su di un supporto materiale. (...).

Dopo aver illustrato il contenuto del diritto di utilizzazione economica di cui all’art. 45 L.d.A. – che il produttore acquista dai singoli autori – nonché dei diritti connessi di cui all’art. 78 ter Legge cit., a questo punto, può esaminarsi la questione sollevata nella presente controversia dal ricorrente, secondo il quale il legislatore, con l’introduzione dell’art. 78 ter, trattandosi di disciplina speciale dei diritti del produttore, avrebbe inteso implicitamente abrogare il disposto di cui agli artt. 45 e segg. (dalla cui applicazione, in combinato disposto con l’art. 32, scaturisce una durata del diritto di utilizzazione economica del produttore di 70 anni).

Il ricorrente, in particolare, sostiene che residuerebbero in capo al “produttore” solo i diritti connessi, la cui durata è stata fissata in cinquanta anni a decorrere dalla produzione o pubblicazione dell’opera cinematografica. Tale impostazione giuridica non è condividibile. (...).

Deve quindi enunciarsi il seguente principio di diritto:

“In tema di proprietà industriale, l’art. 45 L.d.A., nel prevedere che al “produttore” spetta l’esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell’opera cinematografica, detta una presunzione che vale fino a prova contraria, presupponendo che il “produttore” si assicuri preventivamente dagli autori (del “soggetto”, della “sceneggiatura” e della “musica”) i diritti di sfruttamento cinematografico dell’opera per tutta la durata del diritto di utilizzazione economica spettante all’autore, onde prevenire, in radice, ogni possibile controversia giuridica relativa a tali futuri diritti. Ne consegue che chi contesti al produttore cinematografico l’intervenuta acquisizione a titolo derivativo della titolarità dei diritti di utilizzazione dell’opera, o anche solo l’estensione o l’ambito temporale di tali diritti, è tenuto a fornirne la prova alla luce delle concrete pattuizioni contrattuali”. Esaurito il doveroso inquadramento giuridico della fattispecie

giuridica sottoposta all'esame di questo Collegio, deve ritenersi, alla luce delle sopra illustrate osservazioni, che l'opera cinematografica di cui è causa, avente come protagonista B.B., dal titolo "(Omissis)", non sia affatto caduta in pubblico dominio. (...).

Rigetta il ricorso principale e quello incidentale (...)"

Nota a cura di Stefania Cici

Con l'ordinanza in commento la prima sezione della Suprema Corte di cassazione ha eseguito una ricostruzione letterale e sistematica della legge sul diritto d'autore nazionale e comunitaria allo scopo di individuare pedissequamente quali diritti spettino al produttore cinematografico in termini di utilizzazione e sfruttamento economico dell'opera d'arte realizzata.

Il caso di specie trae origine dalla domanda proposta da A.A. al fine di ottenere l'accertamento della liceità della pubblicazione, sul suo canale web, di alcuni frammenti di un'opera cinematografica pubblicata nel 1950 con contestuale condanna al risarcimento danni per abusiva attività di blocco della casa produttrice che se ne dichiarava titolare dei diritti d'autore sul film e così determinando la chiusura del sito e la rimozione dell'opera.

Il Tribunale di prime cure, non condividendo la tesi dell'attore ne rigettava la domanda, di tal che lo stesso presentava ricorso alla Corte di Appello che, tuttavia, condivideva l'impostazione del primo giudice.

Alla stregua di ciò, A.A. presentava motivo di gravame in Cassazione lamentando che i giudici di merito avevano erroneamente interpretato la normativa in materia atteso che, l'opera cinematografica, doveva ritenersi caduta in pubblico dominio in quanto al produttore non poteva attribuirsi il termine di protezione più lungo, corrispondente ad anni 70, previsto per gli autori giacché l'art. 78 *ter* L.A. aveva fornito una regolamentazione specifica in tal senso: ossia al produttore spetta una tutela di anni 50 dalla pubblicazione del film; perciò tale disciplina – introdotta con il D.L.vo. n. 68/2003, in attuazione della direttiva 2001/29/CE – determinava una specificazione degli artt. 45 e 46, co. 1, della legge sui diritti d'autore, con la conseguente prevalenza della prima sulle seconde.

I giudici della nomofilachia, nondimeno, hanno ritenuto tale interpretazione fallace chiarendo anzitutto che l'art. 78 *ter* della L.A. attribuisce al produttore unicamente i c.d. diritti connessi o secondari al diritto d'autore, quale il titolo alla riproduzione e duplicazione dei supporti e conseguente duplicazione e commercializzazione sui quali l'opera era stata precedentemente impressa; chiarendo perciò che l'articolo suddetto non ha introdotto una modifica sui diritti del produttore come disciplinati dall'art. 45 L.A.

Difatti, come da orientamento consolidato (sent. nn. 3004/1973 e 16771/2012) il combinato disposto degli artt. 44 e 45 L.A. attribuiscono la contitolarità dell'opera all'autore del soggetto, della sceneggiatura, della musica e al regista, mentre al produttore spettano i diritti di sfruttamento economico.

Posto ciò, è certo che al produttore non si attribuiscono mediante una *fiction iuris* direttamente diritti sull'opera cinematografica, ma occorrerà che lo stesso stipuli con i precedenti attori contratti che gli permettano di esercitare tali diritti, in via preventiva, al fine di evitare eventuali controversie; pertanto, spetta anche a lui una tutela temporale maggiore corrispondente ad anni 70 così come disposto dall'art. 32 L.A.

Tale assunto è stato avvallato anche dai principi giuridici europei (causa C 277/10, *Martin Luksan vs Petrus van der Let*), nonché emersi dall'interpretazione ermeneutica degli art. 1 e 3

dir. 98/83/CEE, dagli artt. 2 e 3 dir. 2001/29/CE in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 dir. 2006/115/CE, emanate con lo scopo di armonizzare il diritto dell'euro-zona, attraverso cui si evince che i diritti di sfruttamento dell'opera cinematografica spettino al regista, direttamente ed originariamente; pertanto, non è pensabile una normativa nazionale che attribuisca *ipso iure* detti diritti al produttore, ma piuttosto si tratterebbe di una presunzione di trasferimento di dette facoltà mediante contratto, atteso che quest'ultimo è colui che assume l'iniziativa e la conseguente responsabilità della realizzazione dell'opera con gli eventuali rischi economici per l'investimento effettuato.

Ne consegue che chiunque contesti la titolarità del diritto del produttore dovrà fornire la prova contraria alla luce delle concrete pattuizioni negoziali intervenute precedentemente.

Premessi brevi cenni, la normativa di riferimento è sussumibile nell'art. 45 L.A. secondo cui l'esercizio dei diritti di sfruttamento economico dell'opera spettano al produttore, quale soggetto che ha organizzato la produzione della stessa.

Analizzato il caso di specie è possibile trarre alcune considerazioni di carattere prettamente sostanziale. La materia *de qua* viene regolamentata dalla l. n. 633/1941, artt. 45 – 50 in materia di diritto d'autore. Alla luce di ciò è possibile cogliere la posizione del legislatore italiano su alcuni punti chiave della tematica in oggetto riguardanti la definizione e classificazione delle opere cinematografiche nella *species* delle opere di ingegno, l'individuazione dei soggetti titolari del diritto d'autore ed infine il regime temporale sulla prescrizione di tali diritti.

Anzitutto, per essere meritevole di tutela l'opera dovrà presentare due caratteristiche quali l'originalità e la novità, l'insieme delle stesse comporterà la qualificazione quale opere d'ingegno, atteso che l'opera cinematografica è per sua intrinseca natura una creazione dell'intelletto umano.

I soggetti dotati di diritti sulla stessa (art. 44 L.A.) sono l'autore del soggetto, della sceneggiatura, della musica ed il direttore artistico, quali coautori (vedasi la ricostruzione dottrinale sulle opere collaborative o collettive). Essi detengono un diritto morale, imprescrivibile e inalienabile e diritti patrimoniali relativi alla utilizzazione economica esclusiva dell'opera per un certo lasso temporale che corrisponde a 70 anni dopo la morte dell'ultima persona sopravvissuta (art. 32 L.A.), mentre per i diritti connessi – propri del produttore – di fissazione su un supporto digitale, il tempo si riduce ad anni 50 dalla prima pubblicazione o dalla prima comunicazione al pubblico se anteriore (art. 78 *ter* L.A.); dopo di che le opere cadono in pubblico dominio.

Tuttavia, anche in questo caso occorre fare una importante considerazione, l'ingresso non determina *tout court* un illimitato potere di utilizzo giacché, questo vale unicamente per la creazione originale, mentre le eventuali altre revisioni dell'opera – a titolo esemplificativo e non esaustivo la traduzione di un testo in altra lingua – avrà vita autonoma e autonoma sarà la sua tutela in termini di diritto d'autore.

A ciò si aggiunge un'importante novità introdotta dalla Direttiva n. 790/2019 sul Mercato Digitale Unico, con la quale si è previsto che “Gli Stati membri provvedono a che, alla scadenza della durata di protezione di un'opera delle arti visive, il materiale derivante da un atto di riproduzione di tale opera non sia soggetto al diritto d'autore o a diritti connessi, a meno che il materiale risultante da tale atto di riproduzione sia originale nel senso che costituisce una creazione intellettuale propria dell'autore.” (art. 14).

Dunque, alla stregua di ciò può desumersi che l'opera di armonizzazione europea è ancora in corso e che si sta tendendo sempre di più ad una libera circolazione delle opere sul mercato al fine di rendere edotti tutti i consociati sui beni nell'ambito della tutela del patrimonio artistico-culturale.

La responsabilità del Comune per danni da rumori molesti dipendenti dalla cd. “movida”

Argomento: Della proprietà

(Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2023, n. 14209)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“1. – (...) I coniugi A.A. e B.B. convennero in giudizio il Comune di (Omissis) deducendo la responsabilità per le immissioni di rumore nella propria abitazione, sita nella via (Omissis), prodotte dagli avventori degli esercizi commerciali ivi ubicati, i quali, nelle sere di fine settimana del periodo estivo, si trattenevano in strada recando disturbo alla quiete pubblica anche ben oltre l’orario di chiusura degli stessi.

A tal fine, gli attori chiesero che fosse accertata l’intollerabilità delle immissioni provenienti da detta strada comunale e, quindi, venisse condannato il Comune di (Omissis), ex art. 844 c.c., “alla cessazione immediata delle predette immissioni ovvero alla messa in opera delle necessarie misure per ricondurre alla normale tollerabilità le immissioni medesime”, nonché al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali patiti. (...).

1. – Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c., violazione della Cost., art. 113 e della L. n. 2248 del 1865, all. E, art. 4, per aver la Corte territoriale erroneamente escluso, in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, la “sussistenza della giurisdizione dell’A.G.O. sulla controversia avente ad oggetto la domanda di condanna della p.a. a provvedere, con tutte le misure adeguate, all’eliminazione o alla riduzione nei limiti della soglia di tollerabilità delle emissioni nocive, oltre che al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, atteso che l’inosservanza da parte della p.a. delle regole tecniche o dei canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni può essere denunciata dal privato davanti al giudice ordinario, non solo per conseguire la condanna della p.a. al risarcimento dei danni, ma anche per ottenerne la condanna ad un fare, tale domanda non investendo scelte ed atti autoritativi della p.a., ma un’attività soggetta al principio del *neminem laedere*”.

2. – Con il secondo mezzo è dedotta, ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 1 e n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione della Cost., artt. 32 e 42, 8 CEDU, 832, 844 e 2043 c.c., per aver la Corte territoriale erroneamente ritenuto necessario ancorare l’intervento del Comune, al fine di poterne configurare una responsabilità omissiva in relazione all’obbligo di far cessare le immissioni nocive, ad “una disposizione di legge che imponga il controllo sull’utilizzo della strada al fine di evitare schiamazzi notturni”, senza considerare che detta responsabilità poteva ritenersi sussistente già in forza delle norme sopra indicate, giacché “l’attività della p.a., anche nel campo della discrezionalità tecnica, deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dal divieto di *neminem laedere*, essendo fonte di responsabilità, specie qualora emergano gravi pregiudizi per i beni primari della salute e della proprietà privata, che gli enti hanno il compito istituzionale di tutelare”.

I ricorrenti argomentano, altresì, sul fatto che, comunque, sono individuabili “numerose norme... a tutela della quiete pubblica, con la previsione di specifici compiti a carico degli enti

locali” (nel ricorso sono indicate le seguenti disposizioni: L. n. 447 del 1995, artt. 6 e 14 (legge quadro sull’inquinamento acustico); D.Lgs. n. 267 del 2000 (testo unico sugli enti locali), artt. 50 e 54; art. 15 della legge della regione Lombardia n. 13 del 2001 (sulla vigilanza e controllo dei Comuni in materia di inquinamento acustico, avvalendosi del supporto dell’ARPA); artt. 36 e 38 del regolamento del Comune di (Omissis), in materia di rispetto della quiete pubblica)).

3. – I motivi sono fondati nei termini di seguito precisati.

3.1. – Va osservato, in primo luogo, che la Corte territoriale (come anche rilevato dal Comune di (Omissis)) non ha declinato la propria giurisdizione sulle domande proposte dai coniugi A.A. e B.B. – ossia la condanna del Comune convenuto a far cessare, ex art. 844 c.c., le immissioni intollerabili provenienti dalla strada in cui si trova l’abitazione degli attori, nonché la condanna del medesimo Comune al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, conseguentemente patiti dagli stessi attori –, ma ha ritenuto, per un verso, che la titolarità passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio non spettasse al Comune di (Omissis) in assenza di norme specifiche che ne imponessero l’obbligo di un puntuale intervento al riguardo (che non si riducesse al mero dovere di assicurare la quiete pubblica) e, per altro verso, ha comunque escluso che le pretese azionate dagli attori potessero radicare un potere del giudice ordinario di determinare le modalità di intervento della P.A., esorbitando le stesse dai limiti interni della giurisdizione ad esso spettante, in forza del combinato disposto della Cost., artt. 113 e 4 della L. n. 2248 del 1865 all. E. Di qui, pertanto, la declaratoria di rigetto delle pretese attoree.

3.2. – Ciò premesso, è errata la premessa da cui muove la Corte territoriale, poichè la tutela del privato che lamenta la lesione, anzitutto, del diritto alla salute (costituzionalmente garantito e incompressibile nel suo nucleo essenziale (Cost., art. 32)), ma anche del diritto alla vita familiare (convenzionalmente garantito (art. 8 CEDU: cfr., tra le altre, Cass. n. 2611/2017; Cass. n. 19434/2019; Cass. n. 21649/2021)) e della stessa proprietà (che rimane diritto soggettivo pieno sino a quando non venga inciso da un provvedimento che ne determini l’affievolimento (Cass. n. 1636/1999)), cagionata dalle immissioni (nella specie, acustiche) intollerabili, ex art. 844 c.c., provenienti da area pubblica (nella specie, da una strada della quale la Pubblica Amministrazione è proprietaria), trova fondamento, anche nei confronti della P.A., anzitutto nelle stesse predette norme a presidio dei beni oggetto dei menzionati diritti soggettivi.

La P.A. stessa, infatti, è tenuta ad osservare le regole tecniche o i canoni di diligenza e prudenza nella gestione dei propri beni e, quindi, il principio del *neminem laedere*, con ciò potendo essere condannata sia al risarcimento del danno (artt. 2043 e 2059 c.c.) patito dal privato in conseguenza delle immissioni nocive che abbiano comportato la lesione di quei diritti, sia la condanna ad un *facere*, al fine di riportare le immissioni al di sotto della soglia di tollerabilità, non investendo una tale domanda, di per sè, scelte ed atti autoritativi, ma, per l’appunto, un’attività soggetta al principio del *neminem laedere* (tra le più recenti: Cass., S.U., n. 21993/2020; Cass., S.U., n. 25578/2020; Cass., S.U., n. 23436/2022; Cass., S.U., n. 27175/2022; Cass., S.U., n. 5668/2023).

Ne consegue la titolarità dal lato passivo del convenuto Comune di (Omissis) a fronte delle domande, risarcitoria e inibitoria, proposte dagli attori a fronte del dedotto *vulnus* che le immissioni intollerabili, provenienti dalla strada comunale in cui si trova la loro abitazione, sono idonee a cagionare ai diritti dai medesimi vantati. (...).

Accoglie il ricorso (...).”

Danno da cosa in custodia ex art. 2051 c.c.: il ruolo del concorso del danneggiato

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 2023, n. 14189)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“2) (...) **“La responsabilità di cui all’art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo, e non presunto, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell’attore del nesso di causalità tra la cosa in custodia e il danno, mentre sul custode grava l’onere della prova liberatoria del caso fortuito, senza alcuna rilevanza della diligenza o meno del custode”;**

3) (...) le Sezioni Unite hanno poi fatto seguire ulteriori, altrettanto generali precisazioni, così sintetizzabili (punti 8.4 e ss. della sentenza 20943/2022): a) “l’art. 2051 c.c., nel qualificare responsabile chi ha in custodia la cosa per i danni da questa cagionati, individua un criterio di imputazione della responsabilità che prescinde da qualunque connotato di colpa, sicché incombe al danneggiato allegare, dandone la prova, il rapporto causale tra la cosa e l’evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità o meno o dalle caratteristiche intrinseche della prima”; b) “la deduzione di omissioni, violazioni di obblighi di legge di regole tecniche o di criteri di comune prudenza da parte del custode rileva ai fini della sola fattispecie dell’art. 2043 c.c., salvo che la deduzione non sia diretta soltanto a dimostrare lo stato della cosa e la sua capacità di recare danno, a sostenere allegazione e prova del rapporto causale tra quella e l’evento dannoso”; c) “il caso fortuito, rappresentato da fatto naturale o del terzo, è connotato da imprevedibilità e inevitabilità, da intendersi però da un punto di vista oggettivo e della regolarità causale (o della causalità adeguata), senza alcuna rilevanza della diligenza o meno del custode; (...); d) “il caso fortuito, rappresentato dalla condotta del danneggiato, è connotato dall’esclusiva efficienza causale nella produzione dell’evento; (...); e) quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l’adozione da parte dello stesso danneggiato delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l’efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso (...);”

4) **i principi appena evocati sanciscono in via definitiva l’attuale statuto della responsabilità del custode**, il cui fondamento, nell’opzione ricostruttiva esposta, riposa, pertanto, su elementi di fatto individuati tanto in positivo – la dimostrazione che il danno è in nesso di derivazione causale con la cosa custodita (...) – quanto in negativo (l’inaccettabilità di una mera presunzione di colpa in capo al custode e l’irrelevanza della prova di una sua condotta diligente);

5) (...) **il caso fortuito appartiene alla categoria dei fatti giuridici e si pone in relazione causale diretta, immediata ed esclusiva con la “res”, senza intermediazione di alcun elemento soggettivo; mentre la condotta del terzo e la condotta del danneggiato rilevano come atto giuridico caratterizzato dalla colpa (art. 1227, comma 1, c.c.), con rilevanza**

causale esclusiva o concorrente, intesa, nella specie, come caratterizzazione di una condotta oggettivamente imprevedibile ed oggettivamente imprevenibile da parte del custode;

(...).

8) **L'irrelevanza della colpa, quale criterio per risalire al responsabile, è condizione necessaria ma non sufficiente per attribuire alla responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. natura oggettiva;** essa fa giustizia di quei modelli che evocano la presunzione di colpa, la quale individua il fondamento della responsabilità pur sempre nel fatto dell'uomo – il custode – venuto meno al suo dovere di controllo e vigilanza affinché la cosa non abbia a produrre danno a terzi (Cass. 20/05/1998, n. 5031), ma non anche della teoria del riconoscimento di una presunzione di responsabilità in capo al custode, giustificata ritenendo che, se la cosa fosse stata ben governata e controllata, non avrebbe arrecato alcun danno, mentre se il danno si verifica (fatto noto) si presume che ciò sia avvenuto perché la cosa non è stata adeguatamente custodita (fatto ignoto); da tale presunzione di responsabilità il custode si libererebbe dimostrando, in ragione dei poteri che la particolare relazione con la cosa gli attribuisce, che il danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile con lo sforzo diligente adeguato alle concrete circostanze del caso;

9) ritenere che sul custode gravi una presunzione di responsabilità – esclusa espressamente, come si è detto, dalla già ricordata pronuncia delle Sezioni Unite – è indice di una resistenza ad emanciparsi dalla colpa che, infatti, viene evocata in via surrettizia non per fondare, in via di regola, la responsabilità del custode, ma (comunque) per escluderla in via di eccezione; (...);

10) non è stata fornita una definizione normativa della custodia da parte del legislatore del 1942 perché l'art. 2051 c.c. si è limitato a tradurre l'espressione francese "sous sa garde" che appariva nell'art. 1384, 1 comma, Code Napoleon; questa Corte (Cass., Sez. Un., 11/11/1991, n. 12019) ha, tuttavia, avuto già occasione di rilevare le diverse accezioni della portata della custodia (...); c) **quella più recente che individua il concetto di custodia nella responsabilità oggettiva; a quest'ultima, che "si concretizza in un criterio oggettivo di responsabilità, intendendo per tale quello che addossa a colui che ha la custodia della cosa la responsabilità per determinati eventi, indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale fra il comportamento del custode e l'evento", ha ricondotto quella rilevante ai sensi dell'art. 2051 c.c.;**

11) **non può mettersi in dubbio che, per individuare il responsabile, non debba farsi riferimento alla custodia di fonte contrattuale (Cass. 18/02/2000, n. 1859; Cass. 20/10/2005, n. 20317), siccome l'art. 2051, c.c., attiene ai rapporti con i terzi danneggiati dalla cosa oggetto di custodia, né possono nutrirsi riserve circa il fatto che, trattandosi di una relazione meramente fattuale, non sia giustificato un mero rinvio ad altri istituti come la proprietà, i diritti reali minori, il possesso, la semplice detenzione; la relazione giuridica con la cosa non è elemento costitutivo della responsabilità, a differenza di quanto previsto dagli artt. 2052, 2053, 2054 c.c., sicché responsabile ex art. 2051, c.c., può ben essere un soggetto diverso da quello che abbia un titolo giuridico sulla "res", atteso che rileva esclusivamente la relazione di mero fatto di natura custodiale, a prescindere finanche dal se essa sia titolata; l'applicazione dell'art. 2051 c.c., si arresta soltanto dinanzi alle cose insuscettibili di custodia in termini oggettivi (acqua, aria): Cass. 20/02/2006, n. 3651;**

(...) premessi questi principi di massima, (...) la Corte di merito ha osservato che hanno concorso a conformare la fattispecie la pericolosità della condotta del conducente, in specie la velocità rispetto ai luoghi, e le carenze dell'amministrazione, quali la mancata illuminazione e segnaletica laterale destra del muretto (pure a prescindere, dunque, dall'eventuale restringimento viario); la sentenza gravata descrittivamente richiama elementi di colpa dell'ammini-

strazione per delineare in realtà la sussistenza della custodia, affermando, infatti, di assumere la prospettiva sussuntiva della responsabilità ex art. 2051, c.c., fatta poi propria anche dalle censure; la statuita responsabilità custodiale, di natura oggettiva, ha così determinato un'imputazione, in ritenuto concorso con quanto posto in essere dal danneggiato; nella descritta chiave ricostruttiva, la condotta colposa della vittima, che non adottò le normali cautele esigibili in rapporto alle circostanze, è stata plausibilmente ritenuta incidente in misura paritaria ma non assorbente; (...)"

Nota a cura di Rosa D'Errico

La sentenza in commento involge la tematica relativa alla responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ai sensi dell'articolo 2051 del Codice civile, secondo cui ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, eccetto il caso in cui provi il caso fortuito.

Tale questione è particolarmente dibattuta in dottrina e giurisprudenza, segnatamente per ciò che concerne l'applicabilità della responsabilità custodiale alla Pubblica amministrazione ed in particolare alle strade di cui essa è custode.

La vicenda processuale trae origine da un sinistro stradale in cui un soggetto perde la vita mentre era alla guida del proprio autoveicolo, abbattendosi contro un muro.

I congiunti e gli eredi agiscono in giudizio nei confronti del Comune in cui si è verificato il fatto, chiedendo il risarcimento dei danni per la morte del loro familiare. Essi sostengono che la causa dell'incidente va ravvisata nelle condizioni deteriorate e malridotte della strada, nonché nell'assenza di illuminazione pubblica.

Il Tribunale in primo grado statuisce per il concorso di responsabilità tra ente comunale, in quanto custode della res, e vittima dell'incidente stradale nella misura pari alla metà per ognuno.

La suddetta decisione viene poi successivamente confermata anche dalla Corte di Appello, la quale esclude il caso fortuito e specifica che l'origine dell'incidente è attribuibile sia alle precarie condizioni della rete stradale, quali la carenza di illuminazione pubblica, l'assenza della striscia di delimitazione continua sulla carreggiata, e la presenza di un muro occultato da una densa vegetazione che ne ostacola la visibilità, sia alla "*velocità anormale*" del veicolo, la quale risulta inusuale e non conforme allo stato del luogo.

La condotta negligente del danneggiato, caratterizzata dall'omissione di precauzioni necessarie e dalla mancanza della debita diligenza, è stata considerata come un elemento rilevante, seppur non esclusivo, nella causazione dell'evento dannoso che ha portato al decesso dello stesso soggetto danneggiato.

Il Comune del luogo in cui si è verificato l'incidente stradale presenta ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360 e seguenti del Codice di procedura civile, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli articoli 1227, 2043 e 2051 del Codice civile. Sostiene che la Corte di Appello non ha tenuto debitamente conto delle osservazioni riportate nel verbale della polizia municipale, secondo cui non risultava alcun restringimento della carreggiata (ampia ben 4 metri), e pertanto non esisteva alcun obbligo di segnalazione.

In aggiunta, l'amministrazione comunale specifica che la vittima era consapevole della presenza di un muretto atto a delimitare la carreggiata e delle limitate condizioni di illuminazione stradale, poiché era abituata a percorrere regolarmente quella strada per raggiungere la

propria abitazione. Nell'occasione in questione, la vittima stava viaggiando a una velocità di 108 km/h, la quale non era certamente adeguata allo stato dei luoghi.

Inoltre, l'ente comunale lamentava la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2051 del Codice civile, affermando che la Corte di Appello avrebbe commesso un errore poiché la velocità con cui la vittima stava viaggiando prima di impattare contro il muro costituiva un fattore eziologico assorbente, come attestato sia dal verbale della polizia municipale che dal perito tecnico giudiziario.

Nonostante il rigetto del ricorso da parte della Suprema Corte, che ha ritenuto "*in parte inammissibili e in parte infondati*" i motivi esposti, questa pronuncia riveste significativa importanza. Difatti, attraverso tale decisione, la Corte di cassazione offre un quadro chiarificatore riguardo alla responsabilità custodiale, al fine di sanare il "*disordine interpretativo*" e le "*incertezze ermeneutiche*" emerse tra gli studiosi del diritto.

In via preliminare, si rileva che la questione inerente alla natura giuridica della responsabilità in esame ha costantemente suscitato contese, sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale.

Parte degli interpreti classifica tale responsabilità come responsabilità per colpa, presunta fino a prova contraria, conformemente ai principi propri dell'illecito aquiliano previsto dall'articolo 2043 del Codice civile.

Tale responsabilità va comunque rinvenuta nel fatto dell'uomo, ossia il custode, il quale è venuto meno ai suoi doveri di controllo e sorveglianza sulla *res*.

Diversamente, un'altra corrente interpretativa propone la teoria della responsabilità oggettiva. In questo contesto, la responsabilità si basa esclusivamente sul mero nesso di causalità, prescindendo da qualsiasi connotato di colpa.

Il suddetto modello di responsabilità si configura primariamente quale strumento funzionale all'ottimizzazione della riparazione del danno, con la finalità di ridistribuire l'onere economico derivante da un evento dannoso dal danneggiato al soggetto che gode dei benefici derivanti dalla cosa e dispone del potere di intervenire sul medesimo bene.

La prova liberatoria, secondo tale impostazione, consiste nell'evidenziare che l'evento dannoso è stato generato da una causa estranea alla sfera di controllo e azione del custode, producendo l'effetto di interrompere il nesso causale.

Questo fattore causale esterno, con effetto liberatorio totale o parziale per il custode, può esser rappresentato da un fatto naturale, un fatto del terzo o anche dal comportamento del danneggiato.

La Corte di cassazione aderisce all'orientamento, invero maggioritario in giurisprudenza, che qualifica la responsabilità di cui all'art. 2051 del Codice civile come responsabilità di natura meramente oggettiva.

Difatti, la Suprema Corte, con una pronuncia a Sezioni Unite (sentenza 20943 del 30 giugno 2022) aveva ribadito che "*la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo, e non presunto, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del nesso di causalità tra la cosa in custodia e il danno, mentre sul custode grava l'onere della prova liberatoria del caso fortuito, senza alcuna rilevanza della diligenza o meno del custode*".

La Corte di cassazione argomenta che il caso fortuito, sia esso provocato da un evento naturale o dall'azione di un terzo, è contraddistinto dalla sua imprevedibilità ed inevitabilità, da "*intendersi però da un punto di vista oggettivo e della regolarità causale (o della causalità adeguata)*", senza che rilevi il comportamento diligente o meno del custode.

Il caso fortuito, rappresentato, invece, da un comportamento negligente del danneggiato "*è connotato dalla esclusiva efficienza causale nella produzione dell'evento*".

Tale condotta va, invero, commisurata al grado di incidenza causale sull'evento di danno

secondo i dettami dell'art. 1227 del Codice civile, nonché il generale principio di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione.

Di conseguenza, la condotta di chi, avendo la capacità di intendere e volere, si espone volontariamente a un rischio che potrebbe essere evitato con l'impiego della diligenza ordinaria, diventa la fonte esclusiva dell'illecito.

Ne deriva che, se l'evento infausto può essere previsto – e di conseguenza evitato – dal danneggiato, usando i normali criteri della diligenza e precauzione, *“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”*.

È opportuno evidenziare che, mentre il caso fortuito rientra nella sfera dei fatti giuridici e si relaziona direttamente ed immediatamente con la res, senza alcun intervento di elementi soggettivi, la condotta del terzo e quella del danneggiato si configurano come atti giuridici e si distinguono per la presenza dell'elemento soggettivo della colpa, ai sensi dell'articolo 1227 del Codice civile, comma 1.

Tali comportamenti possono assumere rilevanza causale in concorso con il custode o, perfino, rivestire carattere totalmente esclusivo.

La Suprema Corte nella sentenza *de qua*, inoltre, così come ribadito in precedenti pronunce di legittimità (*ex multis* Cass. 18 febbraio 2000, n. 1859; Cass. 20 ottobre 2005, n. 20317) precisa che per individuare il responsabile dell'illecito ai sensi dell'articolo 2051 del Codice civile non occorre far riferimento alla custodia di matrice contrattuale.

Invero, il soggetto responsabile, in virtù della natura essenzialmente fattuale della relazione, può essere anche colui che non detiene alcun titolo giuridico sulla cosa da custodire.

L'ambito applicativo della norma sulla responsabilità custodiale *“si arresta soltanto dinanzi alle cose insuscettibili di custodia in termini oggettivi (acqua, aria)”*.

Pertanto, dopo aver ripercorso i caratteri salienti della responsabilità per i danni da cose in custodia, la Suprema Corte nel rigettare il ricorso, evidenzia che nel caso in esame hanno concorso alla causazione dell'evento dannoso *“sia la condotta del conducente, in specie la velocità rispetto ai luoghi”*, sia *“le carenze dell'amministrazione”*, quali la mancanza di illuminazione pubblica, l'assenza della striscia di delimitazione continua sulla carreggiata e la presenza di un muro non segnalato.

Ne deriva, di conseguenza, una ipotesi di responsabilità del custode – ente comunale ai sensi dell'articolo 2051 del Codice civile, in concorso con la condotta posta in essere dal danneggiato – vittima dell'incidente stradale.

Divorzio, non c'è obbligo di concorrere alla spesa dell'università fuori sede del figlio

Argomento: Del matrimonio

(Cass. Civ., Sez. I, 30 maggio 2023, n. 15229)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 3.2. – È necessario premettere che la previsione della contribuzione alle spese straordinarie riguarda quelle che per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità e la loro imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli (Cass. n.40281/2021) e, per tale ragione, non sono agevolmente conglobabili in un assegno con cadenza periodica, pur essendo destinate a soddisfare esigenze coerenti con le finalità di educazione ed assistenza dei figli, di guisa che rettamente viene disciplinata, tranne che in casi eccezionali, in maniera autonoma dal giudice.

Quanto alla ripartizione pro quota delle spese straordinarie questa Corte ha chiarito che queste non vanno necessariamente collocate in ragione della metà per parte, secondo il principio generale vigente in materia di debito solidale, ma tenendo conto del duplice criterio delle rispettive sostanze patrimoniali disponibili e della capacità di lavoro professionale o casalingo di ciascuno di essi (Cass. n. 25723/2016).

