



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

RASSEGNA DELLA
GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI CIVILI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

ANNO 2007

Roma – gennaio 2008

INTRODUZIONE

Nel rinnovare l'iniziativa di pubblicare l'ormai tradizionale "Rassegna" della giurisprudenza civile e penale di legittimità, relativa al 2007, il Massimario conferma l'impegno di riflessione e di analisi sistematica sui più significativi approdi ermeneutici cui è pervenuta la Corte Suprema di Cassazione.

Insieme con l'identificazione e la selezione ragionata delle linee guida e dei principi di civiltà giuridica, s'intravede l'affascinante trama degli itinerari e degli orizzonti del "diritto vivente", disegnati dalla Corte del "precedente", in una proiezione dinamica della funzione della nomofilachia e degli obiettivi, di rilievo costituzionale, dell'uniformità e della prevedibilità delle decisioni, che i giudici pronunciano nell'ambito di un moderno e complesso contesto, sociale e ordinamentale, inserito in un sistema sopranazionale e governato da una pluralità di fonti normative, diversamente stratificate.

Il Massimario si sente coinvolto ed è impegnato a collaborare, con la sua attività di studio, ricerca e aggiornamento, non solo all'arricchimento delle ragioni di un dialogo "forte" fra giudici, avvocati e giuristi (che può contribuire, con l'adempimento dei doveri di lealtà processuale, alla ragionevole durata del processo), ma anche ai "lavori in corso" per un profondo, autonomo e razionale rinnovamento degli schemi organizzativi della Corte di Cassazione.

A tal fine, può dirsi ormai acquisita la consapevolezza che, nonostante la recisione "formale" dello storico e proficuo legame del Massimario con le Sezioni della Corte (attraverso la figura del magistrato applicato d'appello, eliminata dalla recente riforma ordinamentale), debbano rimanere saldi, anzi rafforzarsi, gli strumenti di raccordo con la giurisdizione di legittimità.

I giovani magistrati che compongono l'Ufficio (e che rappresentano una preziosa risorsa per la Corte) vanno, infatti, coinvolti nella concreta elaborazione dell'attività giurisdizionale secondo moduli e forme d'interazione "nuovi" e originali, nella prospettiva di una puntuale e costante analisi dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità e di una veduta d'insieme sulle potenziali (anche deflative) "ricadute" sul sistema delle linee e dei principi di diritto di volta in volta affermati.

La "Rassegna" è frutto della sinergia culturale e istituzionale tra i "saperi" del Massimario e il quotidiano lavoro esegetico del giudice di legittimità.

Roma, gennaio 2008

Giovanni Canzio

LA GIURISPRUDENZA DELLE
SEZIONI CIVILI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

ANNO 2007

Hanno collaborato alla redazione:

Stefano Benini, Maria Acierno, Francesco Buffa, Raffaele Cantone, Giuseppa Carluccio, Aldo Carrato, Carmelo Celentano, Francesca Ceroni, Francesco Maria Cirillo, Maria Giuliana Civinini, Massimo Ferro, Pasquale Fimiani, Alberto Giusti Antonio Pietro Lamorgese, Rossana Mancino, Guido Mercolino, Marco Rossetti, Lina Rubino, Antonietta Scrima, Alberto Tilocca Enzo Vincenti.

Coordinatore: *Stefano Benini*

INDICE - SOMMARIO

1.LA GIURISDIZIONE

- 1.1 Giurisdizione italiana, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario
- 1.2 Il riparto di giurisdizione
- 1.3 Tutela della salute
- 1.4 Danni da occupazioni illegittime
- 1.5 Altre questioni in materia espropriativa
- 1.6 I beni pubblici
- 1.7 Il pubblico impiego
- 1.8 Il diritto internazionale privato

2. PERSONE E FAMIGLIA

- 2.1 Diritti della personalità
- 2.2 Capacità delle persone
- 2.3 Potestà dei genitori
- 2.4 Aspetti personali dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio
- 2.5 Aspetti economici dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio
- 2.6 Il regime patrimoniale della famiglia

3. LA PROPRIETÀ

- 3.1 La proprietà e i suoi limiti
- 3.2 Il condominio degli edifici
- 3.3 Tutela del possesso
- 3.4 L'usucapione
- 3.5 L'espropriazione
- 3.6 Successione *mortis causa*

4. OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

- 4.1 Le obbligazioni
- 4.2 Il principio di buona fede nell'adempimento delle obbligazioni
- 4.3 La tutela del consumatore
- 4.4 Il contratto
- 4.5 L'adempimento e i rimedi all'inadempimento

5. I SINGOLI CONTRATTI

- 5.1 Compravendita
- 5.2 Contratti di borsa
- 5.3 Locazione
- 5.4 Contratti agrari
- 5.5 *Leasing*
- 5.6 Appalto
- 5.7 Contratto d'opera

- 5.8 Trasporto
- 5.9 Agenzia
- 5.10 Mediazione
- 5.11 Deposito
- 5.12 Contratti bancari
- 5.13 Contratti aleatori
- 5.14 Assicurazione
- 5.15 Contratti per la costituzione di garanzie

6. LA RESPONSABILITÀ DA FATTO ILLECITO

- 6.1 Manutenzione stradale
- 6.2 Responsabilità professionale
- 6.3 Altre ipotesi di responsabilità
- 6.4 Responsabilità della P.A. per attività provvedimentoale
- 6.5 Il danno esistenziale
- 6.6 Le sanzioni amministrative

7. DIRITTO COMMERCIALE

- 7.1 Titoli di credito
- 7.2 Concorrenza sleale
- 7.3 Privative industriali e beni immateriali
- 7.4 Società di persone
- 7.5 Società per azioni
- 7.6 Società a responsabilità limitata
- 7.7 Società cooperative
- 7.8 Diritto processuale societario
- 7.9 Procedura fallimentare
- 7.10 Procedure concorsuali giurisdizionali diverse dal fallimento (concordato preventivo e amministrazione controllata)
- 7.11 Procedure concorsuali speciali non giurisdizionali (liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria)

8. DIRITTO DEL LAVORO

- 8.1 Diritti sindacali
- 8.2 Costituzione del rapporto di lavoro
- 8.3 Intermediazione di manodopera
- 8.4 Modalità di svolgimento del rapporto
- 8.5 Diritto alla qualifica e mansioni
- 8.6 Tutela delle condizioni di lavoro
- 8.7 Estinzione del rapporto
- 8.8 Tutela dei diritti sociali

9. DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

- 9.1 Il nuovo processo civile di cassazione
- 9.2 Regolamento di giurisdizione e decisione sulla giurisdizione
- 9.3 Competenza e regolamento di competenza
- 9.4 Cosa giudicata
- 9.5 Legittimazione, capacità processuale e rappresentanza processuale
- 9.6 Domanda, eccezione, riconvenzionale, preclusioni
- 9.7 Pluralità di parti nel processo
- 9.8 Successione nel processo
- 9.9 Sospensione nel processo
- 9.10 Interruzione del processo
- 9.11 Estinzione e riassunzione del processo
- 9.12 Notificazioni
- 9.13 Pova civile
- 9.14. Provvedimenti anticipatori di condanna
- 9.15 Sentenza
- 9.16 Spese giudiziali
- 9.17 Impugnazioni in generale
- 9.18 Ricorso per cassazione
- 9.19 Ricorso straordinario
- 9.20 Il ricorso avverso le decisioni della Sezione discipline del CSM
- 9.21 Esecuzione forzata
- 9.22 Procedimenti sommari
- 9.23 Procedimenti cautelari e possessori
- 9.24 Altri procedimenti speciali e camerali
- 9.25 Procedimenti arbitrali

10. PROCESSO DEL LAVORO

- 10.1 Competenza
- 10.2 Domanda
- 10.3 Memoria di costituzione
- 10.4 Istruttoria: preclusioni e potere officioso
- 10.5 Pregiudiziale interpretativa
- 10.6 Decisione
- 10.7 Impugnazioni

11. DIRITTO E PROCESSO TRIBUTARIO

- 11.1 Principi generali
- 11.2 Agevolazioni tributarie
- 11.3 Imposte dirette
- 11.4 Imposte indirette
- 11.5 Tributi locali
- 11.6 Il processo tributario

1. LA GIURISDIZIONE

1.1 Giurisdizione italiana, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario.

L'autentica novità in tema di giurisdizione, nei rapporti internazionali tra le Corti, proviene dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, che investite da alcune ordinanze della Corte di Cassazione del 2006, in tema di indennità di espropriazione e di risarcimento del danno da occupazione illegittima, hanno stabilito che in presenza di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo di accertamento della violazione, da parte dello Stato italiano, delle disposizioni della convenzione in tema di criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione, **non è predicabile un dovere del giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti con la Convenzione**, attesa la diversità delle norme di questa rispetto a quelle comunitarie, ai fini della diretta applicabilità nell'ordinamento interno. Il limite del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, primo comma, Cost.), in particolare riguardo agli obblighi derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo s'impone a livello di esercizio della potestà legislativa, e l'eventuale contrasto di norma interna con la norma internazionale, non è rimediabile, da parte del giudice nazionale, che attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale. Le norme della Convenzione, peraltro, sono qualificabili, nell'interpretazione privilegiata che ne renda la Corte di Strasburgo, e sempre che se ne verifichi la conformità alla Carta costituzionale, quali norme interposte nel giudizio di costituzionalità.

Alla luce di tali premesse, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 117 Cost., della disciplina vigente in tema di indennizzo espropriativo (sentenza n. 348: art. 5-bis, commi 1 e 2, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, nonché, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in via consequenziale, dell'art. 37, commi 1 e 2, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327) e di risarcimento del danno da occupazione illegittima (sentenza n. 349: art. 5-bis, cit., comma 7-bis, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662): per le prime pronunce applicative, si rinvia al punto 3.5, sulla problematica concernente l'incidenza delle pronunce costituzionali sui

giudizi in corso.

In tema di **rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE**, la Corte ha fissato con precisione i relativi presupposti affermando che:

- **il rinvio pregiudiziale** della causa alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato C.E., **presuppone**: che la questione interpretativa riguardi norme comunitarie, che la stessa sia rilevante ai fini della decisione e che sussistano effettivi dubbi sulla interpretazione, essendo il rinvio inutile (o non obbligato) quando l'interpretazione della norma sia evidente o il senso della stessa sia già stato chiarito da precedenti pronunce della C.G.C.E.. Pertanto, non deve sottoporsi all'interpretazione della Corte l'art. 24 del Regolamento C.E. n. 44 del 2001 in relazione alla possibilità per la parte, la cui eccezione di difetto di giurisdizione sia stata respinta in primo grado, di riproporla in appello senza dover esercitare mezzi di impugnazione, atteso che l'art. 24 cit. disciplina l'accettazione tacita di competenza e non il rigetto di una eccezione espressa di incompetenza e, come ha chiarito la C.G.C.E. (sent. 15 novembre 1983, Duijnsteet) in relazione all'art. 19 della Convenzione di Bruxelles, riprodotto dall'art. 25 Reg., solo se la controversia rientra tra le ipotesi di competenza esclusiva, il giudice nazionale deve dichiararsi incompetente d'ufficio “anche se la norma processuale limita l'indagine del giudice nell'ambito di un ricorso per cassazione ai mezzi dedotti dalle parti”: dal che si deduce *a contrariis* che nelle altre ipotesi restano ferme per il giudice dell'impugnazione le limitazioni all'indagine derivanti dall'applicazione delle norme nazionali (Sezioni Unite, sentenza **n. 12067**);

- il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, quantunque obbligatorio per i giudizi di ultima istanza, presuppone che la questione interpretativa controversa abbia rilevanza in relazione al *thema decidendum* sottoposto all'esame del giudice nazionale ed alle norme interne che lo disciplinano; è stato, pertanto, ritenuto irrilevante il quesito – per cui la parte sollecitava il rinvio pregiudiziale – relativo al se la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 17 lett c) Conv. Bruxelles “debba essere valutata in capo ai *brokers*” o “ai contraenti finali”, avendo accertato che non esisteva un uso internazionale consolidato in materia di deroga alla giurisdizione e che i *brokers* intervenuti nella procedura contrattuale avevano svolto un ruolo di mediatori senza assumere la rappresentanza delle parti (Sezioni Unite, ordinanza **n. 8095**);

- **non può essere disposto il rinvio pregiudiziale** di una causa alla Corte di Giustizia, *ex art. 234 trattato CE*, deducendo che una norma interna (nella specie, l'art. 4 della legge n. 460 del 1987) sia invalida perché fissa una sanzione sproporzionata rispetto alla regola di condotta imposta da un regolamento comunitario, non configurandosi in tal caso alcun conflitto tra diritto interno e diritto comunitario, in quanto, una volta che un regolamento comunitario abbia imposto un obbligo di condotta, demandandone la sanzione ai singoli ordinamenti nazionali, rientra nella discrezionalità del legislatore statale determinare la qualità e la misura della sanzione, e tale scelta è insindacabile in relazione all'ordinamento comunitario sotto il profilo dell'eccessività della sanzione (sentenza **n. 11125**);

- è inammissibile l'istanza di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato U.E. per la **risoluzione di questioni di interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo** (nella specie, in materia di diritto alla traduzione degli atti del procedimento di espulsione in una lingua conosciuta), non potendo ritenersi che le disposizioni della predetta Convenzione costituiscano parte integrante del diritto comunitario (sentenza **n. 6978**).

La Corte ha, infine, rimesso alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 Trattato CE, la questione – relativa a un giudizio civile instaurato nei confronti di un parlamentare europeo e avente ad oggetto l'esperimento di un'azione risarcitoria per diffamazione a carico di un magistrato - se, nell'ipotesi di inerzia di detto parlamentare, che non si avvalga dei poteri attribuitigli dall'art. 6, comma secondo, del Regolamento del Parlamento europeo di richiedere direttamente al Presidente la difesa dei privilegi e delle immunità, il giudice avanti al quale penda la causa sia comunque tenuto a richiedere a tale Presidente la revoca dell'immunità, ai fini della prosecuzione del procedimento e dell'adozione della decisione, ovvero, se in difetto della comunicazione da parte dello stesso Parlamento europeo di voler difendere le immunità e i privilegi del parlamentare (analogamente a quanto avviene in applicazione dell'art. 68 Cost. per i parlamentari nazionali), il giudice avanti al quale pende la causa civile possa decidere sull'esistenza o meno della prerogativa, avuto riguardo alle condizioni concrete del caso di specie (ordinanza interlocutoria **n. 7734**).

1.2 Il riparto di giurisdizione.

In tema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, l'anno 2007 è contrassegnato da pronunce che, di seguito alle fondamentali ordinanze delle Sezioni Unite del giugno 2006 (n. 13659, 13660, 13911), fanno applicazione dei principi enucleati dalle sentenze n. 204 del 2004 e 191 del 2006 della Corte costituzionale.

In particolare, in applicazione del principio secondo cui la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario quando la p.a. agisca in posizione di parità con i soggetti privati, si segnala la sentenza **n. 4** che ha ritenuto che la procedura di **scelta del contraente** per il conferimento di un incarico ad un professionista esterno da parte della pubblica amministrazione non costituisca espressione di una potestà amministrativa, bensì di una semplice autonomia privata funzionale all'instaurazione di un rapporto privatistico di lavoro autonomo, nel cui ambito i privati possono legittimamente invocare la tutela di interessi legittimi di diritto privato dinanzi al giudice ordinario, restando la pubblica amministrazione soggetta ai soli principi di imparzialità e buon andamento *ex art. 97 Cost.*

Nella fase di esecuzione dell'appalto successiva al provvedimento di aggiudicazione, caratterizzata dall'operare dell'Amministrazione non quale autorità che esercita pubblici poteri, ma nell'ambito di un rapporto privatistico contrattuale, al giudice amministrativo che conoscendo della legittimità degli atti del procedimento, annulli l'atto di aggiudicazione, resta precluso ogni sindacato sugli atti di esecuzione conseguenti all'aggiudicazione, e tra questi sul contratto stipulato tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante: spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura a evidenza pubblica, giacché le situazioni soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritto soggettivi pieni (sentenza **n. 27169**).

In applicazione del principio secondo cui la giurisdizione appartiene al giudice ordinario quando la condotta della p.a. sia ascrivibile a mera attività materiale, sempre che nella vicenda non sia concretamente riconoscibile, anche come indiretto ascendente, un atto di esercizio del potere, nonché quante volte la lesione del

patrimonio si manifesti come effetto dell'esercizio illegittimo o mancato di «*poteri ordinati a tutela del privato*», le Sezioni Unite (nell'ordinanza **n. 17831**) hanno valutato come **mero comportamento lesivo della clausola generale dell'art. 2043 cod. civ.** e, quindi, del diritto soggettivo di impresa e alla libera iniziativa economica dei privati *ex art. 41 Cost.*, la mancata adozione da parte della p.a. di interventi previsti dalla legge nell'interesse dei cittadini, che avrebbero consentito di evitare i danni da essi sofferti, avendo la p.a. violato i canoni generali di diligenza, prudenza e di buon andamento dell'amministrazione *ex art. 97 Cost.*

Inoltre, sussiste la giurisdizione ordinaria "*quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo*", cioè in caso di lesione dei cosiddetti diritti incompressibili di rilievo costituzionale (diritto alla salute, all'integrità personale, ecc.) (p. 1.3).

Tuttavia, con la sentenza **n. 27187**, si è affermato che anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il **diritto alla salute** (art. 32 Cost.) - allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della P.A. di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come quella della gestione del territorio - compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti. Facendo applicazione del principio secondo cui, nelle azioni di risarcimento del danno causato dall'attività provvedimento illegittima della p.a., sussiste la giurisdizione amministrativa (sia nell'ambito della giurisdizione esclusiva che in quella di legittimità), l'ordinanza **n. 416** ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria per i danni derivati da provvedimenti amministrativi repressivi adottati nei confronti di un privato per l'esecuzione di lavori edilizi, annullati dal giudice amministrativo, mentre ha affermato la giurisdizione ordinaria ove la tutela sia chiesta nei confronti di

comportamenti ed atti estranei all'esercizio del potere autoritativo della P.A.. Nell'ordinanza **n. 9322** le Sezioni Unite hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sull'azione risarcitoria per i danni derivati da atti dell'amministrazione scolastica da esso dichiarati illegittimi, costituenti espressione di esercizio del potere pubblico. La sentenza **n. 15** ha devoluto al giudice ordinario la cognizione della domanda risarcitoria basata su comportamenti illeciti dell'Amministrazione Finanziaria dello Stato o di altri enti impositori e, quindi, avente ad oggetto una posizione sostanziale di diritto soggettivo del tutto indipendente dal rapporto tributario ed estranea ad una delle fattispecie tipizzate che, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992, rientrano nella giurisdizione esclusiva delle Commissioni Tributarie; infatti, anche nel campo tributario, l'attività della p.a. deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge ma anche dalla norma primaria del *neminem laedere*, per cui è consentito al giudice ordinario - al quale è pur sempre vietato stabilire se il potere discrezionale sia stato, o meno, opportunamente esercitato - accertare se vi sia stato, da parte dell'Amministrazione, un comportamento colposo tale che, in violazione della suindicata norma primaria, abbia determinato la violazione di un diritto soggettivo.

In generale, quanto ai criteri processuali di riparto della giurisdizione, le pronunce **nn. 3188, 3195 e 10375** hanno ribadito che il criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudici speciali si individua nel c.d. *petitum sostanziale*, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione e dal quale la domanda viene identificata. Peraltro, nella pronuncia **n. 9325**, le Sezioni Unite hanno rilevato, in punto di ordine logico di trattazione delle questioni, che **l'estendersi delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo imponga un diverso atteggiamento conoscitivo, ai fini dell'attribuzione della giurisdizione**, nel senso che la prima questione da esaminarsi sia quella relativa all'appartenenza o meno della situazione sostanziale dedotta in giudizio a materia rientrante tra quelle astrattamente riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In particolare, pur se il criterio fondamentale di riparto della giurisdizione si basa tuttora sul binomio diritti-interessi, la moltiplicazione delle

materie attribuite alla giurisdizione esclusiva impone preliminarmente l'interrogativo se la controversia sia oggettivamente suscettibile in una delle particolari materie: riguardo all'urbanistica, se si controverta su aspetti di gestione del territorio, se sia ravvisabile l'esercizio di poteri amministrativi o viceversa un comportamento senza potere, se il soggetto che se ne sia reso autore sia pubblico o a questo equiparato; che la soluzione del problema di giurisdizione non può fermarsi alle allegazioni, tanto meno del solo ricorrente, bensì esige il vaglio delle ulteriori risultanze e degli elementi probatori, almeno documentali, acquisiti in causa; che la delibazione degli elementi salienti ai fini del riparto esalta il tradizionale ruolo delle Sezioni unite come giudice del fatto nelle questioni di giurisdizione. Il vaglio delle risultanze non comporta, per il necessario *self-restraint* che caratterizza la conoscenza delle questioni pregiudiziali, la soluzione del merito della controversia. Sicché la riconoscibilità del potere, di fronte al quale il diritto è degradato ad interesse, o in virtù del quale è verificabile la condizione costituzionale di attribuibilità della controversia alla giurisdizione esclusiva, è ragione di declaratoria della giurisdizione amministrativa, senza che per questo il giudice dichiarato competente a conoscere la controversia sia condizionato sulla legittimità dell'azione amministrativa o sull'esistenza della lesione di cui s'invoca la rimozione degli effetti.

Ai fini della individuazione dei criteri sostanziali di individuazione dei diritti soggettivi rispetto agli interessi legittimi, su cui è fondato il riparto della giurisdizione, le Sezioni Unite **n. 14952** hanno ribadito che, laddove il potere discrezionale debba essere esercitato dalla pubblica amministrazione secondo criteri predeterminati dalla legge, sussistono diritti soggettivi di cui deve conoscere il giudice ordinario.

In tema di appalti pubblici, la pronuncia **n. 8519**, tenuto conto che il divieto della revisione dei prezzi è divenuto un vero e proprio principio regolatore degli appalti pubblici, ha affermato che non è più configurabile, al riguardo, una posizione di interesse legittimo dell'appaltatore, ma si pone soltanto un problema di validità delle clausole contrattuali che, nel sopravvenuto regime, abbiano riconosciuto il diritto alla revisione, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla domanda di riconoscimento della revisione dei prezzi proposta dall'appaltatore.

Le Sezioni Unite, nella pronuncia **n. 4632**, hanno ribadito che le azioni possessorie sono esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. (e di chi agisca per

conto di essa) quando il comportamento della medesima non si ricollegi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali; nella **n. 10375** hanno enunciato il principio che il difetto assoluto di giurisdizione è ravvisabile solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere; attiene, per contro, al merito della controversia ogni questione attinente all'idoneità di una norma di diritto a tutelare il concreto interesse affermato dalla parte in giudizio. In particolare, la S.C. ha affermato che alla richiesta di tutela possessoria contro l'esercizio di una pubblica funzione consegue la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, per essere competente il giudice amministrativo, e non la pronuncia di difetto assoluto di giurisdizione.

Ai fini del riparto della giurisdizione in materia di servizi pubblici, a seguito della declaratoria (Corte cost. n. 204 del 2004) di parziale incostituzionalità dell'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 25 del 2000, le Sezioni Unite hanno chiarito che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sussiste solo nelle ipotesi in cui il servizio pubblico sia gestito in forza di concessioni, ovvero comunque relative all'esercizio dell'attività provvedimentale in materia di pubblici servizi, ad esclusione delle controversie relative ad indennità, canoni ed altri corrispettivi (**n. 17829** e **n. 1822**).

In materia di decisioni emesse dal Consiglio nazionale dei Geologi (anche in materia elettorale), la sentenza **n. 24815** ha stabilito che la relativa impugnazione si propone non davanti al Tar ma davanti al tribunale ordinario in composizione integrata (cioè estesa a due iscritti all'Ordine), nel cui circondario ha sede l'Ordine che ha pronunciato la decisione impugnata o si è svolta l'elezione contestata.

La sentenza **n. 22647**, relativa a controversia instaurata successivamente all'entrata in vigore della legge n. 205/2000, ha affermato che la cognizione della domanda proposta da un'emittente radiotelefonica o televisiva per far cessare i disturbi provocati da successivi utilizzatori della medesima frequenza è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, poiché non rientra nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo e nemmeno in quella esclusiva di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 80

del 1998, in quanto non si verte in tema di pubblici servizi, bensì di attività commerciali svolte da imprese private in regime di concorrenza.

Quanto alla giurisdizione sulle controversie relative alla installazione delle discariche di rifiuti si rinvia al successivo punto 1.3.

Ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice tributario, la sentenza **n. 7388** ha precisato che, in tema di contenzioso tributario, l'art. 12, comma secondo, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, configura la giurisdizione tributaria come giurisdizione a carattere generale, che si radica in base alla materia, indipendentemente dalla specie dell'atto impugnato, con conseguente devoluzione alle commissioni tributarie anche delle controversie relative agli atti di esercizio dell'autotutela tributaria, non assumendo alcun rilievo la natura discrezionale di tali provvedimenti, in quanto l'art. 103 Cost. non prevede una riserva assoluta di giurisdizione in favore del giudice amministrativo per la tutela degli interessi legittimi, ferma restando la necessità di una verifica da parte del giudice tributario in ordine alla riconducibilità dell'atto impugnato alle categorie (degli atti impugnabili) indicate dall'art. 19 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, che non attiene alla giurisdizione, ma alla proponibilità della domanda. La medesima sentenza ha anche chiarito, con riferimento all'impugnazione degli atti di rifiuto dell'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione finanziaria, che il sindacato del giudice deve riguardare, ancor prima dell'esistenza dell'obbligazione tributaria, il corretto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, nei limiti e nei modi in cui esso è suscettibile di controllo giurisdizionale, che non può mai comportare la sostituzione del giudice all'Amministrazione in valutazioni discrezionali, né l'adozione dell'atto di autotutela da parte del giudice tributario, ma solo la verifica della legittimità del rifiuto dell'autotutela, in relazione alle ragioni di rilevante interesse generale che ne giustificano l'esercizio. In particolare, ove il rifiuto dell'annullamento d'ufficio contenga una conferma della fondatezza della pretesa tributaria, e tale fondatezza sia esclusa dal giudice, l'Amministrazione è tenuta ad adeguarsi alla relativa pronuncia, potendo altrimenti esperirsi il rimedio del ricorso per ottemperanza, il quale, peraltro, non attribuisce alle commissioni tributarie una giurisdizione estesa al merito.

La sentenza **n. 11077** ha chiarito che dalle controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie attribuite alle commissioni tributarie, a norma dell'art. 2 del d.lgs.

31 dicembre 1992, n. 546, come sostituito (a decorrere dal 1° gennaio 2002) dall'art. 12, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, sono escluse soltanto quelle relative agli «*atti della esecuzione tributaria*», fra i quali non rientrano né le cartelle esattoriali né gli avvisi di mora.

Sulla fondamentale sentenza **n. 4109**, in tema di *translatio iudicii*, si fa rinvio al punto 9.2 della rassegna.

1.3 Tutela della salute.

Nella sentenza **n. 5402** le Sezioni Unite hanno confermato la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sulla richiesta avanzata per il **rimborso delle spese sostenute all'estero per cure sanitarie**, trattandosi di posizione creditoria correlata al diritto del cittadino alla salute per sua natura non suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione dell'amministrazione. Peraltro, nell'ordinanza **n. 3848** le Sezioni Unite hanno ritenuto che sulla domanda proposta nei confronti del Comune da un invalido ai fini della concessione del servizio taxi previsto per persone fisicamente impedito alla salita ed alla discesa dei mezzi pubblici di trasporto, in relazione al disposto dell'art. 26 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, dovesse giudicare il giudice amministrativo poiché il portatore di *handicap* è titolare in proposito di un mero interesse legittimo, dal momento che la rivendicata provvidenza viene erogata sulla base di una compatibilità con le risorse di bilancio pubblico, da valutarsi discrezionalmente da parte della Pubblica Amministrazione. Nella sentenza **n. 8227** si è ritenuto che rientrasse nella giurisdizione amministrativa la domanda con la quale un utente del servizio sanitario nazionale aveva chiesto alla Regione, al Ministero della Salute e alla Federfarma il risarcimento del danno conseguente al passaggio alla assistenza indiretta per la fornitura di farmaci indispensabili, investendo essa il potere dell'autorità amministrativa di provvedere alla organizzazione e alla modalità di prestazione del servizio sanitario e la relativa discrezionalità dell'amministrazione sulle opzioni praticabili per soddisfare le esigenze del servizio sanitario.

In tema di controversie relative alla **installazione delle discariche di rifiuti**, va nuovamente ricordata la sentenza **n. 27187** delle Sezioni Unite (citata al punto 1.2), secondo la quale esse spettano all'esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo in quanto controversie in materia di gestione del territorio nell'interesse dell'intera

collettività nazionale, anche qualora sia denunciata una lesione ai diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quale il diritto alla salute (art. 32 Cost.), accertando la sussistenza in concreto dei diritti vantati e provvedendo in ordine al contemperamento o alla limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre.

1.4 Danni da occupazioni illegittime.

Le Sezioni Unite hanno ribadito che, mentre per la liquidazione dell'indennità da occupazione legittima la domanda deve essere conosciuta dal giudice ordinario (ordinanza n. 9847), nella materia dei **danni da occupazioni illegittime** va attuata una **ripartizione tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo**, sulla base di criteri così precisati dall'ordinanza n. 14794:

- a) le controversie in materia di occupazione di terreni irreversibilmente ed illegittimamente trasformati dalla p.a. in assenza del decreto di espropriazione ed in presenza della dichiarazione di pubblica utilità, iniziate in epoca antecedente al 1° luglio 1998, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, a seconda della natura delle situazioni soggettive (diritti-interessi legittimi). Lo stesso principio è stato ribadito dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 7249, che ha ascrivito alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda risarcitoria proposta prima della riforma dei criteri di riparto di cui al d.lgs. 80 del 1998, per l'occupazione appropriativa di un fondo, trattandosi di condotta materiale lesiva del diritto di proprietà del titolare dell'area, situazione soggettiva affievolita con l'autorizzazione all'occupazione, che recupera però la sua pienezza originaria all'esito di questa (conforme la sentenza n. 14955);
- b) le controversie, se iniziate dal 1° luglio 1998 al 9 agosto 2000, restano attribuite al giudice ordinario per effetto della sentenza n. 281 del 2004 della Corte costituzionale che, ravvisando eccesso di delega nell'art. 34 d.lgs. n. 80 del 1998 anteriormente alla sua sostituzione da parte dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, ha dichiarato l'incostituzionalità delle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva (conformi le sentenze n. 3042 e n. 9321);
- c) le controversie sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se iniziate a partire dal 10 agosto 2000, data di entrata in vigore dell'art. 34 d.lgs. n. 80 del 1998, come riformulato dall'art. 7 della legge n. 205 del

2000 (conforme l'ordinanza n. 7256), mentre la stessa giurisdizione è giustificata dall'art. 53 del t.u. n. 327 del 2001 se la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta successivamente al 1° luglio 2003, data di entrata in vigore del t.u. espropriazioni;

d) la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste in relazione ai comportamenti della p.a. consistenti in occupazione di suoli di proprietà privata posti in essere in presenza di una preesistente ed ancora efficace (per non essere scaduti i termini della) dichiarazione di pubblica utilità pur se illegittima e pur se la stessa, per disposto annullamento, abbia cessato retroattivamente di esplicare i suoi effetti poiché, anche in tal caso, si è in presenza di un esercizio del potere autoritativo della p.a.;

e) la giurisdizione del giudice amministrativo ha ad oggetto le domande risarcitorie proposte contestualmente o autonomamente rispetto alla richiesta di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità o del decreto di esproprio o di occupazione ed anche nei casi (pur qualificabili come di occupazione usurpativa) in cui il provvedimento amministrativo sia stato sia annullato in sede di giurisdizione di legittimità o a seguito di ricorso straordinario; f) sussiste, invece, la giurisdizione del giudice ordinario nelle restanti controversie in materia di occupazione usurpativa, quando l'occupazione del fondo di proprietà privata avvenga in assenza della dichiarazione di pubblica utilità o successivamente alla scadenza dei termini di efficacia della stessa, sia che ne venga invocata la tutela restitutoria sia che, attraverso un'abdicazione implicita al diritto dominicale, si opti per il risarcimento del danno. La giurisdizione del giudice ordinario viene giustificata con il rilievo che tali occupazioni non possono che ritenersi di mero fatto o in carenza assoluta di poteri autoritativi della p.a. la quale, agendo oltre i termini stabiliti dalla legge, in sostanza tiene un comportamento non diverso di quello di un privato che leda diritti dei terzi, i quali potranno chiedere tutela al giudice ordinario, trattandosi di illecito in nessun modo ricollegabile all'esercizio di poteri amministrativi.

In particolare, la giurisdizione del giudice ordinario sussiste:

1) nel caso in cui la dichiarazione di p.u. manchi del tutto, che si verificava per effetto della previsione generale della legge n. 2359 del 1865 (art. 13) in forza della quale la dichiarazione medesima doveva di regola essere contenuta in un espresso provvedimento amministrativo. Questa ipotesi, avendo l'art. 1 della legge n. 1 del

1978 attribuito valore di dichiarazione di p.u. di urgenza ed indifferibilità delle opere pubbliche all'approvazione dei progetti da parte dell'autorità amministrativa, ormai configurabile soltanto nel caso di collocazione di un'opera di pubblica utilità in un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai presupposti provvedimenti amministrativi di approvazione del progetto (sulla configurazione dell'**occupazione usurpativa**, anche nel caso dell'esecuzione dell'opera pubblica con c.d. "sconfinamento", si è pronunciata anche la sentenza n. **3723**, che ha affermato che l'occupazione, anche in questo caso, costituisce un illecito permanente in alcun modo ricollegabile all'esercizio di poteri amministrativi, onde l'azione risarcitoria del danno che ne è conseguito rientra nella giurisdizione del giudice ordinario);

2) nelle ipotesi in cui il provvedimento contenente la dichiarazione di p.u. sia radicalmente nullo (v., oggi, l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 introdotto dalla legge n. 15 del 2005) ovvero nei casi in cui lo stesso non contenga l'indicazione dei termini per l'inizio ed il compimento delle espropriazioni e delle opere (ciò risponde alla necessità di rilievo costituzionale, art. 42 co. 3 Cost., di limitare il potere discrezionale della pubblica amministrazione, al fine di evitare di mantenere i beni espropriabili in stato di soggezione a tempo indeterminato, nonché all'ulteriore finalità di tutelare l'interesse pubblico a che l'opera venga eseguita in un arco di tempo valutato congruo per l'interesse generale (sul punto viene confermata l'ordinanza n. 2688);

3) infine, nelle ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di p.u. individuate dalla legge n. 2359 del 1865 (art. 13 co. 3), nel caso di inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il compimento dell'espropriazione e dei lavori (senza che sia intervenuto il decreto ablativo) e, secondo la legge n. 1 del 1978 (art. 1 co. 3), nel caso di mancato inizio delle opere "nel triennio successivo all'approvazione del progetto". A nulla rileva che in entrambe le fattispecie il potere ablativo fosse in origine attribuito all'amministrazione, in quanto è decisivo che tale attribuzione fosse circoscritta nel tempo direttamente dal legislatore e fosse già venuta meno all'epoca dell'utilizzazione della proprietà privata.

Le stesse regole valgono per le **azioni possessorie**, che sono esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della P.A. quando il comportamento perseguito non si ricollegi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e

nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale lesiva di diritti soggettivi o quando il provvedimento risulti adottato in stato d'evidente carenza d'attribuzione di funzioni, di modo che l'atto ha l'apparenza ma non la sostanza del provvedimento amministrativo idoneo a produrre l'effetto di degradazione del diritto soggettivo. In tal senso la sentenza **n. 13397**, relativa a controversia insorta prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1998, in cui il Comune aveva ordinato ed eseguito coattivamente lo "sgombero immediato" dei legittimi occupanti di un immobile, al di fuori dello schema procedimentale delle requisizioni e dell'occupazione d'urgenza, e dato luogo ad un'occupazione usurpativa, inidonea, pur a seguito di realizzazione di alcune opere, a realizzare gli effetti dell'accessione invertita.

Alla giurisdizione ordinaria è stata quindi ricondotta la controversia possessoria instaurata dal proprietario di un fondo occupato dall'amministrazione per l'esecuzione di un'opera il cui progetto sia stato approvato senza indicazioni dei termini di inizio e compimento dei lavori e della procedura, verificandosi in tal caso una situazione di carenza di potere espropriativo, per cui l'occupazione effettuata sul suolo privato costituisce mero comportamento materiale (ordinanza **n. 9323**).

Nella stessa prospettiva, le Sezioni Unite, con l'ordinanza **n. 4632**, hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sull'azione di manutenzione esercitata dal proprietario di terreno a cui favore era costituita una servitù avente ad oggetto il divieto di destinare il fondo servente ad uso diverso da quello agrario, a seguito di acquisizione e trasformazione in parcheggio da parte del Comune, affermando che non costituiscono atti d'imperio della P.A., idonei ad affievolire a interesse legittimo la posizione soggettiva del privato, nè una variante di piano regolatore generale, inidonea a produrre l'effetto implicito di dichiarazione di pubblica utilità, nè l'acquisizione di un fondo con atto, che, in assenza dei caratteri della cessione amichevole, deve qualificarsi come atto di vendita di diritto privato.

Nel caso di occupazione di un fondo da parte dell'impresa incaricata della realizzazione di un lotto dell'opera pubblica dal contraente generale aggiudicatario dell'opera, in base ad accordo di occupazione provvisoria di detto fondo, resa necessaria per operazioni di cantiere per la realizzazione, localizzata su altre aree, dell'opera pubblica, l'ordinanza **n. 9325**, ha ascrivito alla giurisdizione del giudice

ordinario la controversia possessoria instaurata dal proprietario del fondo stesso, “attesa la veste privatistica dell'occupante, di cui non risulti la delega alla conduzione della procedura espropriativa”.

Per converso, la sentenza **n. 10375** ha evidenziato la diversa incidenza dei termini entro i quali devono cominciare e compiersi le espropriazioni ed i lavori, rispetto all'efficacia temporale della dichiarazione di pubblica utilità, in quanto l'inosservanza del termine per il compimento della procedura espropriativa non ne determina la decadenza, qualora non sia ancora perento il termine finale per il compimento dell'opera; la sentenza ha pertanto confermato la decisione di merito che, nell'ambito di un procedimento possessorio instaurato nei confronti della P.A., aveva escluso che l'occupazione integrasse una situazione di carenza di potere - e dichiarato il proprio difetto di giurisdizione - in quanto erano scaduti i termini per l'inizio dei lavori e delle espropriazioni e quello finale per il completamento dell'espropriazione, però era ancora pendente il termine per il completamento dell'espropriazione.

Quanto, poi, alla situazione soggettiva del privato incisa dal comportamento illegittimo della p.a., l'ordinanza **n. 14794** cit. la qualifica espressamente, nei casi (non solo di occupazione usurpativa, come in passato affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 11335 del 2005, ma anche) di **occupazione appropriativa**, come di diritto soggettivo (di proprietà), sicché il giudice amministrativo in tanto può conoscerne in quanto la controversia inerisca ad una particolare materia devoluta dalla legge alla sua giurisdizione esclusiva, in presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità che è idonea a far considerare quel comportamento come espressione, seppur mediata, del potere ablatorio della p.a. La dichiarazione di pubblica utilità, infatti, non è di per sé idonea ad affievolire il diritto di proprietà. Le Sezioni Unite hanno dichiarato di fare applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 191 dell'11 maggio 2006 e si sono discostate da una precedente decisione delle Sezioni Unite (n. 27193 del 2006) che aveva ritenuto che, nel caso in cui l'esecuzione dell'opera avvenga in presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità e successivamente siano scaduti i relativi termini, non potendosi più emettere un valido decreto di esproprio, le situazioni soggettive implicate dal comportamento pur illecito della p.a. sarebbero qualificabili come di interesse legittimo e, quindi, tutelabili “nei limiti in cui con l'intervento del Giudice si realizzi anche l'interesse pubblico”.

Le Sezioni Unite hanno da ultimo avuto occasione di prendere posizione, anche ai fini del riparto di giurisdizione, sull'applicabilità dell'art. 43 t.u. espropriazioni (d.p.r. n. 327 del 2001: di cui l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2005, ha ritenuto l'applicazione retroattiva), stabilendo che detta norma, concernente **l'acquisizione di beni utilizzati dalla pubblica amministrazione in assenza di decreto di esproprio**, è inapplicabile, anche agli effetti della giurisdizione, ove l'acquisizione alla proprietà pubblica sia avvenuta per irreversibile trasformazione del fondo occupato, consumata anteriormente all'entrata in vigore della stessa norma, tanto più ove la responsabilità per l'appropriazione sia definita contrattuale, nell'ambito dell'azione di risoluzione di precedente contratto di cessione dei beni oggetto di occupazione, per inadempimento dell'amministrazione cessionaria (sentenza n. 26732).

1.5 Altre questioni in materia espropriativa.

Con la sentenza n. 12185 e l'ordinanza n. 24017, le Sezioni Unite hanno ribadito che è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda volta ad ottenere la condanna della p.a. al pagamento dell'indennizzo dovuto per effetto della **reiterazione di vincoli d'inedificabilità assoluta sostanzialmente espropriativi**, nella ricorrenza dei presupposti indicati dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 179 del 1999 (confermata, da ultimo, dalla sentenza n. 314 del 2007), quando non si faccia questione circa la legittimità degli atti amministrativi impositivi di quei vincoli. Questi, infatti, rientrano nell'ampia previsione di salvezza della giurisdizione del giudice ordinario - di cui al D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 34, comma 3, lettera b) - sulle domande aventi ad oggetto "indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa", ben potendo anche la cosiddetta espropriazione "di valore" essere ricompresa nella nozione di "atto ablativo". Le stesse decisioni hanno affermato che l'interpretazione accolta trova conferma nel disposto del D.P.R. n. 327 del 2001, art. 39, che attribuisce alla cognizione della Corte d'Appello la controversia, introdotta con opposizione alla stima effettuata dall'autorità, sulla determinazione dell'indennità per reiterazione del vincolo sostanzialmente espropriativo. L'ordinanza n. 1741 ha però precisato che la competenza a conoscere delle controversie in questione, appartiene al Tribunale e non alla Corte d'appello, come previsto dall'art. 39 cit.,

quando gli atti di rinnovo del vincolo espropriativo sono anteriori al 30 giugno 2003, data di entrata in vigore del decreto citato.

La S.C. (sentenze **n. 3040**, **n. 8217** e **n. 9845**) ha poi ribadito che *sono attribuite alla giurisdizione ordinaria* le controversie afferenti il contratto di cessione volontaria del bene assoggettato a procedura espropriativa, e precisamente:

- quella avente ad oggetto la questione, preliminare ad un'azione di determinazione del conguaglio del prezzo, circa la nullità del contratto di cessione volontaria del bene assoggettato a procedura espropriativa, la cui disciplina inerisce finalisticamente alla commisurazione dell'indennizzo, e quindi tutela in modo diretto ed immediato la posizione del soggetto espropriando (sentenza **n. 9845**);

- la causa di opposizione a decreto ingiuntivo, avente ad oggetto l'adempimento di un accordo asseritamente intervenuto con l'amministrazione sull'ammontare del conguaglio del prezzo di cessione volontaria, a suo tempo stipulata nell'ambito di una procedura espropriativa, atteso che “di tale questione, tenendo conto della comparsa di costituzione dell'opposto che aveva precisato la domanda facendo valere una pretesa *lato sensu* diretta al conseguimento di un ristoro per la perdita della proprietà, va affermata la natura indennitaria, per la quale l'art. 34, comma 3, lett. b) d.lgs. n. 80 del 1998 conferma la giurisdizione del giudice ordinario, pur se l'ammontare del ristoro espropriativo sia stato asseritamente oggetto di accordo” (sentenza **n. 3040**);

- le azioni di risoluzione, annullamento e nullità - quest'ultima ove si configuri come strumentale per ottenere il risarcimento dei danni (e non quindi fatta valere isolatamente, ovvero oggetto di rilievo officioso da parte del giudice ai sensi dell'art. 1421 cod. civ.) - del contratto di cessione volontaria del bene espropriando (sentenza **n. 8217**). La decisione ha precisato che dette azioni devono essere proposte dinanzi al tribunale, in primo grado, e non già dinanzi alla corte d'appello, in unico grado, ai sensi dell'art. 19 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, che è competente esclusivamente per quanto attiene ai profili relativi alla determinazione dell'indennità nell'ambito di un procedimento espropriativo (in applicazione del principio, è stata confermata la sentenza della corte d'appello che - pur non tenendo conto che la dedotta nullità del contratto di cessione volontaria per impossibilità sopravvenuta dell'oggetto a seguito dell'incostituzionalità della legge n. 385 del 1980 andava qualificata come causa di risoluzione ai sensi dell'art. 1463 cod. civ. e come tale, appunto, deducibile soltanto

dinanzi al tribunale - aveva comunque negato la propria competenza sulla avanzata domanda di nullità giacché unicamente preordinata alla proposizione di azione risarcitoria, sulla quale, in ogni caso, non avrebbe potuto decidere).

Le Sezioni Unite, con l'ordinanza **n. 16299**, hanno poi affermato che in caso di cessione volontaria di un immobile sottoposto a procedura di espropriazione per pubblica utilità da parte di un comune, la domanda volta ad ottenere la differenza tra la maggiore imposta comunale sugli immobili pagata dal cedente e quella che sarebbe dovuta computando l'imposta sulla base dell'indennità di esproprio, ai sensi dell'art 16 del d.lgs. n. 504 del 1992 (norma riprodotta dall'art. 37, comma 7, d.P.R. n. 327 del 2001), sussiste la giurisdizione del giudice ordinario e non di quello tributario.

1.6 I beni pubblici.

In materia di concessioni di beni pubblici ai sensi dell'art. 5, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, le Sezioni Unite (si segnala, in particolare, la sentenza **n. 24012**) hanno confermato che sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie circa la durata del rapporto di concessione, la stessa esistenza o la rinnovazione della concessione stessa; viceversa, le controversie inerenti il rilascio dei beni già oggetto di concessione, allorché non sia in contestazione l'inesistenza in atto del rapporto concessorio, per essere il medesimo scaduto, spettano alla giurisdizione ordinaria, non diversamente da quelle concernenti la condanna al pagamento del corrispettivo – canone od indennità sostitutiva – maturato per l'occupazione, non rilevando il titolo in forza del quale tale somma risulti dovuta. La sentenza n. 24012 cit. ha ribadito che la norma di cui all'art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, deve essere interpretata nel senso che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo riguarda tutte le controversie attinenti a concessione di beni allorché la lite ponga in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale e ciò anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica e indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte alla fonte. Sono di conseguenza devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio, mentre residua la giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi del secondo comma del menzionato art. 5, quando si discuta soltanto sul compenso del

concessionario, senza dirette implicazioni sul rendiconto di tesoreria e sul contenuto della concessione.