Va, tuttavia, considerato che, come già evidenziato da questa Corte, all'interno della contribuzione per spese straordinarie possono confluire più voci, risultando distinguibili (a) gli esborsi che sono destinati ai bisogni ordinari del figlio e che, certi nel loro costante e prevedibile ripetersi, anche lungo intervalli temporali, più ampi, sortiscono l'effetto di integrare l'assegno di mantenimento (spese di istruzione e connesse, spese mediche ordinarie); (b) le spese che, imprevedibili e rilevanti nel loro ammontare, sono in grado di recidere ogni legame con i caratteri di ordinarietà dell'assegno di contributo al mantenimento (Cass. n. 379/2021).

Da ciò consegue che la quantificazione della contribuzione straordinaria, pur mutuando i criteri già indicati per l'assegno di mantenimento quanto alla comparazione dei redditi dei genitori ed alla opportuna proporzionalità della partecipazione, non assolve ad un'esigenza esclusivamente perequativa, come l'assegno di mantenimento, perché la contribuzione straordinaria ha la funzione di assicurare la provvista per specifiche esigenze dei figli, ritenute proporzionate al loro interesse, e ciò, evidentemente, tende a riverberarsi nello specifico apprezzamento che il giudice di merito deve compiere per stabilirne la ripartizione.

3.3. – Va, inoltre considerato che, non essendo sempre configurabile, come affermato da questa Corte, a carico del coniuge affidatario della prole un onere di informazione e concertazione preventiva con l'altro in ordine alla determinazione delle spese cd “straordinarie”, rimane fermo che nel caso di mancata concertazione preventiva e di rifiuto di provvedere al rimborso della quota di spettanza da parte del coniuge che non le ha effettuate, spetta al giudice di merito verificare la rispondenza delle spese all'interesse del minore, commisurando l'entità della spesa rispetto all'utilità e alla sua sostenibilità in rapporto alle condizioni economiche dei genitori (Cass. n. 50597/2021; Cass. n. 19607/2011; Cass. n. 16175/2015), salvo che l'altro genitore non abbia tempestivamente addotto validi motivi di dissenso (Cass. n. 15240/2018).

3.4. – Tali principi trovano applicazione anche in relazione alle spese straordinarie dovute per il figlio maggiorenne, ma non economicamente autosufficiente, come incontestato nella specie.

3.5. – Nel caso in esame, la Corte di appello, pur avendo richiamato detti principi, non vi ha dato corretta il decreto è sostanzialmente connotato da una motivazione meramente apparente.

Invero, ferma ed incontestata la ricorrenza dell'interesse per la figlia a seguire il percorso universitario prescelto, la statuizione sulla commisurazione della partecipazione paterna e sulla relativa sostenibilità risulta essere fondata su una mera petizione di principio. In assenza di una concreta quantificazione – sia pure in linea di massima – delle spese straordinarie ritenute apprezzabili ed accoglibili (che la Corte di merito individua solo per voci, non contestate, e non per presumibili esborsi), la valutazione sulla effettiva congruità delle commisurazione della quota delle stesse con le capacità reddituali del genitore che aveva prospettato la propria l'incapacità alle maggiori spese connesse alla frequenza della specifica università privata in questione, fuori sede – che notoriamente comporta costi complessivi più elevati di quelli a sopportarsi per l'università pubblica in sede – risulta svolta in termini astratti, senza nemmeno che venga in considerazione la possibilità per l'uno o per l'altro genitore di godere di sgravi o detrazioni fiscali o altro, atte ad alleggerire l'impegno economico e da considerare nella concreta determinazione.

La decisione impugnata pertanto va cassata. (...)"

La prova dell'atto notificato a mezzo PEC deve essere offerta esclusivamente con modalità telematica

Argomento: Procedura civile

(Cass. Civ., Sez. III, 8 giugno 2023, n. 16189)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“2.1. Ai sensi della L. n. 53 del 1994, artt. 3-bis, comma 3, e 9 (ed avuto riguardo anche all'art. 19-bis del Provvedimento del Responsabile S.I.A. del 16 aprile 2014), **la prova della notifica a mezzo PEC deve essere offerta esclusivamente con modalità telematica, ovvero sia mediante deposito in PCT dell'atto notificato, delle ricevute di accettazione e consegna in formato “.eml” o “.msg” e dell'inserimento dei dati identificativi delle suddette ricevute nel file "DatiAtto.xml"**. Solo qualora non si possa procedere al deposito con modalità telematiche dell'atto notificato a mezzo PEC, l'avvocato estrae copia su supporto analogico del messaggio di posta elettronica certificata, dei suoi allegati e della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna e ne attesta la conformità ai documenti informatici da cui sono tratte, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, art. 23, comma 1, (L. n. 53 del 1994, cit., art. 9, comma 1-bis). Se, una volta effettuata la notifica dell'atto a mezzo di posta elettronica certificata, la parte non sia in grado di fornirne la prova ai sensi della L. n. 53 del 1994, art. 9, comma 1-bis, la violazione delle forme digitali non determina l'inesistenza della notifica dell'atto medesimo, bensì la sua nullità, vizio che può essere sanato per convalidazione oggettiva (art. 156, comma 3, c.p.c.), ove l'atto abbia raggiunto comunque lo scopo cui è destinato. La configurazione del vizio in termini di nullità, anziché di inesistenza, è conforme al disposto di cui alla L. n. 53 del 1994, art. 11, che prevede appunto la sanzione della nullità, comunque rilevabile d'ufficio, per le notificazioni previste dalla medesima legge in mancanza dei requisiti soggettivi ed oggettivi ivi stabiliti, nonché in caso di inosservanza dei precedenti articoli della stessa legge, oltre che nell'ipotesi di incertezza sulla persona cui è stata consegnata la copia dell'atto o sulla data della notifica. Tale configurazione, inoltre, trova rispondenza nell'orientamento di questa Corte, secondo cui la violazione delle forme digitali non integra una causa di inesistenza della notifica, unico vizio che non ammette la sanatoria per il raggiungimento dello scopo (Cass. 15/07/2021, n. 20214; in precedenza, v. Cass. Sez. U. 18/04/2016, n. 7665; Cass. 31/08/2017, n. 20625; Cass. Sez. U. 28/09/2018, n. 23620; Cass. 05/03/2019, n. 6417; Cass. 12/05/2020, n. 8815; in generale, sulla definitiva sistemazione del concetto di inesistenza della notifica, v. Cass. Sez. U. 20/07/2016, n. 14916).

2.2. Nell'ipotesi in cui – come nella fattispecie in esame – la notifica telematica concerna l'atto introduttivo del giudizio, il raggiungimento dello scopo legale dell'atto di notificazione, con conseguente sanatoria del vizio per convalidazione oggettiva, non postula necessariamente la costituzione in giudizio del destinatario, il quale potrebbe volontariamente scegliere di non costituirsi, pur avendo ricevuto una notificazione rituale. Tuttavia, **ove si consideri che, a differenza della comunicazione (la quale ha la funzione di portare la semplice notizia**

dell'atto processuale), la notificazione è deputata alla consegna dell'atto nella sua interezza al destinatario, il raggiungimento dello scopo legale dell'atto processuale, nella predetta ipotesi, postula pur sempre che esso, oltre ad essere giunto a conoscenza del destinatario – nel senso che questi ne abbia avuto notizia – sia stato portato nella sua disponibilità appunto nella sua interezza. La prova che l'atto sia stato portato nella disponibilità del notificando – ove non risulti da altre specifiche circostanze verificatesi nel caso concreto (come, ad es., nell'ipotesi in cui il suo difensore, nell'ambito di uno scambio di corrispondenza difensiva con il difensore del notificante, provveda a ritrasmettergli la copia ricevuta dell'atto notificato: Cass. 15/07/2021, n. 20214, cit.) – viene data istituzionalmente solo mediante il deposito telematico delle ricevute di accettazione e consegna in formato “.eml” e “.msg” e mediante l’inserimento dei relativi dati identificativi nel file "Dati.Atto.xml", l'accesso al quale consente di verificare la presenza dell'atto nella disponibilità del destinatario. Viceversa, il solo deposito dell'atto notificato a mezzo PEC e delle ricevute di accettazione e consegna in formato PDF non consente analoga prova”.

Nota a cura di Alessia Maggiotto

L'ordinanza n. 16189 del 08/06/2023 in commento ha ad oggetto le notifiche telematiche e, nello specifico, le modalità con cui fornire la prova dell'avvenuta notifica.

Il principio esposto nella predetta ordinanza acquisisce maggior rilievo con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 149/2022 cd “*Riforma Cartabia*” mediante la quale si è resa obbligatoria per gli avvocati la notifica degli atti giudiziari in materia civile e degli atti stragiudiziali con modalità telematiche ogniqualvolta il destinatario sia titolare di un domicilio digitale consultabile presso i vari registri pubblici quali, a mero titolo esemplificativo, il Reginde, il Registro Imprese, l'indice INI-PEC e, da ultimo dal 06/07/2023 l'INAD – Indice Nazionale dei Domicili Digitali.

Nella fattispecie in esame A.A. proponeva ricorso dinanzi alla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c. al fine di chiedere la nullità della sentenza n. 1570 del 10/11/2020 emessa dal Tribunale di Bergamo.

Quest'ultima pronuncia, accogliendo la domanda di opposizione agli atti esecutivi proposta da B.B. nei confronti di A.A., dichiarava la nullità dell'atto di precetto notificato a B.B..

Con il proprio ricorso per cassazione A.A. richiedeva la riforma della pronuncia di primo grado, nel cui giudizio era rimasto contumace, per nullità della notifica dell'atto introduttivo effettuata a mezzo p.e.c. asserendo che B.B. non avesse provato l'avvenuta notifica a mezzo p.e.c. nei suoi confronti.

Nello specifico A.A. rilevava che B.B. non aveva provveduto al deposito delle relative ricevute di accettazione e di avvenuta consegna nel formato idoneo ovvero .eml o .msg, ma avrebbe allegato una scansione di una copia analogica in formato .pdf del relativo messaggio p.e.c. e dei relativi allegati.

Nel predetto procedimento B.B. depositava il proprio controricorso formulando una serie di eccezioni.

In primo luogo B.B. eccepiva di non aver depositato una scansione analogica dell'atto, ma di aver prodotto i documenti originali informatici in formato .pdf e successivamente certificati telematicamente.

In secondo luogo rilevava che la mancata allegazione dei dati identificativi delle ricevute di accettazione e consegna e del relativo file DatiAtto.xml non comportava nessuna nullità della notifica ma una mera irregolarità della stessa, sanabile se l'atto ha raggiunto il suo scopo ai sensi dell'art. 156 c.p.c.

Da ultimo B.B. rilevava che il mancato deposito delle ricevute della notifica (accettazione e avvenuta consegna) nel formato .eml o .msg, ma semplicemente in formato .pdf, non inciderebbe sul perfezionamento della notifica, la quale si perfezionava con la generazione delle predette ricevute e non col deposito delle stesse.

Gli Ermellini, pronunciandosi sul ricorso proposto da A.A. hanno enunciato il seguente principio di diritto: *“in tema di notificazione a mezzo posta elettronica certificata, la violazione delle forme digitali previste dalla L. N. 53 del 1994, artt. 3-bis, comma 3 e 9, nonché dell'art. 19-bis delle “specifiche tecniche” date con provvedimento 16 aprile 2014 del Responsabile per i Sistemi Informativi Automatizzati del Ministero della giustizia – che impongono il deposito in PCT dell'atto notificato, delle ricevute di accettazione e consegna in formato “.eml” o “.msg” e dell'inserimento dei dati identificativi delle suddette ricevute nel file “datiAtto.xml” –, previste in funzione non solo della prova ma anche della validità dell'atto processuale (arg. Ex art. 11 della stessa L. N. 53 del 1994), determina, salvo che sia impossibile procedere al deposito con modalità telematiche dell'atto notificato a norma dell'art. 3-bis legge cit. (nel qual caso l'avvocato fornisce prova della notificazione estraendo copia su supporto analogico del messaggio di posta elettronica certificata, dei suoi allegati e della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna e ne attesta la conformità ai documenti informatici da cui sono tratte ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, art. 23, comma 1: L. N. 53 del 1994, art. 9, commi 1-bis e 1-ter), la nullità della notificazione: atteso, per un verso, che soltanto il rispetto delle predette forme (le quali permettono, attraverso l'apertura del file, di verificare la presenza dell'atto notificato nella disponibilità informatica del destinatario) consente di ritenere provato il raggiungimento dello scopo legale dell'atto processuale di notificazione che, a differenza della comunicazione, non ha la funzione di portare la semplice notizia di un altro atto processuale, ma la diversa funzione di realizzarne la tempestiva consegna, nella sua interezza, al destinatario per consentirgli di esercitare appieno il diritto di difesa e al contraddittorio; e considerato, per altro verso, che tale dimostrazione non è invece consentita ove il deposito dell'atto notificato a mezzo PEC e delle ricevute di accettazione e consegna avvenga in diverso formato (ad es. in formato PDF), salvo che, in tale ipotesi, la prova della tempestiva consegna sia desumibile ed in concreto desunta aliunde, sulla base delle circostanze emerse nella fattispecie concreta, nel qual caso la nullità è sanata per convalidazione oggettiva, ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c.”.*

Una volta eseguita una notifica telematica sono generate una ricevuta di accettazione ed una ricevuta di avvenuta consegna.

Ai sensi dell'art. 3-bis, terzo comma, della Legge n. 53 del 1994 la notifica si perfeziona per il soggetto notificante all'atto della generazione della ricevuta di accettazione e per il destinatario all'atto della generazione della ricevuta di avvenuta consegna.

Ai sensi del successivo art. 9 della predetta legge la prova dell'avvenuta notifica può essere fornita solo attraverso le predette ricevute telematiche in formato .eml e .msg e del file DatiAtto.xml che contiene i dati identificativi delle predette ricevute. Formati alternativi, quali il .pdf, non forniscono la prova dell'avvenuta notifica.

Infatti la ricevuta di avvenuta consegna in formato .eml o .msg contiene al suo interno l'intera notifica comprensiva dell'atto notificato e dei relativi allegati. Inoltre il predetto formato permette di avere certezza relativamente alla data e all'ora della notifica. La certezza dell'orario della notifica è rilevante anche ai sensi dell'art. 147 c.p.c. che trova applicazione anche per le notifiche effettuate con modalità telematiche.

Il file in formato .pdf, inoltre, non permetterebbe nemmeno la verifica della regolarità e della validità della firma digitale apposta sugli atti notificati.

Solo in caso di impossibilità nel procedere al deposito telematico delle predette ricevute nel formato previsto dalla Legge n. 53 del 1994, il secondo comma dell'art. 9 prevede che l'avvocato possa estrarre copia del documento informatico su supporto analogico.

L'attestazione di conformità all'originale del predetto documento eseguita da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato ha la medesima efficacia probatoria del deposito della notifica telematica.

La sanzione del mancato rispetto delle predette forme è quella della nullità. Quanto appena esposto trova conferma anche nel successivo art. 11 della Legge n. 53 del 1994 che prevede la nullità della notifica nei seguenti casi “*mancono i requisiti soggettivi ed oggettivi ivi previsti, se non sono osservate le disposizioni di cui agli articoli precedenti e, comunque, se vi è incertezza sulla persona cui è stata consegnata la copia dell'atto o sulla data della notifica*”. Predetta nullità inoltre, è rilevabile d'ufficio.

Non trova invece applicazione la sanzione dell'inesistenza la quale, come da conforme giurisprudenza (tra cui Cass., Sezioni Unite, n. 14916 dl 20/07/2016), è configurabile nelle sole ipotesi in cui vi sia la “*mancaza materiale dell'atto*” nonché nei casi in cui l'atto manchi di quegli elementi essenziali ed imprescindibili per essere qualificato come notificazione.

Inoltre, a differenza dell'inesistenza, la nullità della notifica permetterebbe la sanatoria del vizio per convalidazione oggettiva a seguito del raggiungimento dello scopo legale dell'atto.

Pertanto, trattandosi di una notifica e non di una mera comunicazione, l'atto processuale non deve solo entrare nella sfera di conoscibilità del destinatario, ma deve altresì essere consegnato al destinatario nella sua interezza.

Come indicato precedentemente la prova della ricezione dell'atto nella sua interezza può essere fornita solo dal deposito del file in formato .eml o .msg e dei relativi dati identificativi contenuti nel file DatiAtto.xml. Il mero file in formato .pdf permette di visionare l'elenco dei documenti allegati e non la corrispondenza del file indicato con quello effettivamente allegato ed inviato con la notifica telematica.

In difetto il soggetto notificante dovrebbe dimostrare che il destinatario della notifica oltre ad aver ricevuto la stessa abbia anche ricevuto tutti i file in essa allegati nella sua interezza. In giurisprudenza vi è stato almeno un caso in cui la prova della ricezione della notifica e dei relativi allegati nella sua interezza è stata dimostrata attraverso uno scambio di comunicazione tra i due legali del soggetto notificante e del destinatario ove il secondo aveva trasmesso al primo la copia dell'atto notificato.

Salvo nei casi particolari sopra indicati, la prova dell'avvenuta notifica telematica, anche ai fini della validità dell'atto stesso, può essere fornita solo mediante le ricevute di accettazione e consegna in formato .eml o .msg corredate dai relativi dati identificativi di cui ai datiAtto.xml.

Solo il rispetto di predette modalità consente il raggiungimento dello scopo legale dell'atto con possibilità del soggetto destinatario di esercitare un pieno e concreto diritto di difesa e l'instaurazione del contraddittorio.

Basandosi su tali principi gli Ermellini nella pronuncia in commento, in accoglimento del ricorso proposto da A.A., hanno dichiarato la nullità della pronuncia del Tribunale di Bergamo con rinvio al giudice di primo grado.

Bigenitorialità: sì all'affidamento superesclusivo ad un genitore in caso di inidoneità dell'altro

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 8 giugno 2023, n. 16205)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 5. – Nel caso di specie la Corte territoriale ha fornito una chiara ed inequivoca spiegazione delle ragioni poste a base della propria decisione, non solo sottolineando come “tutti” i consulenti nominati dal tribunale avessero rilevato una condizione psicopatologica della reclamante (pag. 5), tale da determinare “un’importante compromissione” delle sue funzioni genitoriali “relativamente alla capacità di garantire l’accesso all’altro genitore” (pag. 7), ma anche dando conto in maniera puntuale e dettagliata delle ragioni per cui non era possibile aderire alle diverse tesi espresse dallo psichiatra che aveva avuto in supervisione e cura la A.A. (…).

7.1. – (...) La giurisprudenza di questa Corte in materia di affidamento dei figli minori non ha mancato di sottolineare che il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice nel fissarne le relative modalità di esercizio è quello del superiore interesse della prole, atteso il diritto preminente dei figli a una crescita sana ed equilibrata (Cass. 21916/2019, Cass. 12954/2018).

Pertanto, la scelta dell'affidamento a uno solo dei genitori, da effettuarsi in base all'interesse prevalente morale e materiale della prole, deve essere sostenuta non solo dalla verifica della idoneità o inidoneità genitoriale di entrambi i genitori, ma anche e, soprattutto, dalla considerazione delle ricadute che la decisione sull'affidamento avrà, nei tempi brevi e medio lunghi, sulla vita dei figli (Cass. 21425/2022).

All'esito di simili verifiche il perseguimento dell'obiettivo di assicurare l'esclusivo interesse morale e materiale della prole può comportare anche l'adozione di provvedimenti contenitivi o restrittivi di diritti individuali di libertà dei genitori (quale l'affidamento c.d. “super” esclusivo del figlio a un genitore, all'esito dell'accertamento dell'inidoneità genitoriale dell'altro), senza che occorra operare un bilanciamento fra questi ultimi e l'interesse superiore del minore (Cass. 4056/2023). (...)”.

Nota a cura di *Michele Emanuele Leo*

Il provvedimento oggetto della presente disamina attiene ad una importante statuizione in merito all'affidamento esclusivo della prole (cd. Rafforzato) in favore di uno dei genitori.

Nel caso che qui ci occupa, la madre chiedeva ex art. 337-*quinquies* c.p.c. la modifica delle condizioni di affidamento dei figli minori disposto dal Tribunale di Torino in favore del padre con “*collocazione presso il medesimo*”.

Il Tribunale, infatti, aveva accolto parzialmente il ricorso della donna disponendo che la madre potesse *“vedere e tenere con sé i figli minori a fine settimana alternati (dal venerdì all’uscita da scuola sino a lunedì in mattina), un pomeriggio durante la settimana (dall’uscita di scuola fino al mattino successivo) e per periodi prestabiliti durante le vacanze natalizie, pasquali ed estive”*. Al contempo onde consentire alla prole di superare la *“visione scissionale del funzionamento familiare”* disponeva e confermava la presa in carico degli stessi presso il servizio di neuropsichiatria infantile e dei servizi sociali per il dovuto supporto. Stabiliva altresì che anche i genitori dovessero ricevere adeguato sostegno psicologico per un migliore esercizio della potestà genitoriale. Veniva quindi disposto un percorso di mediazione familiare, raccomandando alla madre di seguire un sostegno psicoterapeutico privato.

La donna impugnava la decisione del Tribunale ricorrendo alla Corte d’Appello competente evidenziando: *“la sua piena adeguatezza genitoriale, in assenza di patologie psichiatriche e”* sostenendo *“dall’altra, il fallimento dell’affido esclusivo rafforzato dei bambini al padre”*. A suo dire infatti, le perizie svolte durante il giudizio di I°, evidenziavano erroneamente un proprio disturbo della personalità tale da compromettere la relazione con l’ex coniuge. Ecce- piva inoltre di non aver mai effettuato la *“demolizione della figura paterna messa in atto (...) nel corso degli anni”*.

Pertanto doveva ritenersi errata la valutazione svolta dai periti in favore del padre, ritenuto *“privo di profili psicopatologici, sufficientemente adeguato all’accudimento e all’educazione dei figli”* dimostrandosi *“capace anche di gestire la conflittualità di coppia, favorendo il rispetto dell’altro genitore nella mente dei figli e la sua permanenza nella loro vita concreta”*.

La Corte d’appello di Torino confermava la decisione del primo Giudice.

A questo punto la donna decideva di ricorrere alla Corte di cassazione opponendo quali motivi di doglianza: l’appiattimento del Giudicante alle perizie del Tribunale, le quali avrebbero evidenziato il proprio quadro psicopatologico; l’errato affidamento esclusivo dei minori al padre in mancanza di serio pregiudizio risultante da perizie *“chiare, convergenti e motivate”*; l’omessa valutazione della completa devoluzione paterna dell’accudimento dei minori alla sorella e alla madre; l’esistenza di errore nella ricostruzione dei fatti e nella lettura dei documenti e dei referti medici presenti in atti; l’esistenza di erronea ricostruzione dei fatti rispetto ai percorsi psicologici e psichiatrici eseguiti; *“un’erronea lettura dei documenti medici-psichiatrici della stessa, cosicché mancherebbero prove oggettive scientifiche capaci di supportare le accuse di alienazione da parte della madre nei confronti del padre”*.

Si costituiva il curatore speciale dei minori quale resistente, mentre il padre dei minori non svolgeva difesa alcuna.

Dettagliata e motivata è la statuizione della Corte di cassazione con cui si respinge il ricorso spiegato a mezzo del quale è possibile ricavare un importante ed innovativo orientamento perché costituisce una sorta di deroga alla regola generale che contempla l’affidamento condiviso dei figli minorenni. Con il detto termine il legislatore ha previsto di norma un coinvolgimento ‘comune’ dei coniugi nella vita della prole malgrado il venire meno dell’unione di vita. La sentenza su cui si disquisisce però evidenzia la possibilità dell’affidamento esclusivo in presenza di determinate circostanze: *“la scelta dell’affidamento a uno solo dei genitori, da effettuarsi in base all’interesse prevalente morale e materiale della prole, deve essere sostenuta non solo dalla verifica della idoneità o inidoneità genitoriale di entrambi i genitori, ma anche e, soprattutto, dalla considerazione delle ricadute che la decisione sull’affidamento avrà, nei tempi brevi e medio lunghi, sulla vita dei figli (Cass. 21425/2022). All’esito di simili verifiche il perseguimento dell’obiettivo di assicurare l’esclusivo interesse morale e materiale della prole può comportare anche l’adozione di provvedimenti contenitivi o restrittivi di diritti individuali di libertà dei genitori (quale l’affidamento c.d. “super” esclusivo del figlio a un genito-*

re, all'esito dell'accertamento dell'inidoneità genitoriale dell'altro), senza che occorra operare un bilanciamento fra questi ultimi e l'interesse superiore del minore (Cass. 4056/2023)".

Emerge quindi dalla sentenza in commento la prevalenza dell'interesse dei minori rispetto ai diritti di ciascun genitore onde garantirne una tutela prioritaria nel caso in cui manchino i presupposti per la serena evoluzione.

Per quanto attinente gli altri punti di doglianza a base del ricorso, la Corte ne ha sottolineato l'infondatezza e l'inammissibilità: in primo luogo perché "*chiara ed inequivoca*" è da considerarsi la decisione della Corte d'appello competente, unico soggetto legittimato alla valutazione nel merito della vicenda; in secondo luogo, perché il ricorso per Cassazione è un giudizio a critica vincolata dotato dei caratteri della tassatività e specificità sanciti dall'art. 360 cpc. Una mera doglianza, infatti, non può soddisfare i principi previsti dal legislatore per l'impugnativa dinanzi al Giudice di legittimità. Nella statuizione si legge: un "*coacervo di critiche non soddisfa l'onere previsto dall'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 4), di articolare il ricorso per cassazione in specifici motivi riconducibili in maniera immediata e inequivocabile a una delle ragioni di impugnazione stabilite dall'art. 360 c.p.c., comma 1 (cfr. Cass. 24247/2016, Cass. 18829/2016). Il giudizio di cassazione, infatti, è un giudizio a critica vincolata, delimitato dai motivi di ricorso, che assumono una funzione identificativa condizionata dalla loro formulazione tecnica con riferimento alle ipotesi tassative formalizzate dal codice di rito; ne consegue che il motivo del ricorso deve necessariamente possedere i caratteri della tassatività e della specificità ed esige una precisa enunciazione, in modo che il vizio denunciato rientri nelle categorie logiche previste dall'art. 360 c.p.c., sicché è inammissibile la critica generica della sentenza impugnata, formulata con un unico motivo sotto una molteplicità di profili tra loro confusi e inestricabilmente combinati, non collegabili ad alcuna delle fattispecie di vizio enucleate dal codice di rito (Cass. 11603/2018, Cass. 19959/2014). Peraltro, a fronte della reiterata denuncia di errori nella ricostruzione dei fatti e nella lettura dei documenti di causa, occorre ribadire il principio secondo cui il ricorso per cassazione conferisce al giudice di legittimità non già il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale, ma solo la facoltà del controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice di merito, al quale spetta, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di controllarne l'attendibilità e la concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad essi sottesi, dando così liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge (cfr., ex plurimis, Cass. 331/2020, Cass. 21098/2016, Cass. 24679/2013, Cass. 27197/2011)".*

Considerato infine la materia della questione avente ad oggetto diritti di natura familiare coinvolgenti relazioni affettive, il Giudice di legittimità ha provveduto a compensare le spese di lite.

Danno da emotrasfusione: termini entro cui richiedere il risarcimento e criteri di quantificazione del danno non patrimoniale

Argomento: Del risarcimento del danno

(Cass. Civ., Sez. III, 9 giugno 2023, n. 16468)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“5. (...) La decisione impugnata si pone, sul punto, in contrasto con il principio di diritto, consolidatamente affermato da questa Corte in relazione al **danno da emotrasfusioni, secondo il quale il termine quinquennale di prescrizione per l’esercizio del diritto al risarcimento dei danni conseguenti ad infezioni da virus HBV, HIV e HCV contratte da soggetti emotrasfusi decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, comma 1, c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all’esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita, o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l’ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche.**

Incorre, pertanto, nella falsa applicazione dell’art. 2935 c.c., il giudice di merito che, ai fini della determinazione della decorrenza del termine di prescrizione, ritenga tale conoscenza conseguita o, comunque, conseguibile, da parte del paziente, pur in difetto di informazioni idonee a consentirgli di collegare causalmente la propria patologia alla trasfusione (Cass. n. 24164 del 2019).

Pertanto, la consapevolezza della riconducibilità causale della malattia non può dedursi sulla sola base della documentazione medica attestante la presenza attuale della malattia, se essa non sia integrata da un accertamento dal quale risulti che siano state fornite al paziente adeguate informazioni in merito alla riconducibilità causale della stessa.

6. A ciò deve aggiungersi che, in caso di danno da emotrasfusioni, **nella maggior parte dei casi il momento ultimo di maturazione di tale consapevolezza può ragionevolmente ancorarsi alla proposizione, da parte dell’interessato, della domanda amministrativa volta alla corresponsione dell’indennizzo di cui alla L. n. 210 del 1992 che attesta l’esistenza, in capo all’interessato, di una sufficiente ed adeguata percezione della malattia, e non alla data, successiva, della comunicazione del responso della Commissione medica ospedaliera di cui alla l. n. 210 del 1992, art. 4 (in questo senso v. Cass. n. 16217 del 2019; Cass. 10190 del 2022).**

Nei casi in cui invece, come nella specie, il soggetto danneggiato non abbia mai presentato domanda di corresponsione dell’indennizzo ex lege n. 210 del 1992, il giudice dovrà accertare l’exordium praescriptionis, tenendo in conto la corretta distribuzione degli oneri probatori, secondo la quale è la parte che eccepisce la prescrizione che ha l’onere di allegare e provare, ai sensi dell’art. 2697, comma 2, c.c., il fatto temporale costitutivo dell’eccezione di prescrizione, ossia la prolungata inerzia nell’esercizio del diritto al ri-

sarcimento del danno, in quanto riconducibile al termine iniziale di oggettiva conoscibilità della etiopatogenesi (Cass. n. 12182 2021).

Dovrà a tal scopo verificare se nella documentazione medica in possesso della vittima, prodotta in giudizio, sia indicata la causa della contrazione della patologia o, in mancanza, se, sulla base del contenuto delle comunicazioni mediche che la vittima aveva ricevuto e del patrimonio di informazioni scientifiche di cui un soggetto medio possa disporre, in relazione alla data cui queste risalgono, possa ritenersi provato che questi abbia acquisito consapevolezza della riconducibilità causale della propria infermità. Dovrà anche motivatamente collocare nel tempo il momento di acquisizione di tale consapevolezza (i ricorrenti sostengono che la vittima non ebbe mai contezza, in vita, della origine della sua malattia, e per questo non presentò mai domanda di indennizzo, mentre furono loro, a mezzo di una perizia postuma, ad individuarla nel 2002, ripercorrendo a ritroso nel tempo, con l'aiuto dell'esperto a tale scopo individuato, la storia clinica del loro congiunto).

In difetto di ogni espressa informazione medica che espliciti la anche solo possibile riconducibilità causale di una patologia a un fatto della storia clinica passata del paziente, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno può non iniziare a decorrere fino alla morte del paziente. **Nel caso che il termine di prescrizione non abbia mai iniziato a decorrere, per le ragioni indicate, o che esso non si sia consumato alla morte della vittima, il diritto al risarcimento del danno per l'illecito lungolatente patito dalla vittima si trasferisce agli eredi che possono farlo valere iure hereditatis. (...).**

7. (...) Pur avendo i ricorrenti fatto richiesta della applicazione delle tabelle in uso presso il Tribunale di Milano (e in subordine di quelle in uso presso il Tribunale di Roma), per la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, la Corte d'appello ha liquidato in loro favore il danno non patrimoniale, sulla base della mera enunciazione di alcune circostanze di fatto che assume di aver tenuto in considerazione (età della vittima al momento del decesso, non coabitazione di tutti i figli con il padre al momento della morte, incidenza della perdita su un nucleo familiare numeroso, durata e intensità dell'afflizione), senza indicare alcun criterio tabellare di riferimento.

La valutazione si pone quindi in contrasto con il principio di diritto, più volte affermato da questa Corte, secondo il quale nella liquidazione del danno non patrimoniale non è consentito, di regola, in mancanza di criteri stabiliti dalla legge, il ricorso ad una liquidazione equitativa pura, non fondata su criteri obiettivi, i soli idonei a valorizzare le singole variabili del caso concreto e a consentire la verifica "ex post" del ragionamento seguito dal giudice in ordine all'apprezzamento della gravità del fatto, delle condizioni soggettive della persona, dell'entità della relativa sofferenza e del turbamento del suo stato d'animo (Cass. n. 20985 del 2015). La liquidazione equitativa "pura" (che si discosti, cioè, dai valori astrattamente predisposti dalle tabelle in uso) è ammissibile solo allorché ricorrano circostanze peculiari, delle quali sia fornita logica e congrua motivazione (Cass. n. 36297 del 2022).