La sentenza **n. 411** ha ulteriormente precisato che le controversie concernenti indennità, canoni o altri corrispettivi, riservate dall'art. 5 legge n. 1034 del 1971 alla giurisdizione del giudice ordinario, sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere d'intervento della P.A. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sull'intera economia del rapporto concessorio, la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. La decisione ha pertanto affermato la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della legittimità del **provvedimento di determinazione del canone di concessione di beni del demanio marittimo** (ai sensi dell'art. 2 della legge n. 1501 del 1961, dell'art. 16, comma terzo, d.P.R. n. 328 del 1952 e dell'art. 5, comma primo, d.l. n. 546 del 1981), in relazione al quale è ravvisabile un potere discrezionale della P.A. concedente, come risulta dalla previsione di un canone minimo e di aumenti calcolati in rapporto alle caratteristiche oggettive ed alle capacità reddituali dei beni, nonché alle effettive utilizzazioni consentite (conforme la sentenza **n. 24395**; analogamente, in tema di **diritto di erbatico su beni demaniali**, la sentenza **n. 12065**).

La natura autoritativa dell'azione amministrativa è stata poi presa dalla sentenza **n. 8518** nell'esaminare il potere di rilasciare **autorizzazioni e concessioni che interessano strade ed autostrade statali** attribuito dall'art. 27 del codice della strada all'ANAS. La decisione ha affermato che il potere, riconosciuto dai commi 5, 7 e 8, di determinare la somma dovuta per l'uso e l'occupazione di tali beni “comporta l'esercizio di una vera e propria scelta discrezionale”, con la conseguenza che “appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia nella quale il concessionario assuma la carenza, in capo all'ANAS, del potere di aggiornare il canone, già determinato, di concessione di un accesso, non essendo intervenuto alcun mutamento dello stato dei luoghi e della destinazione d'uso dello stesso”.

La giurisdizione del giudice amministrativo è stata poi affermata con l'ordinanza **n. 8094** con riferimento alla domanda proposta da un Comune nei confronti del fallimento di una società concessionaria del servizio di sciovia gestito su terreni

appartenenti al demanio comunale, per ottenere, previo accertamento della decadenza del concessionario e/o dell'interruzione del servizio per effetto del fallimento, la dichiarazione del proprio diritto di gestire la stazione scioviaria. In questo caso si è fatto ricorso all'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (nel testo, modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, risultante dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 204 del 2004), atteso che “la controversia, avendo ad oggetto la concessione di un servizio pubblico e non riguardando indennità, canoni ed altri corrispettivi, attiene ad una materia in relazione alla quale l'ente locale agisce esercitando un potere autoritativo, sul quale non può incidere il giudice ordinario, anche se intervenga in veste di giudice del fallimento della società concessionaria, senza che assuma alcun rilievo la formulazione di ulteriori domande, riguardanti l'accertamento del diritto di proprietà sugli impianti e sulle pertinenze, ovvero del diritto di ritenerli o acquisirli a seguito della cessazione del rapporto, trattandosi di richieste che fanno da corollario alla domanda principale, e devono pertanto ritenersi attratte dalla giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 205 del 2000”.

Riguardo, poi, all'individuazione della natura pubblica del bene ed alle conseguenti statuizioni in punto di giurisdizione, la sentenza **n. 22061** si è occupata dell'utilizzo da parte di un privato di un chiosco adibito a bar sito su una piazza comunale e della qualificazione (quale concessione o locazione) dell'accordo che regolava l'utilizzo stesso, affermando trattarsi di concessione di bene pubblico, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Va infine segnalata la sentenza **n. 5593** con cui le Sezioni Unite hanno compreso la c.d. “**cartolarizzazione**” degli immobili appartenenti allo Stato e agli enti pubblici disciplinata dal d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito nella legge 23 novembre 2001, n. 410, nel più vasto ambito delle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, indicato come possibile oggetto dei “giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa” dall'art. 23-bis della legge 13 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205, precisando però che “ciò non implica che la cognizione di tutte le controversie relative sia riservata al giudice amministrativo, atteso che la disposizione non contiene norme sulla giurisdizione, e perciò non modifica i normali criteri di riparto, limitandosi a dettare particolari regole

di procedura per giudizi che già competevano a quel giudice”. Il criterio di riparto è stato individuato nella natura delle norme (di diritto amministrativo oppure di diritto privato, sia pure eventualmente “speciale”) che disciplinano ciascuno dei segmenti in cui si articolano le attività di “cartolarizzazione”, per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia avente ad oggetto l'impugnazione, da parte di una s.p.a., della deliberazione di esclusione dall'asta pubblica di un immobile non residenziale, già di proprietà dell'INPS, posto in vendita, con numerosi altri, da un consorzio ed una società delegati dalla s.r.l. Società cartolarizzazione immobili pubblici (Scip). In questo caso la S.C. ha precisato che non rileva che i soggetti delegati non abbiano natura di ente pubblico, né che i loro rapporti con la Scip siano regolati da un contratto di mandato con rappresentanza di carattere privatistico, dovendosi invece porre l'accento sul fatto che la “rivendita” nella fase precedente alla conclusione del contratto, è sottoposta a norme di carattere pubblicistico, aventi di mira le finalità di interesse generale complessivamente perseguite mediante la “cartolarizzazione”, che attribuiscono alla società Scip, e per essa ai suoi mandatarî, particolari poteri e facoltà, a fronte dei quali la situazione giuridica dei partecipanti all'asta ha consistenza di interesse legittimo.

1.7 Il pubblico impiego.

In tema di giurisdizione sulla controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, le Sezioni Unite hanno approfondito, sulla scia di orientamenti espressi negli anni precedenti e che vanno perciò a consolidarsi, l'ambito della cognizione spettante alla giurisdizione del giudice ordinario.

Si è confermato (sentenza **n. 10374**) il principio consolidato secondo il quale la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione.

Alla stregua dell'art. 63, secondo comma, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui “il

giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati”, si è così ritenuto (sentenza **n. 1140**) che la devoluzione all'AGO della controversia concernente impugnativa del licenziamento, demansionamento e risarcimento dei danni subiti, non è esclusa dall'eventualità che la decisione possa richiedere l'esame di provvedimenti amministrativi e la facoltà, del giudice ordinario, di valutarli *incidenter tantum* al fine dell'eventuale disapplicazione.

Quanto al nesso di pregiudizialità con atti amministrativi, si è specificato (sentenza **n. 18709**) che, nell'ambito di controversia relativa a rapporto di lavoro pubblico privatizzato, la pregiudiziale amministrativa (da ritenersi configurabile anche in presenza del nuovo testo dell'art. 295 cod. proc. civ. che pure non ne reca più l'esplicita menzione) può astrattamente sussistere solo nel caso che il giudice amministrativo sia chiamato a definire questioni di diritto soggettivo nell'ambito di attribuzioni giurisdizionali esclusive, ma mai nel caso di controversia avente ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti a tutela interessi legittimi, avendo conferito la legge al giudice ordinario il potere di disapplicazione dei provvedimenti a tutela dei diritti soggettivi influenzati dagli effetti dei detti provvedimenti.

In riferimento poi al permanere della giurisdizione amministrativa solo rispetto a certe qualifiche (come accade con il personale della carriera prefettizia ove si tratti di prefetti, vice-prefetti e vice-prefetti aggiunti), si è significativamente precisato (sentenza **n. 312**) che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la controversia instaurata da un funzionario che non domanda il riconoscimento delle qualifiche sopraindicate, ma soltanto il riconoscimento di differenze retributive in ragione dell'espletamento di mansioni corrispondenti a quelle qualifiche.

In relazione ai rapporti di lavoro privatizzati, la sentenza **n. 5397** ha puntualizzato che è rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa dal partecipante, risultato primo tra gli idonei non vincitori in un concorso, il quale, a seguito dell'indizione di altro concorso per la copertura di posti dello stesso profilo professionale, lamenta la violazione della disposizione del bando che prevedeva la durata della graduatoria per la copertura di eventuali ulteriori posti resisi vacanti. Infatti, il candidato che, vantando una determinata posizione nella graduatoria già

approvata ed il possesso dei requisiti del bando per il c.d. scorrimento della graduatoria, pretenda di essere chiamato alla stipulazione del contratto di lavoro, fa valere il proprio diritto all'assunzione senza porre in discussione le procedure concorsuali, azionando una posizione soggettiva tutelabile dinanzi al giudice ordinario. Infatti, detta pretesa, involgendo il c.d. **“scorrimento” della graduatoria** ovvero l'utilizzazione di graduatorie, valide entro determinati limiti di tempo, inerisce a condotte che riguardano una fase cronologicamente e concettualmente posteriore all'esaurimento della procedura concorsuale (sentenza n. 2698).

È del pari materia di diritto soggettivo ed è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda di **risarcimento danni da mancato riconoscimento del titolo di riserva spettante per gli invalidi civili**. Infatti (sentenze n. 12348 e n. 4110), la disposizione del quarto comma dell'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti, si riferisce solo al reclutamento basato su prove di concorso, caratterizzato da una fase di individuazione degli aspiranti forniti dei titoli generici di ammissione e da una successiva fase di svolgimento delle prove e di confronto delle capacità, diretta ad operare la selezione in modo obiettivo e dominata da una discrezionalità (non solo tecnica, ma anche) amministrativa nella valutazione dei candidati; detta disposizione non riguarda, pertanto, le controversie nelle quali si intenda far valere il diritto al lavoro, in relazione al quale la P.A. è dotata unicamente di un potere di accertamento e di valutazione tecnica.

Ove si tratti di **selezione di personale già in servizio per un diverso inquadramento**, si è ribadito l'orientamento secondo cui le procedure che permettono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrano un vero e proprio concorso - tale essendo anche la prova che viene denominata “selettiva” - qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere, sicché la giurisdizione spetta al giudice amministrativo; diversamente, la controversia che attiene ad una selezione-concorso che comporta il passaggio (a soli fini economici) da una qualifica ad un'altra nell'ambito della stessa area resta devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

In tema di conferimento di **incarichi dirigenziali**, si è precisato (sentenza n. 8950) che la procedura di selezione avviata da un'Azienda ospedaliera per il conferimento

dell'incarico di dirigente di secondo grado del ruolo sanitario - prevista dall'art. 15 ter, commi 2-3, del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 - non ha carattere concorsuale, in quanto si articola secondo uno schema che prevede non lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del direttore generale dell'Azienda unità sanitaria locale nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita commissione per requisiti di professionalità e capacità manageriali. Pertanto, l'impugnazione del provvedimento, emanato dallo stesso direttore generale, di esclusione di uno dei partecipanti alla selezione inserito nella rosa dei candidati già dichiarati idonei, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto adottato in base a capacità e poteri propri del datore di lavoro privato, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Del pari (sentenza n. 3370), la controversia avente ad oggetto la revoca per inadempimento, e la risoluzione del relativo contratto, dell'incarico di dirigente di struttura pubblica sanitaria complessa, conferita da un'Azienda ospedaliera universitaria ad un docente universitario, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la qualifica di docente universitario costituisce mero presupposto del conferimento dell'incarico ed è, quindi, inidonea a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001.

1.8 Il diritto internazionale privato.

Deve essere segnalata la rilevante specificazione intervenuta in tema di criteri per la determinazione della **giurisdizione nei confronti dello straniero**. Pur non abbandonandosi il tradizionale criterio del *petitum sostanziale* (tuttavia, in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, v. la sentenza n. 9325, riportata al punto 1.2) e pur confermandosi che deve prescindersi dalle difese del convenuto rilevanti solo per la decisione di merito, si è affermato che deve tenersi conto non solo delle allegazioni di fatto dell'attore ma anche delle allegazioni istruttorie legittimamente acquisite agli atti di causa, senza possibilità di ammissione di prove costituenti. Sicché, la sentenza n. 16296, esaminando la documentazione prodotta, ha escluso il perfezionamento del contratto di compravendita tra una società italiana ed una straniera e, di conseguenza, l'operatività dei criteri alternativi del *forum*

contractus e del *forum solutionis* stabiliti dall'art. 5.1 della Convenzione di Bruxelles del 1968 ed invocati dalla società italiana ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice italiano.

Sempre in tema di criteri di determinazione della giurisdizione, le Sezioni Unite hanno affermato che l'eventuale presenza, in una determinata fattispecie, di **norme di applicazione necessaria** (nell'accezione datane dall'art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218) - ossia di norme della *lex fori* operanti come limite all'applicazione del diritto straniero eventualmente richiamato da una norma di conflitto - non incide sul diverso problema dell'individuazione dei criteri dai quali dipende la competenza giurisdizionale, giacché la determinazione della giurisdizione precede sul piano logico quella della legge applicabile, non potendosi del resto presumere che la futura pronuncia del giudice straniero si porrà in concreto contrasto con la norma italiana di ordine pubblico, tanto più quando la proroga della giurisdizione è destinata ad operare in favore del giudice di altro Paese collocato in un'area di diritto armonizzato quale è quella comunitaria (ordinanza n. 3841).

É stato poi affrontato il tema della **decisione sulle spese allorquando sia esclusa la giurisdizione nei confronti dello straniero**. Con l'ordinanza n. 4634, le Sezioni Unite hanno ritenuto che, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che espressamente regoli il regime delle spese del giudizio di merito nell'ipotesi in cui la Corte di cassazione dichiara il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti dello straniero, deve farsi applicazione analogica dell'art. 385, 2° comma, cod. proc. civ. equiparando, ai limitati fini delle spese, tale pronuncia a quella di cassazione senza rinvio; infatti, non è ipotizzabile che venga omessa una regolazione delle spese del giudizio di merito, nè che la parte interessata possa instaurare autonomo giudizio per il recupero, ostandovi il principio generale secondo cui le spese devono essere liquidate dal giudice della causa cui si riferiscono.

Peraltro, si è anche avuto modo di precisare che **l'accertamento di una situazione di litispendenza internazionale** non configura una questione di giurisdizione e non può quindi costituire oggetto di regolamento di giurisdizione, concretando invece un'ipotesi di sospensione necessaria del processo, soggetta al rimedio del regolamento necessario di competenza (ordinanza n. 11185)

In tema di **giurisdizione ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Bruxelles**, si è

affermato (S.U., sentenza n. **13894**) che il luogo “in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita” va determinato in conformità della legge che disciplina l'obbligazione controversa secondo le norme di conflitto del giudice adito, nella specie italiano, e, in base all'art. 57 della legge n. 218 del 1995, vertendosi in materia contrattuale, ai sensi dell'art. 4, primo comma, Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, secondo la legge del Paese con il quale il contratto presenti il collegamento più stretto. La citata sentenza ha quindi confermato la decisione di merito che, in tema di contratto di agenzia, aveva affermato la giurisdizione del giudice italiano interpretando il paragrafo 269 1 B.G.B. - secondo cui, ove il luogo dell'esecuzione della prestazione non sia determinato dalle parti o non possa desumersi dalle circostanze, coincide con il luogo di residenza del debitore al momento della costituzione del rapporto -, in conformità con la giurisprudenza tedesca, nel senso che nelle controversie relative ad obbligazioni collegate ad un determinato territorio, come quelle nascenti da un contratto di agenzia con diritto di esclusiva, la competenza spetta al giudice del luogo ove ha sede l'agente.

Tale criterio di collegamento si applica anche al di fuori del campo di applicazione della Convenzione in forza del rinvio contenuto nell'art. 3, comma secondo, della legge 31 maggio 1995, n. 218, per la materia contrattuale. Nel caso in cui una società italiana agisca contro un cittadino straniero per l'adempimento dell'obbligazione di pagamento nascente da un contratto di ormeggio nel quale sia stato previsto un corrispettivo, ma non il luogo di pagamento, le Sezioni Unite (sentenza n. **8224**) hanno ritenuto che occorra far ricorso al criterio sussidiario di cui al comma 3 dell'art. 1182 cod. civ., relativo al domicilio del creditore al tempo della scadenza dell'obbligazione, avendo l'obbligazione per oggetto una somma di danaro determinata o determinabile in base ad elementi precostituiti dalle parti, ancorché si tratti di somma sostitutiva del corrispettivo convenuto, mentre si può far ricorso al criterio residuale di cui al comma 4 solo nel caso di mancata determinazione o indeterminabilità dell'obbligazione in danaro.

In tema di **vendita internazionale implicante trasporto di merci**, luogo della consegna - ai sensi dell'art. 31, primo comma, lettera a), della Convenzione di Vienna 11 aprile 1980 (resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 11 dicembre 1985, n. 765) - è quello nel quale i beni sono trasmessi al vettore, salvo specifica

deroga pattizia in ordine alla diversa consegna rilevante ai fini della liberazione del venditore. Conseguentemente, ha ritenuto la Corte (Sezioni Unite, sentenza **n. 7**) che, ove la consegna delle merci al primo trasportatore perché le faccia pervenire all'acquirente debba avvenire in Italia, la giurisdizione in ordine alla controversia sull'esecuzione e sull'adempimento del contratto è devoluta al giudice italiano, a nulla rilevando che detto contratto contenga anche una pattuizione sulla destinazione finale della merce nei magazzini, all'estero, della società acquirente, trattandosi di clausola non destinata ad incidere sulla determinazione del luogo di consegna in senso giuridico.

Ha trovato conferma il principio per cui la modifica della **giurisdizione per ragioni di connessione**, nel sistema convenzionale, è ammissibile solo in presenza di una domanda di garanzia propria. Le Sezioni Unite (sentenza **n. 5978**) hanno affermato che il criterio di cui all'art. 6, numero 2, della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 - per il quale, in caso di azione di garanzia, il garante può, di massima, essere citato davanti al giudice presso il quale è stata proposta la domanda principale, anche se carente di giurisdizione rispetto a tale domanda - si applica solo in caso di garanzia propria, ravvisabile esclusivamente quando la domanda principale e quella di garanzia abbiano lo stesso titolo, o quando si verifichi una connessione obiettiva tra i titoli delle domande, ovvero quando sia unico il fatto generatore delle responsabilità prospettato con l'azione principale e con quella di garanzia. Sulla base di tale principio, è stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto alle azioni di garanzia impropria esperite, nell'ambito di una causa di rivalsa dell'assicuratore nei confronti del vettore per perdita di un carico in un incendio in un *terminal* ferroviario belga, dal convenuto nei confronti del gestore del *terminal* e da questo nei confronti della proprietaria, trattandosi di responsabilità avente titolo nell'inosservanza di obblighi scaturenti da contratti distinti e non interdipendenti.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che equipara, ai fini dell'applicazione dell'**art. 8 n. 2 della Convenzione di Bruxelles** del 27 settembre 1968, l'assicurato e il beneficiario al contraente l'assicurazione, in quanto persone economicamente più deboli che devono poter agire e difendersi davanti al giudice del proprio domicilio - con orientamento recepito all'art. 9, 1° co. lett. b) del Regolamento CE n. 44 del 2001, meramente ricognitivo dell'esistente -, appartiene al

giudice italiano la giurisdizione a conoscere della controversia, tra soggetti appartenenti a Stati firmatari della citata Convenzione, instaurata da una società domiciliata in Italia per ottenere il pagamento dell'indennizzo assicurativo (ordinanza **n. 8095**).

La controversia insorta con riguardo a contratto di somministrazione stipulato da operatore economico italiano con imprenditore straniero ed intesa all'**accertamento negativo** di un patto di esclusiva in favore di quest'ultimo, che abbia qualità di somministrato, avendo ad oggetto un'obbligazione di non fare da eseguirsi nel territorio straniero in cui svolge la propria attività il detto imprenditore, si sottrae alla giurisdizione italiana, non sussistendo rispetto a questa né il criterio di collegamento del foro generale del convenuto, né quello del luogo dell'adempimento di cui all'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, resa esecutiva in Italia con legge 21 giugno 1971, n. 804 (Sezioni Unite, sentenza **n. 16296**).

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 3841, hanno affermato che l'art. 23 del regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 espressamente definisce la **competenza giurisdizionale convenzionalmente attribuita al giudice di uno Stato membro come esclusiva**, salvo diverso accordo tra le parti. Sicché, nell'applicare tale principio in una controversia intesa a fare accertare la nullità o l'inefficacia di alcuni contratti aventi ad oggetto operazioni su strumenti finanziari derivati, l'art. 13 dell'accordo quadro denominato "ISDA Master Agreement", conforme ad un modulo standard elaborato dall'"International Swaps and Derivatives Association", è stato interpretato nel senso che esso esclude ogni possibilità di più fori dotati contemporaneamente di giurisdizione, se collocati in altri Stati aderenti alla Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, ed oggi vincolati dal regolamento CE n. 44/2001, quando ricorra la competenza giurisdizionale delle Corti inglesi per essere applicabile il diritto di quel Paese.

In via generale, la sentenza **n. 13894** delle Sezioni Unite ha escluso che, tramite la clausola di **proroga della competenza** in favore di uno degli Stati aderenti (prevista dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968) contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice italiano si estenda a controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al contratto principale, cui accede la predetta clausola.

È stato poi affermato il principio secondo cui la **nullità di una clausola contrattuale di proroga della giurisdizione** può essere postulata solo nel caso in cui la denunciata mancanza di chiarezza e precisione renda oggettivamente problematica la sicura individuazione del giudice cui le parti hanno inteso affidare la risoluzione delle loro eventuali vertenze. Non è pertanto sufficiente a determinare la nullità di detta clausola il solo fatto che la sua formulazione richieda un'attività interpretativa ad opera del lettore e che al riguardo si sia profilato un dissenso tra le parti circa l'esito di questa attività ermeneutica (dissenso in presenza del quale il giudice adito dovrà indicare quale sia l'interpretazione corretta, alla luce delle norme a tal fine applicabili, ma non certo porre la clausola nel nulla); né rileva la circostanza che la stessa associazione internazionale, cui si deve la formulazione dell'accordo quadro, abbia avvertito in epoca successiva il bisogno di modificare il tenore della clausola per renderne più chiaro il significato. Pertanto, nell'escludere nel caso sottoposto al suo esame la denunciata nullità, le Sezioni Unite, con ordinanza **n. 3841**, hanno altresì rilevato come nessun dubbio sulla interpretazione della clausola di proroga della giurisdizione abbia manifestato in altra occasione l'autorità giudiziaria britannica, ed hanno richiamato, al riguardo, la decisione assunta in altra causa il 23 gennaio 1996 dalla "*Queen's Bench Division - Commercial Court*".

Nella controversia promossa contro un convenuto non residente in Italia con una domanda principale e con un'altra domanda proposta in via subordinata al mancato accoglimento della prima, ove sussista, in relazione alla domanda principale, una valida proroga della competenza giurisdizionale in favore del giudice di altro Stato membro ai sensi dell'art. 23 del regolamento CE 22 dicembre 2000, n. 44, sussiste il difetto di competenza giurisdizionale del giudice italiano anche in relazione alla domanda subordinata (sentenza **n. 3841**).

La Corte ha poi affermato che, allorquando sia spiegato **intervento adesivo dipendente**, non facendosi valere un autonomo diritto ma sostenendosi le ragioni di una parte, l'oggetto del giudizio è solo quello fissato dalla domanda e solo con riferimento a questa devono valutarsi i criteri di collegamento ai fini della determinazione della giurisdizione nei confronti dello straniero. In particolare, con l'ordinanza **n. 8095**, ha ritenuto che, poiché nel contratto assicurativo con designazione del beneficiario, il diritto all'indennizzo nasce direttamente nel

patrimonio del beneficiario come autonomo credito nei confronti dell'assicuratore e solo al beneficiario compete il diritto di azione nei confronti di questi per ottenere, ad evento avvenuto, la prestazione indennitaria, proposta congiuntamente azione di condanna dall'assicurato e dal beneficiario nei confronti dell'assicuratore, l'oggetto del giudizio è solo quello fissato dalla domanda del beneficiario.

Nel confermare il principio secondo cui affinché si verifichi una situazione di **litispendenza internazionale**, l'art. 7 della legge n. 218 del 1995, secondo il quale, ai fini della sospensione, occorre che le domande abbiano identità dell'oggetto e del titolo, va interpretato nel senso che devono ritenersi fondate sullo stesso titolo ed hanno il medesimo oggetto le domande che riguardano il medesimo rapporto giuridico, la Corte ha ravvisato l'identità di titolo ed oggetto tra la domanda di risarcimento danni per perdita di merce trasportata via mare proposta in Italia contro due convenuti che avevano chiamato in garanzia il subvettore e il giudizio già pendente innanzi all'Alta Corte del Sudafrica tra le stesse parti, ancorché in un giudizio fosse stata fatta valere la responsabilità contrattuale e nell'altro quella extracontrattuale (ordinanza n. 11185)

In tema di litispendenza internazionale, già regolata dall'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e attualmente dagli artt. 27 e 30 del Regolamento CE n. 44/2001, il giudice successivamente adito deve sospendere d'ufficio il giudizio finché sia stata dichiarata la competenza giurisdizionale del giudice straniero preventivamente adito e deve poi declinare la propria competenza in favore del giudice straniero ove la competenza di quest'ultimo risulti accertata, ovvero proseguire il processo se il primo giudice si dichiara incompetente. Conseguentemente, si versa in ipotesi di **sospensione necessaria, soggetta al rimedio del regolamento di competenza**, senza che rilevi la clausola di proroga della competenza in base alla quale sussiste la competenza del giudice successivamente adito, che deve comunque sospendere il procedimento. (Sezioni Unite, ordinanza n. 3364).

Per l'esame della controversia promossa da lavoratore dipendente di datore italiano per la dichiarazione di illegittimità di un licenziamento irrogato in relazione a **rapporto di lavoro sorto ed eseguito all'estero** e regolato dalla legge del luogo della prestazione lavorativa - secondo i criteri della Convenzione di Roma del 19 luglio 1980 sulle obbligazioni contrattuali, attuata dalla legge di ratifica 18 dicembre 1984 n. 975 e dalla legge 31 maggio 1995 n. 218 - ai fini dell'individuazione della normativa applicabile e

del principio che, ove la legge dello stato estero non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato, deve farsi applicazione della legge italiana, l'accertamento della legislazione straniera è compiuto di ufficio dal giudice. A tale riguardo di fronte alla conoscenza della norma straniera il giudice italiano si pone nella stessa posizione che assume nei confronti della normativa italiana, trovando applicazione l'art. 113 del codice di procedura civile, che attribuisce in via esclusiva al giudice il potere di individuare le norme applicabili alla fattispecie, ricorrendo a qualsiasi canale di informazione ed utilizzando anche le sue conoscenze personali o la collaborazione delle parti. Ove in esito a tale verifica, escluda l'applicazione della legge straniera e ritenga applicabile quella italiana in materia di licenziamenti, il giudice farà applicazione di tutte le norme da questa previste, ivi comprese le garanzie conseguenti alla declaratoria di illegittimità del licenziamento previste dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300. Pertanto, in applicazione dei suddetti principi, la Corte, con la sentenza **n. 10549**, ha confermato la sentenza di merito che, in sede di rinvio, aveva ritenuto che la legislazione dello Stato di New York, luogo della prestazione, - applicabile secondo i criteri di collegamento della Convenzione - non fosse compatibile con l'ordine pubblico italiano in quanto non assicura in via generale una tutela contro i licenziamenti ingiustificati.

L'art. 2, 3° comma, della Convenzione di New York del 1958 attribuisce al giudice adito il potere-dovere di verificare, preliminarmente, la validità, operatività ed applicabilità della clausola compromissoria per **arbitrato estero**, in via di delibazione sommaria, e, all'esito favorevole di tale verifica, di rimettere le parti dinanzi agli arbitri. Solo in caso di verifica negativa, il giudice si pronunzierà sulla giurisdizione propria o di altro giudice. La delibazione sommaria effettuata dal giudice adito sulla validità, operatività ed applicabilità della clausola compromissoria, non essendo idonea a formare il giudicato, non vincolerà né il collegio arbitrale né il giudice straniero, di cui sia stata ritenuta la giurisdizione (Sezioni Unite, sentenza **n. 412**)

In armonia con la giurisprudenza in materia di arbitrato interno, le Sezioni Unite, con la sentenza **n. 35**, hanno affermato che, in presenza di un compromesso o di una clausola compromissoria che prevedano il ricorso ad un arbitrato estero, si pone una **questione non di giurisdizione ma di merito**, inerente all'accertamento, da effettuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri, della validità del patto

prevedente l'arbitrato estero, che comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera.

In tema di procedimento per la **dichiarazione di efficacia di sentenze straniere**, la sentenza **n. 16163** ha stabilito che la procedura di esecuzione in Italia delle decisioni rese da uno Stato aderente alla Convenzione di Bruxelles integra un procedimento di cognizione di tipo monitorio che prevede l'emissione, da parte della corte d'appello, di un provvedimento *inaudita altera parte*, suscettibile di contraddittorio differito in caso di opposizione; la verifica giudiziale delle condizioni per il riconoscimento delle sentenze straniere prevista dagli artt. 64 e 67 della legge n. 218 del 1995, invece, è regolata come un giudizio in contraddittorio davanti alla corte d'appello, la cui sentenza è impugnabile soltanto con ricorso per cassazione.

In materia di **contrasto con l'ordine pubblico interno**, sono intervenute due importanti decisioni. Con la sentenza **n. 16163** si è ritenuto che non sussiste coincidenza tra le norme inderogabili dell'ordinamento italiano poste a tutela del lavoratore ed i principi di ordine pubblico rilevanti come limitazione all'applicazione di leggi straniere, in base all'art. 31 disp. prel. cod. civ. (nel testo anteriore all'abrogazione recata dalla legge 31 maggio 1995, n. 218), giacché questi ultimi non possono enuclearsi soltanto sulla base dell'assetto ordinamentale interno, così da ridurre l'efficacia della legge straniera ai soli casi di trattamento più favorevole per il lavoratore italiano, ma devono riconoscersi nei principi fondamentali della nostra Costituzione o, comunque, in quelle altre norme che rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo o, ancora, che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduca in uno stravolgimento dei suoi valori fondanti. Pertanto, integra la nozione di ordine pubblico, *ex art. 31* citato, il principio fondamentale inerente al diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo (soggettivo od oggettivo), ovverosia il principio di necessaria giustificazione del licenziamento (Corte cost., sent. n. 46 del 2000), che non può dirsi vulnerato nel caso in cui l'ordinamento straniero abbia garantito concretamente un controllo sulla decisione datoriale di recedere dai rapporti di lavoro.

In altra decisione (sentenza **n. 10215**) la Corte ha poi affermato che l'ordine pubblico, che, ai sensi dell'art 16 comma 1, n. 218 del 1995, costituisce il limite all'applicabilità

della legge straniera in Italia e che si identifica in norme di tutela dei diritti fondamentali, deve essere garantito, in sede di controllo della legittimità dei provvedimenti giudiziari, con riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera, bensì “ai suoi effetti”, cioè alla concreta applicazione che ne abbia fatto il giudice di merito ed all'effettivo esercizio della sua discrezionalità, vale a dire all'eventuale adeguamento di essa all'ordine pubblico. Detto ordine pubblico non si identifica con quello interno, perché altrimenti le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato. Pertanto, in controversia relativa al licenziamento da parte di un istituto di credito italiano di una dipendente il cui rapporto di lavoro, svoltosi negli Stati Uniti, era retto dalla legge locale accettata dalle parti, pur prevedendo la norma statunitense il licenziamento *ad nutum*, astrattamente in contrasto con l'ordine pubblico, è stata confermata la sentenza di merito che aveva escluso tale contrarietà perché il provvedimento era fondato sul difetto di esecuzione della prestazione durato per più mesi, fondamento sufficiente al rispetto dell'ordine pubblico internazionale nella materia lavoristica.

Con la sentenza n. 16296 delle Sezioni Unite, si affermato che, in base al disposto dell'art. 12 della legge 31 maggio 1995, n. 218, la **procura alle liti utilizzata in un giudizio che si svolge in Italia, anche se rilasciata all'estero**, è disciplinata dalla legge processuale italiana, la quale, tuttavia, nella parte in cui consente l'utilizzazione di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata, rinvia al diritto sostanziale, sicché in tali evenienze la validità del mandato deve essere riscontrata, quanto alla forma, alla stregua della *lex loci*, occorrendo, però, che il diritto straniero conosca, quantomeno, i suddetti istituti e li disciplini in maniera non contrastante con le linee fondamentali che lo caratterizzano nell'ordinamento italiano e che consistono, per la scrittura privata autenticata, nella dichiarazione del pubblico ufficiale che il documento è stato firmato in sua presenza e nel preventivo accertamento dell'identità del sottoscrittore.

2. PERSONE E FAMIGLIA

2.1 Diritti della personalità.

In riferimento al tema della **dignità della vita**, la Corte, con la sentenza **n. 21748**, ha affrontato il **problema dell'esistenza, dell'estensione e della definizione del diritto alla vita**, entrando così nel vivo di un dibattito bioetico che ha ormai assunto dimensioni "globali" e che per quanto riguarda le soluzioni giuridiche continua ad attingere le sollecitazioni più efficaci dalle soluzioni elaborate dalle Corti sovranazionali e dalle Corti superiori di molti stati. Dell'orizzonte non meramente interno delle fonti, anche di natura interpretativa, da tenere in considerazione per la soluzione del caso, la Corte ha avuto piena consapevolezza, avendo identificato nella Convenzione di Oviedo (sui diritti dell'uomo e della biomedicina), resa esecutiva in Italia con la legge di autorizzazione alla ratifica 28/3/2001 n. 145, anche se non ancora ratificata, uno dei principali parametri ermeneutici cui ricorrere per pervenire ad una corretta soluzione del caso. Allo stesso modo, nel percorso argomentativo della pronuncia trovano ampio spazio i riferimenti alle soluzioni di altre alte Corti, quella costituzionale tedesca e la *House of Lords* che si sono trovate ad affrontare casi simili unitamente ai principi elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel campo del diritto alla vita in correlazione con il diritto all'autodeterminazione nella scelta di sottoporsi ai trattamenti medico-sanitari.

Ed è proprio nel pieno riconoscimento della centralità delle fonti internazionali, ancorché non direttamente introdotte nel nostro sistema interno e dell'attenzione per le soluzioni giurisdizionali provenienti anche da altri contesti giuridico-culturali, che può cogliersi la prima rilevante novità di natura metodologica della sentenza e la sua collocazione, al pari delle pronunce delle altre Corti citate nella sentenza, all'interno di questo pluralistico e nuovo orizzonte di fonti interpretativo, ormai divenuto la peculiarità delle decisioni aventi ad oggetti conflitti tra diritti fondamentali di natura "bioetica".

L'esame del caso concreto consente d'individuare con facilità quali sono i diritti coinvolti, di primario rilievo costituzionale. Una giovane donna che da oltre quindici anni si trova in stato vegetativo permanente e viene tenuta in vita mediante un sondino naso-gastrico che provvede alla sua idratazione e nutrizione, non avendo alcuna

capacità di relazionarsi col mondo esterno né alcuna autonomia fisica o psichica. La sua condizione non è assimilabile sul piano scientifico e giuridico alla morte cerebrale per la conservazione dell'attività cardiaca, circolatoria e di ventilazione ma il suo mantenimento in vita è garantito esclusivamente dall'idratazione e nutrizione artificiale, in mancanza dei quali la morte sopraggiungerebbe in pochissimi giorni. Il padre, divenuto tutore dopo la dichiarazione d'interdizione dell'infortunata, richiede un ordine d'interruzione dell'alimentazione forzata ritenendo di esprimere integralmente la volontà della propria figlia che non avrebbe scelto, ove ne avesse avuto la possibilità, di continuare a sopravvivere nella condizione attuale senza alcuna consapevolezza della prosecuzione dell'esistenza

La Corte individua nel diritto all'autodeterminazione e nel diritto alla vita le due situazioni soggettive in potenziale conflitto e stabilisce alcuni principi cardine della decisione finale che è opportuno ricordare. La selezione degli interessi in gioco ha indotto a stabilire che nel caso in cui un malato si trovi in una condizione di coma irreversibile, non possa in alcun modo relazionarsi col mondo esterno e sia alimentato ed idratato mediante sondino naso gastrico il giudice, su richiesta del tutore e nel contraddittorio con il curatore speciale, può autorizzare la disattivazione del presidio sanitario solo quando lo stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcuna possibilità di recupero o di ripresa anche minima di percezione del mondo esterno secondo gli standards scientifici riconosciuti a livello internazionale e solo se tale richiesta sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti dell'idea che il paziente aveva maturato sulla dignità della vita e sul suo livello minimo di vivibilità, da desumersi da sue precedenti dichiarazioni o dalla personalità, dai valori di riferimento, dal complessivo stile di vita adottato fino alla perdita di capacità.

Il rapporto con gli ordinamenti esteri viene affrontato nell'ambito dei diritti fondamentali anche nella sentenza **n. 1183** con la quale la Corte ha escluso che, in tema di **risarcimento dei danni non patrimoniali**, anche se relativi alla lesione di diritti costituzionali inviolabili, possano trovare ingresso i cd. *punitive damages* ovvero danni che abbiano una funzione esclusivamente sanzionatoria ritenendoli contrari al nostro ordine pubblico interno sulla base della natura esclusivamente ripristinatoria del nostro sistema risarcitorio e del conseguente necessità di provare il pregiudizio subito

anche quando consista in una lesione della sfera emotiva. Peraltro è opportuno aggiungere che nell'ambito del risarcimento dei danni non patrimoniali ed in particolare di quelli relativi alla perdita di una figura parentale ed affettiva di primario rilievo è sufficiente la prova di natura presuntiva.

Anche nel tradizionale ambito di tutela della dignità personale (**diritto al nome, all'immagine, all'onore**), estesa alla sfera della **affermazione professionale o commerciale** si può rilevare il richiamo della Corte alle fonti internazionali in tema di diritto di cronaca e di critica. In particolare nella sentenza **n. 15887** il diritto di cronaca e di critica viene giustificato non solo alla luce dell'art. 21 Cost. ma anche con il riferimento esplicito all'art. 10 della CEDU ed il richiamo alla Costituzione Europea che agli art. 2 e 71 garantisce la libertà d'informazione e di espressione nel rispetto dei limiti di ordine pubblico, o dei diritti fondamentali alla dignità personale (con il corollario della presunzione d'innocenza), della reputazione e della salute, secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo e della Corte Europea di Strasburgo che considerano la libertà d'informazione un patrimonio comune delle tradizioni costituzionali degli Stati dell'Unione e del Consiglio d'Europa.

Sempre nell'ambito della delimitazione del diritto alla **libera manifestazione del pensiero**, la Corte ha affrontato il problema dell'esistenza e della configurazione del diritto alla satira nella sentenza **n. 23314**. Dopo aver qualificato la satira come una manifestazione del diritto di critica che può estrinsecarsi anche mediante l'espressione artistica della caricatura e della vignetta, ha escluso che se ne possa valutare la liceità mediante il criterio della corrispondenza alla verità dell'immagine, essendo tipico della satira usare un linguaggio figurativo iperbolico, surreale, sarcastico e graffiante. Ma la critica non può oltrepassare il limite della continenza e trasformarsi nell'insulto gratuito, nell'attacco personale, nella derisione fine a sé stessa ma deve essere sempre esercitata in funzione interpretativa di un episodio di rilevanza politica o sociale. La pronuncia fissa i criteri del rispetto della continenza introducendo una distinzione di estremo rilievo: la rappresentazione di un fatto in modo apertamente difforme dalla realtà ha una minore capacità offensiva della riproduzione attendibile e riconoscibile dello stesso. In quest'ultimo caso, lo strumento della rappresentazione satirica non può tradursi in un attacco meramente distruttivo all'onore e alla reputazione professionale.

L'attenzione al tema della **reputazione** si sposta al profilo **commerciale** nella sentenza **n. 12929** nella quale la Corte torna sul tema della risarcibilità dei danni non patrimoniali alla persona giuridica prendendo posizione in senso nettamente affermativo e riconoscendo esplicitamente che anche nei confronti della persona giuridica e dell'ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale quando il fatto lesivo incida su una situazione giuridica che può ritenersi equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione ed in particolare al diritto all'immagine e alla reputazione commerciale in particolare con riferimento alle ripercussioni nell'ambiente e nel settore di riferimento dell'ente. Sicché, si è riconosciuto il danno non patrimoniale con riferimento ad un'indebita segnalazione di sofferenza da parte di un Istituto bancario alla Centrale rischi della Banca d'Italia.

In tema di **diritti fondamentali della persona straniera**, la Corte si è ripetutamente soffermata sull'applicazione dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 che consente, per gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del minore di autorizzare la permanenza in Italia del genitore, anche se colpito da un provvedimento di espulsione, per un periodo determinato. Con la sentenza **n. 10136**, è stata, in primo luogo stabilita la partecipazione necessaria al procedimento del P.M, trattandosi di un procedimento non diretto alla composizione di interessi contrapposti ma alla esclusiva tutela del minore e la esclusione della partecipazione di altra autorità amministrativa. In concreto, però, la Corte, assumendo un orientamento rigoroso, verosimilmente volto ad evitare aggiramenti del regime giuridico delle espulsioni, in nome dell'interesse del minore, ha ritenuto che i gravi motivi non possano essere desunti dalle ordinarie esigenze connesse al suo normale sviluppo psico-fisico, quali il compimento del ciclo scolastico o gli ordinari vantaggi connessi alla compresenza dei genitori, ma debbano riguardare situazioni di effettiva emergenza tali da metterne in serio pericolo la salute o l'equilibrio futuro.

2.2 Capacità delle persone.

La centralità del nucleo cognitivo e volitivo della persona anche se in condizioni di minorità psico-fisico che ha costituito la *ratio* della recente riforma dell'**amministratore di sostegno**, si realizza anche consentendo al soggetto in

condizione d'inferiorità fisica o psichica di potere agevolmente richiedere l'intervento degli organi dell'amministrazione di sostegno e ove necessario, ricorrere direttamente all'intervento del giudice tutelare. Questa peculiarità della posizione dell'amministrato sia all'interno del procedimento di nomina dell'amministratore che nel corso dell'amministrazione, in quanto scandita dalla sua partecipazione alle scelte più rilevanti e dalla sua diretta facoltà di interloquire con il giudice tutelare è stata valorizzata dalla sentenza **n. 27473**, con la quale la Corte non ha ritenuto applicabile all'amministrazione di sostegno l'art. 343, secondo comma, cod. civ., che stabilisce il potere discrezionale del giudice tutelare, nell'ambito del procedimento d'interdizione, di spostare presso il domicilio del tutore, la tutela modificando il giudice competente. Si è affermata, quindi, la non applicabilità in via analogica all'amministrazione di sostegno delle disposizioni relative all'interdizione, essendo contrapposte le finalità delle due discipline: la prima fondata sulla valorizzazione e il coinvolgimento del soggetto in condizione di non poter esercitare appieno la sua capacità e la seconda sulla piena sostituzione del rappresentante dell'incapace. Peraltro, alla conferma della scelta di preservare l'autonomia dei due sistemi, si è aggiunta anche quella di dare effettività alla salvaguardia e alla promozione delle possibilità di coinvolgimento dell'amministrato nelle scelte che lo riguardano mediante un'attiva e anche critica partecipazione alle scelte che lo riguardano. Opportunamente è stato ritenuto necessario mantenere la maggiore contiguità possibile tra la sede del giudice tutelare e il domicilio dell'amministrato.

L'altro rilevante settore d'intervento della Corte ha invece riguardato **gli enti e le associazioni non riconosciuti**, per i quali. è in atto un processo, che nel corso di quest'anno ha registrato due importanti pronunce, volto a riconoscere una sempre più estesa autonomia come centri d'imputazioni d'interessi agli enti non dotati di personalità giuridica (diversi dalle società commerciali) sia mediante l'adozione di un regime giuridico caratterizzato dalla continuità nella titolarità attiva o passiva di rapporti giuridici, sia mediante l'applicazione analogica del regime giuridico delle società.

Nel primo versante si colloca la sentenza **n. 8853**, con la quale la Corte ha stabilito che lo studio professionale associato può essere ritenuto un autonomo centro d'imputazione d'interessi e di rapporti giuridici, dotato della capacità di stare in

giudizio nelle persone dei componenti o di chi ne abbia la legale rappresentanza. Nella sentenza **n. 1476**, partendo dalla stessa premessa, la Corte ha poi ritenuto che in mancanza di diversa previsione di legge o di accordi associativi, deve essere applicata analogicamente la disciplina corrispondente delle associazioni riconosciute e delle società. È stata quindi ritenuta applicabile, in caso di unificazione di due associazioni non riconosciute, la disciplina normativa della fusione, nella nuova formulazione dell'art. 2504 *bis* cod. civ. in base al quale l'ente che risulta dalla fusione o quella incorporante assume i diritti e gli obblighi delle due partecipanti, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione.

2.3 Potestà dei genitori.

In materia di **sottrazione internazionale di minore**, di cui alla legge 15 gennaio 1994, n. 64, la Corte ha ritenuto sussistere il vizio di ultrapetizione, nel caso in cui il tribunale per i minorenni adito con una domanda di affidamento, nel respingerla, abbia d'ufficio disposto sul diritto di visita dell'istante (sentenza **n. 8481**), integrando l'orientamento secondo il quale (sentenza n. 9865 del 2006), per converso, costituirebbe *mutatio libelli*, come tale insuscettibile di dare origine al potere-dovere del giudice di pronunciare su di essa, la domanda formulata in corso di giudizio volta ad ottenere il ritorno del minore presso l'affidatario, laddove, con l'atto introduttivo dell'azione giudiziale di fronte al tribunale per i minorenni, l'istante avesse formulato domanda avente ad oggetto esclusivamente la tutela e disciplina dell'esercizio del diritto di visita.

Ed ancora, la Corte ha postulato un "diritto d'informazione" del minore, secondo il quale egli deve essere messo in condizione di esprimere la sua volontà, in sede di audizione, in modo pieno e consapevole, e che, pertanto, devono essergli assicurate le informazioni inerenti la sua vicenda familiare e le richieste delle parti, seppure con le cautele appropriate al suo grado di maturazione (sentenza **n. 16753**).