Nel caso di specie, la quantificazione del danno si è tradotta, secondo un ragionamento determinativo la cui logica non è esplicitata né in alcun modo verificabile, in un importo di gran lunga inferiore al limite minimo della "forbice" all'epoca della decisione prevista dalle tabelle di Milano per la liquidazione del danno parentale.

La sentenza deve essere cassata, e la causa rinviata al giudice di merito, (...), con la precisazione **che le tabelle milanesi, nella loro ultima versione pubblicata nel giugno del 2022, costituiscono idoneo criterio per la liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale, in quanto idoneamente modificate introducendo il sistema "a punto variabile" (il cui valore base è stato ricavato muovendo da quelli previsti dalla precedente**

formulazione “a forbice”), che prevede l’attribuzione dei punti in funzione dei cinque parametri corrispondenti all’età della vittima primaria e secondaria, alla convivenza tra le stesse, alla sopravvivenza di altri congiunti e alla qualità e intensità della specifica relazione affettiva perduta, ferma restando la possibilità, per il giudice di merito, di discostarsene procedendo a una valutazione equitativa “pura”, purché sorretta da adeguata motivazione, in casi in cui esse si rivelino inadeguate a fronte della estrema particolarità della situazione (v. di recente Cass. n. 37009 del 2022). (...).

Nota a cura di Cecilia De Luca

Con l’ordinanza in commento la suprema Corte di cassazione affronta la questione relativa alla prescrizione dell’azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall’attività di emotrasfusione e dei criteri da adottare per la loro risarcibilità.

Il caso in commento trae origine dal giudizio instaurato dagli eredi del defunto, i quali convenivano in giudizio il Ministero della Salute per sentirlo condannare al risarcimento dei danni loro derivanti, *iure hereditatis* e *iure proprio*, dalla emotrasfusione subita dal soggetto, poi venuto a mancare, in occasione di una operazione chirurgica, dalla quale gli era derivato il contagio da epatite C che successivamente lo aveva portato alla morte.

Il Tribunale adito dichiarava prescritto il diritto al risarcimento del danno proposto dagli attori *iure hereditatis* e rigettava nel merito la domanda ritenendo che né i figli né la moglie avessero provato, e neppure chiesto di provare, il rapporto di convivenza con il defunto.

Gli attori hanno, così, proposto appello deducendo che la malattia era rimasta latente per tutto il periodo di vita del congiunto, il quale, anche a causa del poco elevato livello di istruzione, non avrebbe potuto sapere che il virus circolava anche attraverso il sangue infetto e non sarebbe stato in grado di ricollegare l’insorgere della malattia alle trasfusioni eseguite.

La Corte d’appello di Lecce ha riformato in parte la sentenza di primo grado, riconoscendo agli eredi il diritto al risarcimento del danno *iure proprio*, indicando il *dies a quo* della prescrizione nel giorno della morte del congiunto, mentre riteneva prescritto il diritto al risarcimento del danno sofferto dal *de cuius* e trasmesso agli eredi *iure successionis*.

Avverso tale decisione è stato proposto ricorso per cassazione dagli eredi, articolato in quattro motivi, due dei quali assumono rilievo in questa sede.

Relativamente all’eccezione di prescrizione, accolta dalla Corte d’appello di Lecce, è stata sollevata la doglianza sul fatto che il giudice di secondo grado avrebbe fondato l’eccezione su fatti diversi rispetto a quelli rappresentati da parte dello stesso Ministero convenuto a fondamento della sua eccezione, senza sollecitare il contraddittorio sul punto.

In particolare, la Corte d’appello, confermando la prescrizione del diritto del *cuius*, la quale secondo il giudice di primo grado decorre da quando la malattia, ossia l’epatite C, è stata diagnosticata per la prima volta, ha spostato in avanti di cinque anni la decorrenza iniziale del termine prescrizione, ancorandola al secondo certificato medico con il quale vennero diagnosticati gli aggravamenti che portarono il congiunto alla morte.

Per quanto concerne la prescrizione ed il suo decorso relativamente al “danno da emotrasfusioni”, le patologie derivanti da contagio post-trasfusionale hanno la caratteristica di manifestarsi, nella maggioranza dei casi, dopo lungo tempo dalla data del fatto illecito generatore del danno.

Per questo si parla di danni lungolatenti.

Dal combinato disposto dell'art. 2935 c.c., espressione del consolidato principio *actio nondum nata non praescribitur*, e dell'art. 2947, terzo comma, c.c. la Cassazione è giunta alla conclusione che qualora non sia conoscibile la causa del contagio la prescrizione non può iniziare a decorrere, poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile ad un terzo, non è idonea in sé a concretizzare il "fatto" che l'art. 2947, primo comma, c.c. individua come esordio della prescrizione, formulando il seguente principio di diritto.

In tema di emotrasfusioni, il termine della prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche.

Nel concreto appare comunque complesso stabilire da quando inizi a decorrere la prescrizione. Seppure di regola il *dies a quo* coincide con la proposizione di domanda di indennizzo sul presupposto che il danneggiato in tale momento ha avuto un sufficiente grado di consapevolezza dell'illiceità del danno subito essendosi attivato per chiedere un indennizzo, tuttavia non è sempre così, data la diversità di presupposti tra la tutela assistenziale, ove si prescinde dall'elemento soggettivo della colpa o del dolo, e quella risarcitoria ove si richiede invece la presenza di tali elementi per potersi affermare la sussistenza dell'illecito aquiliano. In quest'ultimo caso, per poter far valere il suo diritto, *ex art. 2935 c.c.*, il soggetto, usando l'ordinaria diligenza, dovrà necessariamente essere a conoscenza di tutti gli elementi della fattispecie e quindi, in particolare, dell'esistenza di una condotta illecita colposa commessa da terzi.

Tale momento non coincide sempre ed automaticamente con il deposito della domanda di indennizzo, potendo invece emergere antecedentemente, ma anche in seguito, ed in particolare nel corso dell'istruttoria compiuta nel giudizio volto alla concessione dell'indennizzo di cui alla l. 25 febbraio 1992, n. 210. Durante tale fase viene di regola acquisita la documentazione riguardante i donatori implicati nelle trasfusioni di sangue *de quibus*, cosiddetto *look back*, al fine di verificare lo stato di salute degli stessi, previa tracciabilità delle unità trasfuse al danneggiato.

La tracciabilità del sangue è uno degli elementi fondanti il giudizio di colpa dell'amministrazione sanitaria, perché consente la verifica del sangue trasfuso con riguardo alla sua provenienza, ai controlli e misure di cautela di fatto attuati.

Pertanto, laddove emergesse la mancanza di tracciabilità o l'assenza di controlli o la mancata attuazione di misure di cautela esigibili secondo la normativa dell'epoca, ne deriverebbe la responsabilità colposa della struttura sanitaria ove fu effettuata la trasfusione di sangue al paziente.

Ne consegue che la scoperta di tali elementi coincide con il primo "giorno in cui il diritto può essere fatto valere", ossia, con il momento iniziale di decorrenza del termine di prescrizione, secondo quanto previsto dall'art. 2935 c.c.

Si tratta, dunque, di un'indagine da effettuarsi caso per caso, sulla base degli elementi offerti in causa dalle parti, ma anche delle rispettive allegazioni contestazioni, che dovranno essere valutate dal giudice nel rispetto dei distinti oneri probatori gravanti sull'attore e sul convento che ha formulato l'eccezione.

Come affermato in giurisprudenza, l'indennizzo, che ha natura giuridica diversa rispetto al risarcimento del danno, ben può essere stato richiesto quale misura solidaristica ed indennitaria di sostegno, non essendo necessario allegare la conoscenza di tutti gli elementi dell'illecito lamentato ed in particolare del nesso causale tra le trasfusioni e la malattia che insorge. Se

quindi, di norma, è sostenibile che la proposizione della domanda volta al riconoscimento del suddetto indennizzo comporta conoscenza o conoscibilità, in capo al danneggiato, del nesso causale tra la malattia insorta e la pregressa trasfusione, nel caso di specie è legittimo dubitare che il danneggiato avesse la piena consapevolezza di ciò, ben potendo ritenere solo la mera possibilità di tale nesso causale, bastevole per la domanda di indennizzo, ma insufficiente per intraprendere un'azione giudiziaria fondata sull'art. 2043 c.c. e, quindi, sul ben più gravoso onere della prova a carico del danneggiato circa l'esistenza del nesso causale tra le trasfusioni e la malattia insorta.

Nel caso di morte della vittima, causata dal contagio, la Cassazione è solita distinguere tra il danno chiesto *iure hereditatis*, soggetto alla prescrizione quinquennale, e quello chiesto dai congiunti *iure proprio*, il cui termine è decennale.

In caso di decesso del danneggiato a causa del contagio, la prescrizione rimane quinquennale per il danno subito da quel soggetto in vita, del quale il congiunto chiedi il risarcimento *iure hereditatis*, trattandosi pur sempre di un danno da lesione colposa, reato a prescrizione quinquennale, alla data del fatto, mentre la prescrizione è decennale per il danno subito dai congiunti della vittima *iure proprio*, in quanto, per tale aspetto, il decesso del congiunto emotrasfuso integra omicidio colposo, reato a prescrizione decennale, alla data del fatto.

Sulla base di tali argomentazioni la Cassazione accoglie il quarto motivo di ricorso.

Mentre per quanto concerne la doglianza relativa alla necessaria applicazione delle tabelle milanesi per il risarcimento del danno derivante dalla perdita del rapporto parentale, è necessario osservare che esse costituiscono il valore da ritenersi equo, cioè il parametro in linea generale attestante la conformità della valutazione equitativa del danno alle disposizioni di cui agli artt. 1226 c.c. e 2056, primo comma, c.c., ossia quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità.

Infatti, il pregiudizio conseguente a contagio infettivo può altresì colpire i familiari della vittima, i quali possono chiedere il risarcimento del danno da essi direttamente subito, danno che va liquidato *ex art. 1226 c.c.*

Inoltre, le stesse tabelle milanesi fanno espresso riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale per la morte del congiunto.

In conclusione, il termine prescrizionale per "danno da emotrasfusione" inizia a decorrere, *ex artt. 2935 e 2947, primo comma, c.c.* dal giorno in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche.

In materia di danno da perdita del rapporto parentale, derivante dall'attività di emotrasfusione, è possibile, e per certi aspetti necessaria, l'applicazione dei criteri di liquidazione del danno non patrimoniale previsti dalle tabelle milanesi affinché si garantisca il carattere equo della valutazione compiuta dal giudice.

Reddito d'impresa: niente incasso giuridico se il socio rinuncia al credito

Argomento: Diritto tributario

(Cass. Civ., Sez. Trib., 12 giugno 2023, n. 16595)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 6.4. – Con la modifica, il trattamento della rinuncia del socio non trova più collocazione nell’art. 88, comma 4, t.u.i.r., ma nel successivo comma 4-bis il quale prevede, nel testo applicabile alla fattispecie, che la rinuncia dei soci ai crediti si considera sopravvenienza attiva solo per la parte che eccede il relativo valore fiscale. Inoltre, il nuovo testo impone al socio di comunicare il valore del credito alla partecipata mediante apposita dichiarazione sostitutiva di atto notorio; in assenza di comunicazione, il valore assunto è pari a zero, con conseguente tassazione dell’intera rinuncia, fiscalmente qualificata come sopravvenienza attiva.

Correlativamente, gli artt. 94, comma 6, e 101, comma 7, t.u.i.r. hanno previsto, sul versante del socio, che l’ammontare della rinuncia al credito che si aggiunge al costo della partecipazione è nei limiti del valore fiscale del credito oggetto di rinuncia; che la rinuncia non è ammessa in deduzione e che il relativo ammontare si aggiunge al costo della partecipazione sempre nei limiti del valore fiscalmente riconosciuto del credito.

Il nuovo regime, pertanto, ha posto in correlazione il valore fiscale del credito oggetto di rinuncia e la detassazione.

A seguito della rinuncia, il socio aumenta il costo della partecipazione solo nei limiti del valore fiscale del credito e la società beneficia di una sopravvenienza non tassabile solo nei limiti di detto valore.

Accade, pertanto, che la rinuncia di un credito avente valore fiscale pari a zero, come per i crediti legati ad un reddito tassato per cassa non incrementa il valore fiscale della partecipazione, diversamente da quanto prospettato nel precedente regime sia dalla Agenzia delle Entrate che da questa Corte a sostegno della teoria dell’incasso giuridico.

Di contro, detta rinuncia comporta la tassazione integrale della sopravvenienza attiva in capo alla società partecipata. Le asimmetrie cui la regola dell’incasso giuridico intendeva porre rimedio sono state, pertanto, risolte dal legislatore mutando la disciplina dell’art. 88 t.u.i.r. sul versante della società partecipata e degli artt. 94 e 101 sul versante del socio creditore.

6.5. – Può affermarsi, pertanto, il seguente principio di diritto: «In tema di imposte sui redditi di capitale – in ragione di quanto previsto dagli artt. 88, comma 4-bis, 94, comma 6, 101, comma 5, t.u.i.r. a seguito delle modifiche di cui all’art. 13 legge 14 settembre 2015, n. 147 – la rinuncia, operata da un socio nei confronti della società, al credito avente ad oggetto interessi maturati su finanziamenti erogati nei confronti di una società partecipata, non comporta l’obbligo di sottoporre a tassazione il relativo ammontare, con applicazione, ai sensi dell’art. 26, quinto comma, del d.P.R. n. 600 del 1973, della ritenuta fiscale, cui la società è tenuta quale sostituto d’imposta, avendo le nuove disposizioni rimediato all’asimmetria fiscale o “salto d’imposta” di cui al precedente regime». (…)”.

Il cd. “incasso giuridico” rappresenta una *fiction iuris*, quasi un ossimoro, a mente della quale la rinuncia ad un credito presuppone, in taluni casi, l’avvenuto incasso del credito medesimo e per l’effetto genera l’obbligo di sottoporre ad imposizione il relativo ammontare anche mediante applicazione della ritenuta d’imposta da parte del sostituto. La problematica emerge in particolare allorché nella determinazione del reddito i due soggetti che tra loro si rapportano siano assoggettati a distinte e diverse modalità imputazione a periodo (d’imposta) delle componenti positive o negative (qualora possibile) giustappunto per la determinazione del reddito. Ci si riferisce quindi alla circostanza che un soggetto adotti il principio – per la determinazione del reddito od anche solo per una sua componente – “di competenza” e l’altro quello “di cassa”. È noto che il principio di competenza, di derivazione ragionieristica, informa la genesi e la redazione del bilancio di esercizio delle imprese; da qui, l’adozione anche ai fini fiscali di tale metodologia di imputazione a periodo seppur temperata dalla previsione di talune deroghe volte ad evitare comportamenti discrezionali o abusivi (si pensi, a titolo di esempio, alla deduzione dei compensi amministratori, degli oneri fiscali e contributivi, degli interessi di mora e degli utili da partecipazione). Le persone fisiche che non esercitano attività di impresa sono invece, tendenzialmente, tassate secondo il principio di cassa a mente del quale i componenti reddituali vanno imputati al periodo di imposta nel quale avviene non tanto la loro maturazione quanto l’effettiva movimentazione finanziaria, e quindi il loro incasso od il relativo pagamento. L’assunto posto a fondamento della tesi dell’incasso giuridico prevede quindi una sorta di equiparazione dell’atto dispositivo del credito – nel caso di specie operato con una remissione del debito *ex art. 1236* del Codice civile – ad un “incasso *de facto*” del credito medesimo, postulando l’esistenza di una qualche utilità (anche postergata) atta a palesare, finanche con la rinuncia, una capacità contributiva qualificata *ex art. 53 Cost.* da assoggettare ad imposizione. La scorciatoia adottata dal contribuente diviene inefficace per il Fisco che ha consequenzialmente cura di ricercare quale sarebbe stato l’esito (evidentemente, l’attrazione ad imponibilità del componente reddituale) dell’alternativo (e meno diretto) comportamento: l’incasso del credito e la (solo) successiva disposizione della somma. Emblematica la sentenza qui commentata: «*La teoria volta a dare rilievo fiscale, in caso di rinuncia dei soci ai crediti vantati nei confronti della società partecipata, al c.d. “incasso giuridico” riflette detta ambiguità e si fonda, pacificamente, su una fiction iuris atteso che la rinuncia, sul piano della tassazione, viene equiparata ad un incasso, pur materialmente inesistente, con conseguente imponibilità dello stesso. Il presupposto da cui muove la teoria dell’incasso giuridico – risalente alla circolare n. 73/E/430 del 27 maggio 1994 e fatta propria dalla giurisprudenza della Corte – è che i crediti ai quali il socio rinuncia vanno portati ad aumento del costo della partecipazione e per la società partecipata non costituiscono sopravvenienze. Ne consegue che detta rinuncia, ove abbia ad oggetto (come nel caso degli interessi su finanziamenti erogati dai soci, ma anche dei compensi spettanti agli amministratori) potenziali redditi soggetti a tassazione per cassa, determina un “salto d’imposta” in quanto il credito è correlato ad un elemento reddito deducibile per il debitore secondo il principio di competenza ed è tassabile per il creditore secondo il principio di cassa. Di qui la necessità, mediante una fiction iuris, di equiparare, ai fini fiscali, la rinuncia all’incasso e di sottoporre l’ammontare a prelievo fiscale, anche mediante ritenuta d’imposta. Secondo detta ricostruzione, la rinuncia al credito tassato per cassa determina effetti reddituali e, come tale, subisce il prelievo fiscale al pari del credito effettivamente incassato e riversato a titolo di apporto di capitale».*

Si badi che gli effetti della rinuncia possono essere di due tipi per il creditore remittente: *«La natura reddituale o patrimoniale della rinuncia del socio al credito vantato nei confronti della società non è univoca. Infatti, se sotto il profilo formale la rinuncia determina una sopravvenienza, dal punto di vista sostanziale l'effetto coincide con quello che si realizzerebbe ove la società pagasse il suo debito ed il socio apportasse nuovo capitale»*.

Occorre ora, prima di affrontare il *casus belli* indugiare sulle modifiche normative che hanno inciso significativamente sulle disposizioni normative da considerare per affrontare la tematica delle rinunce ai crediti. Ciò in quanto, la presente sentenza rappresenta la prima applicazione da parte del giudice di legittimità della novella introdotta dal d.lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (cd. decreto internazionalizzazione) entrata in vigore, per i soggetti solari, dal periodo di imposta 2016. Infatti, la pur rilevante ordinanza della Suprema Corte 14 aprile 2022, n. 12222 affrontava un caso riferibile all'anno di imposta 2011, ove il contribuente ivi rinunciava al trattamento di fine mandato degli anni 1998-2006. Va quindi ricordato che ante modifiche il combinato disposto degli artt. 88 comma 4, 94 comma 6 e 101 comma 7 del Testo unico delle imposte sui redditi prevedeva che l'ammontare relativo alla rinuncia del credito non fosse ammesso in deduzione in capo al socio rinunciante, ma andasse ad aggiungersi al costo fiscale della partecipazione: un vantaggio quindi postergato e da far valere in sede di determinazione dell'eventuale plusvalenza (o minusvalenza) rinveniente dalla (sempre eventuale) dismissione della partecipazione. Nell'ottica della società partecipata, detta rinuncia del socio non determinava in capo all'impresa una sopravvenienza attiva imponibile (sul punto, anche, le Risoluzioni 5 aprile 2001, n. 41/E e 22 maggio 2022, n. 152/E; vedasi in senso contrario la norma di comportamento n. 201 del 2018 dell'AIDC).

L'art. 88 del Testo unico ha quindi subito un'importante modifica con l'innesto del nuovo comma 4-bis, a mente del quale *«la rinuncia dei soci ai crediti si considera sopravvenienza attiva per la parte che eccede il relativo valore fiscale. A tal fine, il socio, con dichiarazione sostitutiva di atto notorio, comunica alla partecipata tale valore; in assenza di tale comunicazione il valore fiscale del credito è assunto pari a zero»*. In forza della conseguente modifica degli artt. 94 comma 6 e 101 comma 7 del Testo unico, per il socio che detiene la partecipazione nell'impresa, l'importo oggetto di rinuncia viene a sommarsi al costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione solo e *«nei limiti del valore fiscale del credito oggetto di rinuncia»*. La società beneficerà di una sopravvenienza non tassabile solo e nei limiti di detto valore. In conseguenza di ciò la rinuncia del creditore ad un credito con valore fiscale nullo (es. compenso amministratore imputabile a periodo "per cassa"), non incrementerà il valore fiscale della partecipazione. Non vi sarà pertanto nemmeno alcun obbligo di operare ritenute in qualità di sostituto di imposta.

Esaminata la disciplina applicabile a questo "doppio binario" civile e fiscale devesi affrontare la controversia affrontata dai giudici. Essa riguardava una società italiana che aveva ricevuto, nell'anno 2007, un finanziamento fruttifero da parte di una consociata lussemburghese; quest'ultima, nell'anno 2016, cedeva il credito residuo alla controllante e socia unica, anch'essa residente nel Granducato. Nell'anno 2017 la controllante rinunciava integralmente al credito sia in linea capitale che in linea interessi. La controversia, se ne tenga conto, riguardava due soggetti imprenditori: sia il creditore che il debitore erano tassati per competenza; ancora, la collocazione temporale della rinuncia rende applicabili le nuove disposizioni del decreto internazionalizzazione. La condotta della società italiana ricorrente in Cassazione è fiscalmente (e processualmente) prudente: sugli interessi che avrebbe dovuto corrispondere in assenza di rinuncia, applica la ritenuta del 26% – *ex art. 26, comma 5, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600* – e successivamente propone istanza di rimborso, assumendo che la ritenuta non fosse dovuta. Impugnato il silenzio rifiuto, la contribuente risultò vittoriosa in Commissione Provinciale e

soccombente nel grado di appello; da qui il ricorso per Cassazione ancorato al n. 3) dell'art. 360 del codice di rito.

La Suprema Corte, con sentenza ricognitiva ed esaustiva ma non scevra di criticità [1] giunge a dirimere la controversia stabilendo il seguente principio di diritto: «*In tema di imposte sui redditi di capitale – in ragione di quanto previsto dagli artt. 88, comma 4-bis, 94, comma 6, 101, comma 5, t.u.i.r. a seguito delle modifiche di cui all'art. 13 legge 14 settembre 2015, n. 147 – la rinuncia, operata da un socio nei confronti della società, al credito avente ad oggetto interessi maturati su finanziamenti erogati nei confronti di una società partecipata, non comporta l'obbligo di sottoporre a tassazione il relativo ammontare, con applicazione, ai sensi dell'art. 26, quinto comma, del d.P.R. n. 600 del 1973, della ritenuta fiscale, cui la società è tenuta quale sostituto d'imposta, avendo le nuove disposizioni rimediato all'asimmetria fiscale o "salto d'imposta" di cui al precedente regime*».

Il recepimento della novella normativa era, si ritiene, "atto dovuto" e la pronuncia ha fatto buon governo della chiara *ratio* sottesa al decreto internazionalizzazione; di contro, non paiono assolutamente condivisibile le argomentazioni svolte in punto dall'Amministrazione finanziaria nei precedenti gradi di giudizi (ed ancor prima nella fase di silenzio-rifiuto) e recepiti dalla Commissione Regionale.

[1] Per le quali si rimanda a R. Damasi, *Ancora "luci e ombre" in tema di incasso giuridico dei crediti rinunciati dai soci*, Corr. Trib. n.12/2023, p. 1081.

Consenso informato: il danno da lesione del diritto di autodeterminazione va allegato e provato

Argomento: Della responsabilità medica

(Cass. Civ., Sez. III, 12 giugno 2023, n. 16633)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 6. – È stato già più volte evidenziato che l’inadempimento dell’obbligo di acquisire il consenso informato del paziente può assumere diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all’autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute.

Nel primo caso, l’omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia *ex se* una relazione causale diretta con la compromissione dell’interesse all’autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario.

Nel secondo, l’incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell’atto terapeutico correttamente eseguito dipende, invece, dall’opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile, di regola, in caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l’allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell’onere della prova – che, in applicazione del criterio generale di cui all’art. 2697 c.c., grava sul danneggiato – del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso (v. e pluribus Cass. n. 24471 del 04/11/2020; n. 28985 del 11/11/2019; n. 19199 del 19/07/2018; n. 11749 del 15/05/2018). (...).

(…) 10. – Ed è qui che emerge la peculiarità dell’ipotesi che si sta, in concreto, considerando; peculiarità rappresentata dal rilievo che, mentre nel caso di deficit informativo eziologicamente rilevante nella determinazione del danno da lesione del diritto alla salute danno risarcibile è per l’appunto rappresentato dalle conseguenze di tale lesione, secondo i noti criteri che le definiscono sul piano relazionale e morale, nel caso in cui – quale quello di specie – non è questo il danno che viene in considerazione, è indispensabile allegare e provare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito.

Va dunque ribadito che un danno risarcibile da lesione del diritto all’autodeterminazione è predicabile se e solo se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni. (...).”

Nota a cura di Lorenza D'Amato

La sentenza n. 16633 del 2023, della terza sezione della Corte di cassazione, si pone a valle di un orientamento consolidato in materia di consenso informato e risarcimento del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione. Si ribadisce, in particolare, la relazione causale diretta tra omessa o insufficiente informazione preventiva e “*compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario*”. Ciononostante, tuttavia, non può ritenersi sussistente un danno in re ipsa, pacificamente escluso dalla giurisprudenza di legittimità a più riprese.

Grava, dunque, sul paziente che agisca in giudizio l'onere di allegare e provare non solo il danno evento, da intendersi come violazione del diritto di autodeterminazione, ma anche il danno conseguenza, specificando le conseguenze pregiudizievoli sopportate in termini di danni patrimoniali o non patrimoniali. Può rilevare, ad esempio, la circostanza per la quale il soggetto leso, se debitamente informato, avrebbe rifiutato un determinato intervento prediligendo terapie alternative, con diverse conseguenze anche in termini economici (danno patrimoniale), ovvero avrebbe potuto prepararsi all'eventuale esito infausto, soffrendo meno lo stupor dell'accadimento (danno non patrimoniale).

In particolare, poi, la pronuncia in esame, nel rimarcare tali principi, ripercorre lo statuto del consenso informato, offrendo una compiuta disamina circa le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo sussistente in capo al personale sanitario. In primo luogo, nel valutare i motivi di ricorso, la sentenza ribadisce la valenza non solo formale, ma soprattutto sostanziale, dell'acquisizione del consenso. È necessario, infatti, che l'accettazione del trattamento terapeutico proposto si ponga all'esito di una rappresentazione aggiornata, completa e soprattutto comprensibile per l'interlocutore, che riporti le informazioni necessarie come diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e trattamenti sanitari. Ciò anche con riguardo alle possibili alternative, alle conseguenze dell'eventuale rifiuto o alla rinuncia al trattamento medesimo.

Tali sono i requisiti delineati dalla l. 219 del 2017 in tema di consenso, legge che ha provveduto a regolamentare per la prima volta, in via generale, gli obblighi informativi preventivi nella relazione medico – paziente. Precedentemente, invece, un esplicito riconoscimento si rinveniva soltanto in leggi o disposizioni speciali, pur se non si dubitava dell'ancoraggio costituzionale ex art. 32 Cost.. Nella pronuncia in esame, anche in assenza di uno esplicito richiamo alla normativa di riferimento, nondimeno si evidenzia che “*questa Corte ha invero ripetutamente affermato che il consenso del paziente, oltre che informato, dev'essere consapevole, completo (deve riguardare cioè tutti i rischi prevedibili, compresi quelli statisticamente meno probabili, con esclusione solo di quelli assolutamente eccezionali ed altamente improbabili) e globale (deve coprire non solo l'intervento nel suo complesso, ma anche ogni singola fase dello stesso), dall'altro, esso deve essere esplicito e non meramente presunto o tacito (anche se presuntiva, per contro, può essere la prova, da darsi dal medico, che un consenso informato sia stato prestato effettivamente ed in modo esplicito ...)*”.

Ciò posto, i giudici di legittimità delineano le coordinate della responsabilità da mancato consenso informato, in conformità alla giurisprudenza consolidata: l'inadempimento assume diversa rilevanza causale, a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute. In entrambi i casi è necessario identificare tutti gli elementi dell'illecito, con riferimento alla condotta lesiva, al nesso eziologico, al danno evento e al danno conseguenza.

Infatti, dalla condotta lesiva (“*ovvero l’omissione o l’incompletezza delle informazioni rese al paziente*”) può scaturire un diverso evento di danno “*che può essere rappresentato dalla violazione del diritto all’autodeterminazione o della lesione del diritto alla salute o da entrambi allo stesso tempo*”, considerata la potenziale plurioffensività del medesimo fatto riconosciuta dalla Cassazione. È necessario, infine, accertare il danno conseguenza, che attiene alle dirette ripercussioni pregiudizievoli nella sfera del danneggiato, secondo il nesso di causalità giuridica ex art. 1223 c.c..

A questo punto, occorre dunque differenziare le due ipotesi, in quanto pongono diverse questioni per l’interprete. In caso di violazione del diritto alla salute, per quanto possa essere più agevole accertare l’eventuale lesione dell’integrità psicofisica, vi è la necessità di individuare la corretta relazione causale rispetto alla mancata acquisizione del consenso. In sostanza, si tratta di provare la diversa scelta terapeutica che il paziente avrebbe effettuato se fosse stato debitamente informato. Solo così, infatti, si evidenzia un nesso eziologico rispetto alla lesione finale.

Come evidenzia la Corte: “*in caso, infatti, di presunto consenso, l’inadempimento dell’obbligo informativo, pur esistente, risulterebbe privo di incidenza deterministica sul risultato infausto dell’intervento correttamente eseguito, in quanto comunque voluto dal paziente. Diversamente, in caso di presunto dissenso, detto inadempimento assume invece efficienza causale sul risultato pregiudizievole, in quanto l’intervento terapeutico non sarebbe stato eseguito – e l’esito infausto non si sarebbe verificato – non essendo stato voluto dal paziente*”.

Il nucleo centrale della sentenza, tuttavia, affronta invece la diversa ipotesi della violazione del diritto all’autodeterminazione, riconosciuto come diritto soggettivo autonomamente azionabile, a prescindere dall’eventuale condotta colposa del medico nell’esecuzione della prestazione sanitaria. In questo caso, appare evidente la relazione diretta tra inadempimento ed evento dannoso, posto che “*l’omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia ex se una relazione causale diretta con la compromissione dell’interesse all’autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario*”. Né assume carattere necessario la prova dell’eventuale dissenso poiché, a prescindere, il danneggiato non è comunque messo in condizione di determinarsi liberamente ed affrontare una scelta consapevole.

Resta tuttavia imprescindibile la prova del danno conseguenza, diverso o ulteriore rispetto alla lesione del bene salute: “*è indispensabile allegare e provare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito*”. Del resto, tale impostazione è l’unica compatibile con l’inammissibilità di un danno in re ipsa. Ancora una volta, quindi, la Corte disattende quel diverso orientamento che aveva ritenuto l’inadempimento automaticamente lesivo dell’interesse sotteso, facendone derivare un’automatica lesione sulla base del solo intervento non consentito.

In definitiva, grava su colui il quale agisce in giudizio per il risarcimento del danno da violazione del diritto di autodeterminazione allegare e provare il concreto pregiudizio subito, sia come danno patrimoniale sia secondo le coordinate del danno non patrimoniale, ammesso, quindi, che si tratti di un pregiudizio non bagatellare. In tale seconda ipotesi la Corte fa riferimento ad un danno apprezzabile “*in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni*”.

I crediti del professionista per prestazioni eseguite e non ancora pagate cadono nella comunione *de residuo*

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 14 giugno 2023, n. 16993)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“La Corte d’appello di Ancona, con sentenza n. 734-2021, pubblicata il 17/6/21, in giudizio promosso, nell’agosto 2011, da A.A., nei confronti dell’ex coniuge B.B., al fine di sentire accertare il proprio diritto a percepire il 50% (a) di quanto liquidato, a titoli di compensi professionali per attività svolta nei confronti di terza società, al convenuto con sentenza n. 689/2009 del Tribunale di Ascoli Piceno e (b) del TFR dallo stesso maturato e percepito, nel 1992, in costanza di matrimonio, in quanto somme tutte ricadenti nella comunione ex art. 177 comma 1 lett. c) c.c. (comunione sciolta nel 1996 a far data dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione tra i coniugi), nonché (c) di sentire condannare il convenuto al rimborso della metà degli importi indebitamente prelevati, tra il 1990 e il 1992, nel corso dell’unione matrimoniale dai conti correnti comuni e non impiegati ai fini di cui all’art. 186 c.c., ha confermato la sentenza del giudice di primo grado, con la quale erano state respinte tutte le domande attoree. (...).

1. La ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, la falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, dell’art. 2943 c.c., in punto di ritenuta prescrizione dei diritti; b) con il secondo motivo, la violazione o falsa applicazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, degli artt. 2943 c.c. e 1219 e 1241 c.c.; c) con il terzo motivo, la motivazione perplessa o apparente, ex art. 360 c.p.c., n. 4, in punto di ritenuta inidoneità ad interrompere la prescrizione dell’eccezione di compensazione sollevata in sede di appello della sentenza di divorzio; d) con il quarto motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 4, dell’art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia sul terzo motivo di appello, in punto di tardività dell’eccezione di prescrizione del credito vantato in relazione al TFR percepito dal B.B.; e) con il quinto motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 4, dell’art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., e la nullità della sentenza per motivazione inesistente, in punto di omessa motivazione sull’eccezione di prescrizione, ovvero ex art. 360 c.p.c., n. 5; f) con il sesto motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 4, dell’art. 112 c.p.c., per ultrapetizione, in relazione agli artt. 166 e 167, comma 2, c.p.c. e 2938 c.c. e sempre alla decadenza del convenuto dal potere di sollevare eccezioni di merito con la comparsa di risposta; g) con il settimo motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, dell’art. 115 c.p.c. e del principio di non contestazione, in relazione al fatto della percezione da parte del B.B. di L. 30.000.000 nel 1992 a titolo di TFR; h) con l’ottavo motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, dell’art. 177 comma 1 lett. c) c.c., in ordine al diritto vantato di percepire il 50% degli introiti derivati dall’attività professionale del marito e maturati durante il matrimonio e non consumati al momento dello scioglimento della comunione; i) con il nono motivo, la violazione, ex art. 360 c.p.c., n. 3, dell’art. 177 comma 1 lett. c) c.c., per avere la Corte d’appello posto un requisito (l’esigibilità) non contemplato dalla norma. (...).

3. Le prime tre censure di tale ricorso, attinenti all'idoneità ad interrompere la prescrizione dei crediti vantati (con la citazione del 2011) in relazione agli asseriti prelievi da parte del B.B. dai conti correnti comuni, di alcuni atti interruttivi (si indicano in ricorso la memoria di costituzione del 5/12/1997, depositata, nell'ambito di procedimento per sequestro in corso di causa, in relazione "alla richiesta di mantenimento formulata dal B.B. ai sensi dell'artt. 156 c.c." nell'agosto 1997 e il ricorso in appello del 27/12/2002, proposto avverso le statuizioni di natura patrimoniale contenute nella sentenza di divorzio n. 611/2002 del Tribunale di Macerata, con il quale si era eccepito il credito derivante dagli indebiti prelievi dai conti comuni in compensazione dell'assegno divorzile chiesto dal marito), sono inammissibili.

4. Il quarto, quinto e sesto motivo, tutti attinenti alla questione della tardività dell'eccezione di prescrizione del credito per quota del TFR percepito dal B.B., sono inammissibili. (...).

5. Il settimo motivo, attinente al merito della pretesa creditoria relativa al TFR, è di conseguenza assorbito. 6. L'ottavo ed il nono motivo, riguardanti il credito vantato sui compensi professionali riscossi dal B.B. dalla società R. Srl (a seguito di giudizio, definito in primo grado nel 2009, di accertamento del credito, avviato dalla società R. nel 1993, allorché i coniugi A.A./B.B. erano ancora sposati, essendosi poi separati con sentenza definitiva del 1996) sono, invece, fondati.

La Corte d'appello ha affermato che la pretesa, a titolo di comunione de residuo, ex art. 177, comma 1, lett. c), c.c., sulla metà dei compensi professionali percepiti dal B.B. per attività lavorativa svolta durante il matrimonio, in dipendenza del rapporto professionale con la R. Srl, e non consumati per il soddisfacimento di bisogni della famiglia fino al momento dello scioglimento della comunione, era inammissibile in quanto la censura non coglieva la ratio decidendi della sentenza impugnata, nella quale si era evidenziato che, al momento dello scioglimento della comunione tra i coniugi (nel 1996, secondo quanto accertato in primo grado, a far data dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale dei coniugi), il B.B. non aveva né la disponibilità né l'aspettativa di percezione di tali somme durante il matrimonio, avendo iniziato il giudizio per vedersi riconosciuta la pretesa creditoria nei confronti del terzo R. Srl solo successivamente, ottenendo la sentenza nel 2009, cosicché non poteva averle né consumate né tantomeno sottratte, in quanto il credito non era "neppure ancora esigibile". (...).

Questa Corte (Cass. 14897/2000) ha ribadito che "costituiscono oggetto della comunione cosiddetta "de residuo", ai sensi dell'art. 177 lett. c) c.c., non solo quei redditi per i quali si riesca a dimostrare che sussistano ancora al momento dello scioglimento della comunione ma anche quelli, percetti e percipiendi, rispetto ai quali il coniuge titolare non riesca a dimostrare che siano stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione". Secondo tale orientamento, i proventi dell'attività separata dei coniugi, contemplati all'art. 177 c.c., lettera c), percepiti o che debbono esserlo, per i quali manchi la prova, ad opera del coniuge titolare, del loro utilizzo per le esigenze della famiglia o per investimenti già compresi nella comunione, entrano immediatamente e di pieno diritto a far parte della comunione e (con inversione dell'onere della relativa prova, ricadente sul coniuge titolare) solo i proventi per i quali sia raggiunta questa prova (vale a dire la dimostrazione che siano stati consumati o per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia o per investimenti già caduti in comunione) resterebbero esclusi dalla caduta in comunione de residuo.

Successivamente, rispondendo alle obiezioni mosse da parte della dottrina su tale interpretazione, secondo cui i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi "entrano di pieno diritto a far parte della comunione immediata", essendo destinati indistintamente al "consumo" della famiglia, si è poi precisato che "l'art. 177 lett. c) del Codice civile esclude dalla comunione legale i proventi dell'attività separata svolta da ciascuno dei coniugi e consumati,

anche per fini personali, in epoca precedente allo scioglimento della comunione” (Cass. 13441/2003; Cass. n. 2597/2006).

Alla luce di tale indirizzo, i redditi individuali dei coniugi – tanto che si tratti di redditi di capitali (art. 177 c.c., lettera b), quanto che si tratti di proventi della loro attività separata (art. 177 c.c., lettera c) – non cadono automaticamente in comunione, secondo il meccanismo di comunione differita coniato dal legislatore del 1975, ma rimangono di pertinenza del rispettivo titolare, salvo a diventare comuni, nella misura in cui non siano stati già consumati, al verificarsi di una causa di scioglimento della comunione; la comunione immediata riguarda solo gli “acquisti” (art. 177 c.c., lett. a), le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio (art. 177 c.c., lett. d), nonché gli utili e incrementi delle aziende appartenenti a uno dei coniugi anteriormente al matrimonio ma gestite da entrambi (art. 177 c.c., comma 2). (...).

Tanto premesso, in base alla lettera dell’art. 177 lett. c) i proventi delle attività separate cadono nella comunione differita o de residuo anche se non ancora percepiti al momento dello scioglimento della comunione (come prescritto espressamente, invece, dalla lett. b) per i frutti dei beni personali, cfr. Cass. 1429/2018) ed anche se ancora non esigibili, in difetto di previsione in tal senso, purché costituiscano il corrispettivo di prestazioni o del godimento di beni relativi al periodo di vigenza della comunione legale. Tra essi sono compresi proprio i crediti che il professionista vanta verso clienti per prestazioni già eseguite e non ancora pagate.

Non è poi esatto quanto affermato dalla Corte d’appello in ordine al fatto che, al momento dello scioglimento della comunione (nel 1996, secondo quanto accertato in giudizio), il B.B. non aveva ancora la disponibilità delle somme di cui l’attrice ha chiesto l’attribuzione della metà, “avendo il predetto iniziato il giudizio al fine di vedersi riconosciuta la propria pretesa creditoria nei confronti della Srl R. soltanto dopo lo scioglimento della comunione”, cosicché egli non aveva non solo la disponibilità ma “neppure l’aspettativa di percezione di tali somme durante il matrimonio” e certamente non poteva averle consumate nè tantomeno sottratte. Invero, il giudizio per l’accertamento del credito era pacificamente iniziato nel 1993, come allegato dalla ricorrente.

Ne consegue che i proventi in oggetto rientravano nell’ambito della disciplina di cui all’art. 177, comma 1, lett. c), c.c. Va dunque affermato il seguente principio di diritto: “Ai sensi dell’art. 177 lett. c), i proventi dell’attività separata svolta da ciascuno dei coniugi cadono nella comunione differita o de residuo ove non consumati, anche per fini personali, in epoca precedente allo scioglimento della comunione e quindi anche se non ancora percepiti al momento dello scioglimento della comunione e ancora non esigibili, in difetto di previsione in tal senso, purché costituiscano il corrispettivo di prestazioni o del godimento di beni relativi al periodo di vigenza della comunione legale; tra essi sono compresi i crediti che il professionista vanta verso clienti per prestazioni già eseguite e non ancora pagate”. (...).

7. Per tutto quanto sopra esposto, vanno accolti l’ottavo e il nono motivo del ricorso, respinti i restanti (...). ”.

Il compenso dell'avvocato in caso di transazione della causa

Argomento: Deontologia professionale

(Cass. Civ., Sez. II, 16 giugno 2023, n. 17325)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“La questione che pone il ricorso è se all'avvocato vada riconosciuto, nel caso (di conciliazione o) di transazione della causa, oltre al compenso per le fasi già svolte, una somma ulteriore fino a un quarto di quanto previsto per la fase decisionale, oppure se all'avvocato spetti un compenso pari a quanto previsto per tale ultima fase, aumentato fino al 25%. Il Tribunale di Bologna, con l'ordinanza in questa sede impugnata, ha scelto la prima strada: ha calcolato e liquidato il compenso per la transazione raggiunta aggiungendo al quantum derivante dall'attività fino a quel momento svolta un importo nella misura del 25% rispetto a quello che sarebbe spettato ai difensori per la fase decisionale, ove l'attività in quest'ultima fase fosse stata prestata. Il giudice *a quo* ha pertanto liquidato, per la transazione raggiunta, un quarto del compenso previsto per la fase decisoria. L'interpretazione della norma regolamentare che ha informato la statuizione del Tribunale non appare a questa Corte di legittimità condivisibile. (...).

La norma non si limita a prevedere una voce del compenso, ma fissa anche una liquidazione in aumento rispetto a quella altrimenti liquidabile per la fase decisionale. Se, infatti, non è revocabile in dubbio che la fase decisionale non viene svolta, appare altrettanto certo che ciò consegue all'opera dei difensori, i quali addivengono a una soluzione transattiva della controversia alternativa alla decisione dell'autorità giudiziaria. La norma regolamentare, interpretata anche alla luce dell'evidente funzione premiale che la connota per l'effetto deflattivo del contenzioso insito nella transazione, esibisce un significato diverso da quello fatto proprio dall'ordinanza impugnata, nel senso che, quando il giudizio venga definito con una transazione e il professionista abbia prestato la sua opera nel raggiungimento dell'accordo, all'avvocato deve essere riconosciuto un ulteriore compenso rispetto a quello spettante per l'attività precedentemente svolta, pari al compenso liquidabile per la fase decisionale, di regola aumentato fino a un quarto. **All'avvocato va liquidato sia il compenso per la fase decisionale, non svoltasi, sia un aumento fino al 25% di esso, ossia l'intero compenso per la fase decisionale, aumentato fino al 25%. (...).**

L'interpretazione che il Collegio ritiene preferibile non trova ostacolo nella circostanza che con il testo attualmente vigente (con decorrenza dal 23 ottobre 2022) del D.M. n. 55 del 2014, art. 4, comma 6, conseguente alle modifiche apportate dal D.M. n. 147 del 2022, art. 2, si prevede, espressamente, che «*Nell'ipotesi di conciliazione giudiziale o transazione della controversia, il compenso per tale attività è determinato nella misura pari a quello previsto per la fase decisionale, aumentato di un quarto, fermo quanto maturato per l'attività precedentemente svolta*». Invero, la circostanza che il novellato comma 6 abbia reso più esplicita, superando le iniziali ambiguità di una disposizione polisensa, la previsione dell'aumento del compenso spettante al professionista nelle ipotesi di conciliazione giudiziale o transazione della controversia, non significa che, al medesimo esito, non possa giungere l'interprete, chiamato a confrontarsi con l'esegesi del testo precedente. (...)

La disponibilità del certificato di agibilità è una delle informazioni che il mediatore è tenuto a dare

Argomento: Del mediatore

(Cass. Civ., Sez. II, 16 giugno 2023, n. 17385)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 4. – Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, il mediatore – tanto nell’ipotesi tipica in cui abbia agito in modo autonomo, quanto nell’ipotesi in cui si sia attivato su incarico di una delle parti (c.d. mediazione atipica) – ha, ai sensi dell’art. 1759 c.c., comma 1, l’obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, nel cui ambito è incluso l’obbligo specifico di riferire alle parti le circostanze dell’affare a sua conoscenza, ovvero che avrebbe dovuto conoscere con l’uso della diligenza qualificata propria della sua categoria, idonee ad incidere sul buon esito dell’affare. Dalla lettura combinata dell’art. 1759 c.c., comma 1, con gli artt. 1175 e 1176 c.c., nonché con la disciplina dettata dalla L. n. 39 del 1989, si desume, invero, la natura professionale dell’attività del mediatore, il quale (pur non essendo tenuto, se non in forza di uno specifico impegno contrattuale, a svolgere apposite indagini di natura tecnico-giuridica) riveste comunque un ruolo che gli permette di “svolgere ogni attività complementare o necessaria per la conclusione dell’affare”. L’obbligo ex art. 1759 c.c., comma 1, consente di configurare la responsabilità del mediatore anche ove questi dia informazioni obiettivamente non vere su fatti di indubbio rilievo, dei quali egli non abbia consapevolezza e che non abbia controllato. In questi limiti possono rilevare, in caso di mediazione immobiliare, le informazioni afferenti alla contitolarità del diritto di proprietà, all’insolvenza di una delle parti, all’esistenza di elementi atti a indurre le parti a modificare il contenuto del contratto, ad eventuali prelazioni ed opzioni, al rilascio di autorizzazioni amministrative, alla provenienza di beni da donazioni suscettibili di riduzione, alla solidità delle condizioni economiche dei contraenti, alle iscrizioni o trascrizioni sull’immobile e alla titolarità del bene in capo al venditore. Hanno peso, in particolare, ai fini dell’obbligo di informazione di cui all’art. 1759 c.c., comma 1, le circostanze relative alla valutazione ed alla sicurezza dell’affare, che possano influire sia sulla prestazione del consenso al contratto, sia comunque nel senso di determinare le parti a concludere il contratto a diverse condizioni (Cass., Sez. II, 16 gennaio 2019, n. 965; Cass., Sez. II, 28 ottobre 2019, n. 27842; Cass., Sez. II, 2 maggio 2023, n. 11371) (…).

(…) Egli deve tacere delle circostanze delle quali non abbia sicura contezza. Il generale dovere di correttezza, cui fa riscontro l’affidamento della parte nella veridicità delle affermazioni del mediatore sullo stato e sulle caratteristiche essenziali dell’immobile, gli impone, per contro, d’informare chi sia interessato all’acquisto circa la propria inconsapevolezza in ordine alla verità di quanto egli affermi, chiarendo che le notizie fornite sono incontrollate. Qualora il mediatore infranga tali regole di condotta, è legittimamente configurabile una sua responsabilità per i danni sofferti, per l’effetto, dal cliente. In relazione alle operazioni di acquisto immobiliare, sono così certamente comprese, fra le informazioni oggetto dell’obbligo di informazione a carico del mediatore, quelle riguardanti il rilascio del certificato di abitabilità. Tale

certificato, infatti, attestando la rispondenza dell'immobile ai requisiti igienici, sanitari e urbanistici, e la conformità al progetto approvato ovvero alla concessione in sanatoria, costituisce requisito giuridico essenziale per il legittimo godimento e la commerciabilità del bene, sì che la sua mancanza, pur non impedendo in sé la conclusione del contratto di vendita, può indurre una parte a non ritenere di suo interesse obbligarsi alla stipula dell'atto, quanto meno alle condizioni predisposte, anche in considerazione del rischio che l'abitabilità non sia ottenuta (Cass., Sez. II, 9 agosto 2022, n. 24534).

5. – Dunque, il mediatore è tenuto a comunicare le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, come pure a informare le parti, sulla documentazione necessaria, da un punto di vista urbanistico-edilizio, per il regolare passaggio di proprietà e per la commerciabilità del bene, ma ciò non implica, a meno che egli sia stato in tal senso specificamente incaricato, un dovere per lo stesso di assumere particolari informazioni o di effettuare indagini e controlli presso la pubblica amministrazione sulla regolarità urbanistico-edilizia dell'immobile (...).

(...) 10. – In conclusione, in tema di mediazione immobiliare, una volta che il mediatore abbia informato la parte alienante, prima della conclusione dell'affare, sulla necessità di presentare, in vista della stipulazione del preliminare di vendita, tutta la documentazione attestante la conformità urbanistico edilizia dell'immobile, incluso il certificato di agibilità, egli soddisfa l'obbligo di informazione, dovendo escludersi che rientri tra gli obblighi del mediatore quello di assumere particolari informazioni o di effettuare indagini e controlli presso la pubblica amministrazione sulla regolarità urbanistico-edilizia dell'immobile. Ne deriva che il venditore, a conoscenza dell'abusività dell'autorimessa promessa in vendita insieme al fabbricato principale, non può – ostandovi il principio di autoresponsabilità, inteso come sopportazione delle conseguenze che i propri atti producono nella propria sfera – addebitare alla violazione dell'obbligo di informazione o di assistenza gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'aver dovuto riconoscere all'acquirente, nel contratto definitivo, una riduzione del prezzo finale rispetto a quello pattuito nel preliminare, pari alla diminuzione di valore del bene, essendo la mancanza del certificato di agibilità il riflesso della necessità di sottoporre l'autorimessa ad un procedimento di sanatoria. (...)".

La libertà didattica in ambito scolastico non implica anche la “libertà di non insegnare”

Argomento: Del rapporto di lavoro

(Cass. Civ., Sez. Lav., 22 giugno 2023, n. 17897)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“2.7. Né vi è stata lesione del principio costituzionale della libertà di insegnamento, avendo la Corte territoriale ritenuto provati i seguenti elementi fattuali: “carente metodologia di lavoro manifestata dall’insegnante nel periodo in esame”, “mancato possesso dei libri di testo”, “disinteresse per gli strumenti didattici (ad esempio le fotocopie)”, “introduzione di una lezione dialogata (in assenza di tutti gli altri presupposti affinché il dialogo sia effettivo)”, “assenza di un esame del programma svolto dalla supplente e dal quale riprendere la continuità didattica” (pag. 13 della sentenza). Conseguentemente, leggendo questi fatti in modo unitario tra loro e con gli altri elementi “presuntivi” emersi dall’istruttoria delle ispettrici, ricavabili dalle convergenti dichiarazioni degli studenti, di altri docenti e del personale scolastico, la Corte di merito ha ritenuto che sussistessero “impreparazione, incoerenza, confusione didattica” e che fossero carenti gli aspetti “vitali”, “essenziali” dell’insegnare ed ha escluso anche qualsivoglia capacità didattica “residua” della docente, ponendosi in linea con il dettato legislativo. Si ricorda che la libertà d’insegnamento quale libertà individuale costituisce un valore costituzionale (art. 33, comma 1, Cost.), che, però, non è illimitata, trovando il proprio più importante limite nella tutela del destinatario dell’insegnamento, cioè dell’alunno (Cost., art. 31, art. 32, comma 2, e art. 34). I principi costituzionali trovano conferma nel D.Lgs. n. 297 del 1994, artt. 1 e 2. L’art. 1 (Formazione della personalità degli alunni e libertà d’insegnamento) così prevede: “1. Nel rispetto delle norme costituzionali e degli ordinamenti della scuola stabiliti dal presente testo unico, ai docenti è garantita la libertà di insegnamento intesa come autonomia didattica e come libera espressione culturale del docente. 2. L’esercizio di tale libertà è diretto a promuovere, attraverso un confronto aperto di posizioni culturali, la piena formazione della personalità degli alunni. 3. E garantita l’autonomia professionale nello svolgimento dell’attività didattica, scientifica e di ricerca”; l’art. 2 (Tutela della libertà di coscienza degli alunni e diritto allo studio) precisa: “1. L’azione di promozione di cui all’art. 1 è attuata nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni. 2. A favore degli alunni sono attuate iniziative dirette a garantire il diritto allo studio”. **La libertà d’insegnamento in ambito scolastico, quindi, è intesa come “autonomia didattica” diretta e funzionale a una “piena formazione della personalità degli alunni”, titolari di un vero e proprio “diritto allo studio”. Non è, dunque, libertà fine a se stessa, ma il suo esercizio, attraverso l’autonomia didattica del singolo insegnante, costituisce il modo per garantire il diritto allo studio di ogni alunno e, in ultima analisi, “la piena formazione della personalità” dei discenti. Ed allora, il concetto di “libertà didattica” comprende, certo, un’autonomia nella scelta di metodi appropriati d’insegnamento, ma questo non significa che l’insegnante possa non attuare alcun metodo o che possa non organizzare e non strutturare le lezioni. Una liber-**

tà così intesa equivarrebbe a una “libertà di non insegnare” incompatibile con la professione di docente. Né dietro lo schermo della libertà didattica possono nascondersi sciatterie anziché idee degli insegnanti o una certa anarchia piuttosto che progettualità condivisa e partecipata”.

Nota a cura di Alessandro Turano

Nella pronuncia in commento, il Supremo Collegio conferma il giudizio della Corte d’Appello che ha ritenuto legittima la dispensa dell’insegnante per l’adozione di modalità didattiche incompatibili con l’insegnamento.

Il caso sottoposto alla Cassazione trae origine dal provvedimento assunto da un dirigente scolastico con il quale una docente di ruolo di storia e geografia in una scuola secondaria di secondo grado veniva dispensata dal servizio per incapacità didattica (ex art. 512 d.lgs. n. 297/1994), ovverosia per «assoluta e permanente inettitudine alla docenza».

In primo grado il Tribunale di Venezia, con sentenza n. 277 del 2018, accoglieva la domanda della ricorrente tesa ad accertare l’illegittimità del provvedimento, e ordinava alla P.A. di reintegrarla in servizio. Il giudice di prime cure fondava la decisione sulla irrilevanza dei mezzi di prova dedotti da parte resistente, che sarebbero stati acquisiti all’esito di accertamenti ispettivi riferiti a un periodo di tempo complessivamente esiguo (di poco superiore a quattro mesi di servizio effettivo reso dalla docente) e per giunta indagato in soli tre giorni di ispezione, intervallo giudicato troppo «stretto e breve» per una valutazione compiuta.

La Corte di appello di Venezia, con sentenza n. 488 del 2021, in riforma della decisione di primo grado accoglieva l’impugnazione del Ministero dell’Istruzione e rigettava la domanda della lavoratrice, ritenendo legittimo il provvedimento di destituzione adottato ai sensi dell’art. 512 d.lgs. n. 297/1994. Nel ribaltare il giudizio, la Corte di appello evidenziava che era documentato il fatto che la docente, su 24 anni di insegnamento, risultava essere stata assente per complessivi 20 anni (di cui i primi 10 totalmente assente e per i residui 14 era stata in gran parte in malattia, da 40 a 180 giorni per anno), totalizzando, in definitiva, un totale cumulativo di 4 anni di insegnamento che rendeva impossibile esaminare periodi più lunghi di quelli oggetto di ispezione (5 mesi nel 2015). Contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, attribuiva inoltre ai documenti acquisiti sulla base dei verbali del dirigente scolastico e delle risultanze ispettive il valore di prova fino a querela di falso a mente dell’art. 2700 c.c.

La Corte riteneva perciò provata la carente metodologia di lavoro dell’insegnante, fatta di lezioni improvvisate, spiegazioni confuse, registro elettronico in disordine e di giudizi e valutazioni attribuiti «in modo causale ed improvvisato», oltre che di gravi imprecisioni nei programmi e disattenzione durante le interrogazioni.

Contro la sentenza di appello la docente proponeva ricorso per Cassazione sulla base di otto motivi di gravame, quattro dei quali fondati su errori di diritto ex art. 360, co. 1, n. 3 c.p.c., i restanti su violazioni di norme processuali ex art. 360, co. 1, nn. 4 e 5 c.p.c.

Resisteva, con controricorso, la parte datoriale. All’esito del giudizio, la Corte di cassazione rigettava il ricorso, dichiarando inammissibili ovvero infondate le doglianze esibite dalla ricorrente.

L’*iter* logico-giuridico seguito dalla Suprema Corte nella risoluzione della controversia in esame valorizza due direttrici essenziali di ragionamento: la prima relativa all’applicabilità dell’art. 512 d.lgs. n. 297/1994 al caso concreto, la seconda orientata a vagliare il contenuto

del principio di fonte costituzionale della “libertà di insegnamento” (art. 33, co. 1, Cost.).

In continuità con il principio di diritto enunciato da Cass. 8 aprile 2008 n. 9129 e da Cass. 22 giugno 2012 n. 10438, la Sezione lavoro della Corte di cassazione ricorda che, per effetto delle norme che regolano l'autonomia delle istituzioni scolastiche e attribuiscono alle stesse funzioni e compiti in materia di gestione del personale (segnatamente la legge delega n. 59/1997, art. 14 del d.P.R. n. 275 del 1999 e art. 25 del d.lgs. n. 165 del 2001), e dell'intervenuta contrattualizzazione del rapporto di impiego pubblico del personale scolastico, spetta al dirigente la competenza ad adottare i provvedimenti di gestione delle risorse e del personale in servizio nella scuola (art. 25 del d.lgs. n. 165 del 2001) come, nel caso di specie, è la dispensa dal servizio per incapacità didattica.

Detto provvedimento – osserva la Corte – non discendendo da comportamenti colpevoli, «non implica una responsabilità né postula un giudizio di proporzionalità, poiché non ha carattere sanzionatorio»: esso è stato reso all'esito di un giudizio che si è limitato a constatare l'oggettiva inidoneità a svolgere la funzione di insegnante.

In ragione di detto canone interpretativo, la Cassazione esclude la natura disciplinare dell'atto di dispensa per incapacità didattica, e contestualmente afferma l'inapplicabilità al medesimo provvedimento delle norme sul procedimento disciplinare dei pubblici dipendenti di cui agli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 165 del 2001.

Esclude inoltre ogni errore di sussunzione del fatto in esame sotto la richiamata fattispecie di cui all'art. 512 d.lgs. n. 297/1994, osservando che la norma in questione prevede tre distinte tipologie di risoluzione del rapporto di lavoro che, seppur tutte riconducibili all'istituto della dispensa, «non sono sovrapponibili quanto alle cause che legittimano l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione scolastica»: l'inidoneità fisica, derivante dalle condizioni di salute psico-fisica dell'impiegato; il persistente insufficiente rendimento, prodotto da insufficiente impegno e violazione dei doveri d'ufficio; l'incapacità didattica, da intendersi quale «inettitudine assoluta e permanente a svolgere le mansioni inerenti all'insegnamento» e frutto di «deficienze obiettive, comportamentali, intellettive o culturali».

Così letta, la nozione di incapacità didattica – in linea con gli indirizzi interpretativi della giurisprudenza amministrativa che nel tempo ha distinto i due istituti della dispensa per incapacità didattica e per persistente e insufficiente rendimento (Consiglio di Stato, sentenza n. 2495 del 26 aprile 2000 e Consiglio di Stato, sentenza n. 2857 del 24 maggio 2013) – è qualificata dal Giudice di Cassazione quale vizio funzionale incidente sulla causa della relazione negoziale intercorrente tra l'insegnante e l'amministrazione statale. Essa, in quanto vizio non genetico del rapporto contrattuale, ben può sopravvenire nel corso dello stesso, a nulla rilevando il superamento del periodo di prova eccetto a difesa dalla ricorrente. Tra l'altro – evidenzia la Corte – l'“inettitudine permanente e assoluta” alla docenza si fonda, in punto di fatto, sull'individuazione di elementi oggettivi ritualmente acquisiti in atti e opportunamente apprezzati dalla Corte territoriale, avuto riguardo al valore probatorio degli stessi come normato dall'art. 2700 c.c.: non solo i verbali del dirigente scolastico relativi ai colloqui con studenti e genitori delle classi dove la ricorrente insegnava, ma anche e soprattutto il rapporto ispettivo con 59 allegati che aveva costituito l'accertamento tecnico posto a fondamento della dispensa.

Riguardo poi alla rivendicata libertà individuale d'insegnamento, se è pur vero che costituisce valore costituzionale (art. 33, co. 1, Cost.) essa non è però illimitata, «trovando il proprio più importante limite nella tutela del destinatario dell'insegnamento, cioè dell'alunno» (art. 31, art. 32, co. 2, e art. 34 Cost.), titolare di un vero e proprio “diritto allo studio” (art. 2 d.lgs. 297/1994).

Il concetto di “libertà didattica” – prosegue la Suprema Corte – «comprende, certo, un'autonomia nella scelta di metodi appropriati d'insegnamento, ma questo non significa che l'in-

segnante possa non attuare alcun metodo o che possa non organizzare e non strutturare le lezioni. Una libertà così intesa equivarrebbe a una "libertà di non insegnare" incompatibile con la professione di docente».

La libertà di insegnamento, qualificata dalla legge come funzione (art. 395 d.lgs. 297/1994) e così ribadita nell'art. 27 del CCNL 2016-18 di comparto, costituisce di fatto un complesso di facoltà che combinano diritti e doveri, obbligatoriamente e in modo corretto esercitabili per la realizzazione di un diritto altrui (dell'alunno o studente di essere educato, formato, istruito: art. 1, comma 2, d.P.R. 275/1999). Quindi da svolgersi entro le coordinate poste dalla legge e in conformità delle conseguenti decisioni collegialmente adottate dalla scuola.

Nella cornice di principi così espressi, la Cassazione evidenzia, tra le righe, le condizioni e i limiti che l'attività d'insegnamento deve rispettare per essere coerente con il sistema previsto dall'ordinamento. La "libertà di insegnamento" può e deve essere, in definitiva, rendicontata e apprezzata alla pari di ciò che avviene nello svolgimento di ogni funzione agita nelle amministrazioni pubbliche. E in ragione di ciò non è affatto preclusa al dirigente scolastico – rappresentante legale e responsabile della gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali e dunque dei risultati del servizio (art. 25, comma 1, d.lgs. 165/2001) – la cognizione dei contenuti e dei modi in cui l'insegnamento è stato impartito (anzi, ciò è un suo dovere, quale primo garante del diritto dell'alunno/studente alla prestazione).

Sul punto la giurisprudenza, risalente e mai smentita, resta concorde nel reputare di spettanza del responsabile dell'istituzione scolastica «il potere di accertare e valutare, sulla base dell'esperienza concreta e dei risultati raggiunti dal docente, il grado di efficacia del metodo seguito» (Consiglio di Stato, sez. VI, 22/12/1966, n. 297), dato che «la libertà d'insegnamento non implica l'insindacabilità in ordine ai metodi didattici, che devono assicurare comunque l'efficienza del servizio dell'istruzione in vista del raggiungimento degli specifici scopi educativi per cui essa è organizzata» (Consiglio di Stato, 01/06/1971, n. 405 e 06/05/1969, n. 207).

Il “fatto accidentale” nel contratto di assicurazione alla luce della causa in concreto: opera per i fatti colposi ma non per quelli dolosi

Argomento: Dell'assicurazione

(Cass. Civ., Sez. III, 27 giugno 2023, n. 18320)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

1. (...) il ricorrente lamenta che il giudice d'appello avrebbe errato nel considerare nel novero dei rischi dedotti in polizza solamente i danni da spargimento d'acqua causati da una rottura accidentale delle tubature, escludendo invece i danni sempre da spargimento d'acqua causati da difetti di manutenzione e/o costruzione. (...).

2. Il motivo di ricorso è fondato.

Secondo costante giurisprudenza di questa Corte l'interpretazione delle clausole di un contratto di assicurazione in ordine all'estensione e alla portata del rischio assicurato rientra nei compiti istituzionali del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, salvo il caso in cui non sia conforme ai criteri di ermeneutica contrattuale, (Cass., Sez. 3, 27/07/2001, n. 10290; Cass., 22/10/2014, n. 22343; Cass., 21/4/2005, n. 8296; Cass., Sez. 3, 12/05/2020, n. 8810).

Nel caso di specie la Corte territoriale ha interpretato la clausola contrattuale escludente la copertura per i fatti “accidentali” alla luce del solo criterio letterale, cioè secondo il senso letterale dell'aggettivo “accidentali”, senza tener conto che la suddetta clausola fa parte di un assetto contrattuale che è destinato a produrre effetti tra le parti e deve quindi essere fondato su una causa concreta.