2.4 Aspetti personali dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio.

In tema di separazione personale dei coniugi, la Corte, con la sentenza **n. 19450**, ha ritenuto che la **dichiarazione di addebito** implichi la sussistenza di comportamenti "oggettivamente" contrari ai valori sui quali la Costituzione italiana fonda il

matrimonio, benché nella “soggettiva” opinione del coniuge agente siano conformi alla “propria” visione sociale o religiosa od ai propri costumi o siano espressivi di una spontanea reattività a stili di vita non condivisi. Ha, inoltre, affermato che la “tolleranza” di un coniuge rispetto alle condotte dell’altro contrarie ai doveri nascenti dal matrimonio, non costituisce una “esimente oggettiva”, in grado di neutralizzare la rilevanza del comportamento in violazione.

Infine, quanto a profili d’ordine processuale, la Corte, con la sentenza **n. 14977**, ha ritenuto che non sia necessaria la sospensione del **processo di scioglimento o di cessazione degli effetti civili** del matrimonio fino all’esito del giudizio di interdizione del coniuge ricorrente, attesa la validità degli atti processuali compiuti da un soggetto non ancora interdetto o al quale non sia stato nominato un rappresentante provvisorio.

2.5 Aspetti economici dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio.

É stato confermato l’orientamento per cui l'**accertamento del tenore di vita** goduto dai coniugi nel corso della convivenza, tanto ai fini della liquidazione dell'assegno di mantenimento a carico del coniuge separato quanto ai fini della valutazione dell'inadeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge che abbia chiesto l'attribuzione dell'assegno divorzile, dev’essere condotto tenendo conto non solo del reddito emergente dalle dichiarazioni fiscali, ma anche di altri elementi di ordine economico suscettibili di incidere sulla situazione delle parti, dovendosi procedere, qualora insorgano contestazioni, ai necessari approfondimenti (se del caso, attraverso indagini di polizia tributaria) in ordine alle risorse economiche dell'onerato, avuto riguardo a tutte le potenzialità derivanti dalla titolarità del patrimonio in termini di redditività, di capacità di spesa, di garanzie di elevato benessere e di fondate aspettative per il futuro (sentenze **n. 15610, n. 9915, n. 4764**).

Un analogo accertamento è stato ritenuto necessario ai fini della revisione dell'assegno, precisandosi peraltro che essa postula la verifica non solo di una sopravvenuta modifica delle condizioni economiche delle parti, ma anche dell'idoneità della stessa a mutare l'assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, secondo una valutazione comparativa delle condizioni economiche di entrambe le parti (sentenza **n. 10133**), nell'ambito della quale possono assumere rilievo anche l'incidenza della sopravvenuta svalutazione monetaria

(sentenza n. 12317) o la convivenza *more uxorio* intrapresa da uno dei coniugi, purché si tratti di un rapporto stabile e non meramente occasionale (sentenza n. 17643).

Quanto al **contributo dovuto dal coniuge separato o divorziato** per il mantenimento della prole, la Corte, nel confermare che il relativo obbligo non cessa con il raggiungimento della maggiore età da parte del figlio, ma perdura fino al conseguimento dell'indipendenza economica, ha preso in esame l'ipotesi particolare in cui il figlio sia occupato come apprendista, osservando che le peculiarità di tale rapporto di lavoro (caratterizzato dall'obbligo di istruzione professionale del datore di lavoro e da una riduzione dell'orario di lavoro) non consentono di ricollegarvi automaticamente l'acquisizione di una piena autosufficienza, dovendo provarsi, a tal fine, che il trattamento economico percepito risulta idoneo, per entità e stabilità, ad assicurare al figlio i mezzi necessari per il proprio mantenimento (sentenza n. 407). La funzione alimentare di tale contributo ha poi indotto ad escludere che, in riferimento all'esecuzione promossa per la sua riscossione, possa trovare applicazione il limite dell'impignorabilità della retribuzione oltre il quinto, previsto dall'art. 545 cod. proc. civ. (sentenza n. 15374).

In tema di **assegno divorzile**, la sentenza n. 15611 ha ribadito la portata generale del principio secondo cui l'assegno può essere fatto decorrere dal momento della domanda, chiarendo che esso rappresenta non già una deroga, ma un temperamento del principio secondo cui l'assegno decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, e conferisce al giudice un potere discrezionale che può essere esercitato non solo nel caso di pronuncia del divorzio con sentenza non definitiva, ma anche nel caso di contestuale pronuncia sull'assegno, senza peraltro che sia necessaria un'apposita domanda di parte.

In ordine alla **decorrenza dell'assegno di mantenimento**, si è invece affermato che il giudice della separazione può adeguarne l'ammontare al variare nel corso del giudizio delle condizioni patrimoniali e reddituali delle parti, e può anche eventualmente modularne la misura secondo diverse decorrenze, riflettenti il verificarsi di tali variazioni (sentenza n. 16398).

Relativamente agli altri diritti di natura economica ricollegabili allo scioglimento del matrimonio, sono state meglio precisate le modalità di calcolo della **quota dell'indennità di buonuscita** spettante all'*ex* coniuge, chiarendosi che essa dev'essere

determinata dividendo l'indennità percepita per il numero degli anni di durata del rapporto di lavoro, moltiplicando il risultato per il numero degli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il rapporto matrimoniale, e calcolando il 40% su tale importo (sentenza n. **15299**).

É stato infine confermato che, in caso di decesso del coniuge obbligato al pagamento dell'assegno divorzile, ai fini della ripartizione della **pensione di reversibilità** tra il coniuge divorziato ed il coniuge superstite, il criterio principale è rappresentato dalla durata legale dei rispettivi vincoli coniugali, la cui considerazione deve peraltro subire un temperamento in funzione della finalità solidaristica dell'attribuzione in esame, la quale impone di tener conto dell'entità dell'assegno riconosciuto al coniuge divorziato e delle condizioni economiche di ciascuno degli aventi diritto (sentenza n. **10669**), sì da potersi escludere che l'applicazione del criterio temporale impedisca di riconoscere una maggior quota al coniuge il cui rapporto risulti di minore durata (sentenza n. **2092**).

2.6 Il regime patrimoniale della famiglia.

Vengono in evidenza, anzitutto, le decisioni con le quali la Corte ha preso posizione in ordine agli effetti degli atti posti in essere o delle obbligazioni contratte da un coniuge senza il consenso dell'altro. Le Sezioni Unite, con la sentenza n. **17952**, hanno risolto un contrasto di giurisprudenza relativo all'individuazione della posizione in cui viene a trovarsi il coniuge rispetto all'azione *ex art. 2932 cod. civ.* promossa nei confronti dell'altro coniuge, il quale abbia stipulato un contratto preliminare senza il suo consenso. Premesso che nel giudizio avente ad oggetto l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo o il risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale è configurabile un litisconsorzio necessario tra i coniugi in comunione legale, la Corte ha affermato che, qualora non si sia proceduto all'integrazione del contraddittorio, il giudizio svoltosi è nullo e dev'essere rinnovato a contraddittorio integro.

É stato poi ribadito che la mancata partecipazione del coniuge ad un atto di disposizione di beni della comunione *ex art. 177 cod. civ.* non esclude che anch'egli risenta dei correlativi effetti, ove non abbia tempestivamente esercitato l'azione di annullamento (sentenza n. **88**).

Con la sentenza **n. 3471** si è fatto invece applicazione del principio dell'apparenza del diritto, affermando che il terzo che abbia contrattato con uno solo dei coniugi può sostenere a proprio favore di aver confidato nel fatto che l'altro contraente agisse anche in nome e per conto del coniuge, soltanto a condizione che provi la propria buona fede e la ragionevolezza di tale affidamento; in mancanza di tale prova, la finalità di soddisfare bisogni familiari, posta a fondamento dell'assunzione dell'obbligazione, non è sufficiente a porre l'altro coniuge nella veste di debitore solidale, assumendo rilievo al solo fine di consentire al creditore di soddisfarsi sui beni della comunione o del coniuge non stipulante, nei casi e nei limiti di cui agli artt. 189 e 190 (nuovo testo) cod. civ..

Particolare interesse riveste un altro gruppo di pronunce, nelle quali la Corte ha affrontato l'esame di vari aspetti della disciplina del **fondo patrimoniale**, e segnatamente dei requisiti prescritti per l'opponibilità dell'atto costitutivo ai creditori, nonché delle condizioni cui è subordinato l'accoglimento dell'azione revocatoria esercitata da questi ultimi.

Sotto il primo profilo, con la sentenza **n. 8610** si è confermata l'inclusione dell'atto costitutivo tra le convenzioni matrimoniali, soggette ai vincoli di forma prescritti dall'art. 162 cod. civ., ribadendosi che la trascrizione nei registri immobiliari, ai sensi dell'art. 2647 cod. civ., svolge una funzione di mera pubblicità notizia, mentre l'opponibilità ai creditori è condizionata all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, con la conseguenza che la costituzione del fondo non è opponibile ai creditori che abbiano iscritto ipoteca sugli immobili in epoca posteriore alla trascrizione ma anteriore all'annotazione, non avendo quest'ultima effetto retroattivo.

In ordine al secondo aspetto, con le sentenze **n. 966**, **n. 15310** e **n. 17418**, la Corte ha ribadito che la costituzione del fondo patrimoniale, quando proviene da entrambi i coniugi, è atto a titolo gratuito che, traducendosi in una variazione qualitativa del patrimonio del debitore, idonea a determinare il pericolo di un'eventuale infruttuosità di una futura azione esecutiva, è di per sé sufficiente ad integrare l'*eventus damni* richiesto per l'accoglimento dell'azione revocatoria, mentre ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo è sufficiente la consapevolezza di arrecare pregiudizio alle ragioni dei creditori (c.d. *scientia damni*), ovvero la mera previsione di un danno potenziale, la quale non è esclusa dall'invocazione di un generico interesse della

famiglia, stante la non obbligatorietà della costituzione del fondo.

In tema di **impresa familiare**, infine, la Corte (sentenza **n. 6631**) ha preso in esame alcune questioni relative allo scioglimento, affermando che, ai fini del riparto dei conferimenti tra i partecipanti, la scrittura prevista dall'art. 9 della legge 2 dicembre 1975, n. 576 assume valore d'indizio, utilizzabile in assenza di dati probatori difformi, ed escludendo che la prescrizione del diritto dei familiari al riparto sia soggetta a sospensione in costanza del rapporto, tenuto conto della stabilità di quest'ultimo, connessa al vincolo familiare ed all'onerosità della liquidazione della quota di utili ed incrementi, spettanti al partecipante in caso di scioglimento.

3. LA PROPRIETÀ

3.1 La proprietà e i suoi limiti.

In materia di diritto di proprietà vengono in considerazione, innanzitutto, alcune pronunce che si sono occupate della dimensione per così dire “pubblicistica” dell’istituto.

In riferimento alle **opere di interesse storico e artistico**, la sentenza **n. 15298**, affrontando il tema del **diritto di prelazione** della P.A. regolato dall’art. 39 della legge n. 1089 del 1939 – applicabile alla fattispecie, *ratione temporis*, prima della sua abrogazione ad opera dell’art. 166 del d.lgs. n. 490 del 1999 – ha stabilito che, qualora si tratti di esportazione in ambito comunitario di opere di interesse storico e artistico, l’effetto traslativo della proprietà in favore dell’Amministrazione si determina, secondo la regola dell’automaticità, con indennizzo pari al valore dichiarato dall’esportatore in apposita denuncia ed al momento in cui il decreto della P.A. assume il carattere della definitività, consumandosi a quell’epoca la facoltà per l’esportatore di rinunciare all’esportazione per così conservare la proprietà del bene.

In materia di **usi civici**, poi, la sentenza **n. 6165** ha stabilito che la dichiarazione prevista dall’art. 3 della legge 16 giugno 1927 n. 1766 – secondo cui chiunque pretenda di esercitare diritti di uso civico di “promiscuo godimento” è tenuto a farne dichiarazione al commissario liquidatore entro sei mesi dalla pubblicazione della legge, pena l’estinzione dei relativi diritti – non riguarda i diritti sui terreni che, appartenendo al demanio universale o comunale, siano propri della stessa collettività

degli utenti; allo scopo di evitare contrasti o incertezze fra le popolazioni agrarie, infatti, il legislatore, nel dettare siffatta previsione, ha inteso riferirsi ai diritti di uso civico su beni altrui, non potendosi tale ipotesi configurare nel caso di titolarità dei beni spettanti alla stessa *universitas* di appartenenza degli utenti. La sentenza si segnala anche perché ha escluso che tale normativa possa essere in contrasto con gli artt. 3 e 42 Cost., poiché l'esigenza della libera circolazione dei beni non può considerarsi un connotato necessario dei beni oggetto di proprietà pubblica che, ai sensi del primo comma dell'art. 42 Cost., sono tenuti distinti da quelli oggetto di proprietà privata.

Sempre in riferimento agli aspetti di rilevanza pubblica del diritto di proprietà, sono da richiamare due pronunce in materia di **immissioni**. La sentenza **n. 5844** ha ribadito il principio secondo cui la norma dell'art. 844 cod. civ. impone – nei limiti della normale tollerabilità e del temperamento tra le esigenze della proprietà e quelle della produzione – l'obbligo di sopportazione delle propagazioni regolate da norme generali o speciali; tuttavia, ove sia stato accertato il superamento della soglia di normale tollerabilità, deve essere escluso, nella liquidazione del danno da immissioni, sussistente *in re ipsa*, qualsiasi criterio di temperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso, in quanto si rientra nello schema dell'azione generale di risarcimento danni di cui all'art. 2043 cod. civ. e, per quanto concerne il danno alla salute, nello schema del danno non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2059. Seguendo la medesima logica, la sentenza **n. 1391**, dettata in materia di immissione elettromagnetiche, ha chiarito che la risarcibilità del danno che si assume essere stato causato dalle immissioni non può prescindere dall'accertamento dell'illiceità del comportamento dell'emittente, che deve escludersi qualora le immissioni si siano mantenute nei limiti fissati dalla normativa vigente, nel qual caso esse sono assistite da una presunzione di non pericolosità; ne consegue che, in mancanza di un principio codificato di precauzione che consenta una tutela avanzata a fronte di eventi di potenziale ma non provata pericolosità, deve escludersi in questi casi il diritto al risarcimento di un danno del tutto ipotetico.

In una collocazione, per così dire, intermedia tra la dimensione privatistica e quella pubblicistica del diritto di proprietà deve collocarsi la sentenza **n. 12405** in materia di **rapporti tra concessione edilizia e conseguente controversia insorta tra privati per**

la difforme esecuzione delle opere. Detta pronuncia ha stabilito che la rilevanza giuridica della licenza o concessione edilizia si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra P.A. e privato richiedente o costruttore, senza estendersi ai rapporti tra privati, regolati invece dalle disposizioni dettate dal codice civile e dalle leggi speciali in materia edilizia, nonché dalle norme dei regolamenti edilizi e dei piani regolatori generali locali. Ne consegue che, ai fini della decisione delle controversie tra privati derivanti dalla esecuzione di opere edilizie, sono irrilevanti tanto l'esistenza della concessione (salva la ipotesi della cosiddetta licenza in deroga), quanto il fatto di avere costruito in conformità alla concessione, non escludendo tali circostanze, in sé, la violazione dei diritti dei terzi di cui al codice civile e agli strumenti urbanistici locali.

Passando, invece, agli aspetti intrinsecamente privatistici dell'istituto in esame, merita un richiamo la sentenza **n. 4416** che ha contribuito a chiarire la differenza tra **azione di rivendicazione** e **azione di restituzione**. Nella pronuncia ora richiamata si è detto che tali azioni, pur tendendo al medesimo risultato pratico – ossia il recupero della *res* – hanno natura e presupposti differenti: con la prima, di carattere reale, l'attore assume di essere proprietario del bene e, non essendone in possesso, agisce contro chiunque di fatto ne disponga onde conseguirne nuovamente il possesso, previo riconoscimento del suo diritto di proprietà; con la seconda, di natura personale, l'attore non mira ad ottenere il riconoscimento di tale diritto – del quale non deve, pertanto, fornire la prova – ma solo ad ottenere la riconsegna del bene stesso. In questa seconda ipotesi, perciò, l'attore può limitarsi alla dimostrazione dell'avvenuta consegna in base ad un titolo e del successivo venir meno di questo per qualsiasi causa, senza che la difesa del convenuto, che pretenda di essere proprietario del bene in contestazione, sia idonea a trasformare in reale l'azione personale proposta nei suoi confronti. La semplice contestazione del convenuto non costituisce, quindi, strumento idoneo a determinare il cambiamento, oltre che dell'azione, anche dell'onere della prova incombente sull'attore, onere che, in caso di rivendicazione, è quello della c.d. *probatio diabolica*.

3.2 Il condominio degli edifici.

In tema di pagamento degli oneri condominiali, le Sezioni Unite, con la sentenza **n. 4421**, hanno risolto la questione, ricorrente, del **rapporto tra il giudizio di**

opposizione a decreto ingiuntivo emesso per debiti verso il condominio e il giudizio di impugnazione della correlata delibera assembleare, affermando che al giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto per la riscossione dei contributi condominiali in base allo stato di ripartizione approvato dall'assemblea non è consentito di sospendere il giudizio in attesa della definizione del diverso giudizio di impugnazione, *ex art. 1137 cod. civ.*, della deliberazione posta a base del provvedimento monitorio opposto.

In relazione, poi, alle diverse questioni che toccano l'ambito delle **delibere assembleari**, va segnalata anzitutto la sentenza **n. 1405**, che, sulla validità dell'approvazione del bilancio preventivo, ha ritenuto sufficiente che la relativa contabilità sia idonea a rendere intellegibile ai condomini le voci di entrata e di spesa, con le quote di ripartizione (non occorrendo dunque una contabilità come quella per i bilanci delle società), potendosi procedere sinteticamente alla loro approvazione (non occorrendo che le suddette voci siano trascritte nel verbale assembleare né oggetto di analitico dibattito ed esame), potendosi prestare fede ai dati forniti dall'amministratore alla stregua della documentazione giustificativa. Sono dunque valide - si afferma - le delibere con cui si stabilisce che il bilancio preventivo per il nuovo esercizio sia conforme al preventivo o al consuntivo dell'esercizio precedente, perché è determinante a tal fine il riferimento alle spese dell'anno precedente, alla somma complessivamente stanziata ed a quella destinata alle singole voci, derivando in tale caso automaticamente la ripartizione tra i singoli condomini dall'applicazione delle tabelle millesimali.

Quanto poi alla **legittimazione ad impugnare la delibera**, secondo la sentenza **n. 2362** compete a chi abbia acquistato l'immobile in epoca successiva alla delibera medesima, giacché si deve tener conto della situazione esistente al momento della proposizione della domanda; e, per altro verso, essa va riconosciuta anche al condomino presente che si sia astenuto dal voto (sentenza **n. 21298**).

In tema di cd. **condominio minimo**, costituito di due soli condomini, la Corte, con la sentenza **n. 16705**, ha precisato che per esso è soltanto applicabile l'art. 1105 cod. civ., che stabilisce le regole di amministrazione della cosa comune, in forza del rinvio contenuto nell'art. 1139 cod. civ. in materia condominiale, giacché in tutte le altre ipotesi le deliberazioni condominiali vengono assunte con le modalità e maggioranze

di cui all'art.1136 cod. civ. e alla ripartizione delle spese urgenti, eseguite senza preventiva autorizzazione assembleare, si applica l'art. 1134 cod. civ..

Quanto, poi, ai **limiti di utilizzo delle parti comuni**, ai sensi dell'art. 1102 cod. civ., la Corte (sentenza **n. 4617**) ha precisato che è tutelabile l'uso paritetico della cosa comune quando sia compatibile con la ragionevole previsione della utilizzazione che in concreto faranno gli altri condomini della stesa cosa, e non della identica e contemporanea utilizzazione che in via meramente ipotetica e astratta essi ne potrebbero fare. E così è stata ritenuta illegittima, dalla sentenza **n. 5753**, la trasformazione, anche solo in parte, del tetto dell'edificio in terrazza ad uso esclusivo del singolo condomino, in tal modo sottratta all'uso degli altri condomini; mentre, in forza della sentenza **n. 4386** si è affermato che l'uso particolare che il comproprietario faccia del cortile comune, interrando nel sottosuolo una centrale termica del proprio impianto di riscaldamento, non è estraneo alla destinazione normale di tale area, però, in effetti, a condizione che per le dimensioni del manufatto, in rapporto alle relative condizioni contingenti, ciò non alteri l'utilizzazione del cortile da parte degli altri condomini né escluda per gli stessi la possibilità di fare del cortile un medesimo e analogo uso particolare.

In tema di **innovazioni**, merita di essere ricordata la sentenza n. 16794 delle Sezioni Unite, la quale, avuto riguardo al caso di sopraelevazione di cui all'art. 1127 cod. civ., ha chiarito che la relativa indennità è dovuta dal proprietario dell'ultimo piano dell'edificio condominiale anche a seguito della trasformazione di locali preesistenti mediante l'incremento delle superfici e volumetrie indipendentemente dall'aumento dell'altezza del fabbricato (e dunque non soltanto nell'ipotesi di realizzazione di nuovi piani o nuove fabbriche). In tale caso, l'indennità si giustifica a causa dell'aumento proporzionale del diritto di comproprietà sulle parti comuni conseguente all'incremento della porzione di proprietà esclusiva e, in applicazione del principio di proporzionalità, è quindi determinata sulla base del maggior valore dell'area occupata ai sensi dell'art. 1127, quarto comma, cod. civ.

3.3 Tutela del possesso.

Nel corso dell'anno la giurisprudenza ha continuato nell'opera di definizione del concetto di possesso, stabilendo, con la sentenza **n. 13443**, che gli **atti di tolleranza**

non possono fondare l'acquisto del possesso; a tal fine, sono stati considerati atti di tolleranza, ai sensi dell'art. 1144 cod. civ., quelli che, implicando un elemento di transitorietà e saltuarietà, comportano un godimento di modesta portata, incidente molto debolmente sull'esercizio del diritto da parte dell'effettivo titolare o possessore, ricomprendendo in tale categoria quelli che traggono la loro origine da rapporti di amicizia o familiarità (o da rapporti di buon vicinato sanzionati dalla consuetudine), i quali a priori ingenerano e giustificano la *permissio*.

Ai fini, invece, della determinazione della c.d. **interversione nel possesso** prevista dall'art. 1141, secondo comma, cod. civ., la sentenza **n. 9090** ha specificato che l'opposizione del detentore nei confronti del possessore richiesta dalla citata norma non è necessaria quando il mutamento del titolo scaturisca da un atto dello stesso possessore a beneficio del detentore (nella specie, si trattava di un atto di donazione compiuto dal proprietario, con atto nullo per difetto di forma, in favore del conduttore).

La sentenza **n. 13669** – che si segnala anche per il fatto di inserirsi in un contrasto di giurisprudenza – ha fissato il principio per cui il decreto di espropriazione, essendo idoneo a far acquisire la proprietà del bene, ha anche una forza tale per cui la notifica del medesimo comporta necessariamente il venire meno dell'*animus possidendi* in capo al precedente proprietario o al soggetto diverso che, eventualmente, continui ad esercitare sulla cosa un'attività corrispondente all'esercizio del diritto venuto meno, appunto, col decreto di espropriazione.

In riferimento alle azioni a tutela del possesso, si segnala la sentenza **n. 13116** la quale, decidendo in materia di azione di spoglio, ha fissato il principio per cui, qualora con tale azione vengano denunziati più atti materiali distanziati nel tempo – che il giudice colleghi tra loro teleologicamente, ritenendoli espressione di un unico disegno – il relativo termine di decadenza decorre dal primo di tali atti, a meno che il ricorrente stesso non provi trattarsi di comportamenti autonomi e non avvinti dal medesimo disegno.

Per quanto concerne gli **aspetti processuali** della materia in esame, devono essere richiamate le sentenze **n. 14281** e **n. 14607**. La prima pronuncia, avente ad oggetto l'art. 703 cod. proc. civ. nella formulazione risultante dalla legge 26 novembre 1990, n.353, ma prima delle modifiche apportate dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito

nella legge 14 maggio 2005 n. 80, chiarisce che, qualora il giudice concluda il procedimento possessorio con ordinanza, provvedendo anche al relativo regolamento delle spese processuali senza procedere alla fissazione dell'udienza di prosecuzione del giudizio di merito, il provvedimento ha natura sostanziale di sentenza ed è, quindi, impugnabile con l'appello. La seconda, emessa in riferimento all'art. 704 cod. proc. civ., si occupa dei rapporti tra giudizio petitorio e provvedimenti possessori pronunciati in quella sede, disponendo che tali provvedimenti, avendo carattere puramente incidentale, sono destinati a venire assorbiti dalla sentenza che, decidendo la controversia petitoria, costituisce l'unico titolo per regolare in via definitiva i rapporti di natura possessoria e petitoria in contestazione fra le parti.

3.4 L'usucapione.

In ordine all'*animus possidendi*, elemento indispensabile al maturarsi dell'usucapione, la sentenza **n. 4444** ha stabilito, in linea con la precedente giurisprudenza, che l'elemento psicologico, consistente nella volontà del possessore di comportarsi e farsi considerare come proprietario del bene, può essere desunto dalle concrete circostanze di fatto che caratterizzano la relazione del possessore con il bene stesso. In questo contesto, la pronuncia ha escluso la sussistenza dell'elemento psicologico qualora sia dimostrato che il possessore aveva la consapevolezza di non poter assumere iniziative sulla conservazione e disposizione del bene e qualora l'intestatario del bene non abbia dismesso l'esercizio del suo diritto di proprietà ma abbia, invece, continuato ad assumersene i relativi diritti e facoltà e i corrispettivi obblighi ed oneri.

Quanto, invece, alla possibilità di acquisire tramite usucapione la proprietà di beni immobili facenti parte del patrimonio pubblico, la sentenza **n. 2608**, dettata in relazione ad una fattispecie assai particolare, ha confermato il principio (sia pure in relazione ad una normativa non più vigente, ma tuttavia applicabile al caso specifico *ratione temporis*). La Corte, infatti, chiamata a pronunciarsi in relazione ad interventi umani sul corso di un fiume, ha stabilito che tali interventi – ove realizzati nel vigore del testo dell'art. 947 cod. civ. precedente alla novella di cui alla legge n. 37 del 1994 (priva di efficacia retroattiva) – determinavano la perdita della demanialità naturale del terreno residuo ed il suo passaggio al patrimonio disponibile dello Stato, con la conseguenza che, pur rimanendo esclusa l'accessione automatica dello stesso al suolo

dei proprietari rivieraschi, il medesimo poteva costituire oggetto di usucapione da parte di coloro che lo avessero posseduto *uti domini*.

In relazione, infine, agli aspetti processuali, è da segnalare la sentenza **n. 11293**. Questa pronuncia – partendo dal presupposto per cui nelle azioni a difesa del diritto di proprietà e degli altri diritti reali di godimento, che sono individuati solo in base al loro contenuto (con riferimento cioè, al bene che ne costituisce l'oggetto), la *causa petendi* si identifica con il diritto stesso e non, come nei diritti di credito, con il titolo che ne costituisce la fonte (contratto, successione, usucapione etc.) – ha stabilito che l'allegazione in appello dell'acquisto per usucapione abbreviata non costituisce domanda nuova rispetto a quella di usucapione ordinaria inizialmente proposta con riferimento allo stesso bene, poiché si tratta ugualmente della rivendicazione del medesimo diritto.

3.5 L'espropriazione.

Come anticipato al punto 1.1, nella materia espropriativa (cui viene tradizionalmente ascritta quella del risarcimento del danno da occupazione appropriativa) assumono carattere di centralità le ricadute delle sentenze della **Corte costituzionale n. 348 e n. 349**, sulla incostituzionalità **dell'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333**, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359: ancor prima delle modifiche al d.p.r. n. 327 del 2001 da parte dell'art. 2, commi 89 e 90, l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), la sentenza **n. 26275** ha affermato che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis cit. per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., determina la cessazione di efficacia *erga omnes* con effetto retroattivo della norma relativamente a situazioni o rapporti cui sarebbe ancora applicabile la norma stessa, di talché, ove sia ancora in discussione, nei giudizi pendenti, la congruità dell'attribuzione indennitaria, i relativi rapporti di credito non possono più essere regolati dalla norma dichiarata incostituzionale, a nulla rilevando l'anteriorità dell'espropriazione rispetto all'introduzione del parametro costituzionale per contrasto con il quale la disposizione legislativa è stata espunta dall'ordinamento.

Si è ritenuto anche che il **criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione**, previsto dall'art. 5-bis d.l. 17.7.1992 n. 333, conv. in l. 8.8.1992 n. 359, era applicabile all'espropriazione dei suoli necessari alla realizzazione delle opere

approvate prima che l'art. 37 t.u. espropriazioni entrasse in vigore, grazie alla salvezza che lo stesso t.u., all'art. 57, garantiva riguardo alle vicende espropriative iniziate entro il 30 giugno 2003. Dichiarato incostituzionale l'art. 5-bis (Corte cost. n. 348 del 2007), quale normativa vigente a quella data, non può che rendersi applicabile il vecchio art. 39 l. 25.6.1865 n. 2359, la cui abrogazione, per l'art. 58 n. 1, come quella del 5-bis, per il n. 133 dello stesso, fa comunque salvo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 57, e se **il valore venale può riemergere ancora**, tra le pieghe dell'art. 57, dopo l'abrogazione del 5-bis che l'aveva reso incompatibile, ma di cui era l'immediato precedente, la clausola di salvezza all'abrogazione è prevalente, conseguendone che al momento, fino a quando il legislatore non riterrà di riformulare altri criteri indennitari sulle indicazioni contenute nella sentenza n. 348/07 (come avvenuto con l'art. 2, commi 89 e 90, l.n. 244 del 2007, cit.), non vi è la necessità da parte del giudice di distinguere, come la Corte costituzionale ha suggerito all'iniziativa legislativa, tra "espropri singoli" e "piani di esproprio volti a rendere possibile interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale" (sentenza **n. 330 del 2008**).

Quando la questione di legittimità costituzionale era ancora pendente, le sentenze **n. 5219** e **n. 19924** avevano avuto modo di precisare che il contrasto del sistema indennitario previsto dai primi due commi dell'art. 5-bis d.l. n. 333 del 1992 (riproposti dall'art. 37, commi 1 e 2, d.P.R. n. 327 del 2001), con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e con la Carta Costituzionale per violazione dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost, riguardava il criterio di determinazione dell'indennizzo "per le aree edificabili", non anche l'indennizzo "per le aree agricole e per quelle che ... non sono classificabili come edificabili", rispetto alle quali l'applicabilità delle norme contenute nel titolo secondo della legge n. 865 del 1971 (e successive modificazioni ed integrazioni), per un verso, era stata ritenuta conforme all'art. 42 della Costituzione (Corte cost. sentenza n. 355 del 1985) senza risultare oggetto di condanne da parte della Corte europea, laddove, per altro verso, neppure si palesava "retroattiva", atteso che il comma 4 del menzionato art. 5-bis, appunto "per le aree agricole e per quelle che, ai sensi del comma 3, non sono classificabili come edificabili", si era limitato soltanto a "richiamare", statuendone esattamente la persistente applicabilità, la disciplina che "già" vigeva in precedenza, ai sensi del titolo

secondo della legge n. 865 del 1971.

Resta comunque confermata la **natura dicotomica del sistema indennitario**, ribadita dalla sentenza **n. 18314**, atteso che i criteri di liquidazione previsti per le aree edificabili, sia pure modificati, sono distinti da quelli relativi alle aree non edificabili, siano esse aree agricole o urbanisticamente ad esse equiparate, in virtù di una previsione conformativa.

Riguardo a detta previsione, la sentenza **n. 8218** ha precisato che deve trattarsi di vincolo riguardante porzioni del territorio comunale identificate in base a criteri generali e predeterminati, riconducibili alla logica della zonizzazione, mentre, nel caso in cui la destinazione a utilizzazione collettiva sia funzionale a porzioni circoscritte del territorio comunale - e la previsione di opera pubblica si suol dire oggetto di previsione “localizzativa” o “puntiforme” si è in presenza di un vincolo preordinato a esproprio.

In applicazione di tale principio si è precisato (sentenze n. 15616 e n. 15389) che la destinazione di aree a edilizia scolastica nell'ambito della pianificazione urbanistica comunale, ne determina il carattere non edificabile, avendo l'effetto di configurare un tipico vincolo conformativo, come destinazione ad un servizio che trascende le necessità di zone circoscritte, ed è concepibile solo nella complessiva sistemazione del territorio, nel quadro della ripartizione zonale in base a criteri generali ed astratti, né può esserne ritenuta per altro verso l'edificabilità, sotto il profilo di una realizzabilità della destinazione ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, giacché l'edilizia scolastica è riconducibile ad un servizio strettamente pubblicistico, connesso al perseguimento di un fine proprio ed istituzionale dello Stato, su cui non interferisce la parità assicurata all'insegnamento privato.

In generale, quindi, non può riconoscersi la prerogativa dell'edificabilità, con conseguente necessità di commisurare l'indennità (di asservimento ma anche di esproprio) al valore agricolo, riguardo alla **destinazione urbanistica di terreni a servizi di pubblica utilità**, preclusiva ai privati di forme di trasformazione del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione, che, anche se previste, sono concepite al solo fine di assicurare la fruizione pubblica degli spazi (sentenza **n. 6808**). Si è però attribuita natura edificabile (sentenza **n. 24930**) all'area ubicata in zona destinata a spazi pubblici attrezzati e sport in cui era però consentito l'intervento di privati in regime di concessione, atteso che detta destinazione urbanistica comporta

non soltanto l'edificabilità in senso tecnico (in considerazione del riferimento alle attrezzature ed allo sport, laddove, cioè, non si poteva escludere l'eventualità di opere anche murarie), ma anche la possibilità che una siffatta edificabilità, lungi dal risultare prerogativa dell'ente pubblico, fosse rimessa all'intervento di privati.

Si è peraltro precisato (sentenza **n. 14058**) che il fatto che ad un'area, destinata a verde privato, lo strumento urbanistico attribuisca un modesto indice di fabbricabilità, non autorizza a farne derivare una presunzione di destinazione del verde a servizio o a pertinenza, e a considerarla come inedificabile, giacché l'indice di fabbricabilità non è idoneo di per sé a determinare la natura agricola o edificatoria dell'area, dovendosi piuttosto far riferimento alla destinazione prevista per gli interventi edilizi consentiti (se edifici o costruzioni rurali). Per converso la destinazione di un'area a parcheggio, anche pertinenziale delle aree limitrofe, non attribuisce natura edificabile alla stessa, atteso che le pertinenze mantengono la propria individualità fisica e giuridica e sono separatamente indennizzabili, come aree edificabili, se possiedono autonome possibilità di sfruttamento edificatorio, restandone di conseguenza esclusa l'adozione di un criterio indennitario unico, fondato sulla natura e sul valore della cosa principale (sentenza **n. 24703**). Nella stessa prospettiva la sentenza **n. 19170** ha affermato che quando oggetto di espropriazione sia un fabbricato con latistante terreno, il manufatto costituisce un'entità economica da valutarsi come bene autonomo, il cui valore deve essere considerato in aggiunta al valore del suolo, effettuando la liquidazione corrispondente con riferimento al valore di mercato per l'edificio -comprensivo di area di sedime, che da esso non è scindibile nè autonomamente apprezzabile- e con riferimento, per il terreno pertinenziale, ai criteri di cui all'art. 5 bis d.l. 11 luglio 1992, n. 333, od alla legge 22 ottobre 1971, n. 865, art. 16, a seconda se esso risulti edificabile o in edificabile.

L'accertamento del requisito previsto per la valutazione delle edificabilità delle aree dall'art. 5 bis, comma 3, d.l. 11 luglio 1992 n. 333 (e dalle corrispondenti previsioni dell'art. 37, comma 3, d.P.R. n. 327 del 2001) consistente nelle possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, non può quindi limitarsi alla verifica se il piano regolatore (o strumento equivalente) preveda l'edificabilità della zona in cui è ubicato l'immobile, poiché la destinazione urbanistica ad usi edilizi, quale presupposto necessario a conferire in

astratto la natura edificatoria, deve essere completata dalle condizioni che, in concreto, inducono a determinarne il valore venale (c.d. “edificabilità di fatto”), atteso che la volumetria esprimibile è condizionata dalle disposizioni riguardanti altezze cubature, superfici coperte, distanze, zone di rispetto, nonché dagli indici di fabbricabilità della zona urbanistica e va calcolata al netto degli spazi assegnabili a *standards*, cui il proprietario è comunque tenuto nell'ipotesi di sfruttamento edificatorio; ed inoltre, deve tenersi conto delle eventuali cessioni, di potenzialità volumetrica operate e favore di aree limitrofe, che ne abbiano assorbito l'edificabilità in concreto (sentenza **n. 22961**).

Riguardo alla liquidazione **dell'indennità di esproprio dei fondi edificabili**, andrà valutata l'incidenza della pronuncia di incostituzionalità rispetto ai rapporti con la **dichiarazione ICI**, già previsti dall'art. 16 del d.lgs. n. 504 del 1992 ed ora dall'art. 37, comma 7, d.P.R. n. 327 del 2001 (norme che, come precisato dalla sentenza **n. 10867**, prendono in considerazione l'ultima denuncia presentata dall'espropriato prima dell'emissione del decreto di esproprio e non del decreto di occupazione), stante lo stretto collegamento del meccanismo correttivo dell'indennità con i criteri dettati dai primi due commi dell'art. 5-bis cit. Questa connessione è stata evidenziata dalla sentenza **n. 19925** con cui la Corte ha avuto modo di sottolineare che la riduzione prevista dall'art. 16 cit. ad un importo pari al valore indicato nell'ultima dichiarazione o denuncia presentata dall'espropriato ai fini dell'applicazione dell'I.C.I., qualora il valore dichiarato risulti inferiore all'indennità di espropriazione determinata secondo i criteri stabiliti dalle disposizioni vigenti, vale per i terreni caratterizzati da edificabilità sia legale, che di fatto, in considerazione sia della definizione di area fabbricabile fornita dall'art. 2, lettera b), d.lgs. n. 504 cit. - che, richiamando i criteri dettati dall'art. 5-bis del d.l. n. 333 del 1992, fa riferimento anche alle possibilità effettive di edificazione -, sia della *ratio* sottesa al sistema della legge delega e del decreto delegato istitutivo dell'ICI, diretto nel complesso ad incentivare fedeli autodichiarazioni del valore delle aree fabbricabili ai fini anzidetti e, nello stesso tempo, ad avviare una armonizzazione tra identificazione agli effetti tributari ed agli effetti espropriativi delle aree fabbricabili, attesa la comune radice di definizione delle medesime aree.

La stessa sentenza ha precisato che il proprietario il quale, avendo dichiarato ai fini

I.C.I. la natura agricola dei terreni poi espropriati, chieda la determinazione dell'indennità sulla base di detta natura invocando l'art. 2, lett. b) d.lgs. n. 504 del 1992, per il quale non sono fabbricabili i terreni posseduti e condotti dai soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 9 (coltivatori diretti od imprenditori agricoli che esplicano la loro attività a titolo principale), deve fornire la prova rigorosa della sussistenza delle condizioni previste dalle norme indicate ed in particolare di condurre i terreni stessi e che su questi persiste l'utilizzazione agro-silvo-pastorale, non essendo sufficienti né la costituzione di una società semplice diretta alla coltivazione del fondo, né l'iscrizione della stessa nella speciale sezione riservata alle imprese agricole presso la Camera di commercio, né la circostanza che l'intero nucleo familiare risieda presso la corte interna del fondo espropriato, in quanto è necessario provare l'esercizio effettivo dell'impresa familiare agricola.

Può essere utile richiamare, anche per valutare il rapporto con le ricadute della sentenza **n. 348**, le decisioni più significative sulla **disciplina liquidatoria dell'indennità nei casi di espropriazione parziale** (art. 40 della legge n. 2359 del 1865 e dall'art. 33 t.u. n. 327/2001) e sull'indennità per i proprietari di immobili i quali, per effetto della realizzazione di un'opera di pubblica utilità, vengano a soffrire un danno permanente consistente nella perdita o nella diminuzione di un diritto (art. 46 della legge n. 2359 del 1865 e dall'art. 44 t.u. n. 327/2001).

Sul primo versante, la sentenza **n. 11782** ha precisato che l'operazione di calcolo differenziale indicata dall'art. 40 della legge 2359 del 1865 non è vincolante, potendosi raggiungere il medesimo risultato attraverso la somma del valore venale della parte espropriata e del minor valore della parte residua, oppure attraverso il computo delle singole perdite, ovvero aggiungendo al valore dell'area espropriata quello delle spese e degli oneri, che incidendo sulla parte residua, ne riducano il valore, o mediante altri parametri equivalenti, in applicazione del principio di effettività, riaffermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 305 del 2003, proprio con riferimento ai terreni agricoli, tanto che l'art. 33 del nuovo T.U. espropriazioni non menziona più la stima differenziale, ma impone soltanto al giudice di merito di tener conto della diminuzione di valore della parte residua, perciò autorizzandolo ad avvalersi del criterio ritenuto più idoneo nel caso concreto a raggiungere siffatto risultato. La sentenza **n. 19570** ha poi precisato che il giudice, qualora ritenga l'espropriazione parziale e, quindi, determini

l'indennità sulla base della differenza fra il valore dell'unico bene prima dell'espropriazione ed il valore della porzione residua, ai sensi dell'art. 40 legge n. 2359 del 1865, deve dar conto in modo congruo del percorso logico seguito, tenendo presente che l'espropriazione parziale si verifica quando la vicenda ablativa investe parte di un complesso immobiliare appartenente allo stesso soggetto e caratterizzato da un'unitaria destinazione economica ed inoltre implichi per il proprietario un pregiudizio diverso da quello ristorabile mediante l'indennizzo calcolato con riferimento soltanto alla porzione espropriata, per effetto della compromissione o comunque dell'alterazione delle possibilità di utilizzazione della restante porzione e del connesso deprezzamento di essa.

Per quanto concerne l'indennità prevista per i proprietari di immobili i quali, per effetto della realizzazione di un'opera di pubblica utilità, vengano a soffrire un danno permanente consistente nella perdita o nella diminuzione di un diritto, la sentenza **n. 13960** ha precisato che la stessa riguarda esclusivamente il proprietario attuale del bene oggetto dell'attività lesiva del diritto dominicale, nella parte da essa interessata, e non si estende ai soggetti che, in un tempo successivo, abbiano acquistato il bene, avendo il fatto dannoso interamente esaurito la forza lesiva nella sfera giuridica del precedente titolare-dante causa. La sentenza **n. 23627** ha ritenuto provato il danno permanente derivato della realizzazione di un'opera di pubblica utilità, nell'ipotesi di costruzione di un depuratore quando, fin dall'attivazione dell'impianto, si manifestino nel fondo limitrofo immissioni non tollerabili di scuotimenti e di odori che, quindi, non sono collegate, in via esclusiva, al decadimento dell'efficienza manutentiva, ma dipendono da genetici problemi della struttura.

Appaiono di interesse alcune decisioni in ordine al **giudizio di opposizione alla stima**. Vanno segnalate alcune affermazioni contenute nella sentenza **n. 21434**: il principio per cui la condizione dell'azione – quale deve ritenersi il decreto di esproprio riguardo alla domanda di determinazione dell'indennità – può intervenire, in quanto requisito di fondatezza della domanda, fino al momento della decisione, non può introdurre una deroga al principio per cui possono depositarsi tardivamente in Cassazione i soli documenti inerenti (oltre la nullità della sentenza) l'ammissibilità del ricorso, con la conseguenza che la produzione del decreto di esproprio non è consentita perché inciderebbe, al più, sulla proponibilità della domanda iniziale, ma non

sull'ammissibilità del ricorso per cassazione; è inammissibile l'azione indennitaria in attesa del decreto di espropriazione, sotto il profilo che la relativa determinazione sarebbe comunque utilizzabile ai fini della liquidazione del risarcimento, attesa l'ontologica diversità, al di là dell'omologia del criterio di calcolo, dell'azione risarcitoria, nella quale la prima non è convertibile e considerato, altresì, il coinvolgimento di valutazioni del comportamento della P.A., nell'ipotesi di occupazione illegittima, con la necessità che di esse conosca il giudice amministrativo. D'altro canto, pur in mancanza di decreto di espropriazione, l'acquisizione in proprietà del bene alla P.A. non è esito scontato della vicenda, ben potendosi verificare la restituzione del bene ove esso non venga più ritenuto utilizzabile a scopi pubblici; la circostanza che per la determinazione dell'indennità di esproprio sia prevista la competenza della Corte di Appello da esercitarsi in unico grado (art. 19 l. n. 865/1971 ed art. 44 t.u. n. 327/2001), non esclude la preclusione nel rilievo della incompetenza per materia oltre la prima udienza di trattazione fissato dall'art. 38, comma 1, cod. proc. civ., in quanto tale norma, essendo contenuta nel libro primo del codice, ha natura generale e della stessa non è dato cogliere indicazioni eccezionali. Inoltre la previsione di competenza in unico grado è implicitamente contemplata dall'art. 9 cod. proc. civ., cioè da una norma parimenti contenuta nella disciplina generale della competenza, là dove dispone, dopo aver dettato nell'art. 7 le ipotesi di competenza del Giudice di pace, che il Tribunale è competente su tutte le cause che non siano di competenza di altro giudice, così sottintendendo anche le ipotesi di competenza in unico grado della Corte d'Appello o di sezioni specializzate dello stesso Tribunale, di modo che l'art. 38 cod. proc. civ., non può che riferirsi anche a tali ipotesi.

La sentenza **n. 16744**, precisato che nell'ambito del giudizio di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione, il giudice, al fine di stabilire il valore di mercato dell'immobile, deve individuare ed apprezzare tutti gli elementi oggettivi che caratterizzano lo stesso ed i pesi da cui è gravato, inclusa l'esistenza di specifici usi civici a favore della collettività, ha affermato tale operazione non viola la giurisdizione del commissario regionale per la liquidazione degli usi civici, ai sensi dell'art. 29, secondo comma, della legge 16 giugno 1927 n. 1766, che comprende le controversie relative all'accertamento, alla valutazione e alla liquidazione dei diritti di uso civico, allo scioglimento delle promiscuità e alla rivendicazione e ripartizione delle terre, in

quanto il giudizio di opposizione, appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario, mira ad accertare il valore venale dell'immobile e la verifica dell'esistenza di un uso civico è compiuta non per acquistare forza di giudicato, ma solo incidentalmente al fine di determinare l'indennizzo ed esaurisce la propria efficacia nel giudizio stesso.