Il giudice del merito ha dunque trascurato di praticare l'interpretazione mediana fra i c.d. criteri soggettivi e quelli oggettivi, cioè sia quella di cui all'art. 1366 c.c., basata sul criterio della buona fede, sia quella dell'art. 1367 c.c., sia ancora quella dell'art. 1370 c.c. La considerazione di questi tre criteri ermeneutici, unitamente alla considerazione per cui la causa del tipo contrattuale è quella di tenere indenne l'assicurato dalla responsabilità civile verso terzi, avrebbero dovuto indurre necessariamente i giudici di merito ad intendere l'aggettivo “accidentali” in modo tale da permettere la realizzazione della causa concreta e del sostanziale assetto di interessi perseguito dalle parti del contratto assicurativo in esame.

2.1 In questo contesto è necessario interpretare l'aggettivo “accidentale” non alla lettera, bensì nel senso che consenta il dispiegarsi della causa del contratto, secondo consolidata giurisprudenza di questa Corte per cui “L'assicurazione della responsabilità civile, mentre non può concernere fatti meramente accidentali, dovuti cioè a caso fortuito o forza maggiore, dai quali non sorge responsabilità, per la sua stessa denominazione e natura importa necessariamente l'estensione anche a fatti colposi, con la sola eccezione di quelli dolosi, restando escluso, in mancanza di espresse clausole limitative del rischio, che la garanzia assicurativa non copra alcune forme di colpa. Pertanto, la clausola di un contratto di assicurazione che preveda

la copertura del rischio per danni conseguenti a fatti accidentali è correttamente interpretata nel senso che essa si riferisce semplicemente alla condotta colposa in contrapposizione ai fatti dolosi” (Cass., Sez. 3, 26/07/2019, n. 20305; Cass., 11/08/2017, n. 20070; Cass., Sez. 3, 26/02/2013, n. 4799; Cass., Sez. 3, 29/07/2022, n. 23762).

In tema di assicurazione della responsabilità civile la clausola secondo cui l’assicuratore si obbliga a tenere indenne l’assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare a titolo di risarcimento dei danni causati “in conseguenza di un fatto accidentale” non può dunque essere intesa nel senso di escludere dalla copertura assicurativa i fatti colposi, ma solo nel senso della esclusione dalla copertura assicurativa dei soli fatti dolosi. (...).

Nota a cura di Cecilia De Luca

Con l’ordinanza in commento la suprema Corte di cassazione ha avuto modo di chiarire che le clausole contenute in un contratto – nel caso di specie un contratto di assicurazione stipulato al fine di coprire i danni derivanti da spargimento di acqua causati da difetti strutturali dell’impianto fognario – devono essere interpretate alla luce dei criteri ermeneutici stabiliti dal Codice civile.

Nel caso di specie, l’attrice, nella qualità di mandataria dell’amministrazione dei beni immobili di (*omissis*), proprietaria dei locali venuti in rilievo nella fattispecie concreta, ha convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Napoli il condominio sito in (*omissis*), al fine di ottenere il risarcimento dei danni occorsi ai locali in seguito alle infiltrazioni provenienti dall’impianto fognario a servizio di tale ultimo stabile nonché la condanna ad eseguire le opere necessarie per la definitiva loro eliminazione.

Il Tribunale ha autorizzato la chiamata in causa della compagnia assicurativa del condominio convenuto e, nella resistenza sia del convenuto sia della terza chiamata in causa, ha condannato il condominio convenuto ad eseguire le opere di ripristino indicate dalla c.t.u. espletata in corso di causa e ha condannato la compagnia assicurativa a pagare all’attrice un determinato importo.

Avverso tale sentenza è stato proposto appello dalla compagnia assicurativa. Il giudice di secondo grado ha affermato, relativamente ad uno dei motivi di gravame, che, sulla base delle risultanze dell’espletato accertamento tecnico, la garanzia dedotta in polizza era prevista per la sola rottura accidentale degli impianti e non poteva essere quindi estesa ai difetti a monte riconducibili alle stesse modalità o alla inidoneità dei materiali con cui l’impianto era stato realizzato.

Avverso tale sentenza è stato proposto ricorso per cassazione dal condominio, articolato in un unico motivo, con il quale si sottolinea l’erronea applicazione, ad opera del giudice, dei canoni ermeneutici affinché la clausola del contratto di assicurazione – e dunque il regolamento ivi contenuto – fosse adeguatamente interpretata.

Per quanto concerne i criteri ermeneutici da applicarsi al regolamento contrattuale in sede di interpretazione, del medesimo, questi sono contenuti negli articoli 1362-1371 del Codice civile, dai quali emerge lo scopo del legislatore di guidare l’interprete nel procedimento volto ad assegnare un significato univoco al regolamento contrattuale.

L’art. 1362, primo comma, c.c. prescrive all’interprete di non limitarsi al senso letterale delle parole ma di indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti. Qui il legislatore pone un problema linguistico: il problema della polisemia.

Al fine di risolvere tale problema, con riferimento a un testo, che si presume, recante un significato giuridico, il legislatore indica un metodo ermeneutico: il metodo della comune intenzione delle parti; egli non addita la comune intenzione quale scopo, ma quale strumento dell'operazione interpretativa: lo scopo è quello di intendere il testo linguistico.

La scansione temporale del procedimento ermeneutico in due successivi "momenti" o "fasi" costituisce ancora oggi, nonostante alcuni tentativi di sovvertimento, un valido strumento metodologico nell'affrontare il problema dell'interpretazione contrattuale, e come tale è ancora ampiamente utilizzata da dottrina e giurisprudenza.

La prima fondamentale enunciazione dei principi di gerarchia delle regole legali di interpretazione si deve a Cesare Grassetto: la questione interpretativa viene da lui affrontata ponendo in primo piano l'osservanza degli strumenti e delle tecniche normative.

L'attività dell'interprete è suddivisa in due distinti momenti, cronologicamente successivi, cui corrispondono due differenti gruppi di norme. Ciascuno gruppo è formato da specifici canoni legali conoscitivi, cui l'interprete si deve attenere nel valutare il contratto sottoposto a esame. Il principio gerarchico, che informa l'attività interpretativa, non sta a indicare una primazia di rango tra i vari canoni ermeneutici, bensì una primazia cronologica, in base alla quale l'interprete applica per primi i criteri di cui agli artt. 1362-1365, per poi passare al secondo gruppo di norme, *ex artt.* 1367-1371 c.c., soltanto se e quando il primo non abbia condotto al risultato sperato.

Se primazia di rango c'è, essa deve semmai ravvisare all'interno del primo gruppo, tra norma-principio di cui all'art. 1362, primo comma, c.c. e norme di secondo grado, *ex artt.* 1362, secondo comma, 1363, 1364, 1365 c.c., che quella svolgono e da quella mutuano il valore precettivo.

Seguendo il ragionamento di Grassetto sembrerebbe tuttavia di assistere, nel passaggio da uno stadio all'altro del processo ermeneutico, a un mutamento dello scopo dell'interpretazione, quasi che le due fasi dell'attività interpretativa abbiano due oggetti distinti: la prima sarebbe incentrata esclusivamente sull'intenzione delle parti; la seconda fase, mancato l'obiettivo di ricostruire la comune intenzione, ripiegherebbe sulla lettera, sul testo linguistico del contratto, quasi che l'interprete sia chiamato in un primo tempo a trascurare la lettera del contratto, tutto intento nella ricognizione dell'intera volontà delle parti; e solo in caso di insuccesso debba rivolgersi al testo linguistico, attribuendo a esso, in assenza di indicazioni più specifiche, il significato conforme all'*id quod plerumquem accidit*. Così, fallito ogni tentativo di stabilire l'interiore volontà dei contraenti, si ripiegherebbe su un significato socialmente comune e statisticamente probabile della dichiarazione.

Oggetto del procedimento di interpretazione contrattuale, in tutte le fasi in cui esso è scomponibile, non è l'intendimento delle parti, bensì, sempre e soltanto, il testo linguistico del contratto. Gli artt. 1362-1372 c.c. disciplinano un procedimento volto a uno scopo unitario, attraverso successive attività; e il diverso grado di analisi non significa diversità dei fini dei due momenti dell'interpretazione.

La vicenda interpretativa, disegnata dall'art. 1362 c.c., potrebbe essere così ricostruita: occorre attribuire al testo contrattuale un significato univoco; a tal fine il legislatore impone all'interprete di non fermarsi al significato letterale delle parole ma di indagare la comune intenzione delle parti. L'art. 1362 c.c. non addita la comune intenzione delle parti quale oggetto dell'interpretazione, ma indica all'interprete la necessità di andare oltre la lettera del contratto; la ricerca del significato della clausola passa così anche attraverso la comune intenzione, la quale a sua volta si ricava dal senso complessivo dell'atto e dal contegno delle parti, precedente e successivo alla conclusione del contratto.

Lettera, intenzione, contegno sono anelli della stessa catena. Al fine di determinare la comune intenzione, l'interprete deve identificare e selezionare i contegni rilevanti, per poi valu-

tarli secondo dati criteri orientativi; l'intenzione comune non è offerta dalle parti ma inferita dall'interprete. La necessità di andare oltre la lettera – il c.d. principio di ultraletteralità – si risolve così nel “principio di complessità”: interpretare il contratto è accertare il senso delle parole, come risulta dal complesso dell'atto, *ex art.* 1363 c.c. e dal comportamento complessivo delle parti, *ex art.* 1362, secondo comma, c.c.

L'eventuale insuccesso del primo metodo interpretativo, indicato all'interprete attraverso l'aggancio alla comune intenzione, segna la necessità di trascorrere ad altri metodi, non deteriori ma semplicemente successivi nella scansione temporale del procedimento ermeneutico.

Diversità di metodi, dunque, non di problemi; il problema è sempre quello di sciogliere la polisemia: dubbi, ambiguità, pluralità di sensi hanno resistito all'indagine dell'interprete.

L'esito negativo ottenuto mediante l'esercizio del metodo soggettivo, *ex artt.* 1362-1365 c.c., apre così la strada all'applicazione dei canoni di interpretazione oggettiva, *ex artt.* 1367-1371 c.c.

Il diverso livello o piano interpretativo su cui operano i due metodi sarebbe segnalato dalla presenza del dubbio “giuridico”, quello a cui fa riferimento il legislatore negli artt. 1367 ss.

Nell'ambito delle regole di c.d. “interpretazione oggettiva” è dato scorgere un certo grado di “specialità” di alcune norme rispetto ad altre, di modo che, avverandosi la fattispecie in esse prevista, il principio ermeneutico contenuto nella norma “speciale” dovrà essere applicato con precedenza rispetto agli altri; viceversa, non avverandosi la fattispecie prevista, quel principio non troverà applicazione alcuna.

Si può affermare che, nel procedimento di applicazione delle regole di interpretazione oggettiva, le norme di cui agli artt. 1368, secondo comma, e 1370 c.c. non offrono all'interprete, a differenza delle altre norme della stessa specie, un problema di precedenza, ma soltanto un problema di applicabilità.

Infatti, delle due l'una: o nel contratto da interpretare è rinvenibile la fattispecie in esse prevista, e allora, essendo applicabili, dovrà essere necessariamente assegnata la precedenza al canone interpretativo in esse contenuto, rispetto agli altri criteri interpretativi della stessa specie; oppure il contratto da interpretare non è riconducibile alla fattispecie in esse considerata, e allora non potranno trovare applicazione né prima né dopo le altre norme di interpretazione oggettiva.

Da quanto appena considerato risulta agevole dedurre che nei confronti dell'art. 1370 e dell'art. 1368, secondo comma, c.c. non è possibile teorizzare la presenza di una norma “speciale” che ne stabilisca la precedenza nel procedimento di applicazione dei canoni di interpretazione oggettiva, ma, semmai, è possibile configurare una norma che ne estenda l'applicabilità anche al di là dei casi in esso già espressamente previsti.

Alla luce di ciò, ha osservato il giudice di legittimità che la Corte territoriale ha interpretato, erroneamente, la clausola contrattuale escludente la copertura per i fatti “accidentali” alla luce del solo criterio letterale, cioè secondo il senso letterale dell'aggettivo “accidentali”, senza tener conto che la suddetta clausola fa parte di un assetto contrattuale che è destinato a produrre effetti tra le parti e deve quindi essere fondato su una causa concreta.

Il giudice del merito ha dunque trascurato di praticare l'interpretazione mediana fra i c.d. criteri soggettivi e quelli oggettivi, cioè sia quella di cui all'articolo 1366 c.c., basata sul criterio della buona fede, sia quella dell'articolo 1367 c.c., sia ancora quella dell'articolo 1370 c.c.

Elargizione di somme di denaro fatte dalla madre alla figlia convivente e lesione della quota di riserva. Occorre accertare la sussistenza dello spirito di liberalità

Argomento: Delle successioni

(Cass. Civ., Sez. II, 4 luglio 2023, n. 18814)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“5.2. Non sono soggette, peraltro, a collazione né alla riduzione a tutela della quota riservata ai legittimari le attribuzioni o elargizioni patrimoniali senza corrispettivo operate in favore di persona convivente [...], ove non sia accertato che le stesse fossero state poste in essere per spirito di liberalità, e cioè con la consapevole determinazione dell’arricchimento del beneficiario, e non invece per adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza”.

Nota a cura di *Elisa Angela Cravero*

Nell’ordinanza in esame, la Suprema Corte ha accolto il ricorso della figlia della *de cuius*, condannata in prime cure (con conferma in secondo grado), alla restituzione di somme a favore degli altri figli coeredi, in quanto asseritamente destinataria di donazioni costanti dalla madre in corso del rapporto di convivenza di ventiquattro anni con quest’ultima.

In particolare, i giudici di merito avevano ritenuto sussistente l’obbligo di collazione in capo alla ricorrente a fronte degli esiti della CTU esperita per ricostruire il tenore di vita delle *de cuius*, rilevando, tramite l’applicazione delle presunzioni dedotte in causa, la circostanza secondo la quale, a fronte della parsimonia della defunta nella propria gestione di vita familiare, gran parte dei risparmi della stessa fosse stato destinato alla figlia.

Ebbene, sulla scorta di tali deduzioni, anche la Corte d’Appello aveva escluso la riconducibilità delle somme percepite dalla ricorrente a elargizioni a titolo remuneratorio o alla esecuzione di obbligazioni naturali, accogliendo la domanda di accertamento della lesione delle quote di legittima lamentata dai coeredi.

Ricorreva, dunque, in Cassazione la presunta donataria, dolendosi delle eccezioni formulate in merito alla buona salute della *de cuius*, “ingiustamente considerando lesivo un importo (comunque) ridotto e diluito nel tempo (24 anni) di 400 Euro mensili”, e rilevando come la Corte d’Appello avesse omesso di tenere in conto i naturali conferimenti vicendevoli che in genere si verificano in un rapporto di convivenza, specie se di lunga durata.

Sul punto, la Suprema Corte, ritenendo fondati i motivi sollevati dalla ricorrente, ha ricor-

dato come, in tema di lesione della quota di legittima, rilevano “le donazioni (dirette e indirette) fatte in vita dal de cuius”, ad esclusione delle spese di mantenimento, di educazione, per malattie, per abbigliamento o per nozze, o ancora riconducibili a liberalità d’uso.

Proprio la definizione ontologica di donazione presuppone la sussistenza dello spirito di liberalità degli esborsi che il defunto ha effettuato in vita, e ciò deve essere necessariamente connesso alla convivenza con un terzo soggetto, individuato, per quanto concerne il caso di specie, nel coniuge o nel figlio; tenuto conto che le elargizioni patrimoniali senza corrispettivo a favore del convivente non sono soggette all’azione di riduzione, occorre ricordare come il figlio non possa sottrarsi alla collazione, a differenza del coniuge, in caso di donazioni di modico valore.

In buona sostanza, la base del ragionamento risiede principalmente nel seguente ordine logico:

- distinguere se il destinatario di esborsi da parte del defunto sia coniuge o figlio;
- se il soggetto è il figlio del de cuius, verificare la sussistenza di un rapporto di convivenza;
- in tale caso, occorre distinguere quanto conferito nella ordinaria gestione della vita quotidiana e quanto, invece, ne esula, in quanto caratterizzato da puro spirito di liberalità, ovvero sia senza un rapporto di scambio che è connaturato nel normale “adempimento delle obbligazioni nascenti dalla coabitazione e dal legame parentale”.

Proprio sulla scorta di tali considerazioni, la Cassazione ha rilevato come, nel caso in esame, il “complesso di donazioni” evidenziato dai giudici di merito non sarebbe stato supportato da alcun accertamento circa l’“esclusivo spirito di liberalità che avesse assistito ogni dazione di denaro dalla madre alla figlia convivente”, enunciando così il seguente principio di diritto: “al fine di ravvisare presuntivamente la sussistenza di plurime donazioni di somme di denaro fatte dalla madre alla figlia convivente, soggette all’obbligo di collazione ereditaria ed alla riduzione a tutela della quota di riserva degli altri legittimari, tratte dalla differenza tra i redditi percepiti dalla de cuius durante il periodo di convivenza e le spese ritenute adeguate alle condizioni di vita della stessa, occorre considerare altresì in che misura tali elargizioni potessero essere giustificate dall’adempimento di obbligazioni nascenti dalla coabitazione e dal legame parentale, e dunque accertare che ogni dazione fosse stata posta in essere esclusivamente per spirito di liberalità”.

Pertanto, sarà onere del legittimario che si ritenga leso nella propria quota di riserva, fornire la prova della sussistenza della gratuità e della liberalità della dazione che ritenga collazionabile, non essendo sufficiente, in caso di rapporto di convivenza tra il presunto beneficiario e il de cuius, la mera prova presuntiva della sproporzione tra i redditi dei soggetti considerati né tantomeno la circostanza secondo la quale i risparmi del defunto siano stati necessariamente destinati al mantenimento in termini di vitto e alloggio del destinatario con il medesimo convivente.

Il diritto di prelievo e la prova per “separare” il denaro personalissimo allo scioglimento della comunione

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. II, 13 luglio 2023, n. 20066)

Stralcio a cura di *Fabrizio Cesareo*

“Con sentenza n. 1895 del 2009 il Tribunale di Treviso pronunciò la divisione della comunione formatasi tra W.W. e M.M. nel corso di vent’anni di matrimonio, dall’11 ottobre 1980 al 15 dicembre 2000, quando essi avevano convenuto il regime di separazione dei beni.

Con la sentenza il Tribunale provvede alle relative assegnazioni e a determinare le restituzioni e i conguagli, condannando il convenuto M.M. a pagare a W.W., a tale titolo, l’importo di Euro 639.937,76, oltre interessi al tasso legale dalla data della domanda (5 marzo 2003) e a restituire all’attrice alcuni dei gioielli da lei rivendicati come propri per averli ricevuti in dono.

2. – La Corte d’Appello di Venezia, adita in appello principale da A.A. e in incidentale da B.B., confermò la sentenza di primo grado. (...).

1. – Con il primo motivo, M.M. ha prospettato, in riferimento al n. 3 del comma I dell’art. 360 c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione dell’art. 112 c.p.c. e, in riferimento al n. 4, la nullità della sentenza o del procedimento e, infine, in riferimento al n. 5, l’omesso esame di fatti decisivi per il giudizio. Con questo articolato motivo, il ricorrente ha sostenuto che la Corte d’appello non avrebbe pronunciato sulla sua domanda diretta a far escludere dalla comunione l’importo di complessivi Euro 651.160,00 derivante dalla sommatoria di distinti importi pervenuti direttamente in denaro dalla successione paterna o dagli interessi maturati su tali importi o costituenti il ricavato della vendita di beni immobili pure ereditati dal padre. In particolare, non vi sarebbe stata pronuncia sulla somma di L.90.573.875, contenuta in un libretto al portatore, di L.70.000.000 consistente nel ricavato della vendita a C.C. A.A. di un appartamento, di L.162.792.634 non ritenuta dal c.t.u. come proveniente dalla divisione dell’eredità paterna, di L.61.263.240, pari all’importo degli interessi conseguentemente maturati, di L.154.350.000 ritenuta comune per mancanza di prova che si trattasse del prezzo di vendita, alla società A.A. (Omissis) Spa di due appartamenti ereditati dal padre, di L.324.277.829, per cui non è stata invece ritenuta sussistente la corrispondenza tra il prelievo dal conto corrente intestato al padre e i due successivi accrediti sul suo conto, di L.42.062.265 per la cui provenienza dall’eredità paterna è stata ritenuta prova non sufficiente la dichiarazione scritta rilasciata dal Direttore dell’agenzia banca, di L.20.397.254 pure consistente negli importi maturati a titolo di interessi sulle somme ereditate. (...).

1.1. – Il motivo è infondato. (...).

2. – Con il secondo motivo, A.A. ha sostenuto la violazione e falsa applicazione degli artt. 177, 178, 179, 192, 194, 1105, 1107 e 2082 c.c., in relazione al n. 3 del comma I dell’art. 360 c.p.c. e, in riferimento al n. 5, l’omesso esame di fatto decisivo nella conferma della statuizione relativa alla quota di partecipazione alla (Omissis) Srl: in particolare la Corte avrebbe ope-

rato uno «*stravolgimento della ratio ispiratrice della disciplina di cui agli art. 177 e ss. c.c.*» con l'«*assegnazione implicita*» alla controparte delle somme confluite in società allo scopo di ripianare le perdite e ricostituire il capitale, seppure provenienti esclusivamente dal suo patrimonio personale; avrebbe così statuito in forza di un richiamo ad una pronuncia di legittimità (Cass. 6876/2013) inconferente perché avente ad oggetto una società di persone, invece di ricondurre la partecipazione societaria alla categoria dei beni acquistati durante il matrimonio *ex art. 177 lett. a c.c.*, riconoscendo quindi il diritto alle restituzioni *ex art. 192 III comma c.c.*

2.1. – Il motivo è infondato. In disparte ogni considerazione sulla mancata impugnazione della statuizione sulla inammissibilità per tardività della istanza di prova della provenienza delle somme, in ogni caso la Corte d'appello ha correttamente applicato i principi in materia di partecipazione societaria acquisita da uno dei due coniugi, anche con denaro personale, in pendenza di comunione legale, come proprio accaduto per la (Omissis) Srl che è stata costituita alcuni anni dopo il matrimonio.

Sul punto, in particolare, questa Corte, con la pronuncia correttamente richiamata dalla Corte territoriale (Cassazione civile, sez. I 20/03/2013 n. 6876), seppure resa per una partecipazione ad una società di persone, ha stabilito che «*nella fattispecie considerata nell'art. 178 c.c., sebbene il coniuge non destini dei beni "all'esercizio dell'impresa", ma all'acquisto di una partecipazione in una società e sarà quest'ultima (e non il singolo coniuge) ad esercitare l'impresa, la dottrina prevalente, evidenziando l'identità di ratio, condivisibilmente ritiene che la quota societaria del coniuge non cada in comunione legale ex art. 177 c.c., lett. a), ma appunto in quella ex art. 178 c.c.*». Ciò posto, è una caratteristica tipica della comunione di residuo che l'attivo della massa comune si arricchisca proprio nel momento in cui il vincolo di solidarietà tra i coniugi si allenta con lo scioglimento della comunione legale (art. 191 c.c.), momento quest'(Omissis) cui necessariamente va ancorata la stima del valore di quella massa. La compartecipazione al valore degli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias* dall'altro coniuge è, appunto, differita al momento della separazione.

Il principio, peraltro, è stato recentemente ribadito dalle S.U. di questa Corte, nella sentenza n. 15889 del 2022, secondo cui «*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*».

3. – Con il terzo motivo, A.A. ha censurato la sentenza per violazione e falsa applicazione degli artt. 177 e 192 c.c. in relazione al n. 3 del comma I dell'art. 360 c.p.c. e, ancora una volta, anche in riferimento al n. 5, per avere la Corte territoriale escluso la sussistenza della prova che l'incremento della quota di proprietà, pari al 16%, della A.A. (Omissis) Spa sia avvenuto mediante utilizzo di denaro personale o, in ogni caso, sia stato oggetto di donazione diretta o indiretta; sul punto, in particolare, non avrebbe adeguatamente considerato le prove documentali offerte e, soprattutto, il collegamento tra il prelievo del controvalore degli assegni circolari utilizzati per la sottoscrizione dal deposito intestato ad entrambi i fratelli A.A. e la provenienza del denaro dal deposito intestato al padre; del collegamento avrebbe dovuto ritenere prova la dichiarazione resa dal Direttore della filiale della Banca dove erano accessi i depositi; in conseguenza dell'avvenuto acquisto di questa quota con denaro personale avrebbe dovuto perciò operare il rimborso *ex art. 192 III comma c.c.*

3.1. – Il motivo è infondato. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, corrispondente all'elaborazione della dottrina maggioritaria, anche la sottoscrizione di azioni di società, in sede di aumento di capitale ed in virtù di diritto di opzione, operata da parte di un coniuge ma

in pendenza di comunione legale, implica che le azioni sottoscritte costituiscano incrementi patrimoniali sussumibili fra gli acquisti di cui all'art. 177 c.c., lett. a): salva la distinzione – che qui non rileva – tra proprietà della partecipazione e legittimazione all'esercizio dei diritti incorporati nella qualità di socio, l'operazione di sottoscrizione è infatti connotata proprio dal carattere di investimento patrimoniale anche se le azioni non sono meri titoli di credito, ma titoli di partecipazione; l'aspetto patrimoniale è, infatti, assolutamente prevalente rispetto ai diritti e agli obblighi connessi con lo *status* di socio in esse incorporato; non sussiste peraltro altra valida argomentazione per limitare ai diritti reali la categoria degli “acquisti” (Cass. Sez. 1, n. 19689 del 2014; Sez. 2, Sentenza n. 2569 del 02/02/2009; Sez. 1, n. 9355 del 1997).

4. – Con il quarto motivo, il ricorrente ha lamentato la violazione e falsa applicazione degli artt. 177, 192, 2729 c.c. e 115 c.p.c., in relazione al n. 3 del comma I dell'art. 360 c.p.c., oltre che al n. 5: la Corte avrebbe erroneamente ritenuta non contestata la circostanza che il fondo (Omissis) esistesse già nella comunione prima del suo scioglimento e avrebbe perciò infondatamente ritenuta comune la somma ricavata dalla liquidazione del titolo, pari ad Euro 113.585,99; avrebbe inoltre erroneamente considerato bene comune *ex art. 177 comma I lett. b)* la somma di Euro 65.689,82, accreditata da A.A. (Omissis) Spa in pendenza di comunione, con la causale “utili ante 1983”, sebbene la causale fosse erronea perché relativa ad “utili ante 1980”, maturati dunque ante nuptias e, perciò, da scomputare interamente; avrebbe altresì violato le regole del ragionamento presuntivo laddove ha ritenuto “verosimile” che la somma di L. 100.411.226, iscritta in un libretto di deposito estinto il 19/1/1979 fosse stata già consumata alla data di celebrazione del matrimonio, l'11/10/1980; infine, avrebbe pure erroneamente escluso che la somma di L.107.500.000, proveniente dalla successione paterna e portata da tre assegni circolari intestati ai due fratelli, sia “confluita nella disponibilità dei coniugi”, nonostante lo stesso consulente nominato ne avesse ricostruito la contabilizzazione bancaria.

4.1. – Il motivo è inammissibile per più ragioni.

Quanto al fondo (Omissis) e alla invocata erroneità di applicazione del principio di non contestazione, deve considerarsi che la Corte territoriale – e prima ancora il Tribunale – hanno ritenuto idonea prova della esistenza del titolo nel patrimonio dei coniugi prima dello scioglimento della comunione in forza di un documento attestante la situazione patrimoniale alla data del 17 maggio 2000, come prodotto da parte attrice B.B. tempestivamente, in primo grado. (...).

Quanto alla somma di L. 100.411.226, la Corte ha escluso possa ritenersi confluita nel patrimonio comune perché presumibilmente già consumata nel tempo di quasi due anni intercorso tra l'ultima data che ne attesta l'esistenza (gennaio 1979) alla data di celebrazione del matrimonio (ottobre 1980): la critica del ragionamento è ugualmente inammissibile perché il ricorrente si è limitato a contrapporre che non fosse invece verosimile il consumo di tale somma nel tempo indicato. (...).

4.2. – Quanto, infine, alla somma di L.107.500.000, proveniente dalla successione paterna, il ricorrente ha rimarcato che la Corte d'appello ha escluso il suo diritto esclusivo a prelevarla *ex art. 195 c.c.* per mancanza di prova sul suo effettivo impiego ma avrebbe così omesso di considerare che la provenienza dalla successione paterna era stata documentalmente accertata; secondo la verifica del c.t.u. nominato, infatti, al 31/1/97 risultavano versati sul conto cointestato ai due fratelli A.A. tre assegni circolari del complessivo importo di L.215.000.000, di cui evidentemente la metà corrisponde all'importo suindicato di L.107.500.000.

Quel che tuttavia il ricorrente non considera, con la sua censura, è che la prova della provenienza del denaro non rileva per sè sola ai fini del diritto di prelievo. È vero, infatti, che i beni personalissimi, quali quelli derivanti da successione, non sono soggetti al regime della comunione de residuo e quindi devono essere attribuiti al solo titolare al momento dello scioglimento

della comunione, ai sensi dell'art. 195 c.c., secondo cui «*nella divisione i coniugi o i loro eredi hanno diritto di prelevare i beni mobili che appartenevano ai coniugi stessi prima della comunione o che sono ad essi pervenuti durante la medesima per successione o donazione*».

È vero altresì, tuttavia, che secondo lo stesso articolo, «*in mancanza di prova contraria si presume che i beni mobili facciano parte della comunione*».

Per assicurare a ciascuna disposizione un ambito operativo sono necessarie allora alcune considerazioni. La legge impone di distinguere i proventi dell'attività separata di cui alla lett. c) dell'art. 177, oggetto della comunione legale differita, da altre forme di liquidità in possesso del coniuge, considerate nel successivo art. 179 (il danaro acquisito per successione o donazione di cui alla lett. 9), il danaro ottenuto a titolo di risarcimento del danno e la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa di cui alla lett. e).

Occorre però considerare che nel regime patrimoniale della famiglia il fondamento e l'ambito della comunione legale è il valore della forza lavoro di ciascun coniuge destinata a convertirsi in "proventi" a cui corrisponde il credito dell'altro coniuge, in un continuo rapporto di scambio e collaborazione reciproci.

I "proventi", allora, seppure provenienti dall'attività personale separata di ciascuno, in quanto conseguiti durante il matrimonio, divengono denaro "familiare" (identificato così dalla dottrina) nel senso che sono scambiati con beni che diventano comuni (lett. a dell'art. 177) o diverranno oggetto delle ragioni dell'altro coniuge come comunione legale differita, in sede di scioglimento (lett. c dell'art. 177).

Il denaro individuato nelle categorie dell'art. 179, invece, non è oggetto di comunione legale differita e sicuramente può essere oggetto di surrogazione, nel senso che il suo impiego dà luogo ad acquisto di beni personali (per "scambio"), purché siano rispettate le formalità della lett. f dello stesso articolo.

Risultano perciò delineate dal legislatore, all'interno del patrimonio di ciascun coniuge, due "masse" di denaro, costituita la prima dai "proventi" dell'attività separata e la seconda dal denaro proveniente dai titoli elencati nell'art. 179.

Evidentemente, però, attesa la natura di bene fungibile e consumabile del denaro, la distinzione tra queste due masse patrimoniali liquide è ardua perché se per la prova della provenienza del danaro può essere sufficiente un estratto conto bancario, ad una certa data, quel che resta difficile è provare che le spese per i bisogni della famiglia non siano state sostenute con quel denaro: ciascun coniuge, infatti, è tenuto a contribuire ai bisogni della famiglia con le sue sostanze e la sua capacità di lavoro e il denaro personalissimo e il denaro personale divenuto "familiare" necessariamente si pongono sullo stesso piano ai fini dell'adempimento di quest'obbligo di contribuzione.

Per "separare" il denaro personalissimo allo scioglimento della comunione, resta allora il problema di provare non già soltanto la proprietà di una certa somma prima del matrimonio o la sua provenienza da successione o donazione, ma l'ulteriore fatto che il denaro che resta non sia "familiare" ma "personalissimo" perché specificamente "conservato" e non utilizzato per i bisogni della famiglia.

Diviene pertanto indispensabile che il coniuge titolare distingua preventivamente, nel patrimonio liquido, quanto denaro è stato prodotto da frutti dei beni propri e dai proventi conseguiti durante il matrimonio e quanto denaro, appartenendogli prima del matrimonio o provenendo dai "titoli" elencati nell'art. 179, sia andato a costituire una sorta di patrimonio separato, suscettibile di "trasformazione" ai sensi della lett. f) dell'art. 179 c.c. o di prelievo *ex art.* 195 c.c. (...).