Sempre in tema di rapporti con altre giurisdizioni, va segnalata l'ordinanza **n. 5272** che, ribadita per il decreto di espropriazione la natura di condizione dell'azione di determinazione dell'indennità e precisato che l'esercizio del potere determinativo postula l'esistenza del decreto stesso, ha affermato che l'impugnazione in sede di giurisdizione amministrativa della dichiarazione di pubblica utilità, dal cui annullamento discenderebbe l'invalidazione degli atti conseguenti, tra cui il decreto di espropriazione, si traduce in una pregiudizialità di quella controversia su quella indennitaria, della quale, pertanto, può essere disposta la sospensione in attesa della definizione della prima.

Significative, poi, sono le precisazioni fatte dalla sentenza **n. 21143** circa la diversa portata decisoria delle sentenze non definitive nei giudizi di determinazione dell'indennità di esproprio e di risarcimento del danno da occupazione appropriativi.

Nel primo caso non è concepibile la formazione di un giudicato autonomo in ordine all'individuazione del criterio legale di stima (così come la pronuncia sulla legge applicabile al rapporto controverso non può costituire giudicato autonomo rispetto a quello sul rapporto), né è concepibile l'acquiescenza al criterio stesso, posto che il bene della vita alla cui attribuzione tende l'opponente alla stima è l'indennità, liquidata nella misura di legge, non l'indicato criterio legale, con la conseguenza che in sede di pronuncia definitiva debbono essere applicati i criteri di liquidazione previsti dalla legge in quel momento. Di contro, in tema di risarcimento del danno da occupazione appropriativa, può formarsi il giudicato sulla sentenza non definitiva di condanna generica la quale, oltre che sull'*an debeatur*, si sia in concreto pronunciata anche sul pregiudizio sofferto dal proprietario dell'immobile in conseguenza della condotta illecita dell'amministrazione espropriante, commisurandolo alla diminuzione patrimoniale corrispondente al valore, ad una certa data, del bene sottrattogli.

Questa distinzione introduce alla materia del **risarcimento del danno da occupazione appropriativa**, in cui la portata della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 5-bis, cit, comma 7-bis, è riferita alle occupazioni illegittime di suoli edificabili e cioè di suoli

suscettibili di edificazione ma non ancora edificati al momento della trasformazione irreversibile del fondo, con destinazione ad opera pubblica o ad uso pubblico. In tal senso è stata chiarita la portata della norma poi dichiarata incostituzionale dalle sentenze **n. 7981** e **n. 14783**; questa seconda pronuncia, riferendosi alla liquidazione del danno da occupazione appropriativa di terreno agricolo, ha precisato che occorre avere riguardo alle obiettive ed intrinseche caratteristiche ed attitudini del fondo in relazione alle utilizzazioni consentite dallo strumento urbanistico, ma senza considerazione delle potenzialità edificatorie, dovendo per questo ritenersi consentito al proprietario di dimostrare che il valore del terreno eccede l'utilizzazione strettamente agricola, in quanto suscettibile di sfruttamento ulteriore e diverso da quello agricolo (ad es., parcheggio, caccia, sport, agriturismo), purché non attinente al concetto di edificabilità di fatto.

In ordine alla **prescrizione dell'azione risarcitoria** a seguito di occupazione appropriativa, la sentenza **n. 7981** ha ribadito che il termine quinquennale decorre dalla data di scadenza dell'occupazione legittima se l'opera è realizzata nel corso di tale occupazione, oppure dal momento dell'irreversibile trasformazione del fondo (coincidente con la modifica dello stato anteriore dell'immobile) se essa è avvenuta dopo la predetta scadenza (ovvero in assenza di decreto di occupazione d'urgenza, ma sempre nell'ambito di valida dichiarazione di pubblica utilità dell'opera).

L'irreversibile trasformazione del fondo – sia essa avvenuta durante l'occupazione legittima o anche successivamente, ma comunque prima dell'emissione del decreto di esproprio - segna il momento in cui il decreto è *inutiliter datum*, mentre se il definitivo compimento dei lavori avvenga dopo il decreto di esproprio, questo titolo comunque giustifica l'attribuzione della proprietà all'ente pubblico, ferma restando l'indennità per l'occupazione e l'eventuale risarcimento del danno per il periodo di occupazione illegittima (sentenza **n. 16162**).

Con la successiva sentenza **n. 22018** si è precisato che l'offerta dell'indennità di espropriazione non solo è idonea a interrompere il termine di prescrizione del diritto risarcitorio, ma, se intervenuta dopo il decorso di tale termine, vale come fatto incompatibile a valersi della prescrizione e, quindi, come rinuncia alla stessa.

Va da ultimo menzionata la sentenza **n. 5352**, che occupandosi di una procedura espropriativa a carico di cittadini tedeschi, ha deciso che – dovendosi in tale ipotesi

applicare il Trattato di amicizia tra la Repubblica italiana e la Repubblica federale tedesca, che commisura l'indennità al valore venale del bene – tale disciplina debba essere applicata, ancorché eccezionale, in virtù della necessità di mantenere fedeltà agli obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano.

3.6 Successione *mortis causa*.

Prendendo le mosse dalle norme che riguardano gli istituti generali del diritto successorio, è da ricordare la sentenza **n. 4783**, la quale ha escluso che la denuncia di successione ed il pagamento della relativa imposta costituiscano **accettazione tacita** dell'eredità, trattandosi di adempimenti di contenuto fiscale diretti ad evitare l'applicazione di sanzioni.

Sempre in materia di successioni in generale, la sentenza **n. 1408** ha distinto, in riferimento alla successione necessaria, **l'azione di divisione ereditaria** dall'**azione di riduzione**. Si legge nella citata pronuncia che tali azioni sono nettamente distinte ed autonome, atteso che la seconda tende, indipendentemente dalla divisione dell'asse ereditario, al soddisfacimento dei diritti dei legittimari nei limiti in cui siano lesi dalle disposizioni testamentarie, con la conseguenza che essa non può ritenersi implicitamente proposta con la domanda di divisione, la quale presuppone il già avvenuto recupero alla comunione ereditaria dei beni che siano stati eventualmente sottratti dal testatore con un atto in violazione dei diritti dei legittimari. Non può quindi affermarsi, in altre parole, che la proposizione della domanda di divisione contenga in sé – come il più comprende il meno – la domanda di riduzione delle disposizioni lesive della legittima.

In riferimento, invece, alle **successioni testamentarie**, devono essere richiamate alcune pronunce che si sono occupate di particolari istituti, quali il *modus* testamentario e le disposizioni in favore dei poveri ed in favore dell'anima (artt. 647, 629 e 630 cod. civ.).

La sentenza **n. 4022**, definendo **l'onere o *modus*** come elemento accidentale ed accessorio rispetto al negozio testamentario, istitutivo di erede (o contenente un legato), ha affermato che tale natura non esclude che lo stesso onere possa collegarsi ad un'istituzione di erede per legge, nell'ipotesi in cui il testamento non istituisca un erede, dando luogo alla successione legittima (nel caso specifico, infatti, la Corte ha

confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto che il testatore non aveva voluto istituire un erede, ma aveva previsto soltanto un onere a carico di costui, individuato secondo le norme della successione legittima). La sentenza, in pratica, ha ammesso che, in mancanza di istituzione testamentaria di erede, l'onere possa gravare sull'erede designato per legge.

La medesima pronuncia, inoltre, ha specificato che le disposizioni testamentarie previste dall'art. 630 cod. civ. – che, con elencazione meramente esemplificativa dei destinatari, fa riferimento genericamente ai poveri e “simili” – si caratterizzano per essere indirizzate a categorie di persone in largo senso bisognose ed indeterminate, tant'è vero che tale norma, prevedendo che le disposizioni si intendano effettuate a favore dei poveri del luogo dell'ultimo domicilio del *de cuius*, stabilisce la devoluzione dei beni a favore del locale ente comunale di assistenza, attribuendogli la qualità di chiamato.

La sentenza **n. 16846**, sempre in materia di disposizioni testamentarie gravate da un *modus*, ha riconosciuto la validità di una siffatta disposizione anche quando la medesima assorba l'intero valore dell'atto di liberalità (sia esso istituzione di erede o legato), in tal modo contribuendo a chiarire un aspetto fonte di notevole dibattito dottrinale.

Quanto alla divisione ereditaria, va citata la sentenza **n. 4224** in materia di **retrato successorio**. La pronuncia afferma che tale istituto, avendo la finalità di impedire l'intromissione di estranei nello stato di comunione indivisa determinato dall'apertura della successione *mortis causa*, si applica soltanto alle comunioni ereditarie, atteso che l'art.732 cod. civ., costituendo una deroga al principio della libera disponibilità del diritto di proprietà, non può trovare applicazione fuori dei casi espressamente previsti. D'altra parte – osserva la sentenza – poiché in materia di comunione ordinaria vige il principio dell'art.1103 cod. civ., in base al quale ciascun partecipante può disporre del proprio diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota, l'art. 732 cod. civ. non potrebbe operare nemmeno in virtù del generale rinvio di cui all'art.1116 cod. civ. (che estende alla divisione ordinaria le norme sulla divisione ereditaria), essendo escluse dall'estensione le norme incompatibili con quelle tipiche della comunione ordinaria.

4. OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

4.1 Le obbligazioni.

In riferimento alle **obbligazioni pecuniarie**, la sentenza **n. 2317** afferma che, in tema di contratti di mutuo, perché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, cod.civ., che è norma imperativa, la stessa deve avere un contenuto assolutamente univoco e contenere la puntuale specificazione del tasso di interesse; ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo ai fini della sua precisa individuazione il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti dai quali non emerga con sufficiente chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione. La sentenza **n. 11196** definisce una controversia relativa alle obbligazioni *propter rem*: la Corte ribadisce che, laddove l'assunzione, a carico del proprietario del fondo, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte di quelle di urbanizzazione secondaria (cui è subordinata l'autorizzazione per la lottizzazione) costituisce un'obbligazione *propter rem* che si trasferisce su coloro che sono proprietari al momento del rilascio della concessione edilizia e che ben possono essere soggetti diversi da quelli che stipularono la convenzione, tuttavia, la natura reale dell'obbligazione non riguarda le persone che utilizzano le opere di urbanizzazione da altri realizzate per una loro diversa edificazione, senza avere con essi alcun rapporto, e che, per ottenere la loro diversa concessione edilizia, sono tenuti a pagare al comune concedente, per loro conto, i relativi oneri di urbanizzazione.

In tema di obbligazioni solidali deve ricordarsi la sentenza **n. 21482**, chiamata a risolvere il quesito se le obbligazioni verso l'amministrazione finanziaria derivanti da una divisione ereditaria hanno natura solidale o meno, e in caso che se ne riconosca la natura solidale, da quale momento uno dei coobbligati solidali può legittimamente lamentare di aver subito un danno a causa del comportamento degli altri condebitori. La Corte afferma che alle obbligazioni verso l'Amministrazione finanziaria si applicano le norme ordinarie in tema di solidarietà passiva. Ne consegue che l'Amministrazione può agire verso uno qualsiasi dei coobbligati per l'intero, ed essi hanno tutti il potere e il dovere di attivarsi per estinguere l'obbligazione per l'intero.

Solo il debitore che ha pagato l'intera somma dovuta può agire in regresso nei confronti degli altri, anche per il risarcimento degli eventuali danni che il comportamento passivo degli altri condebitori può avergli procurato.

In tema di delegazione, la sentenza **n. 19090** chiarisce che in caso di assunzione dell'obbligazione da parte del delegato al pagamento, ai sensi dell'art. 1268 cod. civ., non sono richiesti speciali requisiti di forma, potendosi ammettere l'integrazione anche in virtù di accordi conclusi per *facta concludentia* ed in via progressiva se alla dichiarazione del delegante o del delegato o del delegatario si aggiunge quella delle altre parti in un momento successivo.

4.2 Il principio di buona fede nell'adempimento delle obbligazioni.

In tema di obbligazioni e contratti si segnala una costante ed allargata valorizzazione del **principio di buona fede**, in sede di interpretazione e di esecuzione del contratto. Tale principio (che costituisce anche principio ispiratore della materia cui è tenuto ad uniformarsi il giudice di pace nei giudizi di equità: vedi sentenza **n. 12644**), fondato non solo sulle norme codicistiche ma su un dovere di solidarietà di fondamento costituzionale, impone alle parti il rispetto di canoni comportamentali di collaborazione e di non aggravamento della posizione della controparte anche dopo l'esecuzione della prestazione, finché l'altra parte ne abbia interesse, e fino alla fase eventuale di tutela giudiziale del credito. La più importante affermazione di tale principio è contenuta nella sentenza a sezioni unite **n. 23726** in tema di **parcellizzazione dei crediti**. Rivedendo in sede di esame di una questione di massima di particolare importanza il proprio precedente orientamento (vedi sentenza n. 108 del 2000), alla luce di una più accentuata valorizzazione del principio di buona fede anche nella fase della tutela giudiziale del credito e dell'affermazione del canone del giusto processo, le Sezioni Unite affermano che non è consentita al creditore la frammentazione in plurime e distinte domande dell'azione giudiziaria per l'adempimento di una obbligazione pecuniaria. La sentenza varrà a stroncare una pratica diffusa quanto iniqua, secondo la quale un inadempimento relativo ad un'unica fornitura poteva dar luogo ad una molteplicità di domande giudiziali, in cui il credito veniva spezzettato portando ad un aumento esponenziale dell'esborso da parte del debitore, a fronte di molteplici liquidazioni a suo carico di spese legali ed esecutive.

La valorizzazione del principio di buona fede si è tradotta spesso, nel corso dell'anno, in una rafforzata **tutela del cittadino nei confronti del gestore di servizi pubblici**, o dell'operatore professionale. Sotto questo profilo vanno ricordate la sentenza **n. 23304** della terza sezione e alcune sentenze in materia di contratti bancari. Con la sentenza **n. 23304** si è affermato che se la banca, per un disguido, non dà comunicazione al gestore telefonico dell'avvenuto pagamento di una bolletta, è il gestore, e non l'utente, che deve attivarsi per verificare se il pagamento sia in effetti avvenuto. E' contrario a buona fede il comportamento del gestore che, non avendo ricevuto notizia dalla banca del pagamento, effettui immediatamente il distacco della linea telefonica senza verificare se il pagamento sia stato eseguito.

Un'importante applicazione del **principio di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti** è contenuta nella sentenza **n. 15669** in materia di contratti bancari e fallimento, secondo la quale lo scioglimento del contratto di conto corrente bancario per effetto del fallimento del cliente non estingue con immediatezza ogni rapporto obbligatorio fra le parti, sussistendo anche per l'epoca successiva una serie di obbligazioni, ancora di derivazione contrattuale e corrispondenti posizioni di diritto soggettivo; in particolare la pretesa del curatore, che subentra nell'amministrazione del patrimonio fallimentare, ai sensi degli artt. 31 e 42 legge fall., è un diritto che promana dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, declinandosi in prestazioni imposte dalla legge (ai sensi dell'art.1374 cod.civ.), secondo una regola di esecuzione in buona fede (*ex art.1375 cod.civ.*) che aggiunge tali obblighi a quelli convenzionali quale impegno di solidarietà (*ex art. 2 Cost.*), così imponendosi a ciascuna parte l'adozione di comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte.

Infine, la sentenza **n. 15883** precisa che il principio secondo cui **la buona fede si presume** non è limitato al possesso di beni (art. 1148 cod. civ.), ma si estende all'ambito contrattuale, per cui non spetta al creditore provare la propria buona fede, bensì al debitore dimostrare il contrario (fattispecie in cui la società opponente a precetto, intimata per un credito portato da assegno bancario, aveva, tra l'altro, dedotto che il creditore non aveva provato la buona fede nel possesso del titolo).

Si segnala la importante sentenza n. **26724** nella quale le Sezioni Unite hanno stabilito che la violazione dei doveri di informazione del cliente e del divieto di effettuare operazioni in conflitto di interesse con il cliente o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente stesso, posti dalla legge a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, non danno luogo ad una nullità del contratto di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative. Le suddette violazioni, se realizzate nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, danno luogo a responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo di risarcimento del danno; se riguardano, invece, le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto, danno luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento (o inesatto adempimento), con la conseguente possibilità di risoluzione del contratto stesso, oltre agli obblighi risarcitori secondo i principi generali in tema di inadempimento contrattuale.

4.3 La tutela del consumatore.

Nel corso dell'anno si sono avute alcune interessanti pronunce in ordine ai **contratti del consumatore**. Ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della "tutela forte" di cui alla disciplina degli articoli 1469 *bis* e segg. cod. civ., (in fattispecie precedente all'introduzione del codice del consumo) la Corte ha precisato con sentenza n. **13377** che **la qualifica di "consumatore" spetta solo alle persone fisiche**, quindi non alle società. A sua volta, la persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice "consumatore" soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività. Infatti, deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che invece utilizzi il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del "professionista" non è pertanto necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente - come si evince dalla parola "quadro", di cui al secondo comma dell'articolo 1469 *bis* cod. civ. - che esso venga posto in essere per uno **scopo connesso** all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale (v. anche sentenza n. **4208**). In applicazione di tale principio, con la

sentenza **n. 13083** ha affermato che non si applica la disciplina più favorevole al consumatore di cui agli artt. 1469 bis e segg. c.c. al contratto di fornitura di banche dati giuridiche, concluso da un consulente legale con il gestore delle banche dati, in quanto l'oggetto del contratto è inerente all'attività professionale dell'acquirente.

Sempre in tema di tutela del consumatore e di **clausole vessatorie**, è interessante la fattispecie esaminata dalla sentenza **n. 19366**. Il giudice di merito aveva dichiarato vessatoria ed inefficace, per contrasto con l'art. 1469 *bis*, terzo comma, n.13 c.c., la clausola di un contratto di somministrazione di carburante g.p.l. ad uso domestico che consentiva alla società petrolifera di aumentare unilateralmente il prezzo già fissato in conformità alle norme previste dai provvedimenti legislativi in materia, a seguito di eventuali modifiche del prezzo nazionale e della misura degli oneri fiscali del carburante, senza consentire all'acquirente-consumatore di recedere dal contratto anche se il prezzo finale del carburante fosse divenuto eccessivamente elevato rispetto a quello originario. La Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato l'inefficacia della clausola in quanto vessatoria, ricostruendo l'interpretazione corretta da dare alla norma ed affermando che l'incremento eccessivo e non giustificato del prezzo rispetto a quello iniziale - in quanto non suppone necessariamente che, nell'economia complessiva del rapporto, ne risulti per forza alterato l'aspetto funzionale dell'adeguatezza delle rispettive prestazioni - non incide sulla causa del contratto e non determina lo squilibrio tra le rispettive prestazioni, ma assume la diversa qualificazione di presupposto di legittimazione dell'azione di **recesso**, per cui gli aumenti del prezzo, autorizzati ad iniziativa unilaterale del professionista, possono essere praticati *ad libitum* sino alla soglia dell'eccesso, la quale, se non è stata definita in anticipo dalle parti, deve essere verificata dal giudice in sede di contestazione dell'efficacia della clausola. La Corte ha poi precisato che la disposizione recata dall'art. 1469-*bis*, terzo comma, n. 13, cod. civ. non si applica allorché le parti abbiano stipulato clausole di indicizzazione in aumento del prezzo del bene o del servizio, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto applicabile la disposizione di cui all'art. 1469 bis, terzo comma, n. 13 cod. civ. , indipendentemente dalla verifica di sussistenza dell'elemento dell'eccessività del nuovo prezzo reclamato e versato al professionista rispetto a quello originariamente pattuito, ed indipendentemente dalla

verifica di sussistenza dell'ipotesi di esclusione di cui al comma settimo dell'art. 1469 *bis* cod. civ.).

4.4 Il contratto.

In tema di **conclusione del contratto**, la sentenza **n. 14657** puntualizza che la norma di cui al quarto comma dell'art. 1326 cod. civ. – secondo cui, quando il proponente richieda una forma determinata per l'accettazione, questa non ha effetto se prestata in forma diversa – non attiene all'ipotesi della forma convenzionale vincolata prevista dall'art.1352 cod.civ., essendo quest'ultima posta nell'esclusivo interesse dello stesso proponente, il quale può pertanto rinunciare al rispetto di detta forma ritenendo sufficiente un'adesione manifestata in modo diverso; pertanto, il difetto di forma non può essere invocato dalla controparte per contestare il perfezionamento del contratto.

In tema di **interpretazione del contratto**, la sentenza **n. 12721** ha chiarito che per non soggiacere al sindacato di legittimità quella data dal giudice non deve essere l'unica interpretazione possibile, o la migliore in astratto, ma solamente una delle possibili e plausibili interpretazioni; sicché quando di una clausola contrattuale sono possibili due o più interpretazioni (plausibili) non è consentito alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito dolersi in sede di legittimità del fatto che sia stata privilegiata l'altra. In applicazione del suindicato principio la S.C. ha escluso, sulla base dell'esame della polizza e di un modello a stampa, che l'assicurazione contro i danni da incendio stipulata dal conduttore di immobile adibito a deposito di idrotermosanismi, accessori idraulici e ferramenta, si estendesse nella specie anche ai danni riportati dallo stesso immobile, ritenendola limitata ai beni ivi ricoverati.

In tema di **rappresentanza e conflitto d'interessi**, e in particolare in riferimento all'atto concluso dal rappresentante della società fidejubente che sia rappresentante anche della società garantita, la sentenza **n. 15879** puntualizza che l'incompatibilità tra le esigenze dei due enti integra una causa di annullabilità ai sensi dell'art. 1394 cod. civ. per vizio della volontà negoziale, conosciuto o conoscibile dal terzo anche in ragione dell'estraneità della fidejussione agli scopi sociali della garante.

In materia di **vizi della volontà**, possono ricordarsi principalmente due sentenze. La prima, emessa in materia fallimentare (**n. 5273**) è contenuta una importante messa a

punto sulla portata della **eccezione di dolo**. La *exceptio doli generalis seu praesentis* attiene al dolo esistente al momento in cui viene intentata l'azione nel processo – diversamente dalla *exceptio doli specialis seu praeteriti*, che concerne il dolo al tempo della conclusione del negozio – e costituisce rimedio generale, diretto ad impedire l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, che permette il rigetto di domande giudiziarie pretestuose o palesemente malevole, intraprese, cioè, allo scopo di arrecare pregiudizio, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui, qualora sussistano elementi oggettivi comprovanti che la parte ha agito in violazione del criterio di buona fede e di correttezza, in contrasto con la finalità normalmente insita nell'esercizio del diritto di cui è titolare. In applicazione di tale principio, la Corte di cassazione ha escluso che l'esercizio dell'azione diretta ad ottenere l'inefficacia dei pagamenti effettuati nel corso della procedura concorsuale, allo scopo di realizzare la *par condicio creditorum*, possa essere paralizzata mediante la *exceptio doli generalis*, trattandosi di azione sorta a seguito ed in conseguenza dell'apertura di detta procedura, che non può configurare esercizio fraudolento dei diritti derivanti dal contratto, indipendentemente dall'atteggiamento soggettivo dell'imprenditore.

La seconda (**n. 235**), particolarmente interessante per la fattispecie dedotta in causa, afferma che si verifica l'ipotesi della **violenza**, invalidante il negozio giuridico qualora uno dei contraenti subisca una minaccia specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione del contratto, proveniente dal comportamento posto in essere dalla controparte o da un terzo e risultante di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio. Ne consegue che non costituisce minaccia invalidante il negozio, ai sensi dell'art. 1434 e segg. cod. civ., la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a determinate circostanze oggettivamente esistenti. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di annullamento per violenza di una serie di atti intervenuti tra due coniugi in prossimità della separazione personale, con cui la moglie trasferiva al marito la proprietà di una villa, la comproprietà di una barca e alcune quote di partecipazione societaria, sul presupposto che l'attrice si fosse determinata a compiere gli atti di trasferimento in quanto temeva che il marito, venuto a conoscenza della sua

infedeltà coniugale, potesse chiedere la separazione con addebito ed ottenere l'affidamento del figlio minore, ma in mancanza di elementi obiettivi dai quali risultasse il comportamento tenuto in concreto dal marito per indurre la moglie a cedergli i beni, estorcendole il consenso al fine di realizzare un vantaggio ingiusto).

In tema di **contratto preliminare** e di rapporti tra il preliminare e il definitivo, può ricordarsi la sentenza **n. 233**, secondo la quale, ove alla stipula di un contratto preliminare segua ad opera delle stesse parti la conclusione del contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto; se le parti hanno inteso far sopravvivere alcune clausole contenute nel preliminare alla stipula del definitivo, devono darne la prova con atto scritto posto in essere contemporaneamente alla stipula del definitivo.

A proposito della **diffida ad adempiere**, con la sentenza **n. 23315** dell'8 novembre 2007 la terza sezione ribadisce la posizione della corte di legittimità, avversata in dottrina, secondo la quale anche se il contraente ha manifestato la sua volontà di sciogliersi dall'impegno contrattuale comunicando alla controparte la diffida ad adempiere, l'effetto risolutorio è ancora nella disponibilità dell'intimante, che conserva la facoltà di ritrattare tale diffida.

A proposito della **cessione del contratto**, la sentenza **n. 6157** puntualizza che la cessione, che si configura come negozio plurilaterale, si perfeziona con l'accordo raggiunto da tutti i partecipanti, rimanendo però irrilevante che il ceduto manifesti il consenso successivamente alla cessione intervenuta tra cedente e cessionario ed anche che non abbia preso visione del contratto di cessione tra questi interlocutori, a meno che non invochi un vizio del consenso determinato da tale circostanza.

Diverse sono le sentenze che contengono principi interessanti sul tema sempre dibattuto delle clausole vessatorie. A proposito di **clausole vessatorie** inserite in un contratto di appalto di opera pubblica, la sentenza **n. 19949** ha puntualizzato che la disciplina delle clausole contrattuali vessatorie prevista dall'art. 1341, secondo comma, cod. civ., che si applica quando l'amministrazione appaltante predisponga unilateralmente la singola clausola, non è operante allorché i **contraenti** richiamino nella sua interezza il capitolato generale d'appalto come parte integrante del **contratto**, ricorrendo, in siffatta ipotesi, non la figura del **contratto** di adesione (con la conseguente soggezione a specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose),

bensì del **contratto** a relazione perfetta, in cui il riferimento al capitolato deve essere considerato come il risultato di una scelta concordata, diretta all'assunzione di uno schema al quale le parti si riportano con una formula denotante, sia pure in modo sintetico, l'effettiva conoscenza ed accettazione di tutte le clausole ivi contenute. La sentenza **n. 18525** precisa invece che, nel caso di contratto per il quale non sia prescritta la forma scritta, **l'obbligo della specifica approvazione scritta** di cui all'art. 1341 cod. civ., rimane limitato alla sola clausola vessatoria e può dirsi soddisfatto anche attraverso la sottoscrizione apposta dopo il richiamo, che può essere espresso nella sola forma numerica e/o di titolo, alla clausola in questione, in quanto tale richiamo permette al sottoscrittore di conoscerne il contenuto (fattispecie relativa a contratto assicurativo contenente una clausola compromissoria ed una deroga alla competenza territoriale, recante una sola sottoscrizione in calce allo specchio riepilogativo intitolato "approvazione espressa". La Cassazione, rilevato che, secondo l'art. 1888 cod. civ., il contratto assicurativo deve rivestire la forma scritta *ad probationem* e che nella specie non era in discussione la sua esistenza, ha ritenuto valida la sottoscrizione). Infine, ancora in tema di clausole vessatorie, può ricordarsi la sentenza **n. 15592**, in base alla quale la clausola di un contratto di locazione di immobili che pone a carico del conduttore le spese, che di norma gravano sul locatore, comprese quelle imputabili a vetustà, forza maggiore ed all'uso convenuto, non ha carattere vessatorio e, quindi, non rientra tra le clausole per le quali l'art. 1341, secondo comma, cod. civ. prevede la specifica approvazione per iscritto.

La sentenza **n. 12235** della terza sezione contiene una compiuta ricostruzione dell'istituto della **presupposizione** ed interessanti precisazioni in relazione alla **risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta**. La presupposizione, non attenendo né all'oggetto né alla causa né ai motivi del contratto, viene qualificata come una circostanza ad esso "esterna", che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, in base al significato proprio del medesimo, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse – ma con riconoscimento da parte dell'altra –, valore determinante ai fini del "mantenimento" del vincolo contrattuale, la sua mancanza legittimando l'esercizio del recesso. Disattendendo la tradizionale configurazione in termini di c.d. condizione non sviluppata o inespressa nonché la più recentemente prospettata riconducibilità alla

stessa causa concreta del contratto (v. Cass. n. 6631 del 2006), la Suprema Corte delinea per la prima volta – accogliendo una ricostruzione autorevolmente sostenuta in dottrina – la figura della presupposizione nei suesposti termini, quale specifico presupposto oggettivo da tenersi distinto sia dai c.d. presupposti causali che dai c.d. risultati dovuti, la cui mancanza legittima l'esercizio del recesso. Inoltre, la sentenza si segnala per il suo interesse anche in relazione alle precisazioni contenute in relazione alla **risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta** nei contratti a prestazioni corrispettive. Esclusa la configurabilità dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione quale conseguenza del venir meno della presupposizione, la S.C. afferma non ricorrere nel caso nemmeno un'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione legittimante la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1467 c.c., stante il difetto dei necessari requisiti della straordinarietà e dell'imprevedibilità dell'evento ravvisato e congruamente motivato dal giudice del merito, insindacabile pertanto in sede di legittimità.

Risolvendo un contrasto di giurisprudenza, le Sezioni Unite con sentenza n. **7246** hanno poi statuito che, in tema di **simulazione relativa parziale** inerente ad una compravendita immobiliare, non è ammissibile *inter partes* la **prova testimoniale** in ordine all'ammontare del prezzo.

La sentenza n. **13058** si occupa invece dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta disciplinata dall'art. 1891 c.c., puntualizzando che essa integra un **contratto a favore del terzo** ex art. 1411 c.c. o una vicenda negoziale sui generis di contratto a favore di terzo, come dimostrato dalla tipicità della regolamentazione di cui all'art. 1891 c.c. e dalla considerazione che, in caso di piena identità tra le due fattispecie, non sarebbe sorta la necessità di una specifica normativa al riguardo, sicché ad essa si applicano tanto le norme proprie dell'istituto ex art. 1411 ss. c.c., quanto quelle del contratto di assicurazione nella parte in cui derogano ai principi generali dettati dalla legge per il contratto a favore di terzo. Con la conseguenza che, con specifico riferimento al requisito dell'"interesse", questo risulta, nell'assicurazione ex art. 1891 c.c., di duplice natura e di diverso contenuto, dovendo essere valutato, ai fini della validità del contratto, sia con riguardo alla posizione dell'assicurato-terzo, a norma dell'art. 1904 c.c., sia con riferimento alla posizione dello stipulante, a norma dell'art. 1411 c.c., sicché sotto il primo profilo, l'interesse assicurativo sottende una

relazione economica tra un soggetto e un bene esposto a rischio in rapporto ad un evento futuro potenzialmente dannoso (dovendo, per l'effetto, risultarne una posizione soggettiva giuridicamente qualificata e non un interesse di mero fatto), mentre sotto il secondo aspetto, ferma l'operatività del principio generale dell'art. 1411 cod. civ., l'interesse in discorso non deve in ogni caso assumere caratteri di giuridicità, potendo, per converso, risolversi in una situazione soggettiva di mero fatto, morale o di immagine.

Infine, appare interessante ricordare la sentenza **n. 13894**, emessa in sede di regolamento di giurisdizione ma contenente affermazioni interessanti in tema di **collegamento negoziale**: essa esclude infatti che, tramite la clausola di proroga della competenza in favore di uno degli Stati aderenti (prevista dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968) contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice italiano si estenda a controversie relative ad altri contratti, ancorché collegati al contratto principale, cui accede la predetta clausola.

4.5 L'adempimento e i rimedi all'inadempimento.

In ordine all'adempimento, ed in particolare alla **prova dell'avvenuto adempimento**, la sentenza **n. 14594** chiarisce che nei contratti che hanno ad oggetto la consegna di una quantità di merce da una parte all'altra, la prova della consegna della merce all'acquirente è libera, ovvero può essere fornita con ogni mezzo, salvo i limiti imposti dalla legge, anche quando siano state rilasciate **bolle di consegna**; ne consegue che, nel caso in cui la sottoscrizione apposta su tali bolle sia stata disconosciuta, la parte può scegliere se proporre istanza di verifica di scrittura privata, affidando all'esito del procedimento di verifica la prova della consegna, o alternativamente chiedere di provare la consegna con altri mezzi, ivi inclusa la prova testimoniale (nella quale è ammesso il riferimento alle bolle), non potendosi risolvere in una limitazione delle facoltà probatorie della parte la predisposizione di una prova documentale astrattamente idonea a favorirla.

La sentenza **n. 23292** precisa poi che **l'adempimento di un'obbligazione da parte di un terzo** ha effetto solutorio dell'obbligazione anche contro la volontà del creditore, se questi non aveva interesse all'adempimento personale, ma non attribuisce

automaticamente al terzo titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, se non provi l'esistenza di un rapporto sottostante in virtù del quale è stato effettuato il pagamento. Ne consegue che, in difetto di tale prova, va rigettata la domanda proposta dal terzo adempiente nei confronti del debitore per recuperare quanto pagato.

La sentenza **n. 17184** afferma che l'art. 1189 cod. civ., che riconosce efficacia liberatoria al **pagamento effettuato dal debitore in buona fede a chi appare legittimato a riceverlo**, si applica, per identità di *ratio*, sia all'ipotesi di pagamento effettuato al creditore apparente, sia all'ipotesi in cui venga effettuato a persona che appaia autorizzata a riceverlo per conto del creditore effettivo, ove quest'ultimo abbia determinato o concorso a determinare l'errore del *solvens*: nella specie, in applicazione del riportato principio, la Cassazione ha ritenuto applicabile la citata norma, atteso che due degli intimati e il controricorrente - pur in difetto di ogni rapporto contrattuale tra la società assicuratrice ricorrente e i predetti, essendosi questi ultimi limitati a sottoscrivere delle semplici proposte di assicurazione e di cessione di polizza non seguite dall'accettazione della ricorrente - avevano effettuato pagamenti in buona fede, nella ragionevole convinzione di essere a tanto obbligati, nelle mani di un soggetto, l'agente della società assicuratrice, che appariva legittimato alla riscossione nell'interesse della società preponente anche per le assicurazioni da stipulare, in base a circostanze univoche, operando egli in locali aventi il segno distintivo della società ed utilizzando lo stesso carta intestata e moduli dell'impresa assicuratrice.

La sentenza **n. 21973** ha puntualizzato che l'esercizio dell'**eccezione d'inadempimento** ex art. 1460 cod. civ., che trova applicazione anche in riferimento ai **contratti** ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di **contratti** collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di disequaglianza rispetto alla controparte medesima; sicché, detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore.

La sentenza **n. 17632** ha deciso una controversia relativa alla facoltà prevista dall'art. 1461 c.c., di sospendere l'esecuzione della prestazione a fronte del mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente precisando che la decisione di sospendere

l'erogazione di un finanziamento pubblico a fronte del dissesto dell'ente finanziato, ai sensi dell'art. 1461 cod. civ., può essere legittimamente adottata non solo dall'amministrazione finanziatrice, ma anche dal soggetto cui la legge demanda il compito di rilasciare il nulla osta di natura tecnica per l'esecuzione del pagamento.

Dando una lettura innovativa e costituzionalmente orientata sia dell'art. 1277 che dell'art. 1182, terzo comma, c.c. (e della nozione di domicilio del creditore ivi richiamata), le Sezioni Unite (sentenza n. **26617**) risolvono il contrasto sull'idoneità solutoria del pagamento fatto a mezzo di assegno circolare affermando che nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento mentre nel secondo può farlo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione della obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno.

5. I SINGOLI CONTRATTI

5.1 Compravendita.

Nel **preliminare di vendita di cosa futura**, a differenza con il **preliminare di vendita di cosa da costruire**, il venditore assume anche l'obbligazione di realizzazione del bene ed è tenuto a prestare la necessaria attività, rispondendo di inadempimento contrattuale nel caso in cui non dimostri che la prestazione promessa è venuta a mancare per causa a sé non imputabile. Se il venditore, invece, non assume alcun obbligazione ulteriore rispetto a quella di trasferire il bene, ricorre la diversa ipotesi della vendita di cosa futura, soggetta alla *condicio iuris* della sua venuta ad esistenza ad opera di un terzo, la cui mancata realizzazione comporta non già la risoluzione del contratto per inadempimento bensì la nullità del medesimo per mancanza di oggetto, ex art. 1472 cod. civ. (sentenza n. **1623**)

Ove al preliminare di vendita di cosa futura sia sopravvenuta la dichiarazione di fallimento del promittente venditore, anche quando il promissario acquirente abbia proposto domanda giudiziale per l'adempimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., ed abbia trascritto la domanda stessa, resta impregiudicata per il curatore intervenuto - ai sensi dell'art. 72 del r.d. n. 267 del 1942 - la facoltà di dare esecuzione al contratto, oppure di chiederne lo scioglimento. Infatti, il preliminare di vendita di cosa futura ha come contenuto soltanto la stipulazione di un successivo contratto definitivo e costituisce, pertanto, un contratto in formazione produttivo di semplici effetti obbligatori preliminari, distinguendosi dal contratto di vendita di cosa futura che si perfeziona *ab initio* ed attribuisce lo *ius ad habendam rem* nel momento in cui la cosa venga ad esistenza (sentenza n. 4888).

Altre due sentenze concernono la vendita di cosa gravata da oneri. La n. 4971 riguarda il caso di prescrizioni del **piano regolatore generale**. Secondo la Corte, le prescrizioni del piano regolatore generale, una volta approvate e pubblicate nelle forme previste, hanno valore di prescrizioni di ordine generale di contenuto normativo, come tali assistite da una presunzione legale di conoscenza da parte dei destinatari, sicché i vincoli da esse imposti non possono qualificarsi come oneri non apparenti gravanti sull'immobile secondo la previsione dell'art. 1489 cod. civ., e non sono, conseguentemente, invocabili dal compratore come fonte di responsabilità del venditore che non li abbia eventualmente dichiarati nel contratto.

La n. 4786 si occupa della **compravendita di costruzione realizzata in difformità della licenza edilizia**. La Corte afferma che non è ravvisabile un vizio della cosa, non vertendosi in tema di anomalie strutturali del bene, ma trova applicazione l'art. 1489 cod. civ., in materia di oneri e diritti altrui gravanti sulla cosa medesima, sempre che detta difformità non sia stata dichiarata nel contratto o, comunque, non sia conosciuta dal compratore al tempo dell'acquisto, ed altresì persista il potere repressivo della P.A. (adozione di sanzione pecuniaria o di ordine di demolizione), tanto da determinare deprezzamento o minore commerciabilità dell'immobile. In mancanza di tali condizioni, non è possibile riconoscere all'acquirente la facoltà di chiedere la riduzione del prezzo.

La pronuncia n. 16031 si segnala per l'oggetto, costituito da azioni di società, in riferimento alle conseguenze rispetto all'annullamento del contratto per errore ad alla

risoluzione *ex art. 1497 cod. civ.* La Corte rileva che la cessione delle azioni di una società di capitali o di persone fisiche ha come oggetto immediato la partecipazione sociale e oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta. Pertanto, le carenze o i vizi relativi alle caratteristiche, al valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale e, quindi, alla consistenza economica della partecipazione, possono giustificare l'annullamento del contratto per errore o la risoluzione per difetto di "qualità" della cosa venduta (necessariamente attinente ai diritti e obblighi che, in concreto, la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire e non al suo valore economico), solo se il cedente abbia fornito, a tale riguardo, specifiche garanzie contrattuali, ovvero nel caso di dolo di un contraente, quando il mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società siano accompagnate da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno ed idonee, in concreto, a sorprendere una persona di normale diligenza.

Sempre in riferimento all'**oggetto**, è degna di nota la **n. 2631**, relativa alla sostituzione consensuale dell'oggetto della compravendita risultato difettoso, perché di segno opposto rispetto ad un'antica pronuncia degli anni sessanta. Afferma la Corte, in una fattispecie relativa alla sostituzione di uno *scanner* difettoso, che la sostituzione dell'oggetto della compravendita, avvenuta con il consenso delle parti, ha gli stessi effetti della novazione oggettiva prevista dall'articolo 1230 cod. civ., sussistendone entrambi i requisiti dell' *aliud novi* e dell' *animus novandi*, con la conseguenza che le parti si ritrovano nelle identiche posizioni con i rispettivi oneri ed obblighi.

Infine, Cass. **n. 843**, riguarda le **spese** della vendita. Secondo la Corte, l'art. 1475 cod. civ., secondo cui le spese del contratto e quelle accessorie sono a carico del compratore se non è stato diversamente pattuito, detta una norma che è suppletiva e in bianco, poiché la dizione "spese accessorie" può estendersi ad una pluralità di contenuti determinati dai contraenti in sede di conclusione del contratto e, successivamente, dal giudice di merito in fase contenziosa.

5.2 Contratti di borsa.

Si segnala, per la definizione della nozione di "gestione patrimoniale", tanto ai sensi del d.lgs. 23/7/1996 n. 415, quanto ai sensi della l. 2/1/1991 n.1, la pronuncia **n. 12479**, secondo cui si ha gestione patrimoniale quando sono presenti, nell'attività di

investimento da parte del promotore finanziario del patrimonio mobiliare dell'investitore, gli elementi del mandato e dello svolgimento su base discrezionale ed individualizzata, difettando i quali si è al di fuori della gestione patrimoniale, ravvisandosi invece nell'ambito di un rapporto, consentito ai promotori finanziari, avente ad oggetto la consulenza e assistenza nelle attività decisionali del cliente. Di conseguenza, per accertare il tipo di rapporto intercorrente tra il cliente ed il promotore finanziario, è necessario verificare la sussistenza, o meno, di una decisione autonoma, da parte dell'investitore, sulle diverse operazioni finanziarie intraprese e, in mancanza, se tali operazioni sono state effettuate nel quadro di un ampio e preventivo programma strategico di investimenti elaborati direttamente dal gestore, sulla base del precedente conferimento di un incarico di carattere generale da parte del cliente.

5.3 Locazione.

Tra le numerosissime pronunce in tema di locazione, va segnalato che con sentenza **n. 22312** è stato riaffermato il principio secondo cui, in tema di locazione di immobile ad uso abitativo, il carattere abusivo dell'immobile locato ovvero la mancanza di certificazione di abitabilità non importa nullità del contratto locatizio, non incidendo i detti vizi sulla liceità dell'oggetto del contratto *ex art. 1346 cod. civ.* (che riguarda la prestazione) o della causa del contratto *ex art. 1343 cod. civ.* (che attiene al contrasto con l'ordine pubblico), né potendo operare la nullità *ex art. 40 della legge n. 47 del 1985* (che riguarda solo vicende negoziali con effetti reali) sicché sussiste l'obbligo del conduttore di pagare il canone anche con riferimento ad immobile avente i caratteri suddetti.

È stato pure ribadito, con la sentenza **n. 18496**, che, in tema di riconsegna dell'immobile locato, mentre l'adozione della complessa procedura di cui agli artt. 1216 e 1209, secondo comma, *cod. civ.*, costituita dall'intimazione al creditore di ricevere la cosa nelle forme stabilite per gli atti giudiziari, rappresenta l'unico mezzo per la costituzione in mora del creditore per provocarne i relativi effetti (*art. 1207 cod. civ.*), l'adozione da parte del conduttore di altre modalità aventi valore di offerta reale non formale (*art. 1220 cod. civ.*) - purché serie, concrete e tempestive (come, nella specie esaminata dalla Corte, l'invio di lettere raccomandate con le quali il conduttore informa il locatore della messa a sua disposizione delle chiavi dell'immobile e di un

assegno a saldo) e sempreché non sussista un legittimo motivo di rifiuto da parte del locatore - pur non essendo sufficiente a costituire in mora il locatore, è comunque idonea ad evitare la mora del conduttore nell'obbligo di adempiere la prestazione costituita, nel caso di specie dal pagamento dei canoni maturati dopo la risoluzione del contratto di locazione.

Il principio stabilito dall'art. 1591 cod. civ., relativo all'obbligo del conduttore in mora nella restituzione del bene locato di dare al locatore il corrispettivo pattuito fino alla riconsegna effettiva di esso, salvo il risarcimento del maggior danno, deve – secondo quanto affermato nella sentenza **n. 18524** – trovare applicazione anche con riferimento al caso in cui il conduttore rivesta contestualmente pure la qualità di comproprietario del bene stesso, trovando giustificazione tale estensione nell'obbligo di reintegrare gli altri comproprietari nella facoltà di disporre della loro quota e di far uso della cosa comune secondo il loro diritto, alla stregua di quanto disposto espressamente dagli artt. 1102 e 1103 cod. civ..

Con sentenza **n. 18194** la S.C. ha ritenuto che il contratto di cessione dei canoni di locazione da parte del locatore integra un negozio autonomo e distinto dalla locazione che ne costituisce solo il logico presupposto fattuale e che, pertanto, sussiste l'obbligo di trascrizione sempre che si tratti di cessione di canoni futuri per un periodo di tempo superiore al triennio, il che non implica necessariamente l'omologo obbligo di trascrizione della locazione cui si riferisce, previsto solo se essa abbia durata ultranovennale.

E' stato poi riaffermato (sentenza **n. 15470**) il principio secondo cui, in materia di locazioni di immobili urbani disciplinate dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, tutte le questioni relative alla determinazione del canone, in esse comprese le questioni concernenti l'integrazione e l'aumento, ovvero l'aggiornamento (artt. 24 e 32) e l'adeguamento (art. 25) del detto canone, sia se riguardino locazioni abitative sia se riguardino locazioni di immobili destinati ad uso diverso, non possono formare oggetto di pronuncia arbitrare per nullità della clausola compromissoria, a norma dell'art. 54 della stessa legge n. 392 del 1978.

In tema di **immobili adibiti ad uso di abitazione**, la S.C., con sentenza **n. 17995**, ha ritenuto che, in tema di locazione di immobili ad uso abitativo, la disciplina transitoria di cui all'art. 14 della legge 431/98 consente l'applicazione delle norme previgenti ai

contratti in corso “per la loro intera durata” e “ad ogni effetto” e che, pertanto, la disdetta è legittimamente effettuata alla stregua delle meno gravose regole di cui all'art. 3 della legge 392 del 1978 anche nel caso in cui il termine per effettuarla scada dopo l'entrata in vigore della legge 431 del 1998. L'art. 2, ultimo comma, della legge 431 del 1998, quindi, va interpretato nel senso che, se il contratto si rinnova tacitamente nella vigenza della nuova legge, per mancanza di una disdetta che il locatore avrebbe potuto fare, ma che non ha fatto, anche in base alle vecchie regole, il rapporto resta assoggettato alla nuova disciplina; laddove, invece, la disdetta sia comunque intervenuta tempestivamente, pur se non sostenuta da alcuna particolare esigenza del locatore, come consentito dall'art. 3 della legge n. 392 del 1978, il contratto resta soggetto alla disciplina previgente ai sensi dell'art. 14, ultimo comma, della legge n. 431 del 1998.

È stato pure affermato (sentenza **n. 14746**) che, nelle locazioni soggette *ratione temporis* al regime dei cosiddetti “patti in deroga” (ai sensi dell'abrogato art. 11 d.l. n. 333 del 1992), la pattuizione di un canone di locazione superiore a quello imposto dalla legge n. 392 del 1978 è consentita a condizione che il locatore rinunci, in modo espresso ed inequivoco, ad esercitare il diritto di recesso in occasione della prima scadenza contrattuale. Tale clausola non può ritenersi pattuita e, di conseguenza, è dovuto il canone “equo” *ex lege* n. 392 del 1978, là dove il contratto si limiti a prevedere una mera clausola di rinnovo automatico

Secondo quanto affermato nella sentenza **n. 8077**, il principio generale che governa il regime delle locazioni è quello della normale durata quadriennale della locazione abitativa; la norma derogatrice che consente una durata minore costituisce, pertanto, un'eccezione con la conseguenza che, in quanto tale, non solo deve essere espressamente pattuita, ma deve essere anche espressamente giustificata; con l'ulteriore conseguenza che sulla parte interessata grava un onere di allegazione e prova sia di detta clausola che della ragione di deroga delle norme sulla durata legale.

In tema di locazione di **immobili adibiti ad uso diverso da abitazione**, con sentenza **n. 18157** la S.C. ha affermato il principio in base al quale nei contratti di locazione aventi ad oggetto immobili adibiti ad uso diverso da abitazione, le parti possono stabilire, con apposito accordo transattivo, la rinuncia del conduttore al suo diritto di impedire l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato quando

ancora non sia stata corrisposta l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale prevista dall'art. 34 della legge n. 392 del 1978; tale clausola, tuttavia, per non incorrere nella sanzione di nullità di cui all'art. 79 della medesima legge, deve derivare da espresso negozio abdicativo la cui valutazione spetta al giudice di merito, con accertamento di fatto insindacabile in sede di legittimità ove congruamente motivato.

Di particolare interesse risultano le questioni esaminate dalla S.C. nella sentenza **n. 17844** in cui é stato affermato che in caso di impossibilità, determinata da evento sismico, di godere degli immobili locati e di utilizzarli per l'uso (nella specie, scuola pubblica) cui gli stessi erano adibiti, tanto da essere oggetto di ordinanze sindacali di sgombero e di inagibilità, qualora non sia stata emanata in relazione al predetto evento una specifica disciplina legislativa volta a regolare le vicende dei contratti di locazione aventi ad oggetto gli immobili rimasti danneggiati, occorre far riferimento alla disciplina generale in tema di estinzione del rapporto contrattuale per sopravvenuta impossibilità della prestazione non imputabile alle parti ex art. 1463 cod. civ., quale rimedio all'alterazione del c.d. sinallagma funzionale che rende irrealizzabile la causa concreta, comportante l'automatica risoluzione *ex lege* del contratto, con conseguente liberazione del debitore dall'obbligazione divenuta impossibile che nello stesso trovava fonte.

La Cassazione, nella sentenza **n. 17381** (pure citata in tema di prelazione e riscatto), ha affermato che, in tema di locazione di immobili ad uso diverso da abitazione, la destinazione del fondo ad uso agricolo, nell'ambito della classificazione urbanistica della zona in cui é sito l'immobile, preclude l'utilizzazione del bene ad uso edilizio, ma non ad uso diverso che sia di per sé lecito e possibile.

La Cassazione ha poi affermato - con sentenza **n. 15592** - che la pattuizione che pone a carico del conduttore di un immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo le spese che di norma gravano sul locatore, comprese quelle imputabili a vetustà, forza maggiore ed all'uso convenuto, non incorre nella sanzione di nullità sancita dall'art. 79 della legge n. 392 del 1978, poiché la norma citata non esclude la validità di qualsiasi accordo vantaggioso per il locatore, ma soltanto di quei patti che preventivamente eludono diritti attribuiti al conduttore da norme inderogabili contenute nella medesima legge.

Con sentenza **n. 13395** è stato confermato il principio secondo cui, salvo patto contrario, non è onere del locatore ottenere le eventuali autorizzazioni amministrative necessarie per l'uso del bene locato; pertanto, nel caso in cui il conduttore non ottenga la suddetta autorizzazione, non è configurabile alcuna responsabilità per inadempimento in capo al locatore, pur se il diniego di autorizzazione sia dipeso dalle caratteristiche del bene locato. Inoltre, la destinazione particolare dell'immobile locato, tale da richiedere che l'immobile stesso sia dotato di precise caratteristiche e che ottenga specifiche licenze amministrative, diventa rilevante, quale condizione di efficacia, quale elemento presupposto o, infine, quale contenuto dell'obbligo assunto dal locatore nella garanzia di pacifico godimento dell'immobile in relazione all'uso convenuto, soltanto se abbia formato oggetto di specifica pattuizione, non essendo sufficiente la mera enunciazione, nel contratto, che la locazione sia stipulata per un certo uso e l'attestazione del riconoscimento della idoneità dell'immobile da parte del conduttore.

Con sentenza **n. 13076** la S.C. ha affermato che la mancata autorizzazione ai lavori necessari per destinare l'immobile all'uso previsto nel contratto non rende di per sé invalido quest'ultimo, con la conseguenza che è dovuto il pagamento del canone da parte del conduttore se tale condizione era nota alla medesima parte contraente che ne assumeva il relativo onere al momento di concludere il contratto.

La S.C. ha precisato con sentenza **n. 5989** che la locazione di immobile con pertinenze si differenzia dall'affitto di azienda perché la relativa convenzione negoziale ha per oggetto un bene - l'immobile concesso in godimento - che viene considerato specificamente, nell'economia del contratto, come l'oggetto principale della stipulazione, secondo la sua consistenza effettiva e con funzione prevalente e assorbente rispetto agli altri elementi, i quali assumono, comunque, carattere di accessorialità, rimanendo ad esso collegati sul piano funzionale in una posizione di coordinazione-subordinazione; nell'affitto di azienda, invece, lo stesso immobile è considerato non nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costitutivi del complesso dei beni (mobili ed immobili) legati tra loro da un vincolo di interdipendenza e complementarità per il conseguimento di un determinato fine produttivo.

La S.C., nella sentenza **n. 2316**, ha inoltre affermato che in tema di locazioni di immobili urbani adibiti ad uso diverso da abitazione, ai sensi degli articoli 27 e 28 della legge 27 luglio 1978 n. 392, va escluso che, ove le parti abbiano *ab initio* previsto una durata contrattuale superiore al minimo fissato dalla legge (sei anni), la rinnovazione tacita del rapporto locatizio, in conseguenza del difetto di diniego della rinnovazione stessa, possa comportare una durata superiore al minimo suddetto, e cioè pari a quella stabilita convenzionalmente all'inizio del rapporto, in quanto il suddetto articolo 28 stabilisce che per le locazioni non abitative il contratto si rinnova tacitamente di sei anni in sei anni e per gli immobili ad uso alberghiero di nove anni in nove anni.

Con sentenza **n. 972** la S.C. ha precisato che locazione e subconcessione di diritto privato di un locale demaniale per uso commerciale si differenziano, sotto il profilo causale, per il fatto che solo in quest'ultima la cessione in uso al terzo tende a perseguire l'interesse pubblico nel bene considerato, interesse che va desunto da tutte le clausole contrattuali, che impongano obblighi comportamentali al terzo subconcessionario. Detti obblighi, tra i quali rientra quello di attuazione di una specifica destinazione mediante un'attività indispensabile o comunque utile per l'impresa del cedente, non costituiscono - secondo la Cassazione - meri motivi per la stipula del contratto, ma sono elementi essenziali della struttura contrattuale posta in essere dalle parti.

In tema di diritto all'**indennità per la perdita dell'avviamento commerciale**, è stato affermato, con la sentenza **n. 7501**, che la tutela dell'avviamento commerciale, apprestata dagli artt. 34-40 della legge 27 luglio 1978, n. 392, per gli immobili adibiti ad uso diverso dall'abitazione, utilizzati per un'attività commerciale comportante contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, non può essere riconosciuta al conduttore che eserciti quell'attività senza le prescritte autorizzazioni, poiché il presupposto della tutela risiede nella liceità dell'esercizio dell'attività medesima, in quanto si fornirebbe altrimenti protezione a situazioni abusive, frustrando l'applicazione di norme imperative che regolano le attività economiche e lo stesso scopo premiale della disciplina posta a fondamento della predetta legge, che, quanto all'avviamento ed alla prelazione, consiste nella conservazione, anche nel pubblico interesse, delle imprese considerate.

Riguardo al **diritto di prelazione** ed il conseguente **diritto di riscatto** previsti dagli artt. 38 e 39 della legge n. 392 del 1978, la pronuncia **n. 15886** ha affermato che essi non sono configurabili allorché sussista un vincolo di accessorietà funzionale, stabilito dal conduttore tra due immobili appartenenti a diversi proprietari, se l'utilizzazione di uno di tali immobili esclude il contatto con il pubblico indiscriminato degli utenti e si pone come complementare rispetto all'attività esercitata nell'altro immobile.

Va segnalato l'arresto delle Sezioni Unite (sentenza **n. 13886**) secondo cui al conduttore di immobile urbano destinato ad uso non abitativo non spettano il diritto di prelazione ed il conseguente diritto di riscatto dell'immobile, in base alla disciplina degli artt. 38 e 39 della legge 27 luglio 1978, n. 392, qualora il locatore intenda alienare, ad un terzo ovvero al comproprietario dell'immobile locato, la quota del bene oggetto del rapporto di locazione. (Nella specie, la S.C., risolvendo con il principio enunciato il contrasto insorto in seno alla terza sezione circa la spettanza o meno del diritto di prelazione al conduttore anche con riguardo alla sola quota dell'immobile che uno dei comproprietari intenda alienare ad un terzo, hanno cassato l'impugnata sentenza che aveva aderito all'indirizzo favorevole al riconoscimento di tale diritto e, decidendo nel merito, hanno respinto la domanda di riscatto formulata nell'interesse delle parti locatarie).

5.4 Contratti agrari.

La Corte, con la sentenza **n. 12934**, ha stabilito che la vendita di un fondo senza l'osservanza delle norme sul **diritto di prelazione**, di cui agli artt. 8 della legge 26 maggio 1965 n. 590 e 7 della legge 14 agosto 1971 n. 817, non è nulla, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., ma soggetta al potere di riscatto da parte degli aventi diritto alla prelazione, ed a nulla rileva l'accidentale decadenza dalla possibilità di esperirlo.

Con la **n. 384** si è occupata per la prima volta della **destinazione agrituristica** del fondo, affermando che questa non priva l'affittuario-coltivatore diretto del diritto di prelazione e riscatto che a lui compete, perchè non ne muta la funzione agricola, trattandosi di una forma di turismo nelle campagne volta a favorire lo sviluppo ed il riequilibrio del territorio agricolo, nonché ad agevolare la permanenza dei produttori agricoli nelle zone rurali attraverso l'integrazione dei redditi aziendali ed il

miglioramento delle condizioni di vita, secondo le indicazioni dell'art. 1 della legge 5 dicembre 1985 n. 730.

Nella **n. 653** la S.C. è tornata sul tema delle condizioni ostative all'esercizio del diritto di prelazione da parte del proprietario coltivatore diretto di terreni confinanti con quello in vendita, dando rilievo solo alla situazione di fatto e di diritto effettivamente esistente e, cioè, alla circostanza che sul terreno non siano insediati mezzadri, coloni, affittuari, compartecipanti od enfiteuti coltivatori diretti, con la conseguente irrilevanza della eventuale dichiarazione di garanzia della libera disponibilità del fondo rilasciata nell'atto di vendita dall'alienante in favore dell'acquirente.

A proposito delle condizioni ostative, la sentenza **n. 12934** è interessante anche per l'individuazione di requisiti dell'insediamento utili al fine di evitare l'aggiramento del diritto di prelazione. La Corte ha precisato che l'insediamento non deve essere precario, ma effettivo e stabile, sicché non vale a concretare la condizione ostativa la formale stipula di un contratto di affitto del fondo (cui non corrisponda l'effettivo insediamento dell'affittuario sul fondo stesso, bensì una temporanea presenza predisposta ed attuata per escludere l'altrui diritto di prelazione), ovvero la presenza provvisoria di un conduttore sul fondo dopo che questi abbia rinunciato ad avvalersi del diritto di continuazione del rapporto.

La sentenza **n. 5074** si è occupata dell'esito della declaratoria d'illegittimità costituzionale (sentenza n. 318 del 2002) degli artt. 9 e 62 legge n. 203 del 1982, concernenti i canoni d'equo affitto, affermando che non si può introdurre alcuna distinzione tra contratti stipulati prima del 1988 e contratti intervenuti successivamente, o tra canoni pagati prima della precedente sentenza n. 139 del 1984 della stessa Corte costituzionale, e canoni corrisposti successivamente, non rilevando, al fine di invocare la perdurante applicabilità di dette norme ai contratti più risalenti, la circostanza che in precedenza la medesima questione di costituzionalità fosse stata ritenuta infondata da quest'ultima sentenza della Corte costituzionale. Conseguentemente, ha ritenuto priva di fondamento normativo la domanda di ripetizione, *ex art. 28* legge n. 11 del 1971, delle somme corrisposte in eccedenza ai livelli massimi d'equità stabiliti dalle tabelle di equo canone.

5.5 Leasing.

Con riferimento al **leasing finanziario**, la Corte (n. **16158**) si sofferma sul momento dell'acquisto della proprietà da parte del concedente, in una fattispecie in tema di rivendicazione del bene nei confronti del fallimento dell'utilizzatore. Nel ribadire che l'operazione di *leasing* finanziario postula un collegamento funzionale tra il contratto di vendita stipulato tra il fornitore ed il concedente e quello di *leasing* stipulato tra quest'ultimo e l'utilizzatore, e si realizza mediante clausole di interconnessione, inserite nel primo contratto, con cui si conviene che il bene viene acquistato per cederlo in godimento all'utilizzatore e deve essere consegnato direttamente a quest'ultimo, precisa che, in tale contesto, non assumendo il fornitore alcun impegno diretto nei confronti o a favore dell'utilizzatore, l'acquisto del bene rappresenta non solo un atto giuridico strumentale alla concessione in godimento, ma anche un evento che deve logicamente precedere l'attribuzione all'utilizzatore della detenzione autonoma qualificata della cosa, che deve necessariamente provenire dal concedente-proprietario perché si perfezioni il contratto di *leasing*.

La Corte (n. **6969**) è tornata a pronunciarsi sul contratto di *sale and lease back* con riferimento alla possibilità di elusione del divieto di patto commissorio. Ha ribadito che lo schema socialmente tipico del cosiddetto *lease back* presenta autonomia strutturale e funzionale, quale contratto di impresa, e caratteri peculiari di natura oggettiva e soggettiva che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura e nel suo fisiologico operare, una fattispecie che - in quanto realizzi una alienazione a scopo di garanzia - si risolva in un negozio atipico, nullo per illiceità della causa concreta. Ha ripetuto, inoltre, che costituisce accertamento di fatto, in base a elementi sintomatici, soggettivi - quali, ad esempio, lo stato di debolezza economica dell'impresa venditrice - ed oggettivi - quali, ad esempio, la sproporzione tra valore del bene venduto e prezzo pagato dalla fornitrice - stabilire se il *lease back* sia stato in concreto impiegato per eludere il divieto di patto commissorio, con conseguente sua nullità per frode alla legge.

5.6 Appalto.

La sentenza n. **1726** si sofferma sulla distinzione tra **appalto e compravendita**. Nel caso in cui il contratto abbia ad oggetto la fornitura di beni prodotti con materiali

ceduti dallo stesso destinatario della prestazione, il criterio fondamentale è costituito dalla natura dell'attività espletata dal fornitore, nel senso che è qualificabile come compravendita qualora l'attività consista nella trasformazione delle materie prime in prodotti finiti, non necessariamente destinati ad essere riacquistati dall'originario cedente, e come appalto nel caso in cui essa consista invece nell'adattamento delle medesime materie alle specifiche esigenze del destinatario, sì da potersi considerare i prodotti come il risultato voluto ed effettivo della prestazione di un *facere*.

Con riferimento all'**azione per le difformità e i vizi dell'opera**, la pronuncia **n. 14039** affronta il tema dell'onere della prova relativamente alla data di consegna dell'opera, da cui il termine di garanzia decorre, ponendolo a carico del committente e non dell'appaltatore, gravando sul primo l'onere di provare i fatti posti a fondamento della sua domanda e quelli necessari per contrastare le eventuali eccezioni della controparte. Invece, la sentenza **n. 13431** si occupa dell'ipotesi in cui contro l'appaltatore venga formulata, per vizi, difformità o difetti, una richiesta di pagamento per la riparazione di danni arrecati dai suoi dipendenti. In tal caso, trattandosi di un'ordinaria azione di risarcimento danni resta applicabile la disciplina dettata dagli artt. 1453 e 1455 cod. civ., con il conseguente assoggettamento agli ordinari termini di prescrizione e non al regime di decadenza e prescrizione breve di cui all'art. 1667 cod. civ. Nella pronuncia **n. 3752** la Corte torna ad occuparsi delle condizioni per escludere la responsabilità dell'appaltatore per difformità e vizi dell'opera in presenza di direttive dei tecnici della stazione appaltante. L'appaltatore rimane esente da responsabilità solo se dimostra di aver agito come *nudus minister* del committente.

In materia di **prova del corrispettivo** dovuto per l'appalto privato, la **n. 10860** ha affermato che la fattura emessa dall'appaltatore è utilizzabile come prova scritta ai soli fini della concessione del decreto ingiuntivo, ma non costituisce idonea prova dell'ammontare del credito nell'ordinario giudizio di cognizione, trattandosi di documento di natura fiscale proveniente dalla stessa parte. Neanche la contabilità redatta dal direttore dei lavori costituisce idonea prova, a meno che non risulti che essa sia stata portata a conoscenza del committente e che questi l'abbia accettata senza riserve, pur senza aver manifestato la sua accettazione con formule sacramentali, oppure che il direttore dei lavori abbia redatto la relativa contabilità per conto del committente come rappresentante del suo cliente e non come soggetto legato a costui

da un contratto di prestazione d'opera professionale, che gli fa assumere la rappresentanza del committente limitatamente alla materia tecnica.

Quanto alle ipotesi di **inadempimento**, la sentenza **n. 4433** ha riconosciuto la non scarsa importanza nel caso in cui, senza fornire alcuna apprezzabile giustificazione, l'appaltatore non assolve all'obbligo di denunciare all'ufficio del Genio civile le relative opere corredate dai relativi calcoli.

Con riferimento all'inadempimento del committente per il caso non sia configurabile la restituzione in natura all'impresa appaltatrice della costruzione parzialmente eseguita, Cass. **n. 738** ha stabilito che il contenuto dell'obbligo restitutorio a carico del committente va determinato in relazione all'ammontare del corrispettivo originariamente pattuito, sulla cui base l'appaltatrice si è determinata a concludere il contratto, comprensivo dell'importo dovuto per revisione prezzi se pattiziamente previsto, che fa parte del corrispettivo pattuito.

5.7 Contratto d'opera.

La sentenza **n. 20319**, confermando l'orientamento delle S.U. - secondo cui la clausola che, in una convenzione tra un ente pubblico territoriale e un ingegnere al quale il primo abbia affidato la progettazione di un'opera pubblica, condizioni il pagamento del compenso per la prestazione resa alla concessione di un finanziamento per la realizzazione dell'opera stessa, è valida perché non in contrasto col principio di inderogabilità dei minimi tariffari - ha aggiunto che la stessa non viola i principi di imparzialità e buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) in quanto, subordinare il compenso del professionista all'effettivo finanziamento dell'opera è garanzia di un accorto uso del denaro pubblico.

La pronuncia **n. 16134**, in tema di pattuizione del compenso (con riferimento ai criteri fissati in un d.m.), ha ribadito che il principio della retribuzione sufficiente, di cui all'art. 36 Cost., riguarda esclusivamente il lavoro subordinato, mentre in materia di lavoro autonomo, se il compenso sia stato pattuito, non è possibile invocare in sede giudiziaria l'applicabilità dei diversi criteri indicati dall'art. 2233 cod. civ. (importanza dell'opera, decoro della professione, tariffe, usi), i quali possono assumere rilievo solo in difetto di espressa pattuizione.

In tema di diniego di **diritto al compenso**, la **n. 3740** ha confermato il principio secondo cui, ai sensi dell'art. 2231 cod. civ., l'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge, dando luogo a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente (art. 1418 c. 1 cod. civ.), priva il contratto di qualsiasi effetto.

5.8 Trasporto.

In tema di **trasporti terrestri di cose**, assai frequenti sono le liti ingenerate dall'incertezza circa la spettanza dei diritti nascenti dal contratto, nel caso di ammanco o perdita della merce. Non è raro infatti nella prassi commerciale che il mittente rifiuti il risarcimento al destinatario, allegando di essersi liberato delle proprie obbligazioni con la consegna al vettore (art. 1510 c.c.), ed il destinatario dal canto suo rifiuti il pagamento del corrispettivo al mittente, allegando di non avere ricevuto la merce ed invocando *l'exceptio inadimpleti contractus*. Due importanti interventi della Corte nel 2007 hanno fatto chiarezza in questa materia, ribadendo che i diritti nascenti dal contratto di trasporto, e primo fra tutti quello al risarcimento del danno per la perdita o l'ammanco della merce, spettano al destinatario a partire dal momento in cui questi abbia domandato la consegna della merce stessa (sentenze **nn. 12959** e **17396**). Se, invece, il destinatario non chieda la consegna del carico, legittimato a domandare il risarcimento del danno nei confronti del vettore resta il mittente (sentenza **n. 12963**).

Sempre in tema di responsabilità del vettore, nel 2007 la Corte è ritornata sul tormentato tema della configurabilità o meno di una responsabilità del vettore nel caso in cui la merce gli venga rapinata. A tal riguardo la Corte ha adottato una soluzione empirica, stabilendo che la rapina non necessariamente integra gli estremi del caso fortuito o della *vis cui resisti non potest*. Più esattamente, il vettore può essere chiamato a rispondere del danno causato dalla rapina in tutti i casi in cui non dimostri che l'evento "rapina" fosse assolutamente imprevedibile, ovvero di avere adottato tutte le misure esigibili alla stregua della diligenza professionale per prevenirlo (sentenze **nn. 17398** e **17478**).

Con riferimento alla misura del corrispettivo dovuto al vettore nel caso di trasporti internazionali su strada, la decisione **n. 10561** ha opportunamente chiarito che il sistema delle tariffe "a forcilla" previsto dalla legge italiana si applica ai soli trasporti

che iniziano e si concludono in Italia, ed è dunque inapplicabile ai trasporti internazionali interni all'Unione Europea (cui si applica il regolamento comunitario n. 4058/89/CEE), a nulla rilevando che mittente e destinatario siano entrambi italiani.

Con riferimento al **trasporto ferroviario di persone**, la Corte è tornata dopo molti anni ad occuparsi della responsabilità del vettore ferroviario per i danni ai passeggeri, ribadendo che l'art. 11 n. 4 delle condizioni e tariffe per i trasporti delle persone sulle ferrovie, approvate con r.d.l. n. 1948 del 1934, pone a carico del vettore ferroviario una presunzione di colpa, superabile solo con la dimostrazione - da fornirsi da parte dell'amministrazione ferroviaria - che il danno è avvenuto per caso fortuito, forza maggiore o fatto della vittima (sentenza **n. 2321**).

Per affinità alla materia qui in esame, è utile ricordare come nel 2006 la Corte abbia compiuto un importante intervento in tema di contratto di viaggio vacanza "tutto compreso" (c.d. "pacchetto turistico"). Quest'ultimo è stato definito dalla Corte un contratto atipico misto, caratterizzato dalla combinazione di due elementi: da un lato la fornitura di trasporto, alloggio e servizi turistici; dall'altro la "finalità turistica" (o "scopo di piacere"), che non è un semplice motivo - come tale irrilevante - ma si sostanzia nell'interesse che il contratto è volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando, perciò, l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero.

Da ciò si è tratta la conseguenza che l'irrealizzabilità dello "scopo di piacere" per sopravvenuto evento non imputabile alle parti, determina, in virtù della caducazione dell'elemento funzionale dell'obbligazione costituito dall'interesse creditorio (ai sensi dell'art. 1174 cod. civ.), l'estinzione del contratto per sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, con esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni (sentenza **n. 16315**).

In tema di **trasporti marittimi**, una delle modalità più frequenti di trasporto marittimo di merci è attualmente quella attuata per mezzo di *container*. La particolare struttura di quest'ultimo (un contenitore chiuso e sigillato) ha fatto sorgere già da anni il problema di stabilire se il vettore sia responsabile nel caso soltanto di perdita del *container* (considerato in sé e per sé l'oggetto del trasporto), ovvero anche nel caso in cui venga smarrita o danneggiata parte della merce contenuta nel *container*. A tale problema ha dato in parte risposta la sentenza **n. 15589**, la quale ha stabilito che in caso di trasporto

marittimo di merci mediante *containers*, con clausola *full containers load - said to contain*, va esclusa - a prescindere da qualsiasi eventuale riserva inserita nella polizza di carico - la responsabilità del vettore, per ammanchi in sede di riconsegna, allorché risulti provato che i contenitori siano stati consegnati dal caricatore chiusi con sigilli (od analoghi sistemi), la cui integrità sia stata constatata all'arrivo: tale prova infatti è sufficiente a superare la presunzione di colpa contrattuale di cui all'art. 1693 cod. civ. a carico del vettore. Se, invece, il vettore abbia assunto la piena responsabilità *ex recepto* non solo con riferimento al *container* in quanto tale, ma anche in relazione alla merce in esso contenuta ed al suo peso (quale risultante dalle polizze di carico), egli risponde della eventuale sottrazione anche parziale della merce (sentenza n. 14835).

Quanto al **trasporto marittimo di persone**, merita di essere ricordata la decisione n. 3462, la quale ha ritenuto sussistente la responsabilità del vettore marittimo di persone per non avere potuto prendere il mare a causa delle avverse condizioni atmosferiche (costringendo così i passeggeri a pernottare sull'isola dove si erano recati), in un caso in cui si era accertato che già al momento della partenza era prevedibile che la motonave impiegata dal vettore non sarebbe stata in grado di prendere il mare con le condizioni meteomarine previste per il momento del rientro.

In materia di **trasporto aereo**, la Corte è tornata ad occuparsi della responsabilità della società di *handling*, qualificando come deposito a favore di terzo il contratto concluso tra quest'ultima ed il vettore aereo, ed addossando alla società di *handling* l'obbligo di custodia e deposito della merce, obbligo che non cessa con la messa a disposizione di quest'ultima, ma si protrae sino alla consegna materiale di essa all'avente diritto (sentenza n. 14593).

5.9 Agenzia.

In tema di agenzia, la sentenza n. 18586 ha preso in esame l'aspetto probatorio del diritto alla provvigione, affermando, ai sensi dell'art. 1748 cod. civ., nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303, l'illegittimità del rigetto dell'istanza volta ad ottenere, indipendentemente dall'espletamento di una consulenza tecnica, l'acquisizione della documentazione in possesso del solo preponente, che risulti indispensabile per sorreggere, attraverso precisi dati quantitativi, l'allegazione

relativa all'aumento del numero dei clienti e del volume degli affari verificatosi nel corso degli anni.

Particolare interesse, in materia di diritti dell'agente, rivestono le sentenze **n. 9538** e **n. 16347**, con cui la Corte, affrontando la problematica relativa ai presupposti per il riconoscimento dell'indennità dovuta in caso di cessazione del rapporto, ha preso nuovamente posizione in ordine all'interpretazione dell'art. 1751 cod. civ., nel testo modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 303 cit., anche alla luce degli artt. 17 e 19 della direttiva 86/653/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1986, interpretati dalla Corte di Giustizia CEE nella sentenza 23 marzo 2006, in causa C-465/04: al riguardo, premesso che l'inderogabilità della disciplina legale ne comporta la prevalenza su quella meno favorevole per l'agente dettata da regole pattizie, individuali o collettive, è stato ribadito che, ai fini del riconoscimento dell'indennità in questione, il giudice deve sempre applicare la normativa che assicuri all'agente, alla luce delle vicende del rapporto concluso, il risultato migliore; si è quindi affermato che l'indennità contemplata dall'Accordo economico collettivo del 27 novembre 1992 rappresenta per l'agente soltanto un trattamento minimo garantito, il quale può essere considerato di maggior favore soltanto qualora, in concreto, non spetti all'agente l'indennità di legge in misura inferiore.

In ordine ai criteri di liquidazione dell'indennità, la citata sentenza **n. 16347** ha poi preso atto che, secondo la Corte di Giustizia, l'art. 17 della direttiva non impone un calcolo analitico, ma consente anche il ricorso a metodi di calcolo sintetici, che valorizzino più ampiamente il criterio dell'equità e, quale punto di partenza, il limite massimo di un'annualità media di provvigioni previsto dalla direttiva medesima; ha pertanto affermato che l'attribuzione dell'indennità è condizionata non soltanto alla permanenza, per il preponente, di sostanziali vantaggi derivanti dall'attività di promozione degli affari compiuta dall'agente, ma anche alla rispondenza ad equità dell'attribuzione, in considerazione delle circostanze del caso concreto, ed in particolare delle provvigioni perse dall'agente.

5.10 Mediazione.

Si è ribadita la assoluta imprescindibilità - per la validità del contratto e l'insorgenza del diritto alla provvigione - che il mediatore sia iscritto al **ruolo** previsto dalla legge 3

febbraio 1989 n. 39. In mancanza di tale iscrizione la provvigione non è dovuta, e se l'iscrizione sopravviene nel corso dell'attività mediatizia la provvigione è dovuta solo per le attività svolte dal momento dell'iscrizione in poi (sentenza **n. 10290**). Analogamente, anche per gli ausiliari del mediatore è necessaria l'iscrizione al ruolo, se essi sono assegnati allo svolgimento di attività mediatizia in senso proprio, della quale compiono gli atti a rilevanza esterna, con efficacia nei confronti dei soggetti intermediati, e impegnativi per l'ente da cui dipendono. Tale iscrizione non è invece richiesta per quei dipendenti che esplicano attività accessoria e strumentale a quella di vera e propria mediazione, in funzione di ausilio ai soggetti a ciò preposti (sentenza **n. 1507**).

L'obbligo per il mediatore di iscrizione al ruolo è stato poi ritenuto non in contrasto con la direttiva 86/653/CEE (relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, la quale vieta normative nazionali che subordinino la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo), in quanto tale direttiva è dettata per gli agenti e non per i mediatori, che a differenza dei primi agiscono in posizione di terzietà rispetto ai contraenti posti in contatto (sentenza **n. 13184**).

Sul piano dell'*an* e del *quantum* della **provvigione** la Corte ha ribadito nel 2007 alcune regole particolarmente significative, già dettate in passato e destinate a rafforzare la tutela degli intermediati specie in un mercato - come quello della intermediazione immobiliare - non sempre caratterizzato da trasparenza. La prima di tali regole è il divieto di mediazioni occulte: quando, cioè, il mediatore non si presenta schiettamente come tale alle parti, perde qualsiasi rilievo il fatto che queste si siano incontrate ed abbiano concluso l'affare grazie all'opera sua. Nel caso di mediazione occulta un rapporto giuridico tra mediatore ed intermediati non è nemmeno configurabile, perché le parti non sono messe in condizione di valutare l'opportunità o meno di avvalersi della prestazione del mediatore e di sopportarne i conseguenti oneri (sentenza **n. 6004**).

Quanto alla misura della provvigione, tre sono i principi particolarmente significativi ribaditi dalla Corte nel 2007: affinché sorga il diritto alla provvigione, l'opera del mediatore deve essere stata vuoi causa, vuoi concausa della conclusione dell'affare (sentenza **n. 1507**); la misura della provvigione può ben essere determinata in misura

percentuale rispetto al valore dell'affare, ma quest'ultimo non è detto che consista nel prezzo dell'affare indicato dalle parti in contratto. "Valore" dell'affare e "prezzo" del negozio non necessariamente coincidono, e comunque se il giudice di merito ritenga sussistere tale coincidenza, ha l'obbligo indicare le ragioni dalle quali ha tratto il proprio convincimento (sentenza n. **12236**); quando l'affare sia concluso con l'intervento di più mediatori, la provvigione va divisa tra tutti secondo i criteri di cui all'art. 1578 c.c., a nulla rilevando che i vari mediatori fossero all'oscuro ciascuno dell'opera dell'altro (sentenza n. **1507**).

5.11 Deposito.

La sentenza n. **5837** ha ribadito che al parcheggio di automezzo in un apposito piazzale gestito da una ditta privata si applicano le norme relative al contratto di deposito, perché l'offerta della prestazione di parcheggio, cui segue l'accettazione attraverso l'immissione del veicolo nell'area, ingenera l'affidamento che in essa sia compresa la custodia, restando irrilevanti eventuali condizioni generali predisposte dall'impresa che gestisce il parcheggio che escludano un obbligo di custodia. Sempre dall'applicazione della disciplina generale di tale contratto deriva la responsabilità *ex recepto* del gestore, con la conseguenza che l'eventuale clausola di esclusione della responsabilità nel caso di furto del veicolo, avendo carattere vessatorio, è inefficace se non sia stata approvata specificamente per iscritto.

In una fattispecie di rimozione di un autoveicolo in divieto di sosta e trasporto al deposito, al fine di individuare la decorrenza dell'obbligo di pagamento delle spese di custodia in un caso in cui il veicolo era stato danneggiato al momento del trasporto, la Corte (sentenza n. **7493**) ha qualificato il contratto come di deposito, stabilendo che la consegna può realizzarsi con una *ficta traditio*, attraverso la ritenzione della cosa da parte del depositario, per effetto del mancato ritiro da parte dell'avente diritto, con il conseguente sorgere per il depositario dell'obbligo di custodia e per il proprietario dell'obbligo di pagamento delle spese di custodia fino al ritiro dello stesso. Con ciò discostandosi da una precedente decisione (n. **11065**) nella quale si era fatto riferimento alla concessione di pubblico servizio, escludendo che la convenzione tra pubblica amministrazione e concessionario possa essere valutata alla stregua di un accordo di natura privatistica, nel quale le spese per la rimozione e custodia del

veicolo possano essere considerate il corrispettivo di un contratto misto di trasporto e di deposito, ricomprendendo nella suddetta concessione anche il diritto del concessionario alla percezione del corrispettivo, da parte dei soggetti destinatari della sanzione.

5.12 Contratti bancari.

In tema di **buona fede** e di **principio di prossimità della prova** nei contratti bancari, si può cogliere una particolare attenzione della Corte verso un'applicazione sempre più estesa e rigorosa del principio di buona fede in tutte le fasi nelle quali si articola il rapporto contrattuale tra banca e cliente. I doveri di correttezza, trasparenza e completezza delle informazioni riguardanti il concreto assetto degli interessi regolati dal contratto, trovano puntuale tutela anche nella fase successiva allo scioglimento del rapporto negoziale sia in ordine alla permanenza degli obblighi di rendicontazione e documentazione della situazione finale a carico dell'Istituto sia in ordine all'assolvimento dell'onere della prova, posto a carico della banca, per la tutela delle sue posizioni creditorie.

Sul primo versante deve essere segnalata la sentenza **n. 15669** con la quale viene evidenziato che la cessazione del vincolo contrattuale, in particolare intervenuta per effetto del **fallimento del cliente**, non estingue con immediatezza ogni rapporto tra le parti, permanendo una serie di obbligazioni di derivazione contrattuale alle quali corrispondono posizioni di diritto soggettivo. In particolare, il curatore che subentra nell'amministrazione del patrimonio fallimentare ha il diritto di ottenere la documentazione relativa alle operazioni bancarie eseguite dal fallito negli ultimi dieci anni. Al riguardo la Corte precisa che i diritti che il curatore esercita non derivano dall'assunzione di una funzione pubblicistica ma esclusivamente dalla sua posizione contrattuale giusprivatistica. La Corte fa discendere il diritto direttamente dall'obbligo di buona fede stabilito negli artt. 1374 e 1375 c.c. e richiama, anche in virtù della peculiare posizione del curatore fallimentare, il generale obbligo di solidarietà incardinato nell'art. 2 Cost, facendo del canone costituzionale un criterio di condotta endo negoziale che permane anche dopo lo scioglimento del vincolo negoziale fino alla definitiva regolazione ed estinzione di ogni rapporto ricollegabile all'esecuzione del contratto. Per configurare il complesso obbligo di custodia, comunicazione

periodica e completa informazione finale posto a carico della banca, la Corte ritiene insufficiente il richiamo alla disciplina di settore ed in particolare all'art. 119 del T.U. bancario che stabilisce l'obbligo di informazione periodica ad ogni scadenza contrattuale nonché il diritto del cliente ad ottenere la documentazione sull'andamento del rapporto negli ultimi dieci anni, e ne integra il contenuto, mediante la diretta applicazione del principio codicistico di buona fede e del criterio di solidarietà come canone conformativo delle condotte negoziali, in specie nei rapporti caratterizzati da uno squilibrio che si evidenzia anche in rapporto alle fonti di prova riguardanti la concreta attuazione del contratto.

Proprio in virtù della integrata rete costituzionale e legislativa di riferimento, la Corte amplia l'obbligo informativo e documentativo della banca precisando che il diritto del cliente si estende alla richiesta della documentazione che comprovi i singoli passaggi scanditi negli estratti conto ma allo stesso tempo, gli impone un obbligo di collaborazione consistente, tra l'altro, nel carico delle spese necessarie.

Coerente con la rigorosa applicazione del principio di buona fede nei contratti bancari deve ritenersi l'orientamento seguito dalla Corte nelle sentenze **nn. 10692 e 2137**, in ordine alla **prova della pattuizione degli interessi in misura superiore al tasso legale**. Nella prima delle due pronunce viene confermata la nullità della pattuizione extralegale degli interessi quando il criterio di determinazione del tasso applicabile non sia desumibile *per relationem*, specificamente in qualsiasi momento del rapporto, ma consenta soltanto l'individuazione della "forbice" tra *top rate* e *prime rate* entro la quale la percentuale può collocarsi, lasciando alla banca il potere discrezionale dell'indicazione puntuale. Il criterio della determinabilità del tasso extralegale viene più analiticamente precisato con la pronuncia **n. 2137** nel senso che il contenuto della pattuizione deve essere univoco e contenere la puntuale specificazione del tasso d'interesse anche quando sia stato previsto un tasso variabile. In quest'ultimo caso, è necessario il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari mentre non sono sufficienti generici riferimenti che non consentano di comprendere né sotto il profilo soggettivo (tasso praticato da uno specifico istituto di credito o indicato in un accordo interbancario) né sotto il profilo oggettivo (tasso relativo ai clienti ordinari o "*prime rate*" o riferibile ad una specifica tipologia di contratti) qual'è il parametro applicabile. L'attenzione sulla trasparenza nella

determinazione degli interessi passivi praticati dalla banca riguarda anche la fase relativa al calcolo e alla specificazione del saldo. Nella pronuncia già esaminata **n. 10692** è stata evidenziata l'insufficienza probatoria dell'estratto notarile delle scritture contabili, contenente esclusivamente il saldo quando sia stata accertata la nullità della pattuizione degli interessi extralegali e sia conseguentemente indispensabile procedere ad una completa riformulazione delle poste di dare ed avere mediante l'applicazione del tasso legale degli interessi con capitalizzazione annuale a partire dall'apertura del conto attraverso la produzione di tutti gli estratti delle operazioni eseguite.

L'esigenza di conoscere esattamente la formazione delle voci di credito azionate dalla banca, in particolare nei rapporti caratterizzati da una pluralità di contratti confluenti su un unico conto corrente di corrispondenza, ha condotto la Corte a procedere, in primo luogo, all'esatta qualificazione giuridica delle singole operazioni compiute dalla banca nei confronti del cliente imprenditore commerciale e, in secondo luogo, a definirne precisamente l'onere della prova. Nella pronuncia **n. 18447**, la Corte ha compiuto esattamente il percorso sopradefinito. In primo luogo ha ritenuto che il mandato all'incasso sulla base del quale vengano eseguite anticipazioni su fatture o operazioni di sconto improprio non può essere qualificato come "sconto" in senso stretto. In secondo luogo, ha stabilito che all'interno di un rapporto qualificabile esclusivamente come mandato all'incasso non fosse possibile provare l'effettiva erogazione delle somme al cliente, in caso di mancato pagamento del terzo, esclusivamente mediante la produzione delle ricevute bancarie, ma che fosse necessario fornire sia la prova dell'esistenza del contratto di finanziamento che del concreto versamento delle somme sul conto corrente. Così operando la Corte ha ritenuto che il possesso delle ricevute bancarie fosse indicativo dell'esistenza del mandato ad incassare ma non potesse essere presuntivamente idoneo a provare l'esistenza di un vero e proprio rapporto di sconto. La scelta della definizione rigorosa dell'onere della prova a carico della banca per ciascun rapporto che concorre a determinare il saldo finale, si fonda sul principio di prossimità della prova che informa tutte le tipologie di contratti caratterizzate da una forte asimmetria informativa e documentale tra le parti. Lo squilibrio nel possesso e nella possibilità di ottenere le informazioni e i documenti necessari si manifesta in modo ancora più evidenti nei contratti bancari in considerazione sia dell'elevato tecnicismo anche delle

informazioni rese ai clienti sia delle potenzialità conoscitive e documentali dell'uso della memoria informatica.

Ma l'attenzione che la Corte rivolge all'effettiva parità delle parti nell'esercizio dei diritti e delle facoltà connessi al processo, si coglie anche in due importanti pronunce: le **nn. 4853 e 21141**, riguardanti entrambe la **nullità della clausola contenente la capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici**. E' opportuno premettere che le fattispecie riguardano rapporti ai quali non è applicabile *ratione temporis* la disciplina della capitalizzazione degli interessi contenuta nell'art. 25 secondo comma del d.lgs n. 342 del 1999 e nella delibera CICR, cui la norma rinvia, ma esclusivamente l'art. 1283 c.c., così come interpretato con indirizzo costante della Corte di Cassazione, confermato nella sentenza delle S.U. n. 21095 del 2004.

Il rilievo delle pronunce non riguarda, pertanto, la dichiarazione di nullità della clausola del contratto di conto corrente bancario che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente sul saldo passivo, ma la qualificazione giuridica delle posizioni delle parti e dei poteri del giudice al riguardo, tenuto conto della peculiarità del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo proprio di entrambe le fattispecie esaminate.

Secondo la Corte l'invalidità della clausola è rilevabile d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art. 1421 c.c. anche in appello, quando la parte opponente (debitrice e convenuta in senso sostanziale) abbia contestato, anche per ragioni diverse dalla natura anatocistica degli interessi, il titolo negoziale posto a fondamento della pretesa della parte opposta (creditrice ed attrice in senso sostanziale).

E' pertanto sufficiente che nel termine stabilito dalla legge per lo svolgimento delle attività assertive la parte abbia negato in tutto o in parte di dovere gli interessi applicati e ne abbia contestato l'ammontare perché il giudice possa rilevare d'ufficio anche nel secondo grado del giudizio la nullità della pattuizione relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi. Non è però sufficiente ad integrare una valida contestazione la mea deduzione d'inidoneità probatoria del saldaconto essendo necessario allegare l'eccessività degli interessi passivi.

Anche in questo orientamento che può dirsi in via di consolidamento, la Corte assume una posizione consapevole dello squilibrio tecnico-conoscitivo delle parti e dei molteplici profili d'invalidità riscontrabili nelle clausole aventi ad oggetto la

pattuizione extralegale degli interessi (indeterminatezza della percentuale, usurarietà, anatocismo) ritenendo sufficiente l'allegazione dell'errata quantificazione degli interessi passivi dovuti, senza l'indicazione delle ragioni dell'illegittimità parziale o totale della loro misura. Peraltro, al contrario, la domanda relativa agli interessi anatocistici deve essere espressamente formulata fin dal primo grado ed è inammissibile se proposta per la prima volta in appello, non potendo essere inclusa tra gli effetti accessori della domanda di pagamento ex art. 345 c.p.c. Il principio, è stato stabilito dalla pronuncia **n. 11261**.