5. – Per queste considerazioni non può trovare accoglimento il quinto motivo, con cui il ricorrente ha lamentato la violazione e falsa applicazione degli articoli da 2721 a 2727 c.c. e da

244 a 257 c.p.c., in relazione al n. 3 del comma I dell'art. 360 c.p.c., oltre che in riferimento al n. 4 e al 5, per avere la Corte territoriale escluso l'ammissibilità della prova orale diretta a dimostrare l'avvenuto conferimento in comunione di somme pervenute in successione, soltanto perché avente ad oggetto trasferimenti di rilevante valore patrimoniale. Sono necessarie, sulla questione, alcune precisazioni. (...).

La Corte rigetta il ricorso (...)"

Nota a cura di Elisa Angela Cravero

Nel recente provvedimento della Suprema Corte in esame, il tema centrale risiede principalmente nell'onere della prova tra comunisti in regime di comunione legale (successivamente mutato in separazione dei beni) al fine di separare le somme ricadenti nella proprietà "a mani riunite" da quelle di natura personale, che, come tali, devono necessariamente essere restituite al coniuge titolare delle stesse secondo gli artt. 192 e 194 c.c.

Nella fattispecie, il ricorrente si doleva dell'omesso esame del fatto decisivo consistente nell'attribuzione alla comunione di importi asseritamente pervenuti «*direttamente dalla successione paterna o dagli interessi maturati su tali importi o costituenti il ricavato della vendita di alloggi ereditati dal padre*»; in particolare, il coniuge avrebbe trasferito tali importi dal conto corrente paterno al conto comune, e in ordine a tale circostanza, avrebbe prodotto una dichiarazione scritta rilasciata dal Direttore della filiale bancaria, a conferma della provenienza delle somme.

In secondo luogo, tale ragionamento veniva applicato, altresì, alla suddivisione dei proventi inerenti alla quota di partecipazione di n. 2 società (entrambe di capitali), in ordine alla quale il ricorrente sosteneva di aver contribuito in via esclusiva a «*ripiantare le perdite e ricostituire il capitale*»: su tale aspetto, concentrandosi il presente commento sul diritto di prelievo delle somme e sul carattere personale delle stesse ai fini della prova da offrire in giudizio, sia sufficiente il richiamo all'orientamento indicato anche dalla Suprema Corte secondo il quale, in materia di partecipazione societaria acquisita da uno dei due coniugi, ancorché con denaro personale, in pendenza di comunione legale, la quota societaria ricade nella comunione de residuo, ex art. 178 c.c., pertanto, la compartecipazione al valore degli incrementi patrimoniali non viene esclusa, bensì differita al momento dello scioglimento della comunione (vedasi, su tutte, Ss.Uu. n. 15889/2022).

Per quanto qui concerne, è utile richiamare il principio espresso più volte dalla Cassazione, secondo il quale in tema di scioglimento della comunione legale tra coniugi, il diritto alla restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale e impiegate in spese/investimenti del patrimonio comune, è attribuito dall'art. 192, c. 3, c.c. (che si riporta per maggiore chiarezza: «*Ciascuno dei coniugi può richiedere la restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale [179](4) ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune*»); quanto, invece, al denaro personale e ai proventi dell'attività separata (ricadenti, dunque, nella comunione de residuo come sopra esemplificato in tema societario), seppur impiegati per l'acquisto di beni costituenti oggetto della comunione legale, ex art. 177, c. 1, lett. a («*Costituiscono oggetto della comunione: a) gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali [179]*»); tali acquisti ricadono nel regime dell'art. 194, c. 1, c.c., per cui andranno ripartiti in parti uguali a prescindere dalla partecipazione di ciascuno nell'esborso.

Declinando tale orientamento a livello pratico, si rendono opportune le seguenti considerazioni:

– i beni personalissimi (nel caso in oggetto, quelli derivanti da successione) non sono soggetti al regime della comunione de residuo, dunque, al momento dello scioglimento della comunione, l'art. 195 c.c. ne permette il prelievo per l'intero da parte del coniuge titolare in quanto al medesimo appartenenti prima della comunione o pervenuti, in costanza, per successione/donazione;

– in mancanza di prova contraria (dunque, spetta al richiedente la prova della provenienza di dette somme), si presume la comunione anche di tali beni;

– i proventi dell'attività separata (art. 177, lett. c, c.c.) ricadono nella comunione de residuo, ovvero nella comunione legale differita, mentre il denaro e altre forme di liquidità provenienti dal ricavato di beni personalissimi (*ex art. 179 c.c.*, per esempio acquisite per successione, donazione, risarcimento del danno e pensione attinente alla perdita della capacità lavorativa) possono essere esclusi dalla comunione (anche quella legale differita) secondo un rigoroso regime probatorio.

Si riporta qui di seguito e per maggiore chiarezza, la sintesi operata nella sentenza della Cassazione in oggetto, secondo la quale: «*Risultano perciò delineate dal legislatore, all'interno del patrimonio di ciascun coniuge, due "masse" di denaro, costituita la prima dai "proventi" dell'attività separata e la seconda dal denaro proveniente dai titoli elencati nell'art. 179*».

Conseguentemente, tenuto conto di tale distinzione, di natura insidiosa se applicata al caso concreto, ne discende la necessità di trovare un modo per consentire la separazione del denaro "personalissimo" (inteso come quello di cui all'art. 179 c.c.), da quello "personale", che diviene indissolubilmente "familiare", tenuto conto dell'obbligo di contribuzione gravante su entrambi i coniugi dal momento del matrimonio.

Pertanto, il problema si pone proprio in termini di onere della prova, laddove, se la provenienza del danaro è facilmente ricavabile dalla produzione della documentazione bancaria a una certa data, non è, altrettanto, facilmente provabile a livello documentale la circostanza secondo cui le spese per i bisogni della famiglia non siano state conseguite proprio con quelle somme. Facendo un esempio pratico: ricevuta una donazione per euro 10.000,00, il coniuge beneficiario decide di accreditare tale importo su conto corrente cointestato, cosicché le somme si confondono con la provvista già esistente. Unitamente all'altro coniuge, si determina per l'acquisto di un salotto del valore di euro 8.000,00; tenuto conto di come entrambi percepiscano una retribuzione per oltre euro 5.000,00 cadauno, è evidente come la capacità economica di entrambi sia sufficiente a far fronte all'acquisto, senza possibilità che in sede di scioglimento della comunione, l'importo possa ricadere al 50%, posto che la "massa separata" ricade nell'alveo del denaro "personalissimo".

In buona sostanza, diviene indispensabile, per l'attore, distinguere preventivamente quanto «*denaro è stato prodotto da frutti di beni propri e dai proventi conseguiti durante il matrimonio*», e quanto «*denaro, appartenendogli prima del matrimonio o provenendo dai titoli indicati nell'art. 179, sia andato a costituire una sorta di patrimonio separato*», tale da ricadere nell'ipotesi dell'art. 179, lett. f («*f*) *i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto*») oppure di prelievo, *ex art. 195 c.c.* («*Nella divisione i coniugi o i loro eredi hanno diritto di prelevare i beni mobili che appartenevano ai coniugi stessi prima della comunione [179, lett. a)] o che sono ad essi pervenuti durante la medesima per successione o donazione [179, lett. b)]. In mancanza di prova contraria si presume (2727) che i beni mobili facciano parte della comunione*»).

Sulla scorta di tutto quanto sopra esposto, la Cassazione, nel rigettare il ricorso (tra l'altro

anche in termini di mancata dimostrazione del fatto che la prova orale sarebbe stata determinante ai fini di una riforma in sede di appello), sancisce il principio secondo il quale, in tema di scioglimento della comunione, ferma restando la comunione de residuo per i proventi dell'attività separata, quanto al denaro "personalissimo", *«ai fini dell'esercizio del diritto di prelievo di cui all'art. 195 c.c., la prova del carattere personalissimo del denaro deve essere accompagnata da indicazioni (anche presunzioni) relative alla "conservazione" di quel denaro e al suo "non impiego" per i bisogni della famiglia, perché in mancanza deve presumersi che il denaro che residua è comune»*.

Pertanto, sarà onere del coniuge che chiede la divisione, in sede di istruttoria e anche allo scopo di ottenere la disposizione di CTU contabile, esporre tutti i fatti e gli argomenti ritenuti necessari ai fini presuntivi, *ex art. 2729 c.c.*, corredati dall'esposizione di circostanze e di documenti, nel caso anche avvalorati da prova testimoniale, utili a dimostrare non solo la provenienza delle somme ma anche l'uso delle stesse, allo scopo di evitare l'effetto distributivo insito nella comunione legale.

Cammina a piedi scalzi sul bordo della piscina, nessun risarcimento per la caduta

Argomento: Della responsabilità civile da custodia

(Cass. Civ., Sez. III, 20 luglio 2023, n. 21675)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(...) come chiarito da questa Corte (cfr., in tema di responsabilità ex art. 2051, cod. civ., Cass., 01/02/2018, n. 2482, Cass., Sez. U., 30/06/2022, n. 20943), quando il comportamento del danneggiato sia apprezzabile come ragionevolmente incauto, lo stabilire se il danno sia stato cagionato dalla cosa, gestita così come custodita, o dal comportamento della stessa vittima o se vi sia stato concorso causale tra i due fattori, costituisce valutazione di merito da compiere sul piano del nesso eziologico, sottendendo un bilanciamento con i doveri di precauzione e cautela;

dunque, ove la condotta del danneggiato assurga, per l'intensità del rapporto con la produzione dell'evento, al rango di causa autonomamente sopravvenuta dell'evento del quale la cosa abbia infine costituito, in questo senso, una mera occasione, viene meno il nesso eziologico con la “res”, anche se la condotta del danneggiato possa ritenersi astrattamente prevedibile, ma debba essere esclusa come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale da verificare dunque secondo uno “standard” oggettivo;

in altri termini, la condotta del danneggiato che entri in interazione con la cosa si atteggi diversamente a seconda del grado d'incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione – anche ufficiosa – dell'art. 1227, primo comma, cod. civ., e dev'essere valutata tenendo anche conto del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.; a questo fine non è necessario che si tratti di condotta abnorme, dunque, bensì colposamente incidente nella misura apprezzata;

quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da parte dello stesso danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo del danno, fino a rendere possibile, nei termini appena specificati, che detto comportamento superi il nesso eziologico astrattamente individuabile tra fatto ed evento dannoso; mancando la prova del nesso non può sussumersi la fattispecie concreta nel paradigma della responsabilità civile, né custodiale né generale;

la violazione delle norme di sicurezza dettate per regolamentare le autorizzazioni amministrative, e certamente indici di una possibile colpa soggettivamente imputabile al gestore (art. 2043 cod. civ.), così come al custode (art. 2051 cod. civ.), non possono spostare la conclusione poiché non giustificano la condotta incauta che sia giudicata tale in modo decisivo e assorbente ai fini ricostruttivi del nesso oggettivo. (...)”.

Nota a cura di Domenica Russo

La Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 21675 del 2023, torna nuovamente a pronunciarsi sul tema dell'esclusione del risarcimento del danno nell'ipotesi di prevedibilità dello stesso da parte del danneggiato.

La pronuncia in esame muove da una domanda giudiziale proposta da una donna nei confronti di una società per ottenere il risarcimento dei danni, alla persona e patrimoniali, conseguenti ad una caduta sopraggiunta mentre stava camminando lungo il bordo della piscina ubicata nello stabilimento termale gestito dalla società convenuta.

La domanda era stata rigettata nei precedenti gradi di giudizio adducendo quale motivazione l'esclusione del nesso causale in forza del concorso colposo della ricorrente, avendo quest'ultima tenuto una condotta imprudente, percorrendo a piedi nudi il bordo di una piscina all'aperto, da ritenersi prevedibilmente e normalmente scivoloso.

Viene proposto ricorso per Cassazione, adducendo come unico motivo ai sensi dell'art. 360 c.p.c. la violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 2051 c.c., 115 c.p.c., 14 co.1, D.M. n. 18 marzo 1996 e della delibera della Giunta Regionale Emilia Romagna n. 1092 del 2005.

Secondo la deducente il Giudice d'Appello avrebbe errato sotto due aspetti: la mancata considerazione della violazione delle norme di sicurezza per la tenuta degli impianti, indice di colpa della società convenuta e che confermavano la legittimità della camminata senza calzature e il non aver effettuato il bilanciamento tra obbligo di cautela della vittima e la pericolosità della cosa gestita/custodita.

Il caso sottoposto al vaglio della Corte di cassazione integra una forma di responsabilità derivante non dal diretto comportamento di un soggetto bensì da una cosa (art. 2051 c.c.): in tal caso la responsabilità viene addossata al proprietario, al gestore, al custode o comunque a chi con quella cosa abbia un rapporto qualificato da un punto di vista normativo e fattuale.

Com'è noto, uno degli elementi costitutivi della responsabilità civile (oltre al fatto illecito, l'imputabilità, la colpevolezza e il danno), è la sussistenza di un nesso eziologico tra il fatto e l'evento dannoso (c.d. causalità materiale). Esso assolve alla duplice finalità di criterio di imputazione del fatto illecito e di delimitazione della risarcibilità del danno: per addossare ad un soggetto l'obbligo risarcitorio è necessario verificare che proprio la sua condotta sia causa di quell'evento.

Orbene, qualora nella concatenazione causale degli eventi subentri un fatto ulteriore (umano o naturale) dotato di un autonomo impulso causale, tale da consentire di ricondurre il danno all'elemento esterno anziché alla cosa che ne è fonte immediata, il nesso eziologico si interrompe.

Diretta ed immediata conseguenza è la liberazione dalla responsabilità del custode o gestore, purché tale fatto costituisca la causa esclusiva del danno (cfr. anche *Cass. civ., Sez. VI – 3, 09/11/2017, n. 2653*).

In riferimento a ciò, la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito – da ultimo *Cass., 01/02/2018, n. 2482, Cass., Sez. U., 30/06/2022* – la necessità di valutare sul piano del nesso eziologico se il contegno del danneggiato sia “*apprezzabile come ragionevolmente incauto*” e stabilire, dunque, se la causa del danno sia la scorretta gestione/custodia della cosa, il comportamento della vittima oppure se vi sia stato concorso causale tra i due fattori: «*Ove la condotta del danneggiato assurga, per l'intensità del rapporto con la produzione dell'evento, al rango di causa autonomamente sopravvenuta dell'evento del quale la cosa abbia infine costituito, in questo senso, una mera occasione, viene meno il nesso eziologico con la “res”, an-*

che se la condotta del danneggiato possa ritenersi astrattamente prevedibile, ma debba essere esclusa come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale da verificare dunque secondo uno “standard” oggettivo».

Tale principio vale sia in ipotesi di responsabilità per cose in custodia ex art. 2051 c.c., quanto in ipotesi di responsabilità ex art. 2043 c.c.; il comportamento colposo del danneggiato può, in base ad un ordine crescente di gravità, o atteggiarsi a concorso casuale colposo (valutabile ai sensi dell'art. 1127 c.c., comma 1), ovvero escludere il nesso causale tra cosa e danno, integrando gli estremi del caso fortuito a norma dell'art. 2051 c.c.: *“mancando la prova del nesso non può sussumersi la fattispecie concreta nel paradigma della responsabilità civile, né custodiale né generale”.*

La Corte Suprema, nel rigettare il predetto ricorso, ha motivato affermando che: *«la condotta del danneggiato che entri in interazione con la cosa si atteggia diversamente a seconda del grado d'incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione – anche ufficiosa – dell'art. 1227, primo comma, cod. civ., e dev'essere valutata tenendo anche conto del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.; a questo fine non è necessario che si tratti di condotta abnorme, dunque, bensì colposamente incidente nella misura apprezzata».*

Ciò è accaduto nel caso *de quo*, posto che la vittima poteva prevedere con l'ordinaria diligenza la situazione di pericolo dipendente dalla cosa – ossia la normale scivolosità del bordo piscina – ma ha tenuto ugualmente un comportamento imprudente ed incauto – camminando vi a piedi nudi – determinando, autonomamente e volontariamente, la propria esposizione al pericolo, scegliendo di non premunirsi degli accorgimenti minimi per evitare di subirne gli effetti.

Nel proprio iter argomentativo, la Corte sottolinea che, al fine di valutare la relativa incidenza causale, non sia necessaria una condotta “abnorme” del danneggiato ma sia sufficiente la mancata adozione delle normali cautele: *«quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da parte dello stesso danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo del danno, fino a rendere possibile, nei termini appena specificati, che detto comportamento superi il nesso eziologico astrattamente individuabile tra fatto ed evento dannoso».*

Non è stato sufficiente sollevare la questione – seppur fondata – relativa alla violazione delle norme di sicurezza da parte della società, in quanto *«la violazione delle norme di sicurezza dettate per regolamentare le autorizzazioni amministrative, e certamente indici di una possibile colpa soggettivamente imputabile al gestore (art. 2043 cod. civ.), così come al custode (art. 2051 cod. civ.), non possono spostare la conclusione poiché non giustificano la condotta incauta che sia giudicata tale in modo decisivo e assorbente ai fini ricostruttivi del nesso oggettivo; (...)».*

Sulla base di tali motivazioni la S.C. ha dunque confermato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità della società gestrice, nonostante la prospettata violazione, da parte del custode, delle norme di sicurezza regionali, sul rilievo dell'agevole prevedibilità e percepibilità della situazione di pericolo da parte della vittima.

Validità e meritevolezza della clausola antistallo c.d. “*russian roulette*”

Argomento: Delle società

(Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2023, n. 22375)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) sarebbe proprio la struttura con cui la clausola opera a rappresentare una barriera intrinseca al dispiegarsi del mero arbitrio della parte. Il soggetto che, infatti, dichiara di far ricorso al patto antistallo, indicando il prezzo cui è disposto ad acquistare le partecipazioni dell’altro socio, non sa, a ben vedere, se all’esito di tale “prima mossa” risulterà acquirente o venditore delle partecipazioni sociali. È, piuttosto, la parte oblata ad avere il diritto di scegliere se vendere la propria partecipazione al prezzo dichiarato dall’altro partner oppure se, per il medesimo prezzo, acquistare la partecipazione dell’altro.

(…) Non senza considerare, inoltre, che se il fondamento della nullità della condizione meramente potestativa viene riportato alla presenza del “mero arbitrio” quale indice della mancanza di volontà di volersi seriamente obbligare, nel caso di specie il meccanismo di attivazione della clausola non riposa per definizione sulla mera volontà di chi vi fa ricorso, ma è a sua volta collegato al c.d. *trigger event*, ossia al verificarsi di una situazione di stallo societario che la stessa clausola deve predeterminare e che, per definizione, non dipende dal solo comportamento della parte che vi fa ricorso (o almeno non dovrebbe, ciò che però riporta a un eventuale abuso nell’utilizzo della clausole e non a un’illegittimità genetica della pattuizione).

(…) Le medesime ragioni sono, poi, invocate anche in riferimento ai profili di determinazione (o determinabilità) dell’oggetto, ritenendo anche qui che la circostanza che l’oblato possa sia vendere la propria partecipazione che acquistare quella dell’altro allo stesso prezzo, impedisca ontologicamente che la parte per prima dichiarante possa operare una determinazione qualsiasi o addirittura assurda del prezzo. In questo senso, v’è anche chi individua proprio nel testo dell’art. 1349 c.c. un ulteriore indice di validità della clausola, da intendersi come meccanismo che lascia alla parte, ma non al suo mero arbitrio, la determinazione del valore e riserva al destinatario di tale dichiarazione se o come profittare della stessa.

(…) Altro possibile punto di frizione della clausola in discorso con l’ordinamento interno è rappresentato dal divieto di “patto leonino”, posto dall’art. 2265 c.c., secondo cui «è nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite».

(…) V’è da dire, al riguardo, che diverso appare il profilo strutturale e funzionale della clausola di *russian roulette* rispetto alle clausole, anche parasociali, valutate come lesive dell’art. 2265 c.c., e ciò sia con riguardo al fatto che l’operatività della clausola non è immediata, ma rimessa alla circostanza che si verifichi uno stallo degli organi gestori o assembleari della società, predeterminato contrattualmente ma del tutto eventuale e, dall’altro, al già più volte citato meccanismo di funzionamento del procedimento di *exit*, che può “ritorcersi” nei confronti dello stesso soggetto che per primo abbia fatto ricorso alla clausola.

(…) Peraltro, si è osservato in dottrina come la differenza fra clausola di put option e di

russian roulette sia assolutamente dirimente e tale da rimuovere in radice il possibile contrasto con l'art. 2265 c.c., in quanto, «con la clausola di roulette russa, invece, quantomeno in astratto, non si opera alcuna alterazione della causa societatis. Anzi, i soci la stipulano al fine di pervenire ad una risoluzione, per quanto drastica, di uno stallo gestionale, di un altrimenti irresolubile contrasto nella determinazione e prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Risulta pertanto evidente come questi, lungi dall'essere, in virtù della clausola, deresponsabilizzati nell'esercizio dei diritti sociali, appaiano pienamente coinvolti nella gestione societaria, sia sotto il profilo del rischio economico che del potere di gestione».

(...) Sotto diverso profilo, parimenti legato tuttavia alla valutazione di meritevolezza della clausola in esame, viene in considerazione la necessità che la stessa individui o meno un *floor* minimo, inteso a garantire una congrua valorizzazione della partecipazione del socio uscente. Tale tesi, più in particolare, ravvisa nelle disposizioni in tema di socio recedente (art. 2437 c.c.) o di riscatto forzoso (art. 2437-sexies c.c.) i dati normativi paradigmatici da cui desumere l'esistenza del principio. Tale argomentazione appare respinta dalla maggioranza della dottrina che si è occupata della questione. V'è in primo luogo da ricordare la posizione di chi rileva come tale argomento sia frutto di un'indebita sovrapposizione fra la clausola di *drag along* e quella di russian roulette, fra le quali non intercorrerebbe una vera analogia.

(...) È certamente possibile che anche la clausola di russian roulette possa dare luogo ad abusi e che pertanto il suo esercizio soggiaccia all'applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede.

(...) Ove tali condotte fossero in concreto ravvisabili, in dottrina si è ipotizzato che l'oblato possa fruire di tutela risarcitoria per i danni che abbia subito dalla estromissione iniqua dalla società e che lo stesso possa anche impedire il meccanismo attivato dall'altro socio attraverso l'opposizione dell'*exceptio doli generalis*, con la quale paralizzare, anche in via cautelare, l'altrui attivazione della clausola di *russian roulette*. Si è, poi, osservato che se la situazione di "stallo" fosse artatamente creata dal soggetto intenzionato a esercitare in mala fede la *buy/sell provision*, il rimedio potrebbe anche consistere nell'annullamento della delibera negativa oppure, secondo altra prospettazione, nella stessa rideterminazione giudiziale dell'esito della votazione. Un'ulteriore possibilità di tutela ipotizzata è rappresentata, poi, secondo diversa opzione interpretativa, dalla sanzione dell'inefficacia dell'atto realizzato attraverso l'abuso (così, nella fattispecie ipotizzata, nell'inefficacia dell'atto traslativo della partecipazione societaria), considerando tale opzione come più tutelante rispetto a quella puramente risarcitoria".

Ai parenti entro il quarto grado è consentita la possibilità dell'adozione cd. mite anche nel caso in cui uno di essi rivesta la qualità di tutore del minore

Argomento: Delle persone e della famiglia

(Cass. Civ., Sez. I, 31 luglio 2023, n. 23173)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“Benché non constino precedenti di questa Corte in casi identici a quello ora scrutinando, dalla nota ricostruzione dell’istituto dell’adozione cosiddetta “mite” o aperta, secondo il diritto vivente, è dato trarre principi che debbono trovare applicazione anche nella fattispecie in esame. (...).

4.3. – Per quanto ora più di interesse, va evidenziato che l’ipotesi di cui alla lett. d) è “aperta”, perché è norma di chiusura e residuale, nel senso che, al contrario delle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), non richiede profili specifici dell’adottante e dell’adottato, ma richiede solo la constatata impossibilità dell’affidamento preadottivo, ossia l’assenza di una situazione di abbandono del minore (cfr. Cass.12962/2016 e successive conformi).(...).

4.4. – È fondata anche la censura relativa alla sussistenza dell’interesse della minore ad essere adottata dai nonni (quarto motivo), interesse negato dalla Corte di merito sul rilievo che il legame parentale renderebbe inutile la formalizzazione con l’adozione “mite”, tra l’altro rivestendo il nonno anche la qualità di tutore della ragazza. **A tale riguardo occorre ribadire che l’adozione in casi particolari è primariamente diretta a tutelare l’interesse del minore a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate e presuppone un giudizio sul miglior interesse del minore e un accertamento sull’idoneità dell’adottante.**

(...) **In tale ottica, la valutazione in ordine alla sussistenza dell’interesse del minore postula il compiuto raffronto con la condizione giuridica del minore adottato, che, nella specie, la Corte di merito ha del tutto obliterato. La condizione giuridica del minore adottato in casi particolari può essere equiparata allo status di figlio minore (così Corte Cost. n. 79/2022 citata, al fine di stabilire se fosse irragionevole la previsione di legge circa il mancato instaurarsi di rapporti civili “tra l’adottato e i parenti dell’adottante”).**

(...) **Dunque, si sommano la responsabilità genitoriale e i doveri verso i figli agli altri molteplici effetti dell’adozione di matrice codicistica, come ha puntualizzato la Corte Costituzionale, e la tutela giuridica del minore è ben più incisiva rispetto a quella che egli può avere tramite la nomina del tutore e l’affidamento temporaneo.**

Occorre, infine, rilevare che l’art. 55 l. n. 184/1983 prevede che: «*Si applicano al presente capo le disposizioni degli artt. 293, 294, 295, 299, 300 e 304 del Codice civile. Quindi il divieto di adozione in casi particolari è previsto solo per i genitori dell’adottando (art. 293) e anche il tutore (quale è, nel caso concreto, il nonno materno) può adottare il minore, dopo l’approvazione del conto della sua amministrazione*».

Contratto preliminare: ammissibile la domanda di risoluzione ex art. 183, co. 6, anche se già è stata proposta la domanda di accertamento della nullità

Argomento: Dei contratti in generale

(Cass. Civ., Sez. II, 10 agosto 2023, n. 24458)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

1) (...) La Corte d'appello ha rilevato che con l'atto di citazione introduttivo del processo la ricorrente aveva proposto domanda di accertamento della nullità del contratto preliminare e che con la memoria di cui al comma 6 dell'art. 183 c.p.c. aveva "aggiunto" la domanda di risoluzione per inadempimento accolta dal giudice di primo grado. Ad avviso della Corte d'appello si tratta non di semplice modificazione della domanda inizialmente fatta valere, ma di proposizione di una nuova domanda, aggiunta, in via subordinata, a quella principale di nullità, come tale inammissibile.

In tal modo il giudice d'appello non ha considerato la recente presa di posizione delle sezioni unite di questa Corte (Cass. n. 22404/2018), che, asserendo di dare continuità all'indirizzo indicato dalla sentenza delle medesime sezioni unite – e considerata dal giudice d'appello – n. 12310/2015, che sposta «l'attenzione dell'interprete dall'ambito circoscritto di una valutazione relativa alla invarianza degli elementi oggettivi (*petitum e causa petendi*) della domanda modificata rispetto a quella iniziale, in una prospettiva di più ampio respiro, volta alla verifica che entrambe tali domande ineriscano alla medesima vicenda sostanziale sottoposta all'esame del giudice e rispetto alla quale la domanda modificata sia più confacente all'interesse della parte», hanno affermato l'ammissibilità della domanda che sia formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., purché si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio e sia connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta (il principio è stato affermato in relazione a un processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale, nel quale era stata proposta in via subordinata con la memoria dell'art. 183 c.p.c. la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento).

Nel caso in esame la domanda di risoluzione del contratto preliminare è stata proposta, con la suddetta memoria, in via subordinata rispetto alla domanda di accertamento della nullità del contratto, domanda con la quale si pone in rapporto di connessione per "incompatibilità" ed entrambe le domande si riferiscono indubbiamente alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, così che – contrariamente a quanto ritenuto dal giudice d'appello si tratta di domanda ammissibile. (...)".

Con la sentenza in rassegna, dal taglio eminentemente processuale, la Suprema Corte ha ribadito, seppure sinteticamente, il regime della proponibilità della domanda complanare afferente alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, rafforzando e, precisando ulteriormente, quel filone interpretativo inaugurato dalla nota pronuncia resa a Sezioni Unite n. 12310 del 15 giugno 2015, successivamente esteso al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo e, infine, coerentemente confermato dal Legislatore del 2022 con la Riforma del codice di rito [1].

All'esito della risoluzione di un contratto preliminare di compravendita per inadempimento del promittente venditore dichiarata dal giudice di prime cure, il giudice di appello ha accolto l'impugnazione proposta dal promittente venditore, reputando fondata la censura afferente alla inammissibilità della domanda di risoluzione del contratto formulata dal promissario acquirente per la prima volta con la prima memoria di cui all'art. 183, sesto comma, c.p.c. a fronte della originaria domanda di accertamento della nullità del negozio.

Adito dal promissario acquirente che ha censurato la pronuncia per violazione e falsa applicazione dell'art. 183, sesto comma, n. 1 c.p.c. e dell'art. 1453 c.c. nella parte in cui è stata dichiarata l'inammissibilità della domanda di risoluzione del contratto proposta con la prima memoria istruttoria, il giudice di legittimità ha accolto il ricorso ribadendo che *«nel processo introdotto mediante domanda di accertamento della nullità del contratto preliminare, è ammissibile la domanda di risoluzione del medesimo contratto formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c. qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta»*.

Per comprendere la base argomentativa fornita dalla Suprema Corte occorre ripercorrere brevemente le tappe più rilevanti dell'orientamento giurisprudenziale di cui si tratta che, per vero, si pone nel solco delle soluzioni avanzate dalla più autorevole dottrina [2].

Il tema dei limiti allo *jus variandi* delle parti e del termine ultimo entro il quale sono ammesse le modifiche alle domande formulate con gli atti introduttivi in considerazione delle barriere preclusive tracciate dal codice di rito, è stato oggetto del noto arresto del 2015 (Cass. civ. Sezioni Unite, 15 giugno 2015, n. 12310) con il quale, il giudice della nomofilachia, modificando il proprio precedente e granitico orientamento ed accogliendo le istanze della dottrina, ha affermato che *«la modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (petitum e causa petendi), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero, l'allungamento dei tempi processuali; ne consegue l'ammissibilità della modifica, nella memoria prevista dall'art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda (...)»*.

In altri termini, abbattuto il muro della tradizionale distinzione tra *emendatio* e *mutatio libelli* e, ferma in ogni caso, l'impossibilità di compromettere le potenzialità difensive della controparte, è ammesso l'intervento modificativo finanche degli elementi identificativi della domanda (*petitum* e *causa petendi*) purché la domanda "nuova" abbia ad oggetto la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio o una vicenda sostanziale ad essa connessa ponendosi, rispetto alla domanda originaria, in termini sostitutivi.

L'orientamento in parola è stato ulteriormente precisato con la pronuncia n. 22404 resa

dalle Sezioni Unite in data 13 settembre 2018 (confermato, successivamente da Cass. civ. Sez. III, n. 4322 del 14 febbraio 2019, Cass. civ., Sez. III, n. 31078 del 28 novembre 2019, Cass. civ., Sez. III, n. 4031 del 16 febbraio 2021) richiamato dalla sentenza che si annota, che ha esteso la modificabilità della domanda anche alla formulazione della stessa in via subordinata (purché, in ogni caso, relativa alla medesima vicenda fattuale).

Dunque, la teleologica complanarità si realizza non più necessariamente quando la domanda originaria è sostituita da quella diversa (per *petitum*, *causa petendi* o per entrambi) ben potendo ad essa cumularsi ferma, in ogni caso, l'incompatibilità della stessa con il diritto per primo azionato nella misura in cui tende a realizzare il medesimo bene della vita avuto di mira con l'introduzione del giudizio.

Con la successiva pronuncia n. 9633 del 24 marzo 2022 (Prima Sezione) la Suprema Corte ha esteso i principi poc'anzi esposti al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, consentendo al convenuto opposto la possibilità di proporre domande diverse (nel senso precisato poc'anzi) rispetto a quelle poste a fondamento del ricorso monitorio, stante il richiamo contenuto nell'art. 645, secondo comma, c.p.c.. E ciò, si badi, è ammissibile anche nel caso in cui l'opponente non abbia proposto una domanda o una eccezione riconvenzionale ma si sia limitato a contestare l'avversa pretesa a mezzo di eccezione.

Sottesi al condivisibile ragionamento più volte enunciato dal giudice di legittimità vi sono, a ben vedere, i principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo nonché, quello della effettività della tutela giurisdizionale.