5.13 Contratti aleatori.

In tema di contratti aleatori, la sentenza **n. 5062** ha affrontato una pluralità di problematiche attinenti alla definizione del rapporto che, nelle lotterie c.d. istantanee, s'istituisce tra l'acquirente del biglietto ed il gestore della lotteria. Al riguardo, è stato innanzitutto ribadito che il biglietto della lotteria non è annoverabile tra i titoli di credito, non essendo dotato dei requisiti di letteralità ed autonomia che connotano tali documenti, ma costituisce un titolo di legittimazione in senso ampio, che abilita il possessore a richiedere il pagamento della vincita, con la conseguenza che il giocatore ha diritto di ottenere la prestazione costituente la vincita, non perché essa è contenuta nel biglietto, bensì perché le regole del contratto di lotteria di cui trattasi gliela attribuiscono in presenza di determinate condizioni, anche estranee al biglietto stesso; tanto premesso, si è osservato che i decreti istitutivi delle singole lotterie, emanati dal Ministro delle finanze (sulla base dell'autorizzazione prevista dall'art. 6 della legge 26 marzo 1990 n. 62), concernenti la fissazione dei criteri e delle modalità della lotteria, devono essere interpretati non già in base ai criteri fissati dall'art. 12 delle preleggi, ma secondo i criteri di ermeneutica contrattuale (con i necessari adattamenti), non avendo valore di atti normativi, ma di regolamentazione contrattuale unilateralmente predisposta, che viene portata a conoscenza dei giocatori con l'affissione nei locali di vendita dei biglietti, ed è implicitamente accettata dal giocatore attraverso l'acquisto del biglietto; è stato infine chiarito che in tali lotterie la vincita non è subordinata all'evento futuro e incerto dell'estrazione del numero del biglietto vincente, ma si verifica quando il giocatore viene in possesso di un biglietto che non soltanto deve recare la combinazione vincente, ma deve anche presentare un codice di validazione

corrispondente ad uno dei codici segreti preindividuati e inseriti nelle liste depositate presso un notaio: si è pertanto affermato che nel caso in cui, per un errore di stampa, un biglietto riporti la combinazione vincente ma non sia fornito del codice di validazione, il gestore della lotteria istantanea non è tenuto a corrispondere il premio al possessore del tagliando, ma risponde nei suoi confronti a titolo di inadempimento contrattuale (per avere predisposto un mezzo tecnico viziato), ed è tenuto al risarcimento dei danni in misura pari al solo costo del biglietto, salvi gli ulteriori danni che questi assumesse e provasse, come conseguenze dell'errore di stampa.

5.14 Assicurazione.

L'anno appena trascorso non ha fatto registrare, invece, interventi della Corte in tema di assicurazione sulla vita. In tema di **assicurazione contro i danni**, invece, molte e significative sono state le pronunce della Corte su tutti gli aspetti più importanti del contratto e del rapporto assicurativo: dai soggetti all'interesse, dal rischio all'indennizzo.

Per quanto concerne i **soggetti** del contratto, la sentenza **n. 13058** ha affrontato il delicato tema della natura dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, talora assimilata e talaltra no al contratto a favore di terzi.

Con la sentenza appena ricordata la Corte ha aderito all'orientamento, non nuovo (nello stesso senso si era già pronunciata Cass. n. 9284 del 2005) secondo cui l'assicurazione "per conto" di cui all'art. 1891 c.c. costituisce un contratto *sui generis*, al quale si applicano tanto le norme dettate dagli artt. 1411 e ss. cod. civ. per il contratto a favore di terzi, quanto quelle del contratto di assicurazione nella parte in cui derogano ai principi generali dettati dalla legge per il contratto a favore di terzo. Da ciò si è tratta la conclusione, con riferimento al fondamentale requisito dell'interesse, che questo nell'assicurazione per conto ha una duplice natura e consistenza, ed ai fini della validità del contratto deve sussistere sia con riguardo alla posizione dell'assicurato-terzo, a norma dell'art. 1904 cod. civ., sia con riferimento alla posizione dello stipulante, ai sensi dell'art. 1411 cod. civ.. La stessa sentenza ha altresì precisato che l'interesse dell'assicurato (*ex art. 1904 c.c.*) e quello dello stipulante (*ex art. 1411 c.c.*) hanno natura diversa. L'interesse assicurativo sottende una relazione economica tra un soggetto e un bene esposto a rischio in rapporto ad un evento futuro

potenzialmente dannoso, e deve perciò consistere in una posizione soggettiva giuridicamente qualificata e non un interesse di mero fatto; al contrario l'interesse dello stipulante non deve necessariamente assumere caratteri di giuridicità, potendo risolvendosi anche in una situazione soggettiva di mero fatto, morale o di immagine.

Con questa decisione, la S.C. si è posta in contrasto con l'altro orientamento, secondo cui l'assicurazione "per conto" (di cui all'art. 1891 c.c.) è strutturalmente e funzionalmente diversa dal contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c. (Cass. S.U. n. 5556 del 2002).

E' comunque pacifico che l'accertamento della comune volontà contrattuale delle parti al fine di stabilire se esse abbiano inteso stipulare un contratto di assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta è riservata all'apprezzamento del giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità ove sorretto da congrua motivazione (sentenza **n. 13058**).

Come noto, nell'assicurazione per conto i diritti scaturenti dal contratto spettano al terzo beneficiario, ed il contraente può esercitarli solo col consenso di quegli. Tale consenso, ha stabilito la sentenza **n. 9053**, deve essere esplicito, e non può essere manifestato *per facta concludentia*. La stessa sentenza ammette tuttavia la validità della manifestazione di consenso indirizzata dal beneficiario non all'assicuratore, ma direttamente allo stipulante della polizza.

Sempre in tema di soggetti del contratto, la sentenza **n. 13953** ha affrontato un problema assai ricorrente in tema di assicurazioni plurime: quello relativo all'applicabilità dell'art. 1910, ultimo comma, c.c. (il quale prevede il diritto di regresso di ciascun assicuratore nei confronti degli altri) nel caso di responsabilità medica, allorché diversi assicuratori abbiano garantito con distinti contratti la responsabilità civile sia del medico responsabile del danno, sia dell'ospedale presso il quale questi ha eseguito la prestazione. La S.C. ha stabilito a tal riguardo che l'art. 1910 cod. civ. regola l'ipotesi in cui per il medesimo rischio siano contratte separatamente (anche da soggetti differenti) più assicurazioni presso diversi assicuratori a favore dello stesso assicurato, e dunque non si applica nel caso in cui i due contratti abbiano coperto rischi diversi. Tale è l'ipotesi in cui due assicuratori abbiano assicurato separatamente la responsabilità civile dell'autore del danno

(medico) e quella di un soggetto che dell'operato del primo è tenuto a rispondere (ospedale), in quanto trattasi di rischi diversi.

Per quanto riguarda la misura del **premio**, la sentenza **n. 4631** delle Sezioni Unite ha posto fine ai contrasti che, negli ultimi anni, erano sorti con riferimento agli effetti della clausola c.d. di regolazione del premio, in virtù della quale la misura di quest'ultimo è stabilita in una misura fissa, pattuita al momento della stipula del contratto, ed una misura variabile, determinata *ex post* in base ad elementi in possesso dell'assicurato (ad es., il fatturato dell'impresa od il numero di dipendenti).

Dinanzi a clausole siffatte, era sorto il problema di stabilire quale fosse la conseguenza dell'omessa comunicazione all'assicuratore, da parte dell'assicurato, degli elementi variabili necessari per il calcolo della quota variabile del premio: se, in particolare, tale omissione potesse o no produrre la sospensione degli effetti del contratto (e quindi la non indennizzabilità del sinistro *medio tempore* verificatosi), ai sensi dell'art. 1901 c.c..

Con la sentenza sopra ricordata le S.U., componendo il contrasto, hanno aderito all'orientamento più recente e più favorevole all'assicurato, stabilendo che l'obbligo di comunicare i dati variabili necessari al conguaglio del premio ha natura diversa dagli obblighi (di pagamento del premio) previsti dall'art. 1901 c.c.. Di conseguenza, ove l'assicurato ometta la suddetta comunicazione, non potrà trovare applicazione *sic et simpliciter* l'art. 1901 c.c., ma il giudice dovrà valutare caso per caso, secondo le regole che presiedono alla valutazione dell'adempimento delle obbligazioni civili, se la condotta dell'assicurata sia stata o meno conforme a buona fede oggettiva (nello stesso senso, quasi coevamente all'intervento delle SS.UU., si veda anche la sentenza **n. 4661**).

Sempre in tema di obbligo del pagamento del premio, la S.C. è stata chiamata ad occuparsi di una clausola non rara in taluni contratti di assicurazione, che prevedeva nel caso di mancato pagamento del premio - oltre la persistente esigibilità di esso - la decadenza dell'assicurato dal diritto di pretendere l'indennizzo. Tale clausola ad avviso della Corte, esponendo l'assicurato al pagamento del corrispettivo per un periodo in cui manca la prestazione dell'assicuratore, e quindi derogando in senso sfavorevole per l'assicurato all'art. 1901 cod. civ., è nulla in base all'art. 1932 cod. civ., e va sostituita di diritto con le disposizioni di cui all'art. 1901 cod. civ. (sentenza **n. 18525**).

Concerne un aspetto processuale, ma non privo di importanza per la materia relativa al pagamento del premio, la sentenza **n. 494**, la quale ha affermato la rilevanza d'ufficio, nel giudizio promosso dall'assicuratore per il pagamento dei premi successivi alla scadenza del periodo di sei mesi di cui all'art. 1901, comma 3, cod. civ., dell'intervenuta risoluzione *ope legis* del contratto.

Passare all'esame della giurisprudenza della Corte in tema di **rischio assicurato**, è stato confermato il tradizionale e consolidato orientamento della Corte sulle conseguenze della infedele o reticente descrizione precontrattuale del rischio da parte dell'assicurato (artt. 1892 e 1893 c.c.). Più in dettaglio, secondo questo orientamento a fronte di dichiarazioni inesatte o reticenti dell'assicurato su circostanze relative alla valutazione del rischio, che siano ascrivibili a dolo o colpa grave di quest'ultimo, l'assicuratore può, alternativamente: impugnare il contratto entro tre mesi dalla conoscenza della falsità o reticenza, domandandone l'annullamento; rifiutare - qualora l'evento si verifichi prima della scadenza del suddetto termine trimestrale, ed a maggior ragione prima dell'inizio del suo decorso - il pagamento dell'indennizzo eccependo la causa di annullamento del contratto (sentenza **n. 5849**).

Sempre in tema di rischio assicurato, sorge spesso il problema di stabilire se le parti, nell'escludere la copertura per determinati tipi di sinistri, abbiano inteso delimitare il rischio (con pattuizione che, determinando l'oggetto del contratto, non ha carattere vessatorio), ovvero circoscrivere la responsabilità dell'assicuratore (e quindi adottare una clausola vessatoria, ai sensi dell'art. 1341 c.c.). Su tale questione anche nel 2007 la Corte ha confermato il tradizionale orientamento, secondo cui sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 cod. civ. (con conseguente sottoposizione delle stesse alla necessaria e specifica approvazione preventiva per iscritto), quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito; attengono invece all'oggetto del contratto - e non sono perciò, assoggettate al regime previsto dal secondo comma di detta norma - le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito. In base a tale principio, è stata ritenuta vessatoria la clausola di una polizza infortuni che prevedeva l'intrasmissibilità del diritto all'indennizzo nell'eventualità in cui l'assicurato fosse deceduto, per cause diverse dall'infortunio, prima della concreta liquidazione dell'indennità stessa, in

quanto essa non riguardava, in alcun modo, né l'oggetto del contratto, né il rischio garantito, introducendosi piuttosto con la stessa una “limitazione” della responsabilità dell'assicuratore (sentenza **n. 395**).

Resta comunque fermo che l'interpretazione delle clausole di polizza in ordine alla portata ed all'estensione del rischio assicurato rientra tra i compiti del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se rispettosa dei canoni legali di ermeneutica contrattuale ed assistita da una congrua motivazione (sentenza **n. 3468**).

Il tema dell'obbligazione principale dell'assicuratore (il **pagamento dell'indennizzo**) ha fatto registrare due importanti interventi della Corte, relativa alla natura del debito indennitario dell'assicuratore ed agli effetti della clausola che demanda a terzi la determinazione della misura dell'indennizzo.

Sotto il primo profilo, la sentenza **n. 395** ha affermato che il debito dell'assicuratore contro i danni (nella specie, contro gli infortuni non mortali) ancorché venga convenzionalmente contenuto nei limiti di un massimale, è un **debito di valore** e non di valuta, in quanto assolve una funzione reintegrativa della perdita subita dal patrimonio dell'assicurato. Esso, pertanto, nel caso di ritardato adempimento deve essere rivalutato, e potrà produrre interessi compensativi secondo i criteri stabiliti dalle SS.UU. con la sentenza n. 1712 del 1995. In tal modo, la Corte mostra di avere abbandonato il vecchio orientamento (la cui ultima manifestazione risale ormai all'anno 2000) propenso a qualificare in termini di debito di valuta l'obbligazione dell'assicuratore contro gli infortuni.

Con riferimento poi alle clausole che, per determinare la misura dell'indennizzo, demandano ad un terzo (o ad un collegio) una perizia contrattuale, la Corte ha ribadito che nell'accettazione di esse è insita la temporanea rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale. Di conseguenza prima e durante il corso della procedura contrattualmente prevista le parti stesse non possono proporre davanti al giudice le azioni scaturenti dal contratto.

La medesima clausola però non ha carattere compromissorio o, comunque, derogativo della competenza del giudice ordinario, e non rientra, pertanto, fra quelle da approvarsi specificamente per iscritto a norma degli art. 1341 e 1342 cod. civ. (sentenza **n. 11876**).

Non si sono registrate novità di rilievo in tema di obblighi accessori gravanti sull'assicurato, ed in particolare in tema di avviso e salvataggio (artt. 1913-1915 c.c.).

La sentenza **n. 14579** ha ribadito un principio da tempo affermato: quello secondo cui ai fini della perdita dei benefici assicurativi per violazione dell'obbligo di salvataggio, ai sensi dell'articolo 1915 cod. civ., non occorre lo specifico e fraudolento intento di creare danno all'assicuratore, essendo sufficiente la consapevolezza dell'obbligo previsto dalla suddetta norma e la cosciente volontà di non osservarlo: in applicazione di tale principio è stata ritenuta decaduto dal diritto all'indennizzo l'assicurato che, dopo avere stipulato un'assicurazione del credito commerciale, dopo l'inadempimento del debitore aveva proseguito le forniture al cliente in rilevante esposizione debitoria, con imputazione dei pagamenti in contanti ai più recenti debiti piuttosto che a quelli più vecchi ed onerosi, coperti dalla garanzia assicurativa.

Conferme a tradizionali e consolidati principi si sono registrate nel 2007 anche sul tema della **surrogazione assicurativa**, di cui all'art. 1916 c.c.. Si è ribadito che la surroga dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato verso il responsabile, ai sensi dell'art. 1916 cod. civ., comporta l'acquisto a titolo derivativo di tali diritti nel medesimo stato, con lo stesso contenuto e con gli stessi limiti in cui essi si trovavano al momento della surrogazione, venendo il detto assicuratore a subentrare nell'identica posizione sostanziale e processuale dei danneggiati verso il terzo autore del fatto dannoso (sentenza **n. 12939**). Da ciò si è tratta la conseguenza - anche in questo caso secondo un principio consolidato - che il terzo responsabile, aggredito dall'assicuratore con l'azione di surrogazione ex art. 1916 c.c., potrà eccepire a quest'ultimo l'intervenuta prescrizione del diritto, se avvenuta prima che l'assicuratore abbia manifestato la volontà di surrogarsi. Diversamente, poiché tale manifestazione di volontà vale come atto interruttivo della prescrizione, l'estinzione per prescrizione del credito trasferito può discendere esclusivamente da successiva inattività dell'assicuratore medesimo (sentenza **n. 11457**).

Oltre che con riferimento all'assicurazione in generale, nel 2007 non sono mancate significative decisioni con riferimento ai singoli rami assicurativi.

In tema di **assicurazione contro l'incendio**, la sentenza **n. 20751** ha ammesso che l'interesse ex art. 1904 c.c. ad assicurare un immobile possa sussistere non solo in

capo al proprietario, ma anche in capo al conduttore, allorché il rischio di perimento sia stato per contratto posto a carico di quest'ultimo.

Numerosi gli arresti in tema di **assicurazione volontaria della responsabilità civile**.

La sentenza **n. 13958** ha ammesso – conformemente all'orientamento della dottrina maggioritaria – che l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1914 c.c. sussista anche, in difetto di espressa deroga ed alla luce della sua *ratio* (consistente nella tutela di un interesse comune ai due contraenti), anche nell'assicurazione della responsabilità civile, la quale rientra nell'ambito dell'assicurazione contro i danni. L'unica particolarità di questo contratto è che la misura della rivalsa dell'assicurato per le spese di salvataggio va calcolata non già con riferimento al valore della cosa assicurata (insussistente nelle assicurazioni di patrimoni), ma con riferimento al massimale.

Ancora in tema di assicurazione della responsabilità civile, e dopo avere ribadito che al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge (ad es., in tema di assicurazione obbligatoria della r.c.a.: sentenze **nn. 5306 e 9516**) il terzo danneggiato non ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile, la S.C. ha escluso che il mancato esercizio da parte dell'assicurato della facoltà di chiedere all'assicuratore di pagare direttamente ai terzi danneggiati l'indennizzo, ai sensi dell'art. 1917, secondo comma, cod. civ., possa integrare quell'inerzia del debitore idonea al promovimento della azione surrogatoria da parte dei detti danneggiati, se l'assicurato ha comunque posto in essere iniziative ed accorgimenti diretti a mantenere integra la garanzia del proprio diritto allo indennizzo verso l'assicuratore (sentenza **n. 13391**).

Dal principio consolidato che nega al terzo danneggiato l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore (volontario) della responsabilità civile del danneggiante si è tratto altresì il corollario che ove il danneggiato, errando, convenga in giudizio direttamente l'assicuratore, il giudice non deve procedere alla integrazione del contraddittorio nei confronti del danneggiante, ma deve rigettare la domanda (sentenza **n. 9225**).

Con riferimento all'assicurazione contro i rischi dei **trasporti terrestri**, la sentenza **n. 18514** ha confermato il tradizionale principio secondo cui nella vendita di cose mobili da trasportare da un luogo all'altro il diritto all'indennizzo nell'ipotesi di perimento delle cose consegnate va riconosciuto non al mittente-venditore, bensì all'acquirente destinatario della merce in quanto titolare dell'interesse tutelato dalla garanzia assicurativa, dovendosi fare applicazione dell'art. 1510, secondo comma, cod. civ., per

cui il venditore, rimettendo al vettore o allo spedizioniere le cose oggetto della vendita, non solo si libera dell'obbligazione della loro consegna e dei rischi connessi al loro perimento, ma trasferisce all'acquirente, salvo patto contrario, anche la loro proprietà, con la conseguenza che, a seguito di detta consegna, la qualità di assicurato si trasferisce dal venditore all'acquirente.

In tema di **assicurazioni marittime**, con la sentenza **n. 4937**, in tema di assicurazione contro il rischio del ritiro del libretto di navigazione per inidoneità alla navigazione, la Corte ha stabilito che il rischio assicurato è il ritiro del libretto, accompagnato da una patologia di gravità tale da comportare detto ritiro, e la preesistenza dell'evento assicurato non può essere identificato nella preesistenza di qualsiasi malattia, bensì dalla preesistenza di una malattia di gravità tale da comportarne il ritiro. Conseguentemente, la copertura assicurativa in tanto può essere negata, in quanto il marittimo, alla data di decorrenza della polizza, presenti i sintomi di una malattia preesistente che abbia già raggiunto una tale gravità da comportare il ritiro del libretto. Spetta, invece, l'indennizzo se al momento della stipula l'assicurato fosse già portatore di una patologia, ma non tale da comportare il suddetto ritiro.

Non possono passare inosservati, infine, alcuni importanti interventi della S.C. in tema di **intermediazione assicurativa**. Con riferimento alla posizione dell'**agente**, la sentenza **n. 2560** ha ribadito il tradizionale principio secondo cui gli agenti generali di una compagnia di assicurazione stanno in giudizio non in proprio, ma in nome e per conto della compagnia stessa, ai sensi dall'art. 1903, secondo comma, cod. civ., per le obbligazioni nascenti dai contratti conclusi in forza dei poteri di rappresentanza sostanziale di cui sono dotati. Di conseguenza, ai fini del valido esercizio dei poteri rappresentativi, non è necessario che l'agente dichiari di agire in nome e per conto della società assicuratrice, essendo sufficiente, al contrario, che egli indichi la propria qualità, ricollegandosi automaticamente ad essa la sussistenza del potere rappresentativo.

Nel 2007 la corte è tornata su un tema assai delicato, quello della invocabilità del principio dell'**apparenza** nei confronti dell'assicuratore, al fine di potere invocare l'esecuzione di contratti stipulati da agenti privi di potere rappresentativo o da veri e propri *falsi procuratores*. Su tale questione la sentenza **n. 18191** ha categoricamente escluso che il principio dell'apparenza possa essere invocato nei confronti

dell'assicuratore, allorché questi abbia dato idonea pubblicità - con trascrizione - alla procura agenziale, la quale escludeva la facoltà per gli agenti di concludere contratti.

In tema di **brokeraggio**, poi, la sentenza **n. 8056** ha affermato il diritto del *broker* alla provvigione in tutti i casi in cui questi abbia svolto un'attività di collaborazione intellettuale con l'assicurando, in vista della copertura di rischi assicurativi e per la stipula di futuri contratti di assicurazione, a nulla rilevando che l'assicurando, dopo essersi avvalso dell'ausilio del *broker*, abbia stipulato personalmente quegli stessi contratti.

In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla **circolazione dei veicoli**, nel corso del 2007 la produzione giurisprudenziale in tema di assicurazione obbligatoria della r.c.a. è stata molto copiosa ed ha fatto registrare la ricomposizione di precedenti ed insoluti contrasti.

Per quanto concerne l'**ambito applicativo** della legge sull'assicurazione obbligatoria della r.c.a. (art. 122 e ss. cod. ass., *olim* l. 24 dicembre 1969 n. 990) la Corte ha confermato il consolidato principio della irretroattività delle norme che, in attuazione di direttive comunitarie, hanno esteso i benefici assicurativi alle categorie di terzi trasportati originariamente escluse. Sicché, per i sinistri verificatisi anteriormente alle modifiche operata dall'art. 27 legge n. 142 del 1992, è stata esclusa dai benefici assicurativi la persona trasportata nella cabina di un autocarro adibito al trasporto di cose, circolante in assenza della speciale autorizzazione prefettizia al trasporto di persone ai sensi dell'art. 57 dell'abrogato codice della strada (sentenza **n. 13059**).

Nel caso in cui il sinistro sia causato in Italia da un **veicolo recante targa straniera** falsa o rubata, si era a lungo discusso se di tale sinistro dovesse rispondere l'UCI od il Fondo di garanzia Vittime della Strada, per il tramite dell'impresa designata, a tale delicata e purtroppo non infrequente questione ha dato una chiara risposta la sentenza **n. 21974**, la quale ha stabilito che in caso di sinistro causato da veicolo con targa straniera risultata rubata, il predetto veicolo deve considerarsi - alla stregua dell'interpretazione dell'art. 1, par. 4, della Direttiva 72/166/CEE, modificata dalla Direttiva 84/5/CEE, fornita dalla Corte di giustizia CE 12 novembre 1992, C-73/89 - come "abituamente stazionante" nel territorio dello Stato membro dell'Unione europea che tale targa ha rilasciato, con la conseguenza che al risarcimento dei danni

derivanti dal sinistro stesso è tenuto l'Ufficio Centrale Italiano, ai sensi dell'art. 1 del d.m. 12 ottobre 1972.

Sempre in tema di sinistri causati in Italia da veicoli immatricolati all'estero, anche nel 2007 la corte ha ribadito che il danneggiato il quale, oltre a promuovere nei confronti dell'UCI l'azione diretta, intenda agire nei confronti del responsabile (straniero) con l'azione ordinaria ex art. 2054 c.c., deve notificare l'atto di citazione (o il ricorso) allo straniero nella sua residenza, secondo le convenzioni internazionali ovvero alla stregua dell'art. 142 c.p.c.. Ciò in quanto la domiciliazione dello straniero presso rileva ai soli fini della sua citazione in giudizio quale litisconsorte necessario.

Da ciò sono state tratte due importanti conseguenze:

(a) ove l'attore abbia coltivato, in grado d'appello, sia l'azione diretta nei confronti dell'U.C.I. e dell'assicurato straniero litisconsorte necessario, sia l'azione di responsabilità aquiliana ex art. 2054 nei confronti dello straniero, a quest'ultimo deve essere indirizzata duplice notifica, la prima presso l'UCI, la seconda ai sensi dell'art. 142 terzo comma cod. proc. civ. qualora sia applicabile la Convenzione de L'Aja. Pertanto in caso di ordine di ordine rinnovo della notifica impartito tanto ai fini dell'integrità del contraddittorio nell'azione diretta, quanto per l'esito negativo della notifica ex art. 142, comma 3, l'omissione di notifica presso l'UCI comporta l'inammissibilità dell'appello in relazione all'azione diretta. L'esecuzione di una nuova notifica con modalità diverse da quelle sopraindicate, senza allegare alcun motivo ostativo all'applicazione della Convenzione de L'Aja, cagiona la decadenza dell'impugnazione in relazione all'azione ex art. 2054 cod. civ. (sentenza **n. 10564**);

(b) l'inesistenza della notificazione della citazione perché fatta solo contro l'UCI comporta l'impossibilità di decidere la causa promossa contro lo straniero, non anche quella promossa contro l'UCI, per la quale è integro il contraddittorio, con l'ulteriore conseguenza, trattandosi di cause scindibili, per il giudice di primo grado, di dover dichiarare tale inesistenza e decidere la causa avente ad oggetto l'azione diretta contro l'UCI, e per il giudice di appello, quando il primo giudice non abbia rilevato l'inesistenza e abbia deciso entrambe le cause, di dover dichiarare la nullità della sentenza di primo grado limitatamente all'azione di responsabilità promossa contro lo straniero e decidere l'altra causa (sentenza **n. 8080**).

Sempre in tema di ambito applicativo della disciplina della assicurazione della r.c.a., e con riferimento all'ipotesi in cui il sinistro sia stato causato da **veicolo non identificato**, la sentenza **n. 18532** ha stabilito che la prova - gravante sul danneggiato - che il danno sia stato effettivamente causato da veicolo non identificato può essere offerta mediante la denuncia o querela presentata contro ignoti alle competenti autorità, ma senza automatismi, sicché il giudice di merito può sia escludere la riconducibilità della fattispecie concreta a quella del danno cagionato da veicolo non identificato, pur in presenza di tale denuncia o querela, sia affermarla, in mancanza della stessa, con valutazione da compiere caso per caso.

Con riferimento al **limite del massimale**, vanno registrati due importanti interventi in tema di pluralità di danneggiati, e di superamento del massimale nel caso di *mala gestio*.

Sotto il primo profilo, si è ribadito che dinanzi a più persone danneggiate nello stesso sinistro è onere dell'assicuratore provvedere con la normale diligenza ad identificarle tutte, attivandosi anche con la loro congiunta chiamata in causa, per procedere alla liquidazione del risarcimento nella misura proporzionalmente ridotta ai sensi del primo comma dell'art. 27 della legge n. 990 del 1969. Sicché l'assicuratore, convenuto in giudizio con azione diretta da parte di uno dei danneggiati, non può opporre, al fine della riduzione dell'indennizzo, la somma già concordata e versata in sede stragiudiziale ad un altro danneggiato, pur nella consapevolezza che nel sinistro erano rimaste coinvolte più persone, dovendo imputare a propria negligenza il non avere provveduto - o richiesto che si provvedesse in sede giudiziale - alla congiunta disamina delle pretese risarcitorie dei danneggiati per la riduzione proporzionale dei correlativi indennizzi (sentenza **n. 9510**).

Con riferimento alla superabilità del limite del massimale, la sentenza **n. 2304** ha affermato che a tal riguardo è sufficiente che il danneggiato, esercitando l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore, formuli una specifica domanda volta al riconoscimento del diritto ad interessi e rivalutazione, non essendo necessario che chieda altresì che essi siano corrisposti oltre il massimale. Si è in tal modo confermato il più recente orientamento che, in contrasto con quello più risalente, non esige più dal danneggiato una domanda *ad hoc* al fine di ottenere la condanna dell'assicuratore al pagamento di una somma eccedente il massimale. ricorrendone i presupposti.

In tema di **rivalsa** dell'assicuratore che ha pagato l'indennizzo, va segnalato un importante intervento delle Sezioni Unite, con la sentenza **n. 8085**.

Con tale sentenza la Corte ha stabilito che la surrogazione legale prevista dall'art. 29, secondo comma, della legge 24 dicembre 1969, n. 990 dà luogo ad una vicenda di tipo *lato sensu* successorio, riconducibile all'art. 1203, n. 5, cod. civ., in virtù della quale l'impresa designata ai sensi dell'art. 20 della medesima legge, che abbia provveduto al risarcimento in favore del danneggiato o al pagamento dell'indennità in favore dell'assicurato, subentra nei diritti vantati da questi ultimi nei confronti dell'impresa assicuratrice posta in liquidazione coatta amministrativa. Di conseguenza, nel caso in cui il pagamento abbia avuto luogo a seguito del pacifico riconoscimento dei diritti del danneggiato o dell'assicurato, l'impresa designata ha l'onere di far valere la propria pretesa nei confronti di quella in liquidazione coatta entro il termine breve di prescrizione previsto, rispettivamente, per l'esercizio dei diritti risarcitori o di quelli derivanti dal contratto di assicurazione. Nel caso, invece, in cui il pagamento abbia avuto luogo a seguito di un giudizio definito con sentenza di condanna, la prescrizione del diritto di rivalsa è soggetta al termine decennale di cui all'art. 2953 cod. civ., e rimane interrotta per tutto il corso del giudizio, ai sensi dell'art. 2945, secondo comma, cod. civ., riprendendo a decorrere soltanto per effetto del passaggio in giudicato della sentenza, la quale, accertando definitivamente il credito in contraddittorio con il commissario liquidatore, legittima l'impresa designata ad insinuarsi al passivo della liquidazione coatta (così anche la sentenza **n. 10827**).

Copiosa è stata altresì la giurisprudenza della Corte nel 2007 in tema di conseguenza della **liquidazione coatta amministrativa** (l.c.a.) dell'assicuratore del responsabile.

Dal punto di vista processuale, sono stati ribaditi alcuni capisaldi della giurisprudenza della Corte, e cioè:

- (a) se la l.c.a. sopravviene in corso di giudizio, il giudizio prosegue nei confronti dell'impresa in liquidazione;
- (b) la sentenza pronunciata nei confronti dell'impresa in l.c.a. ha natura di mero accertamento, mentre sarà opponibile all'impresa designata (o cessionaria), se la pendenza del giudizio le è stata notificata, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 990 del 1969;

(c) la circostanza che il commissario liquidatore sia stato eccezionalmente autorizzato a liquidare i sinistri per conto dell'impresa designata non gli attribuisce la qualifica di debitore sostanziale, sicché l'eventuale giudizio da introdurre *ex novo* dopo il provvedimento di l.c.a. andrà proposto nei confronti dell'impresa designata (per tutti e tre i principi sin qui riassunti, si vedano le sentenze **nn. 22316, 18192, 17165**);

(d) se il giudizio risarcitorio viene proposto dalla vittima dopo il provvedimento di l.c.a., la legittimazione passiva spetta unicamente all'impresa designata, e nel relativo giudizio va convenuto il commissario liquidatore nella veste di litisconsorte necessario (sentenze **nn. 2318 e 1202**).

Una importante precisazione è stata compiuta dalle Sezioni Unite, con la sentenza **n. 8085**, nell'ipotesi in cui nel giudizio promosso (o riassunto) nei confronti dell'impresa in l.c.a. si faccia questione del superamento del massimale, a causa del colpevole ritardato nel pagamento dell'indennizzo. Tale ritardo, in teoria, potrebbe dipendere tanto dalla negligenza dell'impresa decotta, quanto dalla negligenza dell'impresa designata (ovvero del commissario liquidatore, ove autorizzato a liquidare i sinistri). Pertanto è preciso onere del commissario liquidatore, ove intenda sottrarre la curatela all'azione di rivalsa da parte dell'impresa designata anche per il maggior danno da ritardato adempimento, dedurre e dimostrare in giudizio che la lievitazione del risarcimento oltre il massimale è dipesa da un comportamento imputabile all'impresa designata, e, se del caso, impugnare la sentenza che di quegli elementi non abbia adeguatamente tenuto conto. In mancanza, ed in ogni caso in cui la sentenza che chiude definitivamente il giudizio promosso dalla vittima condanni l'impresa designata al pagamento in favore dell'attore di una somma eccedente il massimale (per interessi, maggior danno da svalutazione o spese) senza farne esclusivamente carico a detta impresa, l'accertamento della *mala gestio* che legittima il superamento del massimale fa stato anche nei confronti del commissario liquidatore, con la conseguenza che non può essere successivamente contestata l'ammissione al passivo della liquidazione coatta dell'impresa assicuratrice, richiesta dall'impresa designata per l'intero importo pagato, in relazione al quale quest'ultima è surrogata nei diritti del danneggiato o dell'assicurato.

Con riferimento al tema delle conseguenze del ritardato adempimento dell'obbligazione risarcitoria gravante sull'assicuratore, la Corte ha tenuto fermo il

tradizionale principio secondo cui il debito dell'assicurato ha natura di **obbligazione di valuta**, ed è perciò soggetto all'applicazione dell'art. 1224 cod. civ. (sentenza **n. 8078**). Gli effetti del ritardato adempimento tuttavia, quando l'assicuratore sia posto in l.c.a. con cessione del portafoglio ad altra impresa, ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 576 del 1978, convertito con legge n. 738 del 1978, decorrono soltanto una volta che sia decorso il termine semestrale riservato all'impresa cessionaria per procedere alla liquidazione dei danni (ai sensi dell'art. 8 d.l. cit.) (sentenza **n. 21270**).

Oltre che sugli aspetti sostanziali dell'assicurazione obbligatoria della r.c.a., numerosi sono stati gli interventi della Corte nel 2007 anche con riferimento agli aspetti processuali, ed in particolari a condizioni, forme e presupposti dell'**azione diretta** (già prevista dall'art. 18 l. 990 del 1969 ed, oggi, dall'art. 144 cod. ass.).

E' noto che la proponibilità dell'azione diretta da parte della vittima nei confronti dell'assicuratore è subordinata all'adempimento dell'onere già previsto dall'art. 22 della legge n. 990 del 1969, ed ora dall'art. 145 cod. ass. (richiesta scritta di risarcimento ed attesa dello *spatium deliberandi* prevista dalla legge). Tale onere va adempiuto non solo nel caso di azione diretta, ma anche nel caso il danneggiato intenda proporre l'ordinaria azione di responsabilità aquiliana ex art. 2054 cod. civ.: ciò in quanto la suddetta condizione di proponibilità è posta dalla legge senza distinzione fra le persone contro cui l'azione venga proposta, cumulativamente o singolarmente (sentenze **nn. 6960 e 13537**). La stessa sentenza da ultimo citata ha tuttavia soggiunto che l'onere in parola viene meno, in applicazione del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, quando il danneggiato sia stato nell'incolpevole impossibilità di identificare l'assicuratore e di provvedere al detto adempimento. Tale incolpevole impossibilità, a sua volta, ricorre quando il responsabile civile abbia rifiutato di indicare l'assicuratore al danneggiato che glielo abbia richiesto con lettera raccomandata, poiché non esiste nel nostro ordinamento un sistema di pubblicità nei contratti assicurativi che consenta all'interessato di attingere le necessarie notizie.

Sempre con riferimento all'azione diretta, e per quanto attiene l'individuazione del "responsabile" che, ai sensi dell'art. 23 della l. 990/69 (ed, ora, dell'art. 144 cod. ass.) deve essere convenuto quale litisconsorte necessario, è stato confermato il granitico orientamento secondo cui tale è non il conducente, ma il proprietario del veicolo che ha causato il sinistro (sentenze **nn. 11885, 8825**), per tale intendendosi chi risulti

titolare del diritto dominicale al p.r.a., a nulla rilevando che il bene formi oggetto di comunione, tampoco legale (sentenza **n. 7487**).

La partecipazione al giudizio del responsabile del danno è comunque necessaria solo quando il danneggiato proponga azione diretta nei confronti dell'assicuratore, mentre, ove eserciti l'azione ordinaria *ex art. 2054 cod. civ.* nei confronti del danneggiante o del proprietario del veicolo senza citare l'assicuratore, questi non assume la veste di litisconsorte necessario e potrà quindi essere pretermesso, fermo il potere del convenuto o del giudice di chiamarlo in causa ai sensi degli artt. 106 e 107 cod. proc. civ.; qualora, invece, il danneggiato abbia agito nei confronti dell'assicuratore citando anche il responsabile del danno e si accerti il difetto di legittimazione passiva dell'assicuratore, il giudice non deve integrare il contraddittorio nei confronti dell'impresa legittimata ma rigettare la domanda (sentenza **n. 13955**).

Con la importante decisione resa dalla sentenza **n. 6934** sono stati chiariti i rapporti tra la norma che impone il litisconsorzio, e gli effetti dell'**eccezione di prescrizione**. Ha stabilito, al riguardo, la decisione appena ricordata che l'eccezione di prescrizione sollevata da un coobbligato solidale ha effetto anche a favore dell'altro (o degli altri) coobbligati, tutte le volte in cui la mancata estinzione del rapporto obbligatorio nei confronti degli altri possa generare effetti pregiudizievoli per il soggetto eccipiente, come appunto nel caso dell'assicuratore per la r.c.a., coobbligato solidale con il responsabile del sinistro, nell'ipotesi in cui quest'ultimo non si sia costituito in giudizio. Di converso, nell'ipotesi in cui, costituiti in giudizio entrambi, assicuratore e danneggiante, quest'ultimo espressamente rinunci ad eccepire la prescrizione in presenza di una contestuale eccezione sollevata dall'assicuratore, ovvero nulla eccepisca in corso di procedimento, tale comportamento avrà, in entrambi i casi, univoca significazione di manifestazione tacita di volontà di rinunciare altresì all'azione contrattuale nei confronti dell'assicuratore medesimo, e di altrettanto tacita volontà di proseguire personalmente il giudizio (onde sentir in ipotesi accertare la propria non colpevolezza in ordine all'illecito così come rappresentato e contestato dall'attore).

In tema di **onere della prova**, anche nel 2007 la Corte è ripetutamente intervenuta sul tema dell'efficacia confessoria della constatazione amichevole di sinistro, sottoscritta dal conducente, di cui all'art. 5 della legge n. 39 del 1977.

Ribadito che la presunzione di veridicità del modello di constatazione amichevole dell'incidente (cosiddetto CID) sussiste solo quando esso sia completo in ogni sua parte, e sia stato trasmesso all'assicuratore prima dell'inizio del giudizio di risarcimento (mentre se è prodotto per la prima volta solo nel corso del giudizio vale come indizio in ordine alla dinamica del sinistro: sentenza **n. 10304**), la Corte ha poi confermato il distinguo già in passato formulato, nell'ipotesi in cui il conducente sottoscrittore del modello sia persona diversa dal proprietario del veicolo. Ricorrendo tale fattispecie, vanno tenuti distinti due ordini di rapporti:

(a) nei confronti dell'assicuratore e del proprietario del veicolo, le affermazioni confessorie sottoscritte dal conducente vanno liberamente apprezzate, in quanto in tale ipotesi il confitente non è litisconsorte necessario rispetto al proprietario del veicolo ed all'assicuratore (sentenze **nn. 9520 e 12257**);

(b) nei confronti del conducente confitente le suddette dichiarazioni fanno invece piena prova secondo gli articoli 2733, secondo comma, 2734 e 2735 cod. civ. (sentenza **n. 10304**).

Per quanto attiene, infine, all'onere della prova della sussistenza d'un valido rapporto assicurativo tra il responsabile e l'impresa convenuta con l'azione diretta, si è ribadito che è onere del danneggiato che agisca contro il danneggiante e la compagnia assicuratrice di questi procedere ad una corretta identificazione della stessa e dare la prova dell'avvenuto rilascio del certificato assicurativo e dell'avvenuto pagamento del premio, prova che tuttavia può essere fornita con ogni mezzo, anche avvalendosi di testimonianze (sentenza **n. 7738**).

5.15 Contratti per la costituzione di garanzie.

Con riguardo alla **fideiussione**, la Corte (**n. 8839**), nel ribadire il principio consolidato, secondo cui la decadenza del creditore dal diritto di pretendere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione principale per mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale nel termine semestrale previsto dall'art. 1957, primo comma, cod. civ. può essere convenzionalmente esclusa per effetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore, ha aggiunto che tale decadenza non opera ove le parti abbiano previsto che la fideiussione si estingua solo all'estinguersi del debito garantito.

Con riferimento al contratto di garanzia, fideiussoria o autonoma, Cass. **n. 4661** ha precisato che bisogna distinguere il termine di scadenza della garanzia da quello decadenziale per la sua escussione e che quest'ultimo deve essere tale da non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore nei confronti del garante. Conseguentemente, se il termine di decadenza coincide con la scadenza dell'obbligazione è configurabile la nullità ai sensi dell'art. 2965 cod. civ.

La sentenza **n. 3257** si è occupata della cosiddetta assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), qualificandola come contratto autonomo di garanzia. In primo luogo la Corte ha premesso che si tratta di una figura intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione, caratterizzata dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo in caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal terzo; quindi, ha precisato che le norme contenenti la disciplina legale tipica della fideiussione sono applicabili se non espressamente derogate dalle parti, riconoscendo portata derogatoria alla clausola con cui le parti prevedono la possibilità per il creditore garantito di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni", in quanto preclude al garante l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'articolo 1945 cod. civ. Conseguentemente, ha ritenuto una tale clausola incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione.

Con la pronuncia **n. 2871** la Corte è ritornata ad occuparsi della cosiddetta fideiussione *omnibus* in riferimento alla sopravvenienza della legge 17 febbraio 1992, n. 154 (il cui art. 10, modificando l'art. 1938 cod. civ., impone la fissazione dell'importo massimo garantito). Ribadito che la modifica normativa non tocca la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento dell'entrata in vigore del citato art. 10 - con la conseguente responsabilità del fideiussore per le obbligazioni verso la banca a carico del debitore principale prima della predetta data - ha precisato che per il periodo successivo si determina la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto. Conseguentemente, la mancata predeterminazione, con espressa dichiarazione di volontà, dell'importo massimo garantito esclude che il fideiussore possa essere chiamato a rispondere dei debiti sorti a carico del debitore principale dopo l'entrata in vigore del novellato art. 1938 cod. civ.

6. LA RESPONSABILITA' DA FATTO ILLECITO

6.1 Manutenzione stradale.

Il tema dei danni causati dalle imperfette condizioni di una strada, o comunque di un luogo aperto al pubblico transito, aveva dato luogo negli anni appena trascorsi a vari contrasti. Tre in particolare, le questioni controverse:

- (a) se la presunzione di cui all'art. 2051 c.c. fosse invocabile nei confronti della pubblica amministrazione per i danni causati da beni demaniali;
- (b) se, a prescindere dalla natura (demaniale o meno) della cosa che ha causato il danno, la suddetta presunzione fosse invocabile nei confronti dei proprietari di beni di ampie dimensioni (boschi, ponti, strade od autostrade, ecc.);
- (c) se la condotta della vittima che, per imprudenza, non si avvede dell'esistenza d'una insidia oggettivamente avvistabile, valga di per sé ad escludere la responsabilità del custode ex art. 2051 c.c..

In merito a ciascuno di questi tre profili la Corte nel 2007 ha confermato i propri orientamenti più recenti, senza alimentare nuovi contrasti: sicché questi ultimi sembrerebbero in via di superamento.

Per quanto concerne l'invocabilità della presunzione di cui all'art. 2051 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione per i danni arrecati da **beni demaniali**, ovvero nei confronti di beni di ampie dimensioni, la Corte ha ribadito che per l'affermazione della responsabilità prevista da tale norma non rileva natura giuridica del bene che ha causato il danno, né la qualifica soggettiva del proprietario, e nemmeno le modalità di uso da parte del pubblico. Sicché, in teoria, la responsabilità presunta del custode ex art. 2051 c.c. ben può essere invocata anche nei confronti della pubblica amministrazione, ovvero con riferimento ai danni causati da beni demaniali, od ancora con riferimento a danni causati da beni destinati ad uso pubblico. Quel che unicamente rileva, per invocare la responsabilità in questione. è soltanto una questione di fatto, e cioè se la cosa fonte di danno al momento dell'evento poteva o meno costituire oggetto di custodia. A sua volta, un bene materiale può costituire oggetto di custodia soltanto quando sussista l'oggettiva possibilità per l'ente pubblico proprietario o gestore di esercitare sul bene un effettivo potere di governo (sentenza n. 17377).

Confermato altresì l'orientamento più recente - che ormai, per la sua compattezza, può ritenersi *ius receptum* - in materia di responsabilità del gestore autostradale. Con riferimento a quest'ultimo la Corte, ribadito il tradizionale principio secondo cui la presunzione di cui all'articolo 2051 c.c. non può trovare applicazione con riferimento a beni di estensione tale da non consentire un'efficace e capillare controllo, ha tuttavia aggiunto che la possibilità o l'impossibilità di tale controllo non si atteggia univocamente in relazione ad ogni tipo di strada, e dipende non solo dalla estensione della strada, ma anche dalle sue caratteristiche, dalle sue dotazioni, dai sistemi di assistenza che le connotano, dagli strumenti che il progresso tecnologico volta a volta appresta e che, in larga misura, condizionano anche le aspettative della generalità degli utenti. Per le autostrade, la Corte ritiene che sia possibile al gestore svolgere un'adeguata attività di vigilanza, che sia in grado di impedire l'insorgere di cause di pericolo per gli utenti, con la conseguenza che è al gestore stesso applicabile l'art. 2051 cod.civ..

Nello stesso tempo, però, la Corte ha operato un importante distinguo tra due diversi tipi di **insidia o trabocchetto** dei quali il gestore autostradale può essere chiamato a rispondere, ed in particolare tra:

- (a) le situazioni di pericolo immanentemente connesso alla struttura o alle pertinenze dell'autostrada (ad es., irregolarità del manto stradale, insufficienza delle protezioni laterali, segnaletica insidiosa o contraddittoria);
- (b) le situazioni di pericolo “provocato dagli stessi utenti ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa, che pongano a repentaglio l'incolumità degli utenti e l'integrità del loro patrimonio” (ad esempio, perdita di oggetti da parte di veicoli in transito, formazione di ghiaccio sul manto stradale, perdita di sostanze oleose da parte di veicoli in transito).

Mentre, ricorrendo la prima ipotesi, l'art. 2051 c.c. sarà sempre applicabile, nella seconda ipotesi la responsabilità del gestore autostradale sarà disciplinata dall'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la vittima dell'insidia avrà l'onere di provare - secondo i criteri generali già esposti - la imprevedibilità e la inevitabilità del pericolo (sentenze **nn. 7763 e 2308**).

Per quanto attiene l'invocabilità, da parte del custode responsabile *ex art. 2051 c.c.*, del concorso di colpa della vittima *ex art. 1227 c.c.*, è noto che in passato tale possibilità

veniva esclusa, sul presupposto che delle due l'una: o l'insidia era avvistabile, ed allora l'avverarsi del sinistro va ascritto a colpa esclusiva della vittima, per non avere rilevato un pericolo oggettivamente percepibile; ovvero l'insidia non era percepibile dall'utente della strada, ed allora del danno dovrà rispondere unicamente il custode non essendo ravvisabile alcuna condotta colposa a carico della vittima.

Questo orientamento è stato già da qualche anno abbandonato, in favore della diversa opinione secondo cui con la condotta omissiva o negligente del custode (in particolare, consistente nell'omessa adozione di cautele, barriere o dispositivi di sicurezza prescritti dal codice della strada) può concorrere la colpa per imprudenza o negligenza della vittima, ad esempio consistita nell'eccesso di velocità, ovvero nell'aver prestato superficiale attenzione alle caratteristiche della strada percorsa (sentenze **nn. 17377 e 8847**). In questi casi tuttavia spetterà al giudice di merito stabilire quale sia la misura percentuale dell'apporto causale fornito dalla vittima all'avverarsi del sinistro (sentenza **n. 8847**).

6.2 Responsabilità professionale.

In tema di responsabilità professionale del **notaio**, la S. C., con sentenza **n. 7707**, ha affermato che poiché detto professionista non è un destinatario passivo delle dichiarazioni delle parti, contenuto essenziale della sua prestazione professionale è il c.d. dovere di consiglio, che peraltro ha ad oggetto questioni tecniche, cioè problematiche, che una persona non dotata di competenza specifica non sarebbe in grado di percepire, collegate al possibile rischio, ad esempio, che una vendita immobiliare possa risultare inefficace a causa della condizione giuridica dell'immobile trasferito; tale contenuto non può essere peraltro dilatato fino al controllo di circostanze di fatto il cui accertamento rientra nella normale prudenza, come la solvibilità del compratore nella vendita con pagamento dilazionato del prezzo, o l'inesistenza di vizi della cosa. Pertanto, qualora in sede di stipula di un atto di compravendita immobiliare, l'alienante abbia dichiarato estinto il debito a garanzia del quale sia stata iscritta un'ipoteca sul bene, deve ritenersi che l'acquirente abbia controllato, secondo la diligenza normale del padre di famiglia, la veridicità di tale circostanza attraverso la richiesta di esibizione della relativa quietanza, senza che sia

configurabile a carico del notaio l'obbligo professionale avente ad oggetto il consiglio di effettuare la relativa verifica.

Parimenti con la sentenza **n. 2485** è stato ritenuto che non incorre in responsabilità per negligenza professionale il notaio il quale, nell'ipotesi di vendita di terreni dei quali l'alienante assumeva di avere acquistato la proprietà per usucapione senza il relativo accertamento giudiziale, non abbia avvertito l'acquirente che l'acquisto poteva essere a rischio, ove nell'atto venga espressamente inserita una clausola dalla quale possa desumersi che l'acquirente era comunque consapevole di tale rischio.

In tema di responsabilità professionale dell'**avvocato**, con la sentenza **n. 1057**, è stato affermato che il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da responsabilità professionale decorre dal momento in cui si verifica il fatto dannoso. Con sentenza **n. 10578** è stato affermato che il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da responsabilità professionale decorre dal momento in cui si verifica il fatto dannoso; pertanto, con riferimento all'azione proposta contro un avvocato, il quale non abbia proposto opposizione a decreto ingiuntivo, ma, in difformità dall'incarico ricevuto, opposizione all'esecuzione immobiliare già iniziata, la decorrenza coincide con la scadenza del termine per la proposizione dell'opposizione all'ingiunzione e, quindi, con la data in cui il decreto sia divenuto irrevocabile.

È stato poi precisato con la sentenza **n. 9238** che l'affermazione della responsabilità professionale dell'avvocato non implica l'indagine sul sicuro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta o diligentemente coltivata e, perciò, la “certezza morale” che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente, con la conseguenza che al criterio della certezza della condotta può sostituirsi quello della probabilità di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto che non vi era certezza, ma neppure possibilità di accertare che la domanda potesse essere accolta, posto che non era dato conoscere quali fossero esattamente le circostanze sulle quali i testimoni avrebbero dovuto deporre).

In tema di responsabilità professionale del **medico**, numerose sono le sentenze emesse dalla S.C. in tema di responsabilità civile del medico nel corso dell'anno 2007.

Con la sentenza **n. 14759** è stato riaffermato il principio secondo cui il giudice di merito deve accertare separatamente dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno e, quindi, valutare se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa, sicché, nell'ipotesi di responsabilità del medico, è viziata la decisione la quale escluda il nesso causale per il solo fatto che il danno non potesse essere con certezza ascritto ad un errore del sanitario, posto che il suddetto nesso deve sussistere non già tra l'errore ed il danno, ma tra la condotta ed il danno, mentre la sussistenza dell'eventuale errore rileverà sul diverso piano della imputabilità del danno a titolo di colpa. Peraltro con la medesima pronuncia la S.C. ha ritenuto priva di motivazione sufficiente la decisione con la quale il giudice del merito, chiamato ad accertare la natura iatrogena di una frattura pluriframmentaria della testa del femore con conseguente accorciamento dell'arto, ha rigettato la domanda di risarcimento sul presupposto che il paziente già prima dell'intervento presentava una frattura scomposta, in quanto in tal modo il giudice, per un verso, ha confuso due patologie diverse (la frattura scomposta e quella pluriframmentaria), non equivalenti sul piano della idoneità causale a produrre l'evento di danno e, per altro verso, ha trascurato di considerare che non la preesistenza all'intervento della frattura scomposta avrebbe escluso il nesso causale e, quindi, la responsabilità, ma solo la preesistenza della frattura pluriframmentaria.

Il risultato “anomalo” o anormale - in ragione dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza - dell'intervento medico-chirurgico, fonte di responsabilità, è da ravvisarsi non solo in presenza di aggravamento dello stato morboso, o in caso di insorgenza di una nuova patologia, ma anche quando l'esito non abbia prodotto il miglioramento costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, producendo invece, conseguenze di carattere fisico e psicologico. Tale principio è stato affermato - con riferimento ad intervento routinario di settorinoplastica effettuato in struttura sanitaria pubblica - dalla Cassazione con la sentenza **n. 8826**, già prima citata, che ha cassato la sentenza d'appello la quale, pur dando atto che dall'intervento era conseguito un esito di “inalterazione” e, quindi, di sostanziale “insuccesso”, sotto il profilo del pieno recupero della funzionalità respiratoria, aveva ciononostante ritenuto la condotta del medico come non integrante ipotesi di responsabilità.

Sempre in tema di danno alla persona conseguente a responsabilità contrattuale medica, con riferimento ad una fattispecie relativa a diagnosi errata con la quale era stato dichiarato un carcinoma schneideriano in luogo di un papilloma transazionale, la sentenza **n. 1511** ha affermato il principio secondo cui va risarcito, quale danno non patrimoniale, distinto dal danno morale soggettivo o *pecunia doloris*, quello derivante da errori diagnostici che compromettano, oltre alla salute fisica, l'equilibrio psichico della persona.

La Cassazione, con sentenza **n. 4211**, ha ritenuto che, in materia di rifiuto di determinate terapie, alla stregua di un diritto fondato sul combinato disposto degli artt. 32 Cost., 9 della legge 28 marzo 2001 n. 145 (recante “ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina”), e 40 del codice di deontologia medica, pur in presenza di un espresso rifiuto preventivo, non può escludersi che il medico, di fronte ad un peggioramento imprevisto ed imprevedibile delle condizioni del paziente e nel concorso di circostanze impeditive della verifica effettiva della persistenza di tale dissenso, possa ritenere certo od altamente probabile che esso non sia più valido e praticare, conseguentemente, la terapia già rifiutata, ove la stessa sia indispensabile per salvare la vita del paziente. Nella specie, un testimone di Geova traumatizzato aveva rifiutato all'atto del ricovero in ospedale, eventuali trasfusioni di sangue, ma i medici, stante l'aggravamento delle sue condizioni, rivelatosi nel corso dell'intervento chirurgico, essendo il paziente anestetizzato e mancando la possibilità di interpellare altri soggetti legittimati in sua vece, hanno ugualmente praticato una trasfusione indispensabile per salvargli la vita, ritenendo altamente probabile che l'originario rifiuto non fosse più valido; i giudici di merito hanno ritenuto legittimo tale comportamento ed hanno conseguentemente rigettato la domanda del testimone di Geova volta ad ottenere il risarcimento del danno morale, e la S.C. ha confermato la sentenza impugnata.

Con la sentenza **n. 8826** è stato riaffermato il principio secondo cui, in presenza di contratto di ospitalità, la responsabilità della struttura ha natura contrattuale, sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti, a norma dell'art. 1228 c.c., ai sensi del quale il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, ancorché non alle sue

dipendenze, risponde anche dei fatti dolosi o colposi dei medesimi. A questi fini è sufficiente che la struttura sanitaria comunque si avvalga dell'opera di un medico. Né ad escludere tale responsabilità è idonea la circostanza che ad eseguire l'intervento sia un medico di fiducia del paziente, sempre che la scelta cada (anche tacitamente) su professionista inserito nella struttura sanitaria, giacché la scelta del paziente risulta in tale ipotesi operata pur sempre nell'ambito di quella più generale ed a monte effettuata dalla struttura sanitaria, come del pari irrilevante è che la scelta venga fatta dalla struttura sanitaria con (anche tacito) consenso del paziente.

In linea con l'orientamento espresso con la pronuncia appena ricordata è anche la sentenza **n. 13953** la quale ha ribadito il principio generale emergente dall'art. 1228 cod. civ. precisando che tale principio è applicabile anche al rapporto tra medico operatore e personale di supporto messi a disposizione da una struttura sanitaria dalla quale il medico non dipende, dovendosi esigere dal chirurgo operatore un dovere di controllo specifico sull'attività e sulle iniziative espletate dal personale sanitario con riguardo a possibili e non del tutto prevedibili eventi che possono intervenire non solo durante, ma anche prima dell'intervento e in preparazione di esso.

Con la medesima sentenza è stato pure riaffermato il principio (v. in senso conforme anche la sentenza **n. 6945**) secondo cui il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo *lato sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale,

non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto. Si evidenzia che la sentenza n. 8826 la S.C., alla stregua dei ricordati principi, ha confermato la sentenza impugnata con la quale era stata affermata la responsabilità solidale con il chirurgo della società titolare della casa di cura, nella cui struttura era stato praticato ad una paziente l'intervento operatorio - ritenuto di *routine* - di liposuzione agli arti inferiori, al quale aveva fatto seguito un'infezione batterica dannosa per la degente, così respingendo - siccome attinente a circostanze irrilevanti in diritto al fine di escluderne l'asserita responsabilità contrattuale - il motivo di impugnazione della stessa casa di cura con il quale era stato evidenziato che il chirurgo non svolgeva attività professionale alle sue dipendenze, che la clinica aveva fornito soltanto le attrezzature ed i servizi occorrenti per l'intervento chirurgico, ma non la sonda utilizzata dalla quale si era propagata l'infezione e che i suoi dipendenti avevano agito sotto l'esclusiva sorveglianza del medico operatore, attuandone le disposizioni loro impartite e respingendo, altresì, il motivo del medico ricorrente ad avviso del quale non avrebbe potuto essergli addebitata alcuna responsabilità in relazione all'attività disimpegnata dal personale della clinica per il fatto che in ordine alla stessa egli non avrebbe avuto la possibilità, giuridica e di fatto, di esercitare qualsivoglia potere di direzione, vigilanza e controllo, ivi compreso quello sulla perfetta sterilizzazione della sonda suttrice e concretamente utilizzata, dalla quale si era propagata l'infezione conseguita in danno della paziente.

Con sentenza n. **17397** la S.C. ha affermato che, a differenza di quanto previsto all'art. 2043 cod. civ., che fa sorgere l'obbligo del risarcimento dalla commissione di un “fatto” doloso o colposo, il successivo art. 2055 considera, ai fini della solidarietà nel risarcimento stesso, il “fatto dannoso” e ha ritenuto che da tanto consegue che mentre la prima norma si riferisce all'azione del soggetto che cagiona l'evento, la seconda riguarda la posizione di quello che subisce il danno ed in cui favore è stabilita la solidarietà. L'unicità del fatto dannoso richiesta dal citato art. 2055 per la legittima predicabilità di una responsabilità solidale tra gli autori dell'illecito deve essere intesa dunque - secondo la Cassazione - in senso non assoluto, ma relativo al danneggiato, ricorrendo, perciò, tale forma di responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, ed anche

diversi, sempreché le singole azioni od omissioni abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno. Detto principio è stato affermato in tema di responsabilità solidale tra l'autore dell'incidente, che aveva causato lesioni personali al danneggiato ed i medici, che avevano provveduto alle conseguenti relative cure sanitarie violando in concreto il criterio di diligenza di cui all'art.1176 cod. civ., applicabile anche all'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, non implicando la rispettiva prestazione problemi tecnici di particolare difficoltà.

6.3 Altre ipotesi di responsabilità.

In tema di responsabilità degli **insegnanti** per i danni patiti dagli allievi durante le ore di lezione, la Corte ha ribadito il proprio orientamento ormai consolidato, secondo cui la colpa dell'insegnante è presunta tanto nel caso in cui il danno sia stato causato da altro allievo o da un terzo, quanto nell'ipotesi in cui sia stato proprio l'allievo a causare il danno a se medesimo. Nel primo caso, infatti, la vittima (ovvero i suoi genitori) potrà invocare nei confronti dell'insegnante la presunzione di colpa di cui all'art. 2048, comma 2, c.c.; nel secondo caso potrà invece invocare la presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c., sul presupposto che la responsabilità dell'insegnante è - come quella del medico - disciplinata dalle norme sui contratti in virtù del "contatto sociale" con l'allievo (sentenza **n. 8067**).

In tema di responsabilità dei **padroni** e dei **committenti**, di cui all'art. 2049 c.c., ha conosciuto nel 2007 conferme ed aperture. E' stato, innanzitutto, confermato il tradizionale e consolidato orientamento secondo cui la responsabilità *ex art. 2049 c.c.* del padrone o committente in tutti i casi in cui sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il fatto illecito e le incombenze affidate al domestico o commesso, nel senso che quest'ultimo abbia perseguito, con il comportamento dannoso, finalità coerenti con le mansioni affidategli e non estranee all'interesse del padrone o committente, e che l'esercizio di tali mansioni, anche al di là della competenza, abbia agevolato la produzione dell'illecito (sentenza **n. 12939**). In applicazione di tale principio è stata con una importante decisione affermata la responsabilità dello Stato per le violenze subite da un militare di leva in conseguenza di atti di c.d. "nonnismo" perpetrati ai suoi danni da commilitoni e graduati (sentenza **n. 17836**; analogo principio è stato affermato dalla sentenza **n. 18184**).

Novità si registrano invece sul versante dell'area di applicazione dell'art. 2049 c.c., con particolare riferimento all'ipotesi di danni arrecati da medici e da intermediari assicurativi.

Per quanto concerne il primo, la corte - riprendendo e sviluppando alcuni *obiter* contenuti in decisioni degli anni passati - è pervenuta ad affermare la responsabilità, *ex art. 2049 c.c.*, della struttura ospedaliera per il fatto illecito commesso dal medico, anche nei casi in cui quest'ultimo non sia dipendente della prima, e sinanche nell'ipotesi in cui sia stato scelto dal paziente: quel che unicamente rileva, al fine del sorgere della responsabilità in esame, è che il medico sia "inserito" nella struttura ospedaliera, in applicazione del principio *cuius commoda, eius et incommoda* (sentenza n. **8826**).

Per quanto concerne la responsabilità dell'intermediario assicurativo, la Corte nel 2007 ha affermato in due diverse occasioni la configurabilità della responsabilità dell'assicuratore per il fatto illecito commesso dall'agente in danno dell'assicurato (nella specie, rilascio di una falsa polizza ed incasso del relativo premio), tanto nell'ipotesi in cui l'intermediario avesse la rappresentanza dell'impresa preponente (sentenza n. **1516**), quanto nell'ipotesi in cui ne fosse privo (sentenza n. **14578**). In tutti e due i casi, la responsabilità dell'assicuratore è stata fondata sul rilievo che questi, pur non essendo il datore di lavoro dell'agente, si avvale comunque della sua opera, lo inserisce nella sua struttura produttiva, e di conseguenza è tenuto a rispondere dell'illecito da lui commesso, anche in tal caso in virtù del principio *cuius commoda eius et incommoda*.

Mentre tuttavia l'affermazione della responsabilità dell'assicuratore per il fatto dell'agente munito di rappresentanza non è nuova ed è comunque pacifica, l'affermazione della responsabilità dell'assicuratore per il fatto illecito commesso dall'agente privo di potere rappresentativo aveva dato luogo in passato a vari contrasti: alla tesi condivisa dalla cassazione con la ricordata decisione n. **14578** se ne contrappone infatti un'altra, più risalente, secondo la quale la responsabilità di cui all'art. 2049 c.c. per poter essere affermata postula nel preposto la qualità di rappresentante (così la sentenza n. 12945 del 195).

Nessuna novità, per contro, in tema di responsabilità *ex art. 2049 c.c.* del committente per il fatto illecito dell'**appaltatore**: ancora una volta è stato ribadito il tradizionale

principio secondo cui l'appaltatore svolge di regola la propria opera in totale autonomia, con propria organizzazione, apprestandone i mezzi e curandone le modalità di intervento. Ciò comporta che l'appaltatore deve ritenersi unico responsabile dei danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'opera, a meno che il committente non si sia ingerito nell'esecuzione dell'opera imponendo all'appaltatore le sue direttive - dalle quali sia poi derivato il danno a terzi -, poiché solo in tal caso può ritenersi che l'appaltatore sia divenuto *nudus minister* del committente in relazione all'evento dannoso (sentenza n. 7755).

In tema di **responsabilità per l'esercizio di attività pericolose** ex art. 2050 c.c., non si registrano novità di rilievo a livello dogmatico nella giurisprudenza della Corte per l'anno 2007; nuove invece sono talune fattispecie portate all'esame del giudice di legittimità.

Anche nel 2007 è rimasto fermo il tradizionale principio secondo cui costituiscono attività pericolose, ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., non solo le attività che tali sono qualificate dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, ma anche le diverse attività che comportino la rilevante probabilità del verificarsi del danno, per la loro stessa natura e per le caratteristiche dei mezzi usati, non solo nel caso di danno che sia conseguenza di un'azione, ma anche nell'ipotesi di danno derivato da omissione di cautele che in concreto sarebbe stato necessario adottare in relazione alla natura dell'attività esercitata alla stregua delle norme di comune diligenza e prudenza (sentenza n. 10300; alla luce di tale principio, è stata ritenuta pericolosa ex art. 2050 c.c. l'attività edilizia, massimamente quando comporti rilevanti opere di trasformazione o di rivolgimento o di spostamento di masse terrose e scavi profondi ed interessanti vaste aree, mentre è stata esclusa per le stesse ragioni la natura pericolosa ex art. 2050 del gioco del calcio, praticato all'interno di una scuola sentenza n. 1197).

E' stato altresì ribadito che la presunzione di colpa di cui all'art. 2050 c.c. può essere superata dal gestore dell'attività pericolosa dimostrando il caso fortuito ovvero il fatto colposo della stessa vittima: ed in applicazione di questo principio è stata esclusa la responsabilità del gestore di un *aquapark*, in un caso in cui si era accertato nel giudizio di merito che l'utente di uno scivolo veloce aveva subito danni alla persona per l'adozione di una tecnica impropria e imprudente nell'esecuzione di un tuffo (sentenza n. 5839), così come è stata esclusa la responsabilità ex art. 2050 c.c. del gestore di un

impianto sciistico, in un caso in cui era rimasto accertato che l'incidente patito da uno sciatore (finito contro un manufatto di legno eretto a protezione dell'erogatore di energia elettrica) era dovuto alla eccessiva velocità tenuta da quest'ultimo (sentenza n. **2563**).

Ribadito, altresì, che l'accertamento in concreto se una certa attività, non espressamente qualificata come pericolosa da una disposizione di legge, possa o meno essere considerata tale ai sensi dell'articolo 2050 cod. civ. implica un accertamento di fatto, rimesso in via esclusiva al giudice del merito, come tale insindacabile in sede di legittimità, ove correttamente e logicamente motivato (sentenza n. **1195**).

In tema di **responsabilità per danno cagionato da cosa in custodia**, è noto che l'interpretazione dell'art. 2051 c.c. ha dato luogo, da molto tempo, a contrasti e divergenze tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: controverse, in particolare, sono state per lungo tempo la esatta individuazione della natura della responsabilità prevista dalla norma esame (se si tratti, cioè, di colpa presunta o responsabilità oggettiva), e la perimetrazione del suo ambito applicativo (se, cioè, l'art. 2051 c.c. si applichi ai soli danni causati da cose pericolose, ovvero anche alle ipotesi in cui la cosa abbia avuto un ruolo meramente passivo nella causazione del danno: come nel caso di cadute, scivolate, urti contro ostacoli fissi, e simili).

Nel 2007 su talune delle questioni appena indicate si è registrata la conferma degli orientamenti più recenti, sì da denotare un superamento dei passati contrasti. Su altre, per contro, restano talora opinioni parzialmente non coincidenti.

Così, dopo che per lungo tempo la Corte di cassazione aveva ritenuto che quella prevista dalla norma ora citata fosse non già un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma una ordinaria ipotesi di colpa presunta (in tal senso, *ex aliis*, la sentenza n. 11264 del 1995), può ritenersi ormai assestato l'opposto orientamento secondo cui quella prevista dall'articolo 2051 c.c. non è un'ipotesi di colpa presunta, ma una vera e propria fattispecie di **responsabilità oggettiva**. Da ciò, la conseguenza che al custode, per andare esente da responsabilità, non sarà sufficiente dimostrare la propria assenza di colpa, ma è **necessario dimostrare la concreta esistenza del caso fortuito**, che peraltro può consistere anche nel fatto del terzo o nel fatto della stessa vittima. Questo orientamento è stato ribadito nell'anno appena concluso dalla n. **2563**, nella quale si è affermato ancora una volta che la responsabilità prevista dall'art. 2051 cod. civ. ha

carattere oggettivo, e per la sua configurabilità è sufficiente che sussista un nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità attuale o potenziale della cosa stessa, e senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza.

Escluso dunque che il custode possa sottrarsi a responsabilità semplicemente dimostrando di essere stato diligente nella custodia della cosa, egli resta onerato - per evitare il risarcimento - dalla prova che l'evento sia imputabile ad un caso fortuito tale da spezzare il nesso causale, il quale può consistere:

(a) in un fattore esterno che, interferendo nella situazione in atto, abbia di per sé prodotto l'evento, assumendo il carattere del c.d. fortuito autonomo (in tal caso il danno è prodotto dal fattore estraneo, non dalla cosa), In applicazione di tale principio, è stata esclusa la responsabilità ex art. 2051 c.c. del proprietario di un fondo per i danni causati al fondo confinante dalle acque reflue, essendo rimasto accertato che l'irregolare deflusso delle acque era dovuto alla realizzazione da parte del terzo di un muro che ne aveva provocato l'accumulo e, quindi, la tracimazione nel terreno del danneggiato (sentenza **n. 14609**). Tuttavia il fortuito autonomo, per escludere la responsabilità del custode ex art. 2051 c.c., deve avere avuto efficacia causale esclusiva nella produzione dell'evento. In base a tale principio è stata ritenuta sussistente la responsabilità del proprietario di un fondo per i danni causati al vicino dalla propagazione di un incendio, a nulla rilevando che quest'ultimo avesse avuto inizio in un terzo fondo ed avesse poi invaso il fondo del convenuto e, successivamente, quello dell'attore (sentenza **n. 17471**);

(b) in un fattore esterno del tutto eccezionale che renda la cosa antecedente eziologico del danno (c.d. fortuito incidentale): in tal caso la causa diretta del danno è la cosa in custodia, ma per effetto del fattore esterno che ha inciso su essa.

Il fortuito incidentale può consistere anche nella condotta dello stesso danneggiato, allorché questa non si attenga a norme di comune prudenza. In applicazione di tale principio, è stata esclusa la responsabilità ex art. 2051 c.c. del gestore di un impianto sciistico per le lesioni occorse ad uno sciatore che, procedendo a velocità non adeguata, non era riuscito ad arrestarsi tempestivamente al termine della pista, collidendo contro una struttura in muratura adibita a ricovero di un trasformatore elettrico (così, ancora, la sentenza **n. 2563**). In applicazione di questo principio è stata

esclusa la responsabilità ex art. 2051 c.c. del proprietario di un albero le cui foglie, cadendo sul fondo altrui e non raccolte dal proprietario di quest'ultimo, avevano ostruito i condotti di scarico delle acque reflue (sentenza n. 17493).

Se la cosa fonte di danno ha formato oggetto di un contratto di **locazione**, la Corte ha confermato il suo tradizionale orientamento che distingue due ipotesi:

(a) quando il locatore perde del tutto la disponibilità della cosa, come nel caso di locazione di beni mobili, del danno arrecato dalla cosa risponderà il conduttore, quale custode. a norma dell'art. 2051 c.c.;

(b) quando, invece, il locatore conserva una qualche forma di disponibilità della cosa, anche parziale, egli continuerà ad essere responsabile ex art. 2051 c.c. per i danni arrecati dalla cosa stessa.

Applicando tali principi all'ipotesi di locazione di immobili, ne discende che: se il danno è stato arrecato dalle strutture murarie o dagli impianti in esso conglobati, di tali danni risponderà ex art. 2051 c.c. il proprietario; se, invece, il danno è stato arrecato da parti dell'immobile diverse dalle strutture murarie e dagli impianti in esse conglobati, ovvero da sostanze collocate all'interno dell'immobile dall'inquilino, la responsabilità ex art. 2051 c.c. graverà sul conduttore, perché il proprietario non ha su esse alcuna concreta possibilità di controllo (sentenza n. 14745).

Può poi accadere che il conduttore destini l'immobile ad un uso diverso da quello pattuito: in questo caso non si deroga ai principi appena riassunti, ed anche quando il mutamento di uso sia avvenuto con la consapevole tolleranza del locatore, ciò non basta a far sorgere una responsabilità di quest'ultimo nei confronti del terzo che da tale nuova e diversa attività del conduttore abbia riportato danni, se questi come si è visto non derivino dalle strutture murarie (sentenza n. 14745).

Sulla responsabilità del proprietario di strade ed autostrade per i danni da insidia o trabocchetto, per la peculiarità della fattispecie, si veda *supra*.

In tema di **responsabilità per danno cagionato da animali**, rari, ma di contenuto significativo, sono stati nel 2007 i casi in cui la S.C. è stata chiamata ad occuparsi di responsabilità del proprietario (o dell'utilizzatore) per danni causati da animali, ai sensi dell'art. 2052 c.c.. Per quanto attiene la natura ed il fondamento di tale responsabilità, la sentenza n. 6454 ha ribadito che la responsabilità del proprietario dell'animale ex art. 2052 c.c. non si fonda sulla colpa, ma sul mero rapporto di fatto

con l'animale. Pertanto, per i danni cagionati dall'animale al terzo, il proprietario risponde in ogni caso, a meno che non dia la prova del caso fortuito, ossia dell'intervento di un fattore esterno idoneo a interrompere il nesso di causalità tra il comportamento dell'animale e l'evento lesivo, comprensivo anche del fatto del terzo o del fatto colposo del danneggiato che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno.

E' stato, altresì ribadito che l'art. 2052 c.c. non può trovare applicazione con riferimento alla responsabilità della Regione per i danni causati dalla fauna selvatica, danni dei quali la Regione può comunque essere chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c. (sentenza **n. 21282**).

In tema di danni causati da rovina di edifici *ex art. 2053 c.c.* la Corte è stata chiamata a pronunciarsi nel 2007 in una sola occasione: ribadendo un principio già in passato consolidato, la S.C. ha affermato che deve considerarsi "rovina" ai sensi dell'art. 2053 c.c. (e quindi idonea a far sorgere la responsabilità del proprietario) qualsiasi disgregazione, sia pure limitata, degli elementi strutturali della costruzione, ovvero degli elementi accessori in essa stabilmente incorporati (sentenza **n. 7755**).

Con riguardo alla materia della **circolazione di veicoli**, copiosa, come di consueto, è stata nel 2007 la produzione giurisprudenziale della Corte in tema di responsabilità derivante da circolazione di veicolo (*ex art. 2054 c.c.*). Tale produzione ha fatto registrare numerose conferme di orientamenti ormai assestati, ma anche l'emersione di qualche profilo di contrasto.

Le conferme hanno riguardato l'applicabilità delle presunzioni di cui all'art. 2054 c.c. al trasportato di cortesia ed il contenuto della prova liberatoria che il conducente (od il proprietario) debbono fornire.

Con riferimento alla posizione del **terzo trasportato** a titolo di cortesia, si è ribadito l'ormai quasi decennale orientamento secondo cui il suddetto terzo può invocare tutte le presunzioni previste dall'art. 2054 c.c., tanto nei confronti del proprio vettore e del proprietario del veicolo da questi condotto, quanto nei confronti del proprietario e del conducente del veicolo antagonista, a nulla rilevando che il sinistro sia ascrivibile a responsabilità concorsuale di ambedue i conducenti (sentenze **nn. 22336 e 3937**), né ostando all'accoglimento della domanda proposta dal trasportato nei confronti del

proprietario la circostanza che la responsabilità del conducente sia stata riconosciuta in via presuntiva (sentenza **n. 17848**).

Per quanto attiene invece il contenuto della **prova liberatoria**, si è ribadita la tradizionale e rigorosa interpretazione dell'espressione "aver fatto tutto il possibile per evitare il sinistro", ma si è anche confermato il tradizionale principio secondo cui tale prova può essere desunta da presunzioni semplici: ad esempio, nel caso di urto antero-posteriore tra veicoli (c.d. tamponamento), poiché l'art. 149, comma 1, codice della strada impone al conducente essere in grado di garantire in ogni caso l'arresto tempestivo del mezzo, evitando collisioni con il veicolo che precede, l'avvenuta collisione pone a carico del conducente medesimo una presunzione *de facto* (ex art. 2727 c.c.) di inosservanza della distanza di sicurezza, con la conseguenza che in tal caso il conducente del veicolo urtato *a tergo* sfugge alla presunzione di pari responsabilità di cui all'art. 2054, comma 2, c.c. (sentenza **n. 19493**).

Ribadito altresì il tradizionale orientamento in tema di prova liberatoria, con riferimento all'ipotesi di **investimento di un pedone**, secondo cui anche quando il conducente non riesca a fornire la prova idonea a vincere la presunzione di colpa che l'articolo 2054, primo comma, cod. civ., pone nei suoi confronti, non è preclusa l'indagine, da parte del giudice di merito, in ordine al concorso di colpa del pedone investito, con la conseguenza che, allorquando siano accertate la pericolosità e l'imprudenza della condotta del pedone, la colpa di questi concorre, ai sensi dell'articolo 1227, primo comma, cod. civ., con quella presunta del conducente. Si ammette, dunque, la possibilità del concorso tra una colpa presunta ed una colpa accertata in concreto (sentenze **nn. 17397 e 11873**).

Sempre in tema di prova liberatoria, ma con riferimento alla diversa ipotesi di scontro tra veicoli, una importante decisione ha escluso l'operatività della presunzione di pari corresponsabilità ex art. 2054, comma 2, c.c., allorquando uno dei due conducenti coinvolti abbia intenzionalmente provocato il sinistro. In tal caso, pertanto, chi ha agito con dolo sarà tenuto al risarcimento per intero, mentre l'altro conducente non sarà tenuto a provare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno (sentenza **n. 14834**). E' doveroso segnalare in questa sede come nella massima di tale ultima decisione si legga che la presunzione di pari responsabilità di cui all'art. 2054, comma 2, c.c., "non opera allorquando l'apporto causale colposo di almeno uno dei conducenti

sia stato positivamente determinato”. Tuttavia la decisione non costituisce una opinione dissenziente rispetto al tradizionale orientamento che ammette il concorso tra una colpa accertata ed una colpa presunta, in quanto nel corpo della motivazione la Corte si è limitata a negare l’applicabilità della presunzione di pari responsabilità nel caso di sinistro doloso, senza in alcun modo occuparsi del diverso problema del concorso tra colpa accertata e presunta.

Un vero profilo di contrasto - già, peraltro, emerso negli anni precedenti - si rinviene nella sentenza **n. 195**, la quale ha stabilito che la presunzione di pari responsabilità di cui all’art. 2054 cod. civ. opera non soltanto quando non sia possibile stabilire il grado di colpa dei conducenti, ma anche quando non sia possibile stabilire la sequenza causale del sinistro. In tal modo la norma appena ricordata è stata interpretata nel senso che essa consente di presumere sia la colpa, sia il nesso causale. Tale affermazione si pone in contrasto con altri precedenti della Corte, nei quali si era per contro ritenuto che la presunzione di cui all’art. 2054 c.c. esonerino la vittima dall’onere di provare la colpa del conducente, ma non da quello di provare il nesso causale tra la condotta del conducente ed il danno patito (così la sentenza n. 8249 del 1998).

6.4 Responsabilità della P.A. per attività provvedimentale.

Le Sezioni Unite, nell’ordinanza **n. 1143**, hanno ribadito che la pretesa risarcitoria *ex* art. 2043 c.c. nei confronti della p.a. per illegittimo esercizio della funzione pubblica (in linea con la nota sentenza n. 500 del 1999) ha natura di diritto soggettivo, indipendentemente dalla consistenza di diritto soggettivo, di interesse legittimo o di interesse comunque rilevante per l’ordinamento della situazione soggettiva, la cui lesione sia fonte di un danno ingiusto.

Nella sentenza **n. 6005** la Suprema Corte ha ribadito che, sulla domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per illegittimo esercizio di una funzione pubblica, ai sensi dell’art. 2043 cod. civ., il giudice ordinario deve procedere, in ordine successivo, alle seguenti indagini: a) in primo luogo, deve accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) deve, poi, stabilire se l’accertato danno sia qualificabile come ingiusto, in relazione alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l’ordinamento (a prescindere dalla qualificazione formale di esso come diritto soggettivo); c) deve,

inoltre, accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della P.A.; d) infine, deve verificare se detto evento dannoso sia imputabile a responsabilità della P.A., considerando che tale imputazione non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità del provvedimento, richiedendosi, invece, una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa che, unitamente al dolo, costituisce requisito essenziale della responsabilità aquiliana.

Nella sentenza **n. 13061** la Suprema Corte ha confermato l'orientamento già espresso dalla citata sentenza n. 500 del 1999, che, ai fini dell'indagine sulla condotta e sulla sua qualificabilità in termini di colpa, occorre aver riguardo al comportamento non già del funzionario agente (sotto il profilo della negligenza o imperizia), quanto della P.A. intesa come apparato, la cui responsabilità è configurabile là dove l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo, lesivo dell'interesse del danneggiato, risulti avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. Ne consegue che non può, in linea di principio, escludersi la rilevanza dell'errore scusabile commesso dalla P.A., da valutarsi con riferimento al caso concreto in base ad accertamento da effettuarsi *ex ante* dal giudice del merito, incensurabile in sede di legittimità in presenza di congrua motivazione. Nella stessa direzione, secondo la sentenza **n. 6227**, l'illegittimità dell'atto adottato dall'amministrazione per un'errata interpretazione di una norma ambigua adottata dall'amministrazione medesima, non può far presumere, di per sé, la colpa dell'agente e, per esso, della P.A. che lo abbia incaricato.

Nella sentenza **n. 2566** la Suprema Corte ha precisato che la discrezionalità – e la conseguente insindacabilità da parte del giudice ordinario – dei criteri e dei mezzi con cui la P.A. realizza e mantenga un'opera pubblica (nella specie, una strada comunale dalla quale era tracimata acqua piovana con conseguente danneggiamento di un immobile adiacente di proprietà privata) trova un sicuro limite nell'obbligo di osservare, a tutela della incolumità dei cittadini e dell'integrità del loro patrimonio, le specifiche disposizioni di legge e regolamenti disciplinanti detta attività, nonché le comuni norme di diligenza e prudenza, con la conseguenza che, dall'inosservanza di queste disposizioni e di dette norme, deriva la configurabilità della responsabilità della stessa P.A. per i danni arrecati a terzi.

La sentenza **n. 2771** ha ulteriormente precisato che la tecnica di accertamento della lesione subita dal privato in conseguenza dell'illegitimo esercizio del potere pubblico varia a seconda della natura dell'interesse offeso, nel senso che, se l'interesse è oppositivo, occorre accertare che l'illegitima attività dell'Amministrazione abbia leso l'interesse alla conservazione di un bene o di una situazione di vantaggio; mentre, se l'interesse è pretensivo, concretandosi la lesione nel diniego o nella ritardata assunzione di un provvedimento amministrativo, occorre valutare a mezzo di un giudizio prognostico, da condurre in base alla normativa applicabile, la fondatezza o meno della richiesta della parte, onde stabilire se la medesima sia titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, o di una situazione che, secondo un criterio di normalità, sia destinata ad un esito favorevole. Sulla base di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva negato il diritto al risarcimento del danno in un caso di perdita del posto di lavoro a seguito di annullamento di concorso, non essendo quest'ultima circostanza sufficiente a fondare la responsabilità, occorrendo la prova che l'interessato si trovava in una situazione soggettiva destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole del concorso, se questo si fosse svolto regolarmente.

Nella sentenza **n. 22370** la Suprema Corte ha chiarito che il provvedimento illegittimo di aggiudicazione di un appalto, per difetto di motivazione in ordine alla legittimità della scelta della impresa aggiudicataria e all'attendibilità della sua pur anomala offerta (per eccesso di ribasso), nonostante la contraria proposta dell'organo tecnico, cui aveva fatto seguito la esecuzione ed ultimazione (consentita dalla p.a. committente) delle opere da parte della stessa aggiudicataria, è fonte nei confronti dell'impresa concorrente di un danno ingiusto risarcibile per equivalente per la illegittima lesione della perdita della *chance* costituita dalla concreta ed effettiva utilità patrimoniale, corrispondente alla probabilità o occasione favorevole di conseguire l'aggiudicazione; tale danno consiste nella perdita delle utilità e nei mancati guadagni – da liquidarsi in via equitativa – derivanti dalla probabilità o dall'occasione favorevole di vincere la gara.

Con la pronuncia **n. 26282** la S.C. ha chiarito che chi pretende il risarcimento del danno, *ex art. 2043 c.c.*, da tardiva assunzione conseguente a provvedimento illegittimo della P.A., non può allegare, a tale titolo (in particolare, sotto forma di lucro

cessante), la mancata percezione delle retribuzioni in ipotesi di tempestiva assunzione, in quanto queste presuppongono l'avvenuto perfezionamento del rapporto di lavoro e rilevano sotto il profilo della responsabilità contrattuale. Al contrario, l'attore deve allegare e dimostrare i pregiudizi di tipo patrimoniale e/o non patrimoniale che siano eventualmente derivati dalla condotta illecita che si assume essere stata causa del danno lamentato.

6.5 Il danno esistenziale.

Nel corso del 2007 la S.C. si è pronunciata più volte in tema di danno esistenziale.

In particolare con le sentenze **n. 2546** e **n. 18199** la Cassazione ha affermato che il danno esistenziale, da intendere come ogni pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, che alteri le abitudini e gli assetti relazionali propri del soggetto inducendolo a scelte di vita diverse, quanto all'espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno, da quelle che avrebbe compiuto ove non si fosse verificato il fatto dannoso, non costituisce una componente o voce né del danno biologico (lesione all'integrità psico-fisica accertabile in sede medico-legale), né del danno morale soggettivo (dolore o patema d'animo interiore), ma un autonomo titolo di danno, il cui riconoscimento non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, della natura e delle caratteristiche del pregiudizio medesimo.

Nella prima di dette sentenze è stato peraltro precisato che in mancanza di tale allegazione nel giudizio di primo grado, la domanda proposta per la prima volta in appello e volta al risarcimento del danno esistenziale costituisce domanda nuova, come tale inammissibile ai sensi dell'art. 345 cod. proc. civ.

La sentenza **n. 11278**, confermando la definizione di danno esistenziale di cui alle già ricordate pronunce e la necessità di allegazione del detto pregiudizio, ha pure specificato che lo stesso deve essere provato, anche per presunzioni. In particolare poi, in tema di danni da "fumo attivo" è stato precisato che (sentenza **n. 15131**) la eventuale statuizione risarcitoria, che abbia ad oggetto un disagio esistenziale o un danno da *stress*, presuppone che l'attore fornisca la prova del danno di cui chiede il risarcimento, non potendo ritenersi che il danno sia *in re ipsa*, e cioè coincida con l'evento, poiché il danno risarcibile, nella struttura della responsabilità aquiliana, non si pone in termini

di automatismo rispetto al fatto dannoso, restando, quindi, un danno-conseguenza che non coincide con l'evento, che è un elemento del fatto produttivo del danno. In applicazione di tale principio, la Cassazione ha riformato la sentenza di merito che aveva configurato il danno risarcibile con danno esistenziale o da *stress*, in assenza di prova riguardo all'esistenza di tale danno. Nella pronuncia da ultimo ricordata la S.C. ha altresì ritenuto inammissibile, perché nuova rispetto al giudizio di merito, la prospettazione di un danno “differenziale”, relativo alla differenza tra la situazione precedente e quella conseguente alla riduzione all'uso di sigarette *lights*.

In tema di danno esistenziale dedotto dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro - di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno -, la Cassazione, con la sentenza **n. 3760**, ha statuito che il giudice può far ricorso alle presunzioni semplici, in quanto costituiscono una prova completa su cui basare il proprio convincimento, ma è necessario che la parte alleghi elementi di fatto i quali, per poter essere valorizzati come fonti di presunzione, devono presentare i requisiti, *ex art. 2729 cod. civ.*, di precisione, gravità e concordanza, sì che da essi il giudice possa desumere, secondo un criterio di normalità, l'esistenza del fatto ignoto. Nella specie la S.C. ha confermato la decisione della corte territoriale che aveva escluso il danno esistenziale lamentato da una lavoratrice a causa della condotta omissiva datoriale che non aveva dato seguito, e neppure risposto, alla domanda di trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* in *part-time*, escludendo il nesso di causalità con la condotta omissiva contestata, per essersi la lavoratrice limitata a produrre in giudizio documentazione medica con diagnosi di astenia, verosimilmente riconducibile a *stress*, senza alcun ulteriore elemento che consentisse di ricollegare il predetto disturbo, quantomeno con rilevante probabilità, alla lamentata condotta omissiva.

È stato altresì affermato, con la sentenza **n. 17977**, che la domanda di risarcimento del danno morale, ove specificamente proposta, non può essere intesa come implicitamente riferita anche al risarcimento del cosiddetto danno esistenziale, laddove non sia proposta anche una domanda di risarcimento di danni non patrimoniali e manchino specifiche allegazioni di fatto in ordine all'esistenza di pregiudizi, intesi

come alterazione delle abitudini relazionali e delle scelte di vita del soggetto, del tutto distinti e diversi dal dolore e dalla sofferenza interiore, indipendentemente dalla autonoma configurabilità e dalla astratta collocazione sistematica del danno esistenziale nell'ambito della categoria del danno non patrimoniale.

Peraltro, già con la sentenza **n. 3758**, la S. C., indicando i criteri da seguire nell'accertamento e nella liquidazione dei danni spettanti ai congiunti a seguito della morte di una persona del ristretto cerchio familiare, causata da un sinistro stradale, ha distinto in relazione a tanto il danno patrimoniale, il danno esistenziale, il danno morale e il danno biologico; in particolare - per quel che rileva in questa sede - ha precisato che il danno esistenziale può essere riconosciuto se sia stato richiesto nel giudizio di merito e concretamente allegato e provato anche con il ricorso a valutazioni prognostiche e presuntive basate su elementi oggettivi, il danno morale va liquidato in base all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, improntato a criteri equitativi e tale apprezzamento è sufficientemente motivato se il giudice dimostra di aver tenuto presenti la gravità dei fatti, l'intensità del dolore patito a causa dell'evento luttuoso ed ogni altro elemento della fattispecie concreta mentre il danno biologico subito direttamente dal coniuge della vittima va accertato sulla scorta di elementi oggettivi, quale la documentazione sanitaria, e non può consistere nella deduzione di una generica lesione dell'integrità psichica determinata dalla perdita del coniuge, da accertare mediante consulenza tecnica d'ufficio, in questo tale lesione per essere rilevante deve comunque comportare una assistenza sanitaria documentabile.

In tema di danni alla persona, con riferimento ad una fattispecie relativa alla perdita - a seguito di sinistro stradale - della capacità di avere rapporti sessuali, per *impotentia coeundi*, con conseguente sindrome soggettiva ansioso-depressiva, la sentenza **n. 2311** ha affermato che la perdita o la compromissione, anche soltanto psichica, della sessualità - il cui diritto rientra tra i diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.) -, oltre che componente del danno biologico consequenziale alla lesione per fatto illecito altrui, costituisce di per sé danno esistenziale, la cui rilevanza deve essere autonomamente apprezzata e valutata equitativamente in termini non patrimoniali.

È stato invece ritenuto dalla S. C., con sentenza **n. 14846**, non riconducibile ad alcuna categoria di danno non patrimoniale risarcibile la perdita, a seguito di un fatto illecito, di un cavallo indicato dalla parte come animale di affezione, in quanto essa non è

qualificabile come danno esistenziale consequenziale alla lesione di un interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente tutelata, non potendo essere sufficiente, a tal fine, la deduzione di un danno *in re ipsa*, con il generico riferimento alla perdita della “qualità della vita”.

Anche nel corso del 2007 non sono tuttavia mancate pronunce della S.C. che hanno negato la stessa configurabilità di un generico danno non patrimoniale esistenziale. Con la sentenza **n. 9510** è stato infatti evidenziato che il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nei casi di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero) ai quali va riconosciuta la tutela minima, che è quella risarcitoria, sicché non può formare oggetto di tutela una generica categoria di “danno esistenziale”, nella quale far confluire fattispecie non previste dalla norma e non ricavabili dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 cod. civ. Pertanto, qualora, in relazione ad una lesione del bene alla salute, sia stato liquidato il “danno biologico”, che include ogni pregiudizio diverso da quello consistente nella diminuzione o nella perdita della capacità di produrre reddito, ivi compresi il danno estetico e il danno alla vita di relazione, non v'è luogo per una duplicazione liquidatoria della stessa voce di danno, sotto la categoria generica del “danno esistenziale”.