Per un verso, infatti, permettere alla parte di "aggiustare il tiro" fino alla prima memoria istruttoria consente di concentrare nel medesimo giudizio le controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale evitando il ricorso alla giustizia per la domanda diversa ed assicurando il *simultaneus processus*; per l'altro, accordare alla parte la possibilità di introdurre una domanda modificata nel *petitum* o nella *causa petendi* (o entrambi) consente certamente una risposta più adeguata agli interessi delle parti.

In questo scenario, allora, ben si comprende il percorso argomentativo della pronuncia in epigrafe rispetto alla ammissibilità della domanda formulata per la prima volta, in via subordinata, con la prima memoria istruttoria, purché afferente alla medesima realtà fattuale dedotta in giudizio e connessa per incompatibilità con quella per prima azionata. Di conseguenza, nel caso sottoposto alla Suprema Corte, è ammissibile la domanda di risoluzione del contratto preliminare proposta, in via subordinata rispetto alla domanda di accertamento di nullità del contratto in quanto, oltre ad avere ad oggetto la medesima realtà fattuale, entrambe le domande si pongono in quel rapporto di incompatibilità indicato come requisito per l'attività modificativa.

[1] Si segnalano, al riguardo, gli importanti contenuti in dottrina di C. Consolo, *Le S. U. aprono alle domande complanari: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 7, 1 luglio 2015, 961 ss.; Id, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Il Corriere Giuridico* n. 2, 1 febbraio 2019, 263 ss., nonché, con riguardo al giudizio di appello B. Gambineri, *Mutatio ed emendatio libelli in appello. Poteri delle parti e limiti oggettivi del giudicato*, in AA.VV. *Problemi attuali di diritto processuale civile*, a cura di D. Dalfino, in *Foro.it, Gli Speciali*, n. 1 del 2021, 141 ss.

[2] Si veda, al riguardo, la nota 1.

Intervento estetico non riuscito, sì alla perdita di *chance* per la “ragazza immagine”

Argomento: Della responsabilità medica

(Cass. Civ., Sez. III, 5 settembre 2023, n. 25910)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 7.3. – Va accolto il terzo motivo anche in riferimento all’omesso riconoscimento del diritto al risarcimento del danno da perdita di chances (intese come chances patrimoniali di futuro guadagno). Anche in questo caso, la motivazione è a dir poco sbrigativa, oltre che non conforme a diritto: quanto alla compromissione delle prospettive lavorative della ragazza, che assumeva di essere avviata ad una carriera nel settore pubblicitario e della moda, e di svolgere all’epoca dei fatti l’attività di ragazza immagine, la corte d’appello afferma che l’appellante non abbia fornito alcuna prova dell’avvio di una simile carriera.

Aggiunge, poi, che il risarcimento del danno da perdita di chance esige la prova, anche presuntiva, purché fondata su circostanze specifiche e concrete, dell’esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere in termini di certezza o di elevata probabilità la sua esistenza. Osserva il collegio come sia ben vero che la chance non è una mera aspettativa di fatto, bensì deve tradursi nella concreta ed effettiva possibilità di conseguire un determinato risultato (nella specie, la possibilità di affermazione nella carriera di modella) o un certo bene giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, e che la sua perdita configura un danno concreto ed attuale commisurato alla possibilità perduta del risultato sperato (sulla nozione di chance v. Cass. n. 5641 del 2018 e, da ultimo, Cass. n.2261 del 2022 e Cass. n. 25886 2022).

Pertanto, la prova del danno da perdita di chance si sostanzia:

– **nella dimostrazione della esistenza e della apprezzabile consistenza di tale possibilità perduta, da valutarsi non in termini di certezza, ma di apprezzabile probabilità – nel caso di specie, in termini di affermazione economica o nel mondo del lavoro nel campo prescelto – prova che può essere data con ogni mezzo, e quindi anche a mezzo di presunzioni;**

– **nell’accertamento del nesso causale tra la condotta colpevole e l’evento di danno – nella specie, le possibilità lavorative perdute a causa delle condizioni fisiche permanenti, estetiche e funzionali, della persona della danneggiata, con recisione delle concrete possibilità di affermazione nel campo prescelto. Di tal che il nesso tra condotta ed evento si caratterizza, nel territorio della perdita di chance, per la sua sostanziale certezza eziologica (i. e., dovrà risultare causalmente certo che, alla condotta colpevole, sia conseguita la perdita di quella migliore possibilità), mentre l’incertezza si colloca esclusivamente sul piano eventistico (è incerto, in altri termini, che, anche in assenza della condotta colpevole, la migliore possibilità si sarebbe comunque realizzata).**

Ne consegue che il soggetto che agisce per ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance è tenuto ad allegare e provare l’esistenza dei suoi elementi costitutivi, ossia di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso

causale (nei termini sopraesposti), fornendo la relativa prova pure mediante presunzioni, ed eventualmente ricorrendo anche ad un calcolo di probabilità (Cass. n. 7110/2023).

In definitiva, il danno da chance perduta consiste non nella perdita di un vantaggio, economico e/o non economico (ben potendo un danno perdita di *chance* legittimamente predicarsi anche su di un piano non patrimoniale: Cass. 7513/2018), che sia certo ed attuale, ma nella perdita della concreta possibilità di conseguire un vantaggio sperato. Nel rigettare la domanda della (...) pertanto, la corte d'appello per un verso, non si conforma ai principi suesposti nel ritenere che la valutazione in termini di danno risarcibile della chance debba essere compiuta col metro della certezza e non piuttosto con quello della possibilità qualificata secondo i canoni della apprezzabilità, serietà, consistenza (Cass. 7513/2018) – così confondendo, sovrapponendoli, il piano della causalità con quello dell'evento di danno – e, per altro verso, omette totalmente di considerare alcune evidenze documentali che ben avrebbe potuto, all'esito di una complessiva valutazione di tipo inferenziale, ritenere, sia pur non determinanti o conclusive, pur tuttavia esistenti in punto di fatto, e tali da non poter essere ignorate. In particolare, tali fatti consistono, quanto alla limitazione della capacità lavorativa generica, nel riconoscimento della invalidità civile nella misura del 67%, come da verbale della Commissione medica prodotto in atti; quanto al percorso fino a quel momento intrapreso dalla giovane, nel book fotografico in atti predisposto dall'agenzia per modelle con la quale la (...) collaborava; quanto alle prospettive lavorative future, nelle le dichiarazioni provenienti dalla stessa agenzia in ordine all'attività svolta all'epoca dalla ragazza – circostanze tutte da valutare nella loro idoneità a comprovare non un avviato percorso lavorativo in ordine al quale poter lamentare la perdita certa di una capacità reddituale già in atto, ma la perdita della possibilità di affermarsi nel campo che la ricorrente aveva prescelto all'epoca dei fatti, della cui riuscita non poteva essere certa al momento dell'intervento sanitario, ma rispetto al quale aveva della apprezzabili probabilità di conseguire un risultato diverso e migliore, che dopo l'accaduto le sono state del tutto precluse. (...)"

Nota a cura di Giulia Nespolo

La questione prospettata dalla sentenza della Corte di cassazione, Sezione III Civile, 5 settembre 2023, n. 25910, richiede l'analisi della risarcibilità del danno da perdita di *chance*, quale occasione favorevole di futuro guadagno, a livello lavorativo, per la "ragazza immagine", esclusa da tale carriera professionale, avendo riportato danni estetici irreversibili a seguito di un intervento chirurgico non riuscito.

Ai fini di una completa analisi della sentenza in commento, appare opportuno procedere ad una breve disamina sulla vicenda in esame. In particolare, una giovane donna, avviata alla carriera lavorativa come modella, avendo riscontrato esiti anomali a seguito di un intervento chirurgico di mastectomia sottocutanea bilaterale con contestuale ricostruzione del seno, conveniva in giudizio l'Ospedale di Alfa, richiedendo il risarcimento del danno da perdita di *chance*. Difatti, la donna lamentava di aver riportato una situazione irreversibile di devastazione mammaria toracica, aggravata da una importante sintomatologia dolorosa e limitazione nei movimenti, della quale ascriveva la responsabilità agli inadeguati controlli post-operatori svolti in ospedale, non avendo affrontato con la dovuta tempestività la complicità associata al rigetto delle protesi.

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 alla responsabilità civile derivante dal danno da perdita di *chance*. In particolare, occorre analizzare l'istituto giuridico del danno da perdita di *chance* su cui si fonda la responsabilità civile *ex art. 2043 c. c.* La perdita di *chance* costituisce una voce di danno che si sostanzia qualora, a causa di un comportamento illecito di un terzo, un soggetto perde la possibilità di conseguire un determinato vantaggio economico, ovvero relativo a uno specifico bene o risultato. Si tratta di un danno patrimoniale di natura extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c. c., quindi, devono sussistere tutti i requisiti di legge richiesti da tale disposizione codicistica.

Con riferimento alla perdita di *chance*, si intende la concreta ed effettiva perdita di un'occasione favorevole di conseguire un determinato bene o vantaggio, in quanto tale costituente un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione. Pertanto, il danno da perdita di *chance* si definisce quale pregiudizio derivante non da una mera aspettativa di fatto, ma dal venir meno della possibilità di ottenere un bene o di conseguire un risultato. Occorre valutare se la ragazza che abbia subito dei danni estetici permanenti, a causa di un intervento chirurgico non riuscito, avviata ad una carriera lavorativa come modella, "ragazza immagine", possa richiedere ed ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*. Sul punto, si è ritenuto che in tema di risarcibilità del danno da perdita di *chance*, rilevi la *chance* patrimoniale di futuro guadagno. Pertanto, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, occorre che il soggetto danneggiato dimostri, mediante prova, i danni patiti. Sulla base di quanto poc'anzi ravvisato, si è affermato che *«il risarcimento del danno da perdita di chance esige la prova, anche presuntiva, purché fondata su circostanze specifiche e concrete, dell'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere in termini di certezza o di elevata probabilità la sua esistenza»* (Cons. in dir. 7.3., Cass. civ., Sez. III., sent. n. 25910/2023).

Alla luce di tale fondamentale passaggio della sentenza in commento, si è osservato che la prova del danno da perdita di *chance* si sostanzia nella dimostrazione dell'esistenza e dell'apprezzabile consistenza di tale possibilità perduta, da valutarsi non in termini di certezza, ma di apprezzabile probabilità, prova che può essere fornita con ogni mezzo, anche a mezzo di presunzioni; nonché nell'accertamento del nesso causale tra la condotta colpevole e l'evento di danno. Invero, ne consegue che il soggetto che agisce per ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance* *«è tenuto ad allegare e provare l'esistenza dei suoi elementi costitutivi, ossia di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale, fornendo la relativa prova pure mediante presunzione, ed eventualmente ricorrendo anche ad un calcolo di probabilità»* (Cons. in dir. 7.3., Cass. civ., Sez. III., sent. n. 25910/2023).

A tal proposito, nel caso di specie, appare evidente che la giovane "ragazza immagine" abbia diritto di ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, avendo provato tale danno con diverse allegazioni, in quanto sussiste una plausibile occasione perduta, la propria carriera lavorativa come modella, la possibilità di un vantaggio perso, la capacità reddituale e il nesso causale tra il comportamento illecito di un terzo e l'evento di danno. In tal senso, si ravvisa il nesso causale, dato che i danni estetico-funzionali permanenti della donna sono derivati dagli inadeguati controlli post-operatori svolti dall'ospedale, il quale non ha operato con la dovuta tempestività, per porre rimedio alla complicità scaturita dal rigetto delle protesi. Dunque, alla luce delle enunciazioni giurisprudenziali e delle superiori argomentazioni si deve concludere che l'Ospedale di Alfa debba essere condannato al risarcimento del danno da perdita di *chance*, in quanto, a seguito di intervento chirurgico e di controlli post-operatori

svolti in modo inadeguato, non ha provveduto con la dovuta tempestività nel rimediare alla complicità sorta dal rigetto delle proteste. Con la propria condotta, l'Ospedale di Alfa ha cagionato danni estetico-funzionali permanenti ad una donna, i quali hanno comportato l'interruzione definitiva della sua carriera lavorativa come "ragazza immagine". Difatti, la soluzione alla quale è addivenuta la sentenza in commento, è apparsa condivisibile, atteso che la stessa abbia attribuito rilevanza non soltanto ai risultati certi, bensì anche ai vantaggi economici, ai futuri guadagni, connotati da un'apprezzabile probabilità di conseguimento, quindi, ritenendo sempre più rilevante la nozione di *chance* all'interno del sistema giuridico.

***Post Lexitor*: è nulla la clausola contrattuale che escluda il rimborso dei costi sostenuti in caso di estinzione anticipata del contratto di finanziamento**

Argomento: Del consumo

(Cass. Civ., Sez. II, 6 settembre 2023, n. 25977)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“2.15. – Dall’esame della legislazione Europea e del diritto interno si ricava che il diritto del consumatore al rimborso dei costi in caso di adempimento anticipato, nell’ambito del credito al consumo, non è estraneo alla disciplina antecedente all’art. 125 *sexies* del TUB, che il Tribunale non ha ritenuto applicabile perché successivo alla data di conclusione ed estinzione del contratto.

2.16. – Come affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor* dell’11.3.2019, nella causa C-383/18, le direttive relative al credito al consumo vanno interpretate non soltanto sulla base del loro tenore letterale, ma anche alla luce del suo contesto nonché degli obiettivi perseguiti dalla normativa di settore (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2019, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-649/17, EU:C:2019:576, punto 37).

2.17. – La Corte di Giustizia ha rilevato in motivazione che l’art. 8 della direttiva 87/102, che è stata abrogata e sostituita dalla direttiva 2008/48, già stabiliva che il consumatore, «*in conformità alle disposizioni degli Stati membri, (...) deve avere diritto a una equa riduzione del costo complessivo del credito*». Di conseguenza, afferma la Corte di Lussemburgo «*l’art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48 ha concretizzato il diritto del consumatore ad una riduzione del costo del credito in caso di rimborso anticipato, sostituendo alla nozione generica di “equa riduzione” quella, più precisa, di “riduzione del costo totale del credito” e aggiungendo che tale riduzione deve riguardare “gli interessi e i costi”*».

(...) 2.19. – Afferma la Corte di Giustizia nella sentenza *Lexitor* che l’effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto, dato che i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca; inoltre, limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito.

2.20. – La soluzione offerta dal giudice di merito si pone in contrasto con l’art. 125 del TUB, *ratione temporis* applicabile e con la consolidata elaborazione giurisprudenziale in tema di diritti del consumatore, privandolo di una tutela effettiva, in caso di adempimento anticipato, sulla base dell’inesistenza di una norma secondaria, la deliberazione del CICR, che ha carattere integrativo di una norma primaria.

2.21. – Osserva il collegio che, anche in assenza di una norma attuativa del CICR, il

consumatore non può essere privato del suo diritto al rimborso dei costi sostenuti, come previsto dalla norma primaria e dalle direttive citate.

(...) 2.25. – Rileva il collegio che una clausola contrattuale che escluda il rimborso dei costi sostenuti, in caso di estinzione anticipata del contratto di finanziamento, è nulla perché determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, ai sensi del D.Lgs. 206 del 2005, art. 33.

(...) 2.32. – Sull'effettività della tutela del consumatore nell'ambito del credito al consumo, merita di essere segnalata la sentenza della Corte Costituzionale, 22/12/2022, n. 263, la quale, benché riferita alla dichiarazione di incostituzionalità del D. L. 25 maggio 2021, n. 73, art. 11 octies, comma 2, conv., con modif., nella L. 23 luglio 2021, n. 106, ha il pregio di ricostruire la normativa interna ed Eurounitaria relativa al credito al consumo, ribadendo importanti principi in tema di norme integrative secondarie e di efficacia nell'ordinamento interno delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia.

(...) 2.35. – La Corte Costituzionale richiama il canone dell'interpretazione teleologica, ispirata all'esigenza di garantire «*un'elevata protezione del consumatore*» (sentenza *Lexitor*, punto 29), per rilevare che «*limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto* (sentenza *Lexitor*, punto 32)».

Trasfusione sangue infetto e responsabilità della struttura sanitaria: onere probatorio e legittimazione passiva

Argomento: Della responsabilità medica

(Cass. Civ., Sez. III, 7 settembre 2023, n. 26091)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“5.2. – (...) principi che questa Corte ha già da tempo enunciato in tema di criteri di **riparto dell’onere probatorio in tema di responsabilità per danno alla salute cagionato da trasfusioni con sangue infetto**.

In particolare, la ricorrente richiama un consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di prova del nesso causale in materia, a mente del quale *«in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell’onere probatorio l’attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia ed allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (...)»* (Cass. S.U. n. 577 del 2008 e numerose altre, fino a Cass. n. 24073 del 2017).

Ai fini dell’esame della decisione impugnata, va tenuto conto inoltre delle **precisazioni che questa Corte ha apportato al richiamato orientamento tradizionale, a partire dalla pronuncia di cui a Cass. Sez. 3 n. 18392 del 2017, e più in generale, in tema di responsabilità professionale medica, affermando che il paziente è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, non solo l’esistenza del rapporto contrattuale ma anche il nesso di causalità materiale tra condotta del medico in violazione delle regole di diligenza ed evento dannoso, consistente nella lesione della salute (ovvero nell’aggravamento della situazione patologica o nell’insorgenza di una nuova malattia), non essendo sufficiente la semplice allegazione dell’inadempimento del professionista** (cfr. Cass. Sez. 3, n. 6386 del 03/03/2023; Cass. Sez. 3, 22/02/2023, n. 5490; Cass. Sez. 6 – 3, 26/11/2020 n. 26907; Cass. Sez. 3, 11/11/2019 n. 28991; Cass. Sez. 3, 23/08/2018 n. 21008).

In particolare, è stato precisato in tema di **responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni professionali (tra le quali si collocano quelle di responsabilità medica, anteriormente alla l. n. 24 del 2017)** che *«è onere del creditore-danneggiato provare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), il nesso di causalità, secondo il criterio del “più probabile che non”, tra la condotta del professionista e il danno lamentato, mentre spetta al professionista dimostrare, in alternativa all’esatto adempimento, l’impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l’inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile, da intendersi nel senso oggettivo della sua inimputabilità all’agente»* (in tal senso: Cass. Sez. 3, 29/03/2022 n. 10050).

Tanto richiamato, la decisione di appello, nel riformare integralmente la decisione di prime cure, ha imposto alla paziente un onere probatorio sul nesso causale, nel caso di specie, che si pone al di fuori dei confini tracciati dai principi sopra richiamati, anche alla luce delle precisazioni in tema di prova del nesso eziologico poc'anzi ricordate (...): (...).

5.3. – Nello specifico, la Corte d'appello ha violato i criteri di riparto dell'onere probatorio dettati dai precedenti richiamati allorché ha, erroneamente, onerato la danneggiata, odierina ricorrente, di dimostrare l'assenza di una malattia epatica al momento del ricovero, senza poi valutare nel complesso gli elementi specifici addotti dalla stessa paziente ai fini di ritenere, presuntivamente, provato il nesso causale tra la condotta della danneggiante e l'evento di cui domandava il risarcimento. (...).

(...) addossando arbitrariamente in capo alla danneggiata, per un verso, l'onere di dimostrare che al momento della trasfusione non fosse affetta dall'infezione di cui ha preteso il risarcimento (cfr. Cass. Sez. 3 24/09/2015 n. 18895), e dall'altro, disinteressandosi di accertare se la condotta della A.S.P. nelle procedure di acquisizione e perfusione del plasma fosse stata o meno, nel caso concreto, conforme alla normativa di settore, pur avendone stigmatizzato la condotta sia nella tenuta e conservazione della documentazione sia nella accertata carenza di ogni allegazione al riguardo, contravvengono, come poc'anzi evidenziato, ai criteri funzionali di accertamento probatorio del nesso causale (*funditus*, cfr. Cass. Sez. 6 – 3, 22/04/2021 n. 10592).

5.4. – La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio alla Corte d'appello di (*Omissis*), la quale tornerà ad esaminare il gravame applicando i seguenti principi di diritto che vengono qui condivisi e ribaditi: «**In tema di danno da infezione trasfusionale, è onere della struttura sanitaria dimostrare che, al momento della trasfusione, il paziente fosse già affetto dall'infezione di cui domanda il risarcimento; In tema di danno da infezione trasfusionale, è onere della struttura sanitaria allegare e dimostrare di avere rispettato, in concreto, le norme giuridiche, le *leges artis* e i protocolli che presiedono alle attività di acquisizione e perfusione del plasma**».

6. (...). – Questa Corte in proposito ha già affermato più volte che la legittimazione passiva per le azioni di risarcimento danni da emotrasfusione spetta al Ministero della Salute a titolo di responsabilità aquiliana e alla struttura sanitaria a titolo di responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.* (cfr. Cass. 14/06/2007 n. 13593, Cass. Sez. Un. 11/01/2008 n. 577, Cass.; cfr. in senso sostanzialmente conforme, di recente, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 16808 del 13/06/2023). Nel caso di specie, la odierna ricorrente ha chiamato in giudizio l'Asp di (*Omissis*) prospettando di aver subito il danno alla salute a causa dell'operato dei sanitari di detta A.S.P., e quindi, denunciando l'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto atipico di ospedalità, facendo valere la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria. Pertanto, nel merito, è stata correttamente ritenuta la legittimazione passiva della A.S.P. di (*Omissis*). (...)"

Nota a cura di Rosa D'Errico

La sentenza in commento concerne la discussa tematica relativa alla questione della responsabilità per danno alla salute cagionato da trasfusioni di sangue infetto ed in particolare ai criteri di riparto dell'onere probatorio.

La complessa problematica della responsabilità professionale, specialmente quella medica,

è da sempre un tema complesso che ha suscitato un intenso dibattito sia nel mondo medico che in quello giuridico.

Due riforme si sono succedute a distanza di breve tempo l'una dall'altra: la legge 189 del 2012 cd. Balduzzi e la legge n. 24 del 2017 cd. Gelli-Bianco.

Alla base delle riforme legislative vi sono interessi opposti da contemperare, in particolare, da un lato, vi è la necessità di evitare privilegi per la classe medica, dall'altro lato, vi è invece l'esigenza di impedire il ricorso alla cd. medicina difensiva, la quale può avere come conseguenza un uso non razionale delle risorse pubbliche.

La vicenda processuale in esame prende le mosse dal ricorso proposto da A.A. avverso l'Azienda Sanitaria Provinciale (A.S.P.), finalizzato all'ottenimento di risarcimento danni, dopo aver contratto un'epatopatia HCV (*Hepatitis C Virus*), determinata da un'emotrasfusione presso una struttura ospedaliera della suddetta Azienda.

L'azienda sanitaria convenuta in giudizio contesta, oltre al rigetto della domanda avanzata dalla ricorrente in quanto priva di fondamento, la sua stessa idoneità ad essere citata in giudizio, sottolineando la necessità di dichiarare la legittimazione passiva del Ministero della Salute.

In primo grado il Tribunale accoglie la richiesta avanzata dalla Signora A.A. condannando l'ente sanitario al risarcimento dei danni subiti a causa della trasfusione.

Successivamente, l'azienda sanitaria propone ricorso in Appello contro la sentenza che l'aveva dichiarata soccombente.

Nel ricorso l'azienda sanitaria solleva nuovamente e in via preliminare l'eccezione di difetto di legittimazione passiva del Ministero della Salute.

Inoltre, nel merito chiede il rigetto di tutte le domande avanzate della paziente, sostenendo l'inesistenza del nesso causale tra la trasfusione effettuata e le patologie sofferte.

La Corte di Appello sospende l'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado e rigetta sia l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, sia la domanda nella sua interezza avanzata dalla paziente.

Per quanto riguarda la problematica relativa alla legittimazione passiva, la Corte riafferma un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, ossia che *«la legittimazione passiva per le domande di risarcimento del danno da emotrasfusione può spettare sia al Ministero della Salute a titolo di responsabilità aquiliana, sia alla struttura sanitaria a titolo di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.»*.

Per quanto concerne il merito della vicenda processuale, invece, la Corte sostiene che il giudice di primo grado non aveva tenuto conto che il sangue, dal momento del prelievo iniziale fino alla trasfusione, seguiva un percorso noto come "circuito chiuso", come espressamente previsto dalla normativa (articolo 11 del Decreto Ministeriale del 27 dicembre 1990). Pertanto, secondo tale impostazione normativa, era pressoché impossibile che il sangue potesse contaminarsi con il virus epatico, a meno che non fosse dimostrato un intento doloso lungo tale percorso.

Inoltre, la paziente non aveva fornito la prova della sua immunità, al momento dell'ingresso nella struttura sanitaria, da epatopatia C, poiché al momento del ricovero presentava un deterioramento epatico compatibile con una possibile infezione da virus HCV.

Ne derivava che la paziente *«non aveva provato il nesso di causalità materiale, presupposto imprescindibile per l'insorgenza dell'onere del debitore di provare l'esatto adempimento o l'impossibilità di esso»*.

Contro la pronuncia della Corte di Appello, la parte danneggiata presenta ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360 e seguenti del codice di procedura civile.

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente evidenzia che vi è stata, da parte del giudice d'Appello, una *«inammissibile inversione dell'onere della prova»*: difatti i giudici di merito

hanno «ritenuto che fosse onere della danneggiata-paziente fornire la prova di essere immune all'HCV al momento dell'ingresso nella struttura sanitaria, nonché aver ritenuto presunta la positività in detto momento».

All'atto del ricovero, invero, la paziente presentava una compromissione epatica astrattamente compatibile con una eventuale infezione da HCV, ma ciò non costituiva una prova inequivocabile di una preesistente infezione.

Detta positività era stata inoltre presunta senza che la Corte di Appello indicasse ulteriori indizi gravi, precisi e concordanti a sostegno di tale conclusione.

Con il secondo motivo di ricorso, inoltre, la ricorrente-danneggiata evidenzia di aver assolto l'onere probatorio posto a suo carico dimostrando sia l'esistenza della patologia, sia, in via presunta, il nesso di causalità materiale tra la condotta dei medici ed il danno subito.

Contesta, inoltre, che il procedimento "a circuito chiuso" attiene solo ad una fase specifica: quella della separazione e conservazione del sangue prelevato dal donatore nelle apposite friggemoteche, non estendendosi, invece, alle successive fasi che conducono alla somministrazione del sangue al paziente.

Con il terzo motivo di ricorso, infine, la paziente-danneggiata lamenta la mancata attenzione alle osservazioni presentate dal consulente tecnico di parte, nonché la mancanza di una motivazione adeguata in merito alla decisione di disattenderle.

L'ente sanitario, invece, mediante un ricorso incidentale condizionato, solleva eccezione in merito alla legittimazione passiva del Ministero della Salute in relazione ai danni da emotrasi-fusione.

La Corte di cassazione cassa il provvedimento impugnato e rinvia alla Corte di Appello, con una composizione giudiziaria diversa, per una nuova valutazione della vicenda processuale alla luce dei principi di diritto di seguito enunciati.

In primis, in relazione alla questione di legittimazione passiva del Ministero, si richiama un principio giurisprudenziale consolidato nel tempo, precisando che «*la legittimazione passiva per le azioni di risarcimento dei danni da emotrasi-fusione spetta al Ministero della salute a titolo di responsabilità aquiliana e alla struttura sanitaria a titolo di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.*».

Nel merito, i giudici di legittimità affermano che la legittimazione passiva dell'ASP è corretta in quanto la paziente ha citato in giudizio tale ente e ha denunciato, pertanto, il cattivo operato dei medici che ivi vi prestano servizio.

La ricorrente, difatti, fa valere l'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal cd. "contratto atipico di ospitalità", evidenziando in tal modo la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

La Suprema Corte, già in altre pronunce, aveva evidenziato – così come richiamato anche nel ricorso presentato dalla paziente – che «*in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante*» (Cass. S.U. n. 577 del 11.01.2008).

Inoltre, meritano di essere menzionate ulteriori pronunce giurisprudenziali in tema di responsabilità professionale medica e della controversa questione del riparto dell'onere della prova, con le quali i giudici di legittimità precisano che «*è onere del creditore danneggiato provare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), il nesso di causalità, se-*

condo il criterio del “più probabile che non”, tra la condotta del professionista e il danno lamentato, mentre spetta al professionista dimostrare, in alternativa all’esatto adempimento, l’impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l’inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile, da intendersi nel senso oggettivo della sua inimputabilità all’agente» (Cass. Sez. III, n. 10050 del 29.03.2022).

La Corte di Appello ha pertanto imposto alla paziente un onere probatorio non conforme ai dettami scolpiti nelle precedenti pronunce giurisprudenziali.

Nel caso specifico, difatti, è stato imposto alla danneggiata di dimostrare l’assenza di una malattia epatica al momento del ricovero, senza poi valutare gli elementi addotti dalla paziente stessa ai fini di ritenere provato, presuntivamente, il nesso causale tra la condotta dei sanitari e l’evento lesivo di cui chiede il risarcimento.

Inoltre, tale Corte non ha compiuto una valutazione adeguata per stabilire se la condotta dell’ente ospedaliero fosse conforme alla normativa di settore durante le complesse fasi di acquisizione e perfusione del plasma.

La Suprema Corte di cassazione precisa, pertanto, che *«in tema di danno da infezione trasfusionale, è onere della struttura sanitaria dimostrare che, al momento della trasfusione, il paziente fosse già affetto dall’infezione di cui domanda il risarcimento».*

Infine, ribadisce che *«è onere della struttura sanitaria allegare e dimostrare di aver rispettato, in concreto, le norme giuridiche, le leges artis e i protocolli che presiedono alle attività di acquisizione e perfusione del plasma».*

Il prestito di *fiches* non è debito di gioco

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. II, 15 settembre 2023, n. 26646)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) I – La decisione della Corte d’appello, che ha appunto ritenuto che ai fatti così come accertati (accertamento in fatto che il ricorrente sostanzialmente non contesta, v. le pagg. 23-25 del ricorso) non possa applicarsi il disposto dell’art. 1933 c.c., per il quale «*non compete azione per il pagamento di un debito di giuoco o di scommessa*», lungi dall’essere illogica e contraddittoria è coerente con i principi dettati in materia da questa Corte.

Secondo l’orientamento della Corte di cassazione, infatti, «il richiamo alla teoria del c.d. collegamento negoziale non è pertinente a giustificare la applicazione dell’art. 1933 c.c. e a ricondurre anche il mutuo alla causa di gioco, atteso che la connessione funzionale può ravvisarsi solo tra atti negoziali idonei a produrre effetti giuridici, mentre il risultato del gioco non fa sorgere alcuna obbligazione giuridica (salvo l’effetto legale della *soluti re-tentio*)»; affinché il prestito di denaro – o di *fiches* – possa essere ricondotto alla posta di gioco, «occorre piuttosto che il mutuante venga a partecipare direttamente al giuoco in antagonismo con il mutuatario, o comunque, unitamente a quello in quanto, pur non effettuando direttamente la giocata, sia in qualche modo anch’egli effettivo destinatario del risultato del giuoco (abbia scelto cioè di correre l’alea tipica del giuoco di azzardo)» (così Cass. 17686/2019, v. pure Cass. 14375/2019).

Ove il mutuante non assuma anche il rischio del risultato del gioco, il nesso relazionale tra la prestazione di quanto dato a mutuo e l’impiego della stessa «*per partecipare al giuoco si esaurisce sul piano meramente teleologico, permanendo il mutuo quale autonomo negozio giuridico dotato di propria causa, relazione che può evidenziare finanche un diretto interesse del mutuante ad incentivare il mutuatario alla partecipazione al giuoco d’azzardo*», ma che «*per ciò solo non determina alcuna “partecipazione” anche del mutuante al rapporto di giuoco*», essendo irrilevante a tal fine la mera consapevolezza della destinazione finale delle somme prestate» (ancora Cass. 17686/2019). (…)

La Cassazione delimita i criteri per le sanzioni del Garante per la protezione dei dati personali

Argomento: Della protezione dei dati personali

(Cass. Civ., Sez. I, 22 settembre 2023, n. 27189)

Stralcio a cura di *Giovanni Pagano*

“XIII. – (...), vanno affermati i seguenti principi di diritto:

(i) l’art. 83 del GDPR prevede e disciplina le condizioni generali per infliggere sanzioni amministrative pecuniarie stabilendo una regola preliminare imputata alla rilevanza del caso singolo, sicché ogni autorità di controllo deve provvedere affinché le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte in relazione alle violazioni del regolamento siano “in ogni singolo caso” effettive, proporzionate e dissuasive;

(ii) in caso di violazione, con dolo o colpa, di varie disposizioni del GDPR rispetto allo stesso trattamento o a trattamenti collegati, il totale della sanzione non deve superare «l’importo specificato per la violazione più grave», e in questa prospettiva, ai fini dell’art. 83, il GDPR stabilisce due tipologie di sanzioni amministrative pecuniarie, entrambe innanzi tutto determinate in una somma variabile fino a massimo (fino a 10.000.000 EUR o fino a 20.000.000,0 EUR) a seconda che vi sia stata una delle violazioni enumerate al par. 4 o una di quelle enumerate al par. 5; in entrambe le condizioni è prevista alternativamente, per il caso di imprese, una sanzione proporzionale (fino al 2% del fatturato mondiale totale annuo dell’esercizio precedente, per il par. 4, ovvero fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell’esercizio precedente, per il par. 5), ma solo “se superiore” rispetto alla sanzione edittale variabile entro il massimo assoluto; ne segue che il riferimento alla sanzione proporzionale non è posto dal GDPR in funzione mitigatoria del limite edittale stabilito con la sanzione variabile ordinaria, ma rappresenta un limite edittale ulteriore e distinto, al quale occorre riferirsi solo se superiore (esso in quanto tale) al massimo della sanzione suddetta;

(iii) poiché, per effetto dell’implicito richiamo contenuto nell’art. 166 del codice privacy, si applica l’art. 6 del D.Lgs. n. 150 del 2011 anche in materia sanzioni amministrative per violazione delle norme relative ai dati personali, il coordinamento di questa norma con l’art. 10 del D.Lgs. n. 150/2011 stesso comporta che si stende al procedimento di opposizione la regola dettata dal comma 12 dell’art. 6 medesimo; sicché con la sentenza che accoglie l’opposizione il giudice, anche nelle controversie in materia di dati personali, può annullare in tutto o in parte il provvedimento o modificarlo anche limitatamente all’entità della sanzione dovuta, che è determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo edittale;

(iv) l’art. 55 del GDPR stabilisce la competenza delle Autorità di controllo nazionali a esercitare i poteri e ad assolvere i compiti ad esse attribuiti in relazione ai trattamenti effettuati sul territorio nazionale da soggetto ivi stabilito e per i quali tale soggetto agisce in qualità di autonomo titolare; solo “fatto salvo l’art. 55”, l’autorità di controllo dello stabilimento principale o dello stabilimento unico del titolare e del trattamento o responsabile del trattamento è competente ad agire, in base al successivo art. 60, in qualità di autorità di controllo capofila per i trattamenti transfrontalieri effettuati dal suddetto titolare del trattamento o responsabile

del trattamento (purché ciò avvenga secondo l'apposita procedura disciplinata dal predetto articolo); ne segue che, ove dalla sentenza di merito risulti che il trattamento sia stato effettuato da una società italiana in piena e diretta autonomia di decisione rispetto ai dati personali dei propri rider, tanto basta a stabilire la legittimazione a fini sanzionatori dell'Autorità nazionale garante della protezione dei dati. (...)"

Giusto salario minimo costituzionale. Quando il giudice può discostarsi dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria

Argomento: Del rapporto di lavoro

(Cass. Civ., Sez. Lav., 2 ottobre 2023, n. 27713)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) Deve essere ricordato che nella Costituzione c’è un limite oltre il quale non si può scendere. E questo limite vale per qualsiasi contrattazione collettiva, che non può tradursi, in fattore di compressione del giusto livello di salario e di dumping salariale; in particolare, quando la presenza di molteplici contratti collettivi in uno stesso settore, tanto più se sottoscritti da soggetti poco o nulla rappresentativi (si veda ad es. in materia di trattamenti contrattuali collettivi dei c.d. riders la circolare del Ministero del lavoro del 19.11.2020) diventa un fattore di destabilizzazione, mettendo in discussione l’attitudine alla parità di salario a parità di lavoro che il rinvio alla determinazione collettiva sottende. Questo limite diventa pertanto cogente quando – come ha avvertito la Corte cost. nella nota sentenza n. 51/2015, dedicata alla disciplina del salario collettivo dei soci di cooperativa – venendo meno alla sua storica funzione, la stessa contrattazione collettiva sottopone la determinazione del salario al meccanismo della concorrenza invece «*di contrastare forme di competizione salariale al ribasso*».

39. – Pertanto, pur di fronte alla situazione di crisi in parte nuova che si è venuta determinando, ad avviso di questa Corte, non cambia, e non può cambiare considerata l’inderogabilità dell’art. 36 Cost., la sperimentata regola della presunzione iuris tantum, salvo prova contraria, di conformità del trattamento salariale stabilito dalla contrattazione collettiva alla norma costituzionale, dovendosi solo chiarire che essa opera non solo «*in mancanza di una specifica contrattazione di categoria*», come talvolta si è affermato nella giurisprudenza di merito (richiamando erroneamente la sentenza n. 7528/2010 di questa Corte), ma anche “nonostante” una specifica contrattazione di categoria. L’orientamento appena ribadito non è in realtà in contraddizione neppure con la citata sentenza n. 7528 del 29/03/2010, in cui il riferimento alla mancanza di una specifica contrattazione di categoria come presupposto del potere determinativo del giusto salario *ex art 36 Cost.* da parte del giudice, configura un mero *obiter dictum* nell’economia della decisione che risulta invero resa in un caso in cui il datore di lavoro non aveva applicato alcun contratto collettivo di diritto comune ed in cui perciò i medesimi giudici di merito avevano dovuto fare riferimento ad una specifica contrattazione collettiva secondo i principi qui ribaditi *ab imis*.

40. – Diversa è la fattispecie, di cui si discute invece in questo giudizio, che si presenta allorché il giudice deve sottoporre a valutazione un salario determinato a mezzo di una contrattazione collettiva che il lavoratore deduca essere in contrasto con l’art. 36 della Cost. Ma anche in tale diversa fattispecie non muta la regola di giudizio sempre affermata da questa Corte (Sez. Unite 2665/1997; Cass. n.n. 7157/2003, 9964/2003, 26742/2014, 4951/2019), **dovendo**

applicarsi comunque l'orientamento che pur individuando in prima battuta i parametri della giusta retribuzione nel CCNL non esclude di sottoporli a controllo e di doverli disapplicare allorché l'esito del giudizio di conformità all'art. 36 si riveli negativo, secondo il motivato giudizio discrezionale del giudice”.

Viaggio in aereo: in caso di perdita del bagaglio, l'indennizzo è onnicomprensivo

Argomento: Del trasporto

(Cass. Civ., Sez. III., 6 ottobre 2023, n. 28200)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 2. – Il ricorso è inammissibile ai sensi dell’art. 360 bis c.p.c.

2.1. – Come questa Corte ha già avuto più volte modo di affermare, il vettore è responsabile del danno derivante dalla distruzione, perdita o deterioramento dei bagagli consegnati, per il fatto stesso che l’evento che ha causato la distruzione, la perdita o il deterioramento si è prodotto a bordo dell’aeromobile oppure nel corso di qualsiasi periodo durante il quale il vettore aveva in custodia i bagagli consegnati (v. Cass. n. 14667 del 2015, e, conformemente, Cass. n. 3165/2021). Si è altresì precisato che l’art. 22 della Convenzione di Montreal disciplina le “limitazioni di responsabilità per il ritardo, per il bagaglio e per le merci”, prevedendo al (comma) n. 2 che, nel caso di trasporto di bagagli, *«la responsabilità del vettore in caso di distruzione, perdita, deterioramento o ritardo è limitata alla somma di 1.000 diritti speciali di prelievo per passeggero»*. Ciò, *«salvo dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione effettuata dal passeggero al momento della consegna al vettore del bagaglio, dietro pagamento di un’eventuale tassa supplementare»*; in siffatta ipotesi, *«il vettore sarà tenuto al risarcimento sino a concorrenza della somma dichiarata, a meno che egli non dimostri che tale somma è superiore all’interesse reale del mittente alla consegna a destinazione»* (v. Cass. n. 14667 del 2015, e, conformemente, Cass. n. 3165/2021).

Si è ulteriormente posto in rilievo che la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con sentenza del 6 maggio 2010, in C-63/09 (*Omissis c. Omissis*), nell’interpretare l’art. 22, n. 2, della Convenzione di Montreal del 1999, ha affermato che la nozione di “danno” ivi sottesa, ai fini della limitazione della responsabilità del vettore aereo (in particolare, nella fattispecie posta all’attenzione della Corte, per il caso di perdita del bagaglio), deve essere intesa *«nel senso che include tanto il danno materiale quanto il danno morale»* (p. 39 e dispositivo). Si tratta di un’*esegesi* condotta alla luce dell’art. 31 della Convenzione sul diritto dei trattati, firmata a Vienna il 23 maggio 1969, e, dunque, *«in buona fede, secondo il senso comune da attribuire ai suoi termini nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo»*; sicché, i termini “*prèjudice*” e “*dommage*” – che compaiono, nella lingua francese, nelle varie disposizioni del Capitolo 3” – devono essere ricondotti nell’alveo di una *«una nozione di danno, di origine non convenzionale, comune a tutti i sistemi di diritto internazionale»* e tale da far ritenere che essi *«includono tanto i danni di natura materiale quanto quelli di natura morale»*.

A siffatta nozione onnicomprensiva di danno si riferisce, quindi, l’art. 22, n. 2, – *«che fa pure parte del detto capo 3” e quindi del contesto pertinente»* – il quale *«limita la responsabilità del vettore in caso di distruzione, perdita, deterioramento o ritardo, il che im-*

plica che la natura del danno subito dal passeggero è a tal riguardo indifferente» (v. Cass. n. 14667 del 2015, e, conformemente, Cass. n. 3165/2021).

E che l'art. 22, n. 2, della Convenzione di Montreal individua, entro un determinato "limite assoluto" di ristoro, soltanto la portata complessiva dell'area di risarcibilità del danno, da assumersi secondo una nozione generica e come tale astrattamente omnicomprensiva sia del pregiudizio inferto alla sfera meramente patrimoniale del passeggero (il danno "materiale"), sia di quello attinente alla sfera "non patrimoniale" (il danno "morale") (v. Cass. n. 14667 del 2015, e, conformemente, Cass. n. 3165/2021).

2.2. – Orbene, l'odierna ricorrente non prospetta censure idonee a legittimare un mutamento di indirizzo interpretativo in argomento. Va pertanto ribadito che l'art. 22 della Convenzione di Montreal ha lo scopo di stabilire una limitazione della responsabilità del vettore aereo e che l'indennità di 1000 diritti speciali di prelievo (unità convenzionale il cui valore, legato alle quotazioni dell'oro, è rilevabile giornalmente, ai sensi delle tabelle ufficiali predisposte dal Fondo monetario), da esso previsto in caso di perdita totale del bagaglio registrato, ricomprende tutte le voci di danno rivendicate dal passeggero (e, dunque, non soltanto il danno patrimoniale derivante dai beni perduti e dal costo per l'acquisto dei nuovi beni necessari, ma anche il danno non patrimoniale). Il passeggero deve fornire un elenco dei beni contenuti all'interno del bagaglio soltanto nel caso in cui voglia ottenere un risarcimento maggiore di quello consentito dalla Convenzione. (...).

Maxi ritardo del treno. Il viaggiatore ha diritto al risarcimento del danno esistenziale oltre all'indennizzo per il disservizio

Argomento: Delle obbligazioni

(Cass. Civ., Sez. III, 9 ottobre 2023, n. 28244)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“Le ivi invocata normativa, nazionale e comunitaria in tema di tutela cui è tenuto il prestatore del servizio di trasporto ferroviario (applicabili secondo quanto chiarito dalla Cass. n. 9312/08/05/2015, e Corte UE del 26/09/2013, in causa C-509/11), è volta ad assicurare forme di “indennizzo” per le ipotesi di cancellazione o interruzione o ritardo nel servizio, ma non anche a impedire che, qualora ne sussistano i presupposti, sia accolta la domanda giudiziale di risarcimento di ulteriori pregiudizi tutelati e lesi”.

Indagini di investigatori non indicati nominativamente: nullo il licenziamento

Argomento: Del rapporto di lavoro

(Cass. Civ., Sez. Lav., 11 ottobre 2023, n. 28378)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 2. – L’indicazione del nominativo dei soggetti che in concreto hanno eseguito le indagini, se non riconducibili alla società di investigazione che ha ricevuto l’incarico, è un requisito di validità e di liceità di tali indagini e di utilizzabilità del relativo esito, pur se demandate a soggetto all’uopo dotato delle necessarie autorizzazioni amministrative (nella specie (omissis), per la quale peraltro il ricorrente ha contestato nei vari gradi di giudizio il possesso delle predette autorizzazioni, contestazioni poi tradotte nell’ottavo motivo). (…).

Invece, l’indicazione dei nominativi degli investigatori (omissis), collaboratori di (omissis), è mancata sia *ab origine*, sia *ex post* in calce al mandato ricevuto.

Tale mancanza inficia il mandato e comporta, di conseguenza, l’inutilizzabilità, ai sensi dell’art. 11, co. 2, d.lgs. n. 196/2003, dei dati raccolti da soggetti non legittimati a farlo. In tal senso è l’autorizzazione n. 6/2016 del Garante per la protezione dei dati personali, registro dei provvedimenti n. 528 del 15/12/2016, invocata dal ricorrente a pag. 43 della memoria nella fase di opposizione del giudizio di primo grado (v. ricorso per cassazione, pp. 30-31), in cui è previsto che «l’investigatore privato deve eseguire personalmente l’incarico ricevuto e non può avvalersi di altri investigatori non indicati nominativamente all’atto del conferimento dell’incarico oppure successivamente in calce a esso qualora tale possibilità sia stata prevista nell’atto di incarico». (…).

(…) 6. – Ne consegue che sul piano processuale tale norma preclude non solo alle parti di avvalersi dei predetti dati come mezzo di prova, ma pure al giudice (nella controversia diversa da quella avente ad oggetto il provvedimento del Garante relativo al trattamento dei dati personali) di fondare il proprio convincimento su fatti dimostrati dal dato acquisito in modo non rispettoso delle regole dettate dal legislatore e dai codici deontologici.

D’altronde, questa assolutezza si spiega in chiave “funzionale”: la *ratio* della norma è quella di scoraggiare la ricerca, l’acquisizione e più in generale il trattamento “abusivi” di dati personali e per realizzare questa funzione il rimedio previsto dal legislatore è quello di impedire la realizzazione dello scopo (*id est* la successiva utilizzazione di quei dati). (…).

Ne deriva un’ulteriore conseguenza: viene meno la possibilità del raffronto di quei dati con quelli dichiarati dal (omissis) nel sistema WFM e, quindi, la possibilità di verificarne la veridicità e, in ultima analisi, di contestarne la falsità mediante il procedimento disciplinare. In tal senso l’inutilizzabilità, proprio perché “assoluta” (*ratione temporis*), opera già in fase extraprocessuale e, quindi, sul piano sostanziale nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato come limite al potere datoriale.

L’eccezione della controricorrente di inammissibilità di tale questione, perché non tempestivamente sollevata dal (omissis) nel giudizio di opposizione, è infondata. (…).

Come precisato sul punto dal ricorrente (v. ricorso per cassazione, pp. 30-31) egli in sede di memoria difensiva rispetto all'opposizione proposta dalla società, a pag. 43 aveva puntualmente dedotto la questione. Tale atto processuale è stato ritualmente da lui prodotto (all. E al ricorso per cassazione).

Il giudice di rinvio dovrà pertanto trarne le relative conseguenze, anche sul piano degli oneri probatori, alla luce del seguente principi di diritto:

“1) i codici deontologici di cui al d.lgs. n 196/2003 hanno natura normativa e pertanto possono e devono essere individuati ed applicati anche d’ufficio dal giudice (*iura novit curia*);

2) la violazione dei predetti codici deontologici può essere fatta valere con ricorso per Cassazione ex art. 360, co. 1, n. 3), c.p.c. e determina l’inutilizzabilità dei dati così raccolti;

3) l’inutilizzabilità dei dati raccolti in violazione dei codici deontologici di cui al d.lg. n. 196/2003, nel periodo anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 101/2018, Y da intendersi come “assoluta”, quindi rilevante in sede sia processuale che extraprocessuale;

4) tale inutilizzabilità “assoluta” determina l'impossibilità sia per il datore di lavoro di porli a fondamento di una contestazione disciplinare e poi di produrli in giudizio come mezzo di prova, sia per il giudice di merito di porli a fondamento della sua decisione”. (...).”

Ammissibile il ricorso dei coniugi proposto con domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio

Argomento: Del matrimonio

(Cass. Civ., Sez. I., 16 ottobre 2023, n. 28727)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“ (...) 2. – Da un punto di vista sistematico: (a) sostenitori della tesi contraria all’ammissibilità hanno evidenziato che l’idea del cumulo è incompatibile con la natura di procedimento di volontaria giurisdizione che avrebbe quello scaturente dalla domanda congiunta dei coniugi (in particolare, si è detto che il processo volontario non potrebbe contenere una sentenza non definitiva, seguita da un rinvio per verificare la sussistenza, a distanza di sei mesi, delle condizioni di procedibilità e quindi da una sentenza definitiva sullo scioglimento del vincolo matrimoniale) e si è rilevato che il risparmio di energie processuali che si ottiene nel giudizio contenzioso non è – di fatto – comparabile con quello che si potrebbe astrattamente conseguire nel procedimento di cui all’art. 473-bis.51 c.p.c., essendo profondamente diversa la natura dei due giudizi, nonché l’attività processuale che negli stessi viene compiuta (in sostanza, si assume che, laddove si consentisse il cumulo delle domande nel procedimento congiunto si otterrebbe l’effetto contrario, provocando un allungamento della durata del procedimento, ora definibile nel giro di pochi giorni dal deposito, in quanto, in caso di cumulo delle domande, il medesimo procedimento resterebbe pendente per tutto il tempo necessario al maturare dei presupposti per il divorzio); (b) le posizioni aperte all’ammissibilità hanno, invece, obiettato che la compatibilità strutturale del cumulo con un determinato procedimento deve essere vista in concreto, non sulla base della qualificazione astratta della natura di tale procedimento e che anche il procedimento a domanda congiunta è ormai interamente definito con sentenza (art. 473-bis.51, comma 4, c.p.c.), con la conseguente possibilità di applicare l’art. 279 c.p.c., pronunciando sentenza non definitiva (art. 279, comma 2, n. 4 c.p.c.) o anche definitiva (art. 279, comma 2, n. 5 c.p.c.) su una delle domande congiunte di separazione e divorzio.

Un ulteriore argomento, evocato dai sostenitori della tesi contraria al cumulo in caso di domande consensuali, è il tema dell’indisponibilità dei diritti oggetto degli accordi: questi ultimi sarebbero dei “patti prematrimoniali” volti a incidere sugli effetti dell’eventuale futuro divorzio e quindi nulli, ai sensi dell’art. 160 e. e., vieppiù se si considera che essi avrebbero ad oggetto diritti che, oltre ad essere indisponibili, non sarebbero ancora sorti. Secondo tale impostazione, dunque, i due procedimenti in esame non potrebbero essere assimilati, sia dal punto di vista funzionale sia dal punto di vista strutturale: con riguardo al cumulo della domanda di separazione con quella di divorzio, si osserva che nei procedimenti contenziosi le parti non stabiliscono, pattuendoli tra loro, gli effetti discendenti dalle rispettive domande, ma si limitano a chiedere al tribunale di procedere congiuntamente alla trattazione e all’istruttoria delle stesse, decidendo su entrambe, mentre nei procedimenti instaurati con ricorso congiunto delle due parti le stesse disciplinerebbero contemporaneamente i diritti conseguenti ad entrambi gli

status, in netto contrasto con la costante giurisprudenza di legittimità, che qualifica come nullo, ai sensi dell'art. 160 e. e. (in forza del quale «*gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio*»), l'accordo che, in sede di separazione, contenga patti volti a regolare gli effetti dello scioglimento del vincolo matrimoniale. In ultimo, si pone l'accento sull'assenza di disposizioni destinate a gestire le "sopravvenienze" con riferimento al cumulo di domande congiunte. Mentre l'adattamento del processo contenzioso alle sopravvenienze sarebbe garantito dal disposto dell'art. 473-bis.19, secondo comma, c.p.c. («*Le parti possono sempre introdurre nuove domande e nuovi mezzi di prova relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli minori. Possono altresì proporre, nella prima difesa utile successiva e fino al momento della precisazione delle conclusioni, nuove domande di contributo economico in favore proprio e dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente e i relativi nuovi mezzi di prova, se si verificano mutamenti nelle circostanze o a seguito di nuovi accertamenti istruttori*»), che offre la possibilità alle parti (i coniugi) di modificare e meglio calibrare il contenuto delle domande e delle difese nel caso in cui si verificano "mutamenti nelle circostanze" (mentre il comma 29 affida la modificabilità dei provvedimenti giurisdizionali già adottati, a tutela dei minori e in materia di contributi economici, al sopravvenire di "giustificati motivi"). (...).

(...) **8. – In merito alla contro-indicazione rappresentata dalla circostanza che, nei procedimenti congiunti, le parti disporrebbero contemporaneamente di entrambi gli status (conseguenti alla separazione e al divorzio) e dei consequenziali diritti, cosicché, ove si ammettesse, in difetto di previsione normativa esplicita in tal senso e di una puntuale indicazione da parte della legge delega (che non contiene alcuna disposizione che manifesti una siffatta intenzione del legislatore), la possibilità di cumulo di domande di separazione e divorzio nei procedimenti congiunti, «si opererebbe in deroga al principio di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale», ribadito da questo giudice di legittimità anche di recente (Cass. 20745/2022), occorre rilevare quanto segue. Anzitutto, sia nei procedimenti contenziosi, di separazione e divorzio, che in quelli congiunti, le parti propongono le proprie domande all'organo giudiziario e formulano le relative conclusioni e quindi non dispongono anticipatamente degli status.**

Questa Corte, in tema di divorzio a domanda congiunta, ha già affermato (Cass. 6664/1998; Cass. 19540/2018) che l'accordo «*riveste natura meramente ricognitiva e non negoziale, con riferimento ai presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale, essendo soggetto alla verifica del tribunale che, in materia, ha pieni poteri decisionali*» e non configura una ipotesi in senso stretto di «*divorzio consensuale*», analogo alla separazione consensuale (ove la pronuncia del Tribunale è unicamente rivolta ad attribuire efficacia dall'esterno all'accordo tra coniugi, qualificabile come un negozio giuridico di natura familiare), poiché il giudice non è condizionato al consenso dei coniugi, ma deve verificare la sussistenza dei presupposti per la pronuncia, di natura costitutiva, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, mentre ha valore negoziale per quanto per quanto concerne i figli e i rapporti economici, consentendo al tribunale intervenire su tali accordi soltanto nel caso in cui essi risultino, quanto ai rapporti patrimoniali, contrari a norme inderogabili (secondo orientamento giurisprudenziale) e/o (alla luce del dettato normativo) all'interesse dei figli.

L'accordo dei coniugi, in sede divorzile, ha rilevanza negoziale, dunque, solo per quanto concerne le condizioni inerenti alla prole e i rapporti economici, nel cui merito il tribunale non deve entrare, salva l'ipotesi di contrasto delle condizioni stabilite rispetto all'interesse dei figli o rispetto a norme inderogabili. (...).

(...) 9. – Quanto poi alla controindicazione inerente all’assenza di disposizioni sulla gestione delle sopravvenienze, giova rilevare che la possibilità di sopravvenienze di fatto che incidano sull’accordo contenuto nella domanda congiunta di divorzio, questo rilievo accompagna anche il caso in cui le domande di separazione e divorzio non siano proposte insieme, cosicché essa non può rappresentare un impedimento giuridico al cumulo di domande congiunte. (...).

(...) 10. – Per tutto quanto sopra esposto, deve essere affermato il seguente principio di diritto: «In tema di crisi familiare, nell’ambito del procedimento di cui all’art.473-bis.51 c.p.c., è ammissibile il ricorso dei coniugi proposto con domanda congiunta e cumulata di separazione e di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio». (...)”.

Danno da lesione del consenso informato in ambito sanitario

Argomento: Della responsabilità medica

(Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2023, n. 30032)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 9.1 – Com’è noto, il problema del diritto al consenso informato e delle conseguenze giuridiche della sua violazione, come anche quello della sua diversità rispetto al diritto ad ottenere un trattamento terapeutico corretto, ha formato oggetto di numerose pronunce.

La giurisprudenza di questa Corte ha già da tempo affermato che in tema di responsabilità professionale del medico, l’inadempimento dell’obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori, anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all’informazione, tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all’autodeterminazione in se stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi (sentenza 9 febbraio 2010, n. 2847, ribadita dalla più recente ordinanza 22 agosto 2018, n. 20885).

È stato parimente affermato che le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all’autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, 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, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva; d’altra parte, la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all’autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli (sentenza 11 novembre 2019, n. 28985). La violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all’intervento e di subirne le conseguenze invalidante; nonché un danno da lesione del diritto all’autodeterminazione, rinvenibile quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute (così la sentenza in ultimo citata).

Ancor più di recente, poi, l’ordinanza 12 giugno 2023, n. 16633, ha ricapitolato in modo organico i principi che regolano la complessa materia e ha ribadito – ai fini che specificamente interessano in questa sede – che, se ricorre il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso) e non vi è alcun danno derivante dall’intervento, non è dovuto alcun ri-

sarcimento; se, invece, ricorrono il consenso presunto e il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente allegli e provi che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente. (...)”.

Non decade dalle agevolazioni “prima casa” il coniuge che effettua l’acquisto a titolo personale

Argomento: Diritto tributario

(Cass. Civ., Sez. Trib., 3 novembre 2023, n. 30594)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 8.1. – posto che nella specie si verte in ipotesi di residenza familiare va, invero, rilevato che il principio di diritto enunciato da Corte, e più volte ribadito, è nel senso che, in tema di imposta di registro e dei relativi benefici per l’acquisto della prima casa, ai fini della fruizione degli stessi, il requisito della residenza nel Comune in cui è ubicato l’immobile va riferito alla famiglia, così che, nel caso di acquisto in comunione legale tra coniugi, quel che rileva è che l’immobile acquistato sia destinato a residenza familiare, mentre non assume rilievo in contrario la circostanza che uno dei coniugi non abbia la residenza anagrafica in tale Comune, e ciò in ogni ipotesi in cui il bene sia divenuto oggetto della comunione ai sensi dell’art. 177 c.c.; a maggior ragione il requisito in discorso non deve essere realizzato dal coniuge del contribuente che abbia operato un acquisto a titolo personale (v., ex plurimis, e da ultimo, Cass., 2 febbraio 2023, n. 3123; Cass., 19 luglio 2022, n. 22557).

8.2 – Ne discende che se, come sostiene la Commissione Tributaria Regionale, si trattava di acquisto a titolo personale, l’adempimento del terzo (il coniuge) non era affatto necessario mentre se, diversamente, si trattava di acquisto in comunione, il trasferimento di residenza di uno dei coniugi componente il nucleo familiare era sufficiente per escludere la decadenza in quanto il requisito della residenza nel comune in cui è ubicato l’immobile va riferito alla famiglia (...)”.

Il socio della società cancellata risponde dei debiti sociali non solo con le somme liquidate ma anche con tutte le altre utilità ricevute

Argomento: Delle società

(Cass. Civ., Sez. II, 8 novembre 2023, n. 31109)

Stralcio a cura di *Giorgio Potenza*

“(…) “Beni” (e non solo “somme”) è la parola con cui il sistema normativo, nelle sue disposizioni di portata più generale (a partire dall’art. 2740 c.c.), contrassegna l’oggetto della responsabilità patrimoniale del debitore. Se è vero, come è vero, che si ha a che fare con un fenomeno di responsabilità patrimoniale (dei soci, pur limitata da quanto da loro ricevuto) per adempimento di obbligazioni (contratte dalla società estinta), l’onere di addurre ragioni giustificative ricade sulle spalle di chi intende sostenere un’interpretazione che restringe, in questa ipotesi, alle somme di denaro riscosse l’oggetto della responsabilità patrimoniale, piuttosto che sulle spalle di chi argomenta che il tenore letterale dell’art. 2495 c.c. (oggi) comma 3, non può frapporre ostacoli ad un’applicazione, anche in questa ipotesi, della nozione di beni come oggetto generale della responsabilità patrimoniale. (...) Tali sono ovviamente anche le partecipazioni societarie di cui era titolare la società estinta. Talché s’impone il rigetto di una interpretazione dell’art. 2495 c.c. (oggi) comma 3, rigidamente ancorata alla lettera di «*somme* (...) *riscosse, incompatibile con tale cornice generale*»”.

Responsabilità della Regione per un incidente con un capriolo. Non è stato provato il caso fortuito

Argomento: Della responsabilità civile

(Cass. Civ., Sez. III, 10 novembre 2023, n. 31330)

Stralcio a cura di *Ciro Maria Ruocco*

“(…) 1.3.2. – In secondo luogo, non è condivisibile l’affermazione secondo cui “il potere sulla fauna spetta allo Stato”, non alle Regioni. Alle Regioni la legge attribuisce il potere di “emanare norme relative alla gestione ed alla tutela della fauna selvatica” (art. 1, comma 3, I. 157/92): ed è principio antico ed indiscusso del diritto civile che o l’attribuzione di qualsiasi potere comporta l’assunzione delle connesse responsabilità.

1.3.3. – In terzo luogo, non è esatto affermare che le Regioni “non hanno potere sul singolo animale” selvatico, per due ragioni:

-) sia perché stabilire – ad es. – dove allocare la fauna o se ridurne il numero costituiscono altrettante forme di “potere sul singolo animale”, per l’ovvia ragione che il più contiene il meno;

-) sia perché l’art. 2052 c.c. subordina la speciale responsabilità ivi prevista alla proprietà dell’animale, non al “potere” su di esso: prova ne sia che tale responsabilità sorge anche quando l’animale sia “smarrito o fuggito”, e dunque anche quando il proprietario non ha più alcun controllo su esso.

1.3.4. – In quarto luogo, l’interpretazione della legge non può non tenere conto dei tempi e dei luoghi in cui essa deve essere applicata. E quando la norma presenti un profilo di incertezza, l’interprete deve *«prendere in considerazione non la legge ma il legislatore, e non la lettera ma lo spirito del legislatore, e non il fatto ma l’intenzione, e non una parte, ma l’intero»*.

Ebbene, l’interpretazione restrittiva dell’art. 2052 c.c. fu affermata per la prima volta trent’anni fa (1996) per fatti avvenuti dieci anni prima (1988), in un caso che riguardava danni alle colture causati da anatre selvatiche provenienti da una riserva di caccia (Sez. 3, Sentenza n. 2192 del 15/03/1996).

Quell’interpretazione sorse dunque in un contesto sociale ed economico nel quale erano di là da venire la proliferazione incontrollata della fauna selvatica, le pesanti interferenze di questa con la circolazione stradale, il costante pericolo da essa provocato alla incolumità ed alla vita stessa delle persone.

Secondo attendibili studi provenienti da associazioni del settore, e calcolando solo i sinistri stradali con danni alle persone, nel decennio 2012-2022 la fauna selvatica ha provocato 1.736 sinistri, i quali hanno causato la morte di 151 persone e il ferimento di altre 1.961: in pratica, un morto od un ferito ogni 41 ore.

Sicché, anche ad ammettere che la lettera dell’art. 2052 c.c. possa dirsi ambigua sotto il profilo di cui qui si discorre, proprio per questa ragione deve essere preferita l’interpretazione che privilegia la tutela dei diritti fondamentali alla vita ed alla salute, prevalenti su qualsiasi contrapposto diritto od interesse.

In ciò, per l'appunto, deve farsi consistere quell'obbligo «*di cui la comunità intera deve farsi carico*», affermato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza 4/2001, sopra ricordata. (...).

2.5.3. – In terzo luogo, le SS.UU. con la nota sentenza Sez. U, Sentenza n. 12310 del 15/06/2015, nello stabilire cosa debba intendersi per “domanda nuova”, “domanda precisata” e “domanda modificata”, a p. 21 della motivazione hanno rilevato che non si pone mai una questione di “novità della domanda” dinanzi ad una «*mera diversa qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto, per la quale neppure sarebbe necessaria un'apposita previsione e addirittura la concessione di termini e controtermini*».

Chiarito ciò, hanno aggiunto che la modifica della domanda è sempre ammissibile quando riguarda «*la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o comunque essere a questa collegata (...) quanto meno per alternatività*».

E questo è il caso che ricorre nella vicenda oggi in esame: la parte attrice, infatti, invocando l'applicazione dell'art. 2052 c.c.:

a) ha invocato in sostanza un errore nell'applicazione del criterio di riparto dell'onere della prova;

b) non ha modificato i fatti oggetto della domanda;

c) ha formulato una domanda che comunque sarebbe alternativa, e non cumulativa, rispetto a quella originaria.

Sono soddisfatti, dunque, i criteri stabiliti dalle SS.UU. di questa corte per escludere che ci si trovi dinanzi ad un inammissibile mutamento della domanda. (...)