Con sentenza **n. 20987** la Corte ha affermato che il danno parentale, qualunque sia il profilo dedotto (come danno diretto di ordine psichico, o come patema d'animo proprio del danno morale, o come autonomo danno esistenziale, ma ancorato a posizioni soggettive costituzionalmente protette) deve essere, oltre che specificamente allegato, provato, anche in via presuntiva, come danno conseguenza (nella specie di un illecito sanitario da cui è derivata la morte di una giovanissima paziente ricoverata e non debitamente curata), non potendo mai considerarsi *in re ipsa*. In particolare la S.C. nella ricordata pronuncia ha puntualizzato che ineriscono alla sfera della famiglia, costituzionalmente protetta, i pregiudizi alla realizzazione personale derivanti dalla perdita del prossimo congiunto, in conseguenza di un fatto illecito altrui. La distruzione del nucleo familiare, la impossibilità dei superstiti di esplicitare la propria personalità nei rapporti con il congiunto, la relazione affettiva nel rapporto paterno con la giovanissima figlia, la perdita delle attività sociali e culturali costituiscono delle

privazioni e modifiche delle abitudini della vita, in senso negativo che rientrano nelle dimensioni costitutive del danno da perdita parentale. Tuttavia - secondo la Cassazione - il parente che intende indicare la dimensione esistenziale e non patrimoniale di tale danno, unitamente alle perdite di ordine morale soggettivo ed alle perdite psicofisiche della propria salute, deve allegare e provare le diverse situazioni di danno, in modo da evitare qualsiasi possibile duplicazione. Nella pronuncia in parola è stato pure rilevato che la stessa Corte, nella sentenza delle S.U. n. 5672 del 2006, ha posto in evidenza la possibilità che dal fatto lesivo (nella specie da inadempimento contrattuale per illegittimo demansionamento del lavoratore) derivi una pluralità di danni, al lavoratore, da risarcire a titolo biologico, esistenziale e morale ed è stato altresì osservato che la stessa logica si verifica nella fattispecie di un illecito sanitario, ascrivibile ai sanitari ed a titolo solidale alla struttura sanitaria che determina la morte imprevista di una giovanissima paziente, inserita in un nucleo familiare giovane sia per i genitori che per i fratelli conviventi. Il danno parentale presenta quindi – secondo la S.C. - vari aspetti, anche di ordine patrimoniale, morale, e di modifica delle qualità della vita, ma spetta alle vittime proporre domande sostenute, oltre che da validissimi riferimenti costituzionali, da una serie dettagliata di circostanze che illustrino la vita del congiunto in famiglia ed il dolore e le perdite, anche esistenziali, conseguenti alla morte dello stesso. In particolare la Cassazione ha affermato che, per le ragioni più volte esposte dalla medesima Corte, a partire dal 2003, non è possibile condividere la tesi di un danno esistenziale, come *species* del danno non patrimoniale da inserire accanto al danno biologico ed al danno morale soggettivo, svincolato dall'elemento soggettivo del fatto reato e che la sentenza delle SU del 2006 risolve un contrasto interno alla sezione lavoro della Corte in tema di danno *in re ipsa* o di danno *iuxta allegata et probata*, e stabilisce il principio di diritto ponendo a carico del danneggiato la prova mentre la definizione data del danno esistenziale è riferita ad una situazione tipica di lesione della identità professionale del lavoratore sul luogo di lavoro, con un preciso riferimento ai valori laburistici e solidali di cui agli articoli 1 e 2 della Costituzione (cui vanno aggiunti gli articoli 3, 4 e 41 n. 2 per una migliore sistematica) e dunque è una definizione peculiare e pragmatica, indirizzata dalla natura dell'illecito considerato. La S.C. non ha mancato di evidenziare – nella sentenza n. 20987 - che il legislatore italiano non si è dunque ispirato alla riforma codicistica germanica del

paragrafo 253 comma secondo del B.G.B, e neppure alla configurazione di una categoria unitaria del danno esistenziale, nella quale ricondurre tutti i pregiudizi che, a prescindere dalla fonte (illecito o contratto o legge speciale) da cui derivano o dallo specifico ambito della sfera personale che coinvolgono, si manifestano sempre come modificazioni peggiorative delle attività attraverso le quali il singolo realizza la propria personalità.

La stessa definizione del danno biologico da illecito della circolazione, contenuta negli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni, a carattere ricognitivo del diritto vivente e dello stato dell'arte medico legale, evidenzia – ad avviso della Corte - secola struttura complessa del danno biologico, che ha una componente a prova scientifica medico legale e due componenti a prova libera (la incidenza negativa sulle attività quotidiane e l'incidenza negativa sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato).

Secondo la Corte, se si dovesse accogliere la proposta della figura unitaria del danno esistenziale, la definizione analitica data dal codice delle assicurazioni, sicuramente includerebbe anche una componente esistenziale, integrando la valutazione tabellare, per il principio generale della riparazione integrale del danno alla salute. La Corte ha precisato di condividere una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. ma sulla base di un rigoroso principio di tipicità delle fattispecie da tutelare, incluse le posizioni soggettive inerenti a diritti umani inviolabili ed inclusi gli interessi essenziali della persona umana, che rientrando nella elaborazione dei cd. nuovi diritti, assumono rilievo costituzionale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione ed ha rilevato che tuttavia spetta al legislatore intervenire con una modifica legislativa del testo dell'art. 2059 con l'espressa inclusione di fattispecie tipiche emergenti (sul modello del codice civile tedesco riformato nel 2002), mentre spetta ai giudici nazionali garantire ai propri cittadini il ricorso effettivo alla giurisdizione, anche civile, nel caso di violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto della unione e dalle comuni tradizioni costituzionali. La S.C. ha poi affermato che il metodo del combinato disposto tra precetto costituzionale e clausola generale del *neminem laedere* rende costituzionalmente rilevante la materia risarcitoria e la funzione integrale del risarcimento del danno alla persona, metodo che resta valido anche per il consolidamento delle varie fattispecie di illecito o di inadempimento in relazione alle

quali si vogliono configurare situazioni di danni esistenziali, danni che risultano modellati su una matrice rigorosamente consequenzialistica, ma che hanno spesso natura composita in relazione alla eterogeneità degli interessi della persona, non tutti meritevoli di tutela. E' vero che il danno esistenziale sovente non coincide necessariamente con la lesione di un bene o di un interesse costituzionalmente protetto, ma se tale coincidenza si verifica l'obbligo della tutela giurisdizionale è garantito.

Nel solco tracciato dalle pronunce appena ricordate (**n. 9510** e **n. 20987**) si colloca anche la sentenza **n. 22884** secondo cui nel bipolarismo risarcitorio (danni patrimoniali e danni non patrimoniali) previsto dalla legge, al di là della questione puramente nominalistica, non è possibile creare nuove categorie di danni, ma solo adottare, per chiarezza del percorso liquidatorio, voci o profili di danno, con contenuto descrittivo - ed in questo senso ed a questo fine può essere utilizzata anche la locuzione danno esistenziale, accanto a quella di danno morale e danno biologico -, tenendo conto che, da una parte, deve essere liquidato tutto il danno, non lasciando privi di risarcimento profili di detto danno, ma che, dall'altra, deve essere evitata la duplicazione dello stesso che urta contro la natura e la funzione puramente risarcitoria della responsabilità aquiliana.

6.6 Le sanzioni amministrative.

Non sono moltissime le pronunce del 2007 sui principi generali in materia di sanzioni amministrative che abbiano carattere di particolare novità; in giurisprudenza si segnala un *trend* di sostanziale consolidamento delle indicazioni dei precedenti anni.

Interessanti appaiono, soprattutto, alcune pronunce della Suprema Corte su fattispecie sanzionatorie amministrative riguardanti non la tradizionale materia del codice della strada, ma quelle dei mercati mobiliari e della legislazione cosiddetta antiriciclaggio.

Prendendo le mosse dai principi generali contenuti nel capo I, sezione I, della legge 689 del 1981, va segnalata la sentenza **n. 11826** che nel ribadire il principio di legalità di cui all'art. 1 della 689, ha escluso, di conseguenza, che una **circolare** esplicativa di una legge possa estendere l'applicazione della sanzione ad una condotta non prevista dalla legge medesima; nella specie, i Supremi giudici hanno ritenuto che, siccome l'art. 23 del d.lgs. n. 46 del 1997 sanziona soltanto l'immissione o la messa in servizio

di dispositivi medici “privi della marcatura CE o dell’attestato di conformità”, non è punibile l’inosservanza da parte dei medici dentisti dell’obbligo, previsto da una circolare del ministero della salute, di consegnare ai pazienti, all’esito dell’applicazione di dispositivi odontoiatrici su misura, la dichiarazione di conformità CE degli apparecchi medesimi.

Sia pure indirettamente connessa con il principio di legalità, è la sentenza **n. 11125** che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4 del d.l. 370 del 1987 convertito in legge 460 del 1987, nella parte in cui prevede un’identica sanzione pecuniaria per le inosservanze delle disposizioni contenute nei **regolamenti comunitari** in materia agricola.

Con riguardo all’elemento psicologico dell’illecito amministrativo, regolato dall’art. 3 della legge 689 del 1981, la sentenza **n. 13610**, pur ribadendo il consolidato e particolarmente rigoroso orientamento della “presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di chi lo ha commesso, riservando poi a questi l’onere di provare di aver agito senza colpa” ha significativamente aperto in ordine alla rilevanza dell’**error iuris**. Ha, infatti, ritenuto - al pari di quanto avviene in diritto penale dopo la famosa sentenza n. 354 del 1988 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato parzialmente illegittimo l’art. 5 del c.p. - , che può essere invocata la buona fede come causa di esclusione della responsabilità amministrativa, quando sussistano elementi positivi idonei ad ingenerare nell’autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso.

Con riferimento al tema della solidarietà *ex art. 6 l. 689 del 1981*, la sentenza **n. 12264** ha significativamente evidenziato come la **responsabilità solidale delle società o degli enti** in genere - prevista in funzione di garanzia del pagamento della somma dovuta dall'autore della violazione ed anche con la finalità di sollecitare la vigilanza delle persone e degli enti chiamati a rispondere del fatto altrui - per gli illeciti commessi dai legali rappresentanti o dipendenti, richieda, quale criterio d'imputazione, che l'illecito sia stato commesso dalla persona fisica nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, e non anche che il dipendente abbia operato nell'interesse dell'ente.

La sentenza **n. 5880**, prendendo le mosse dal principio di **intrasmissibilità dell'obbligazione** ai sensi dell'art. 7 l. 689 del 1981, ha ribadito che la morte dell'autore di una violazione amministrativa comporta, sul piano sostanziale, l'estinzione dell'obbligazione di pagare la sanzione pecuniaria e, su quello processuale, la cessazione della materia del contendere che può essere pronunciata anche dalla Corte di cassazione, pur in mancanza di esplicita previsione processuale.

Trattando dell'istituto della **continuazione**, previsto dall'art. 8 l. 689 del 1981, la sentenza **n. 5204** ha precisato che esso è applicabile solo nel caso in cui, con più azioni od omissioni, risultino violate le norme sanzionatorie in materia di assistenza e previdenza obbligatoria ed è, pertanto, da escludersi in caso di emissione di più assegni bancari senza provvista o senza autorizzazione.

Alcune interessanti pronunce hanno affrontato i temi relativi ai principi generali contenuti nella sezione II della l. 689 del 1981 che si occupa dell'applicazione della sanzione amministrativa.

La sentenza **n. 5199**, in conformità al disposto dell'art. 13 l. 689 del 1981, ha affermato che **gli ufficiali e gli agenti di polizia municipale**, in quanto organi di polizia giudiziaria con competenza estesa su tutto il territorio comunale, hanno il potere di accertare le violazioni in materia di circolazione stradale punite con sanzioni amministrative in tale territorio e solo nell'ambito di esso.

Sempre in tema di accertamento e successiva contestazione degli illeciti in materia di circolazione stradale, la sentenza **n. 1414** ha evidenziato - anche sulla scorta dell'art. 385 del regolamento di attuazione del nuovo codice della strada (d.p.r. n. 495 del 1992) - che il fatto che il verbale sia stato compilato da un agente diverso da quello che ha proceduto al rilevamento dell'infrazione non incide sulla validità della constatazione.

Particolarmente interessante è l'affermazione della sentenza **n. 9311** secondo cui l'attività di **accertamento dell'illecito** non coincide con il momento in cui viene acquisito il "fatto" nella sua materialità, ma è comprensiva del tempo necessario alla valutazione dei dati acquisiti e afferenti anche agli elementi (oggettivi e soggettivi) dell'infrazione. Da questo momento decorre il *dies a quo*, di cui all'art. 14 l. 689 del 1981, per effettuare la contestazione e sarà compito del giudice di merito - con giudizio sindacabile, in sede di legittimità, solo sotto il profilo del vizio di motivazione

- verificare quale sia il tempo ragionevolmente necessario all'Amministrazione per giungere a una completa conoscenza del fatto illecito; in ossequio al principio, è stata cassata la sentenza di merito che aveva annullato, in quanto emesso tardivamente, il provvedimento del Ministero del Tesoro, irrogativo di sanzioni amministrative a carico di un direttore di filiale bancaria e della banca, per omessa segnalazione di alcune operazioni finanziarie, senza valutare adeguatamente la complessità delle indagini in materia di riciclaggio.

La sentenza **n. 12693**, occupandosi, invece, dell'istituto dell'**analisi su campione** previsto dall'art. 15 l. 689 del 1981, ha enucleato il principio secondo cui il mancato esercizio della facoltà di richiedere la revisione dei risultati delle analisi, con lettera raccomandata, da parte dell'interessato rende incontestabili i risultati medesimi.

Con riferimento al diritto del presunto trasgressore al **contraddittorio**, si segnala la sentenza **n. 4019** per la quale la convocazione della parte interessata che ne abbia fatto richiesta con il ricorso costituisce per l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 18 l. 689 del 1981, un obbligo posto a garanzia dei diritti di difesa del privato, e l'eventuale omissione vizia il procedimento, rendendo illegittima l'ordinanza-ingiunzione emanata a conclusione di esso; tuttavia, tale l'illegittimità va dedotta dall'interessato, tra i motivi del ricorso in opposizione, ed il giudice non può rilevarla d'ufficio.

In tema di **ordinanza-ingiunzione** appaiono meritevoli di menzione tre sentenze; la **n. 871** ritiene che l'ordinanza possa essere motivata *per relationem* con il richiamo al verbale di accertamento e contestazione quando il privato, nelle sue deduzioni, si sia limitato a far riferimento a fatti già presi in considerazione nel verbale medesimo; se, invece, siano allegati fatti nuovi e diversi, l'obbligo di motivazione impone di prendere in esame tali deduzioni, illustrando le ragioni del loro eventuale mancato accoglimento; la **n. 6638** ritiene legittimo per l'autorità amministrativa, al momento dell'emissione dell'ordinanza ingiunzione, il mutamento dei termini della **contestazione** che riguardi soltanto la qualificazione giuridica del fatto oggetto dell'accertamento; in tal caso, infatti, non si verifica alcuna violazione del diritto di difesa, mantenendo il trasgressore la possibilità di contestare l'addebito, in relazione all'unico fatto materiale accertato nel rispetto delle garanzie del contraddittorio; la sentenza **n. 143**, infine, che con riferimento alle infrazioni omissive e/o commissive di carattere permanente, riconosce alla **notifica** dell'ordinanza ingiunzione –

analogamente alla sentenza penale di primo grado relativa al reato permanente – la capacità di interrompere la permanenza.

Quanto alle norme che riguardano il procedimento che si instaura a seguito di proposizione da parte dell'interessato di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, la sentenza **n. 325** ha evidenziato come legittimato all'**opposizione** sia esclusivamente il destinatario dell'ingiunzione e non sia consentita la partecipazione al giudizio di soggetti diversi dall'amministrazione ingiungente e dall'ingiunto, mentre il fatto di essere esposto ad una eventuale azione di regresso integra un semplice interesse di fatto che non trova tutela nel giudizio in esame.

La sentenza **n. 5277** ha, poi, precisato che nel procedimento di opposizione al provvedimento irrogativo di una sanzione amministrativa pecuniaria, l'**Amministrazione**, pur essendo formalmente convenuta in giudizio, assume sostanzialmente la veste di attrice e spetta, quindi, ad essa, ai sensi dell'art. 2697 c.c., fornire la prova dell'esistenza degli elementi di fatto integranti la violazione contestata e della loro riferibilità all'intimato, mentre compete all'opponente, che assume di fatto la veste di convenuto, la prova dei fatti impeditivi o estintivi.

Secondo la sentenza **n. 4385**, la decisione che conclude il procedimento di opposizione la cui motivazione consiste nel solo richiamo ai verbali di contestazione va considerata nulla perché non consente di comprendere l'iter argomentativo sottostante.

La sentenza **n. 6415** precisa che nel giudizio di opposizione che si conclude con la **convalida** del provvedimento impugnato, con l'ordinanza di cui al comma 5 dell'art. 23 l. 689 del 1981, qualora l'opponente non sia comparso alla prima udienza e non abbia fatto pervenire tempestiva notizia di un suo legittimo impedimento, è necessario che il giudice dia atto di aver valutato la documentazione prodotta e di averne tratto il convincimento della non manifesta illegittimità del provvedimento stesso in relazione alle censure mosse dall'opponente, senza necessità di specifica puntuale disamina in ordine a ciascuna delle doglianze mosse. Una motivazione che risponda ai riferiti requisiti minimi indicati, non può essere sindacata, in sede di legittimità, sotto il profilo della completezza valutativa o della sua esattezza.

La sentenza **n. 5871** puntualizza, poi, che è ammessa l'opposizione, ai sensi della legge 689 del 1981, avverso una **cartella esattoriale** emessa per la riscossione di sanzioni amministrative pecuniarie solo quando la parte deduca che essa costituisce il

primo atto con il quale è venuta a conoscenza della sanzione irrogatale, perché è mancata la notificazione dell'ordinanza-ingiunzione o del processo verbale di contestazione; in tal modo, infatti, l'opposizione consente all'interessato di recuperare il mezzo di tutela previsto dalla legge; se, invece, il destinatario voglia contestare l'esistenza del titolo esecutivo può esperire l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615* ovvero, se intenda dedurre vizi formali della cartella, l'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.pc.*

Quanto all'esame della casistica relativa all'applicazione delle sanzioni amministrative, si segnala la sentenza **n. 12826** secondo cui l'attività di **bagarinaggio** non rientra nel concetto di "agenzia di affari", per il cui esercizio è necessaria la licenza prevista dall'art. 115 del T.U.L.P.S., in quanto non è strumentale all'intermediazione nella conclusione di affari altrui, nè consta di una organizzazione finalizzata allo svolgimento continuativo e professionale di tale attività di intermediazione e non è, quindi, per essa irrogabile alcuna sanzione amministrativa.

La sentenza **n. 4203**, in materia di **finanziamento illecito ai partiti**, ha indicato come competente ad irrogare la sanzione amministrativa per la violazione di legge sanzionata dall'art. 4 della legge 659/81 - omessa comunicazione della dichiarazione congiunta di erogazione di finanziamenti o contributi di cui alla legge medesima - esclusivamente il Prefetto di Roma, dovendosi ritenere che nella Capitale si verifica l'inadempimento dell'obbligo di comunicazione.

In tema di sanzioni amministrative per violazione della normativa **antiriciclaggio**, la sentenza **n. 8698** ha sancito che il divieto posto dall'art. 1 d.l. 143/91, conv. in legge 197/91, di trasferire denaro contante e titoli al portatore per importi superiori a lire 20.000.000 (ora euro 12.500) senza il tramite di intermediari abilitati, fa riferimento al valore dell'intera operazione economica alla quale il trasferimento è funzionale e si applica anche quando detto trasferimento si sia realizzato mediante il compimento di più operazioni, ciascuna di valore inferiore o pari al massimo consentito.

Con riferimento, invece, al tema delle sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di **intermediazione finanziaria**, si segnalano due decisioni di interesse; per la **n. 5395** la distinzione tra gli organi della CONSOB, deputati, rispettivamente, alla constatazione ed alla valutazione dei fatti costituenti violazioni amministrative, è influente ai fini della decorrenza del termine

da rispettare per la contestazione degli illeciti, che va individuata nel giorno in cui la Commissione in composizione collegiale, dopo l'esaurimento dell'attività ispettiva e di quella istruttoria, è in grado di adottare le decisioni di sua competenza, senza che si possa tenere conto di ingiustificati ritardi, derivanti da disfunzioni burocratiche o artificiose protrazioni nello svolgimento dei compiti assegnati ai suddetti organi; secondo, invece, la **n. 4873**, che sull'argomento è andata di contrario avviso ad una decisione del 2005 (la n. 5099), il procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative previste in tema di intermediazione finanziaria, disciplinato dall'art. 195 del d.lgs. 58 del 1998, il termine di centottanta giorni per la formulazione da parte della Consob della proposta sanzionatoria – stabilito dal regolamento Consob n. 12697 del 2000 – non ha natura perentoria né l'emissione della proposta sanzionatoria oltre il predetto termine presenta, per questo solo fatto, profili di illegittimità, attesa la inidoneità del regolamento interno a modificare le disposizioni sul procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative dettate dalla legge n. 689 del 1981.

Con riferimento, infine, alle sanzioni amministrative previste dal **codice della strada** vanno ricordate due pronunce.

La **n. 116** ha affermato che in ipotesi di irrogazione di sanzione pecuniaria per la sosta di autoveicolo nelle zone di parcheggio a pagamento (c.d. “strisce blu”) senza l'esposizione del tagliando attestante il pagamento delle somme dovute per la sosta, il controllo del giudice ordinario nel giudizio di opposizione in ordine ai verbali di accertamento e di contestazione, se resta escluso con riguardo alle valutazioni di merito attinenti all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, deve ritenersi consentito con riguardo agli eventuali vizi di legittimità del provvedimento medesimo (sia pure al limitato fine della sua disapplicazione), come quello consistente nella violazione dell'obbligo di istituire zone di parcheggio gratuito e libero in prossimità di aree in cui venga vietata la sosta o previsto il parcheggio solo a pagamento.

La **n. 10650** ha, invece, stabilito che nel caso in cui ad una violazione del codice della strada consegua anche la sanzione accessoria dell'obbligo di ripristino dello stato dei luoghi o di rimozione delle opere abusive da eseguire entro un determinato termine, nell'ipotesi di inottemperanza del trasgressore l'ordinanza-ingiunzione emessa dal Prefetto nei suoi confronti per il rimborso delle spese sostenute dall'amministrazione

per il ripristino dei luoghi o la rimozione delle opere è un provvedimento funzionalmente collegato a quello impositivo della sanzione accessoria rimasto ineseguito e, quindi, opponibile nelle forme previste dagli artt. 22 e 23 della l. 689 del 1981.

7. DIRITTO COMMERCIALE

7.1 I titoli di credito.

In ordine alla questione della responsabilità della banca per la negoziazione di un titolo munito di clausola di non trasferibilità, la sentenza **n. 14712**, emessa a composizione di un contrasto manifestatosi nella giurisprudenza di legittimità, ha riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità, riconducendola ad un obbligo professionale di protezione che incombe su quest'ultima nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine dell'operazione. Premesso che, in virtù di tale obbligo, essa è tenuta a far sì che il titolo sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne disciplinano la circolazione, l'azione risarcitoria proposta dal danneggiato è stata assoggettata all'ordinario termine di prescrizione decennale.

Con riferimento alla questione in materia di buoni postali fruttiferi, riguardante il rapporto che intercorre tra le condizioni risultanti dal titolo e quelle previste dal decreto ministeriale che ne abbia disposto l'emissione, la sentenza **n. 13979**, ha affermato che poiché, secondo il D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, il vincolo contrattuale tra l'emittente ed il sottoscrittore dei buoni postali fruttiferi si forma sulla base dei dati risultanti dal testo dei titoli di volta in volta sottoscritti, il contrasto tra il saggio d'interesse ivi indicato e quello previsto dal decreto ministeriale di emissione va risolto dando la prevalenza al primo, in quanto, trattandosi di titoli destinati ad essere emessi in serie, per rispondere alle richieste di un numero indeterminato di sottoscrittori, le condizioni alle quali l'amministrazione postale si obbliga non possono risultare, sin da principio, diverse da quelle espressamente rese note al risparmiatore all'atto della sottoscrizione del buono.

Particolare interesse riveste anche la sentenza **n. 14266**, la quale ha confermato l'inclusione tra i titoli di credito della bolletta doganale attestante, nel caso di esportazione di merci ammesse alle "restituzioni", il diritto dell'esportatore al c.d.

prefinanziamento, trattandosi di un documento rappresentativo di una somma di denaro certa, liquida ed esigibile nei confronti dell'Amministrazione, ancor prima che sia effettuata l'esportazione, e quindi indipendentemente da essa: si è quindi affermato che, in caso di girata a terzi, il giratario che abbia riscosso il credito rimane estraneo al rapporto causale, e non è quindi responsabile nei confronti dell'Amministrazione per il rimborso del prefinanziamento e della relativa maggiorazione, in luogo del (o insieme col) girante che, non avendo adempiuto l'obbligo di esportazione, sia decaduto dal diritto alle restituzioni.

La sentenza **n. 18528** ha escluso l'invalidità dell'assegno rilasciato senza l'indicazione del nome del prenditore, affermando che esso vale come assegno al portatore, che si converte in titolo all'ordine qualora sia riempito con il nome di un terzo e consegnato a quest'ultimo: si è tuttavia precisato che in tal caso il terzo formalmente indicato come prenditore non assume tale posizione giuridica, spettante solo a colui che ha concluso il contratto di emissione e ha ricevuto l'assegno rilasciato in bianco o al portatore, ma rimane estraneo rispetto al rapporto di emissione, con la conseguenza che non possono essergli opposte le eccezioni personali di cui all'art. 25 del r.d. n. 1736 del 1933.

Le sentenze **n. 6451** e **n. 4855** hanno preso in esame l'istituto dell'avallo, la prima riconducendolo alla categoria negoziale della fideiussione, con la conseguente applicabilità degli artt. 1949 e 1954 cod. civ., che consentono al garante che ha pagato di surrogarsi nei diritti del creditore e di esercitare l'azione di regresso nei confronti di eventuali altri garanti, la seconda ribadendo che la decadenza dell'obbligato cambiario principale dal beneficio del termine, ai sensi dell'art. 1186 cod. civ., si estende anche all'avallante, ancorché quest'ultimo non sia divenuto insolvente.

Infine, in tema di levata illegittima del protesto, la sentenza **n. 18316** ha ribadito che l'azione risarcitoria può essere diretta anche nei confronti della sola banca, ove le informazioni da essa fornite al pubblico ufficiale che ha levato il protesto o le sue omissioni informative (consistenti nella specie nel mancato confronto della firma apposta su di un assegno con lo *specimen* in suo possesso) abbiano inciso causalmente sulla determinazione dell'evento dannoso, contribuendo alla lesione dell'onore e della reputazione del protestato derivante dalla pubblicità conferita alla sua insolvenza ed al conseguente discredito tanto della sua persona quanto del suo patrimonio. La sentenza **n. 9233** ha poi confermato che la predetta lesione costituisce di per sè un danno reale,

il quale deve essere risarcito sia a titolo di responsabilità contrattuale per inadempimento che di responsabilità extracontrattuale, in modo soddisfattivo ed equitativo se la peculiare figura del danno lo richiede.

7.2 Concorrenza sleale.

Per quanto riguarda il presupposto soggettivo ed in particolare la nozione di **competitori concorrenti**, la concorrenza sleale tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza non è esclusa dalla sentenza **n. 17459**, anche quando l'atto lesivo del diritto del concorrente venga compiuto da un terzo interposto, il quale agisca per conto di (o comunque in collegamento con) un concorrente del danneggiato stesso, divenendo perciò responsabile, in solido, con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta. In ordine agli **atti di concorrenza**, ed in particolare, allo **sviamento di clientela**, attuato utilizzando notizie sui rapporti con i clienti di altro imprenditore, acquisite nel corso di pregressa attività lavorativa svolta alle sue dipendenze, la configurabilità della **concorrenza sleale**, ai sensi dell'art. 2598 n. 3 cod. civ., va riconosciuta secondo la sentenza **n. 12681** ove quelle notizie, pur se d'ordinario accessibili ai dipendenti, siano per loro natura riservate, in quanto non destinate ad essere divulgate al di fuori dell'azienda e sempre che l'esternazione coinvolga più ambiti di persone. La illiceità della condotta, tuttavia, sussiste solo quando essa assuma i tratti della sistematicità, criterio di orientamento per la selezione dello sviamento di clientela, conseguendone secondo la stessa pronuncia la piena compatibilità con la correttezza delle relazioni interimprenditoriali il fatto che il nuovo imprenditore, nella sua opera di proposizione e promozione sul mercato della sua nuova attività, acquisisca o tenti di acquisire anche alcuni clienti già in rapporti con l'impresa alle cui dipendenze aveva prestato lavoro. In ogni caso, il mezzo utilizzato non deve soltanto essere contrario ai principi della correttezza professionale, ma anche idoneo a danneggiare l'altrui azienda, almeno alla stregua di un concreto pericolo di sviamento, secondo la sentenza **n. 8215**. Costituisce decisione di merito, impugnabile con appello e non con regolamento di competenza, la sentenza non definitiva con cui il tribunale, in una causa di **concorrenza sleale** per storno di dipendenti, prima di pronunciare sulla questione di competenza territoriale ha esaminato e rigettato la eccezione di difetto di legittimazione passiva dei dipendenti stornati e convenuti in

giudizio per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni, al riguardo rilevando l'ordinanza **n. 563** che gli *ex* dipendenti, ancorché non imprenditori concorrenti, avevano dolosamente partecipato alla condotta anticoncorrenziale finalizzata all'accaparramento dei clienti della società attrice e che la domanda addebitava al dipendente un *quid pluris*, cioè la commissione di azioni e fatti specificamente e intenzionalmente diretti a cagionare, mediante modalità non conformi ai canoni della correttezza, un rilevante danno da perdita di clientela al datore di lavoro abbandonato. Infine, con la sentenza **n. 11312**, la Corte ha precisato che a partire dalla data di entrata in vigore della legge 10 ottobre 1990 n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e il mercato), le norme del Codice Postale, sebbene non abrogate nella parte in cui non attribuiscono all'esercente il servizio telefonico e al concessionario dell'amministrazione compiti di pubblicazione, vendita e distribuzione di informazioni relative agli abbonati alla rete nazionale del servizio telefonico, non giustificano più il rifiuto di vendere ad imprese commerciali potenzialmente concorrenti i dati in loro possesso esclusivo.

7.3 Privative industriali e beni immateriali.

La Corte ha iniziato a svolgere la propria funzione nomofilattica nelle prime pronunce relative alle controversie decise dalle **sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale**. Con riguardo al nuovo criterio di competenza territoriale introdotto dall'art. 4 del d.lgs. n. 168 del 2003, istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale presso tribunali e corti d'appello, l'ordinanza **n. 2203** ne ha stabilito l'applicazione a decorrere dal 1 luglio 2003, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. cit., mentre in coerenza con la regola generale di cui all'art. 5 cod.proc.civ., restano assegnate al giudice competente in base alla normativa previgente le controversie già pendenti e iscritte al ruolo alla data del 30 giugno 2003. Precisando la nozione di **marchio debole**, la sentenza **n. 14787** ha precisato che tale qualificazione del segno distintivo non incide sull'attitudine dello stesso alla registrazione, ma soltanto sull'intensità della tutela che ne deriva: a differenza del **marchio forte**, per il quale sono illegittime tutte le modificazioni, pur rilevanti ed originali, che ne lascino comunque sussistere l'identità sostanziale ovvero il nucleo ideologico espressivo costituente l'idea fondamentale in cui si riassume,

caratterizzandola, la sua attitudine individualizzante; per il **marchio** debole bastano ad escluderne la confondibilità anche lievi modificazioni od aggiunte. Appare così ammissibile, per la sentenza **n. 14684**, la brevettabilità di una lettera dell'alfabeto come **marchio** d'impresa, dubitabile anteriormente alla riforma di cui al d.lgs. 4 dicembre 1992, n. 480, ma più contestabile a seguito della nuova formulazione dell'art. 16 del r.d. 21 giugno 1942, n. 929, che include espressamente le lettere tra i segni suscettibili di registrazione, purché idonei a svolgere una funzione distintiva dei prodotti e dei servizi di un'impresa, e salvi i limiti di cui agli artt. 18 e 21 del r.d. cit.: le lettere dell'alfabeto, infatti, pur costituendo, in sé e per sé considerate, segni normalmente destinati ad una funzione comunicativa quali strumenti di linguaggio, possono essere utilizzate – come accade per le lettere di una lingua straniera - come segni identificativi di prodotti o attività. La funzione distintiva, in ogni caso, dev'essere intesa come idoneità ad individuare un prodotto rispetto ad un altro, mentre è estranea alla funzione del **marchio** – per la medesima pronuncia - la capacità d'indicare il produttore: l'azione di contraffazione mira infatti a tutelare la distintività insita nel collegamento che si crea tra segno e prodotto.

È stata poi conferita precisione d'indirizzo alla questione della registrabilità come marchio anche della ditta e della denominazione sociale, applicandosi i generali principi elaborati in ordine alla capacità distintiva e alla novità dei **marchi**, in quanto rispondenti alla *ratio* di assicurare al segno distintivo originalità e, appunto, novità, e perciò la indispensabile attitudine alla sua funzione: secondo la sentenza **n.7651** a tale esito si perviene, per analogia, in difetto di un'espressa disciplina.

A sua volta il preuso locale di un **marchio** non registrato attribuisce al preutente la facoltà di continuare ad usarlo nel medesimo ambito territoriale anche dopo la registrazione da parte di terzi di un **marchio** simile od eguale, ma non anche il diritto di vietare al successivo registrante l'utilizzazione del **marchio** nella zona di diffusione locale: osservando, infatti, la sentenza **n. 14787** il difetto di una norma che disciplini specificamente questo conflitto, a tale statuizione si può pervenire secondo un'interpretazione sistematica dell'art. 9 del r.d. 21 giugno 1942, n. 929, alla luce delle altre disposizioni in tema di preuso (artt. 17 e 18), ma anche per il *favor legis* per il registrante, quale emerge sia dalla più intensa tutela (anche penale) riservata dall'ordinamento al **marchio** registrato, sia dalle disposizioni del d.lgs. 4 dicembre

1992, n. 480, attuative della disciplina comunitaria, le quali conducono a configurare, in materia, una sorta di “duopolio”, atto a consentire in ambito locale la coesistenza del **marchio** preusato e di quello successivamente registrato.

Con la sentenza **n. 581**, la Corte ha affrontato la questione delle condizioni per la configurabilità di un **diritto di esclusiva sul software**, evidenziando che la protezione del diritto d'autore nei programmi informatici si fonda, come per ogni altra opera, sul requisito dell'originalità che si rinviene anche quando il programma sia frutto di nozioni semplici se organizzate in modo autonomo e innovativo rispetto ai sistemi software preesistenti. Sempre in tema di **diritto d'autore**, la Corte ha stabilito che il provvedimento di sequestro, di cui all'art. 161 della legge 22 aprile 1941, n. 633, può avere eccezionalmente effetti nei confronti dei terzi, da intendersi secondo la sentenza **n. 2873** in modo restrittivo, a tale stregua riconoscendosi soltanto quei soggetti rispetto ai quali la necessità di esecuzione del provvedimento non poteva essere nota o che non potevano essere individuati al momento della proposizione del procedimento cautelare.

7.4 Società di persone.

La sentenza n. 26012 del 2007 s'inserisce nell'alveo di pronunce della Suprema Corte che tendono a valorizzare la soggettività giuridica delle società di persone ed a separare nettamente la sfera giuridico-patrimoniale del socio da quella della compagine sociale. In particolare la Corte risolve positivamente il problema della validità della fideiussione rilasciata dal socio a garanzia di un debito della società di persone, riformando la decisione del giudice di secondo grado che ne aveva statuito la nullità, reputando che non vi fosse giustificazione causale nell'assunzione di una garanzia personale che pone a carico del socio gli stessi obblighi già derivanti dall'assoggettamento *ex lege* alla responsabilità patrimoniale illimitata per i debiti sociali. La Corte, con un'approfondita indagine delle disposizioni codicistiche che valorizzano l'alterità del patrimonio sociale (ed in particolare di quelle attributive dei poteri di rappresentanza e legittimazione a soggetti determinati), rispetto a quello personale del socio, riconosce la validità ed efficacia di tale fideiussione, precisando però che il principio non può trovare applicazione nel caso in cui la fideiussione sia prestata in favore di una società di persone successivamente assoggettata a concordato preventivo. La procedura concorsuale, secondo quanto stabilito dall'art. 184 l.f.

previdente, si estende ai soci che, conseguentemente, possono rispondere solo per la quota concordataria. Deve pertanto escludersi l'applicazione al socio fideiussore del secondo comma della disposizione sopra citata, secondo il quale i creditori garantiti da fideiussione stipulata prima della sottoposizione della società a concordato preventivo devono essere soddisfatti per intero: la norma, secondo la Corte e in adesione all'orientamento non uniforme ma prevalente, riguarda solo le garanzie assunte dai terzi e non quelle rinvenibili in capo ai soci.

7.5 Società per azioni.

In tema di presidenza dell'**assemblea** della s.p.a., la sentenza **n. 19160** ha ritenuto inderogabile la norma organizzativa di cui all'art. 2371 cod. civ., la quale stabilisce che, in caso di assenza o impedimento del presidente, tale funzione spetti ad un consigliere scelto dallo stesso c.d.a., poiché per tale ipotesi subordinata la scelta è deferita alla maggioranza degli intervenuti. La sentenza **n. 9909** ha affrontato il problema della limitazione procedurale della proclamazione del risultato: essa segna il momento conclusivo del procedimento di votazione in ordine ad ogni singola proposta sulla quale l'assemblea dei soci è stata chiamata ad esprimersi, non essendo dunque consentito, nella medesima riunione, procedere ad una seconda votazione sulla stessa proposta, salvo che in presenza di specifici ed accertati vizi della precedente votazione, i quali ne legittimano la rinnovazione, purché nel verbale ne sia dato puntualmente atto.

L'attribuzione all'**amministratore** di compensi sproporzionati o in misura eccedente i limiti della discrezionalità imprenditoriale, può essere oggetto d'impugnativa della delibera dell'assemblea della società di capitali per abuso o eccesso di potere, sussistendo il profilo della violazione del dovere di buona fede in senso oggettivo o di correttezza, in quanto l'atto persegue in prevalenza interessi personali estranei al rapporto sociale, con ciò danneggiando gli altri partecipi al rapporto stesso: quanto ai criteri – secondo la sentenza **n. 15942** – occorre avere riguardo alla natura e alla ampiezza dei compiti dell'amministratore ed al compenso corrente nel mercato per analoghe prestazioni, in relazione a società di analoghe dimensioni, e, in funzione complementare, alla situazione patrimoniale e all'andamento economico della società.

Quanto all'**azione sociale di responsabilità**, prevista dall'art. 2393 cod. civ., in una fattispecie precedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, la sentenza **n. 11658** ha affermato che essa può formare oggetto di rinuncia e transazione, dunque, ai sensi dell'art. 806 cod. proc. civ., è anche deferibile al giudizio arbitrale. Ulteriore specificazione è stata approntata dalla sentenza **n. 9901** che ha escluso che l'amministratore convenuto in giudizio, unitamente ad altri soggetti, con l'azione sociale di responsabilità, possa giovare, ai sensi dell'art. 1304 cod. civ., della transazione intervenuta tra la società ed i coobbligati solidali, qualora la transazione non sia stata autorizzata dall'assemblea con deliberazione adottata senza il voto contrario della minoranza qualificata prevista dall'art. 2393 cod. civ., trattandosi di un requisito prescritto a garanzia di tali soci.

Quanto all'**azione del socio o del terzo danneggiato**, esperibile ex art. 2395 cod. civ., la sentenza **n. 8359** puntualizza che non rileva che il danno sia stato arrecato al socio o al terzo dagli amministratori nell'esercizio del loro ufficio o al di fuori di tali incombenze e si tratta comunque di azione di natura extracontrattuale, un'applicazione dell'ipotesi disciplinata dall'art. 2043 cod. civ.

Facendo applicazione per la prima volta dell'art.148, comma 2, del d.lgs. n. 58 del 1998, in tema di nomina del **collegio sindacale** nelle s.p.a., è stata ritenuta illegittima dalla sentenza **n. 19160** la modifica statutaria che attribuisca al consiglio di amministrazione il diritto di presentare una propria lista di candidati, con possibile integrale copertura dei posti disponibili, ciò implicando la violazione del diritto dei soci di minoranza di ottenere l'elezione di un loro candidato quale componente effettivo.

In tema di responsabilità solidale dei sindaci di s.p.a., integra violazione dei doveri di controllo, posti dall'art. 2407 cod. civ., l'omessa vigilanza circa il compimento da parte dell'organo amministrativo di irregolarità di gestione per operazioni non riportate nella contabilità: la sentenza **n. 18728** ha applicato il principio negando anche ogni automatica liceità dei finanziamenti a favore delle società collegate poi fallite, se non risultano i vantaggi per la società amministrata, delle operazioni che la depauperavano, occorrendo un interesse economicamente e giuridicamente apprezzabile non coincidente con la logica dell'operazione interna al gruppo d'impres.

In ordine alla validità ed efficacia delle deliberazioni aventi ad oggetto l'azzeramento e la ricostituzione del capitale sociale la sentenza **n. 8221** ha stabilito che le regole contenute negli artt. 2446 e 2447 cod.civ. sono poste non solo a tutela dei soci ma anche dei terzi. Conseguentemente ha ritenuta invalida la delibera di azzeramento e reintegrazione del capitale sociale fondata su una situazione patrimoniale non aggiornata e assunta sulla base di una determinazione delle perdite al lordo delle riserve enunciando il principio della corrispondenza temporale della situazione patrimoniale eventualmente integrata dall'ultimo bilancio di esercizio sulla base della quale si decide l'operazione di ricapitalizzazione e la data di convocazione dell'assemblea.

7.6 Società a responsabilità limitata.

Con riguardo al **diritto di voto nelle assemblee**, secondo la sentenza **n. 19161** la legittimazione al relativo esercizio si connette, ai sensi dell'art. 2479 cod. civ. nel testo previgente al d.lgs. n. 6 del 2003, al fatto in sé dell'iscrizione dell'avente diritto al libro soci, mentre il trasferimento di quota è valido ed efficace *inter partes* indipendentemente dalla predetta formalità, necessaria unicamente ai fini dell'efficacia verso la società ed i terzi: si è affermato il principio per cui la società non può distinguere la legittimazione, quale discendente dall'iscrizione nel libro soci, dalla reale titolarità della partecipazione, escludendosi l'applicabilità in materia, al fine di disconoscere i diritti sociali, della disciplina del pagamento al creditore apparente (art.1189 cod. civ.) o al possessore di un titolo di credito (art.1992 cod. civ.), poiché essendo la partecipazione nella s.r.l. diversa dall'azione non ricorre la regola sull'adempimento della prestazione nei confronti del possessore di un titolo di credito.

L'annullamento della delibera assembleare di s.r.l. che sia stata adottata in presenza di un conflitto d'interessi di un socio *ex art. 2373 cod. civ.* (secondo la disciplina anteriore al d.lgs. n. 6 del 2003) esige la concorrente sussistenza della causazione del danno alla società e, in via preliminare, del carattere determinante del voto espresso, secondo la prova di resistenza: dal calcolo della maggioranza, secondo la sentenza **n. 15613**, la nozione di capitale sociale di riferimento rimanda alla sola parte di esso coincidente con quella dei soci aventi diritto di votare, con esclusione della quota

facente capo al socio che versi in conflitto d'interessi, rilevante invece ai soli fini del *quorum* costitutivo.

Quanto al **luogo** ove è convocata l'assemblea, la sentenza **n. 1034** ha precisato che il riferimento alla sede della società – *ex art. 2363 cod. civ.*, applicabile in forza del rinvio di cui all'art. 2486 cod. civ. (nel testo previgente al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) - può essere interpretato nel senso che, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'assemblea possa essere convocata entro l'ambito del territorio del comune in cui si trova la sede stessa, divenendo invece illegittima la convocazione in un comune diverso, benché distante pochi chilometri e facilmente raggiungibile senza aggravii di costi; in caso di inerzia dell'organo amministrativo, il potere di convocazione dell'assemblea di una s.r.l., ai sensi dell'art. 2406 cod. civ. applicabile in forza del rinvio di cui all'art. 2448 cod. civ., spetta inoltre - per la stessa sentenza - al collegio sindacale e non al suo presidente.

La clausola di prelazione prevista dallo statuto di una s.r.l. è dettata nell'interesse dei soci che intendono garantirsi contro il rischio di mutamento della compagine sociale ma, secondo la sentenza **n. 10121**, in caso di retrocessione di quote oggetto di intestazione fiduciaria non vi è, dal punto di vista sostanziale, mutamento nelle persone dei soci, operando il fiduciante nell'interesse e secondo le istruzioni del mandante: il fiduciante, dunque, che sia titolare di proprie quote, non può invocare il diritto di prelazione, in quanto il trasferimento delle quote al mandante fa parte del *pactum fiduciae*.

La nuova disposizione dell'art. 2467 cod. civ. - secondo cui il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito - è applicabile, per la sentenza **n. 16393**, non ad ogni forma di finanziamento da parte dei soci, ma, esclusivamente, alla figura dei cosiddetti prestiti anomali o sostitutivi del capitale al fine di porre rimedio alle ipotesi di sottocapitalizzazione nominale: compete dunque alla parte impugnante provare che la deliberazione medesima sia stata adottata in presenza di un eccesso di indebitamento rispetto al patrimonio netto della società o di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento ovvero in una fase in cui la società aveva necessità di acquisire provvista ma non sarebbe stata in grado di operare i rimborsi.

L' esistenza di un **gruppo** di società o di imprese, pur se privo di soggettività giuridica e non coincidente con un centro d'interessi autonomo rispetto alle società collegate, esige la prova di un accordo fra le varie entità, diretto a creare un'impresa unica, con direzione unitaria e patrimoni tutti destinati al conseguimento di una finalità comune e ulteriore: la sentenza **n. 15879** ha stabilito che la regola del collegamento societario, anche a norma dell'art. 2359 comma terzo cod. civ., attiene a tutte le società di capitali e richiede in più l'esistenza di un rapporto fra società o imprese, per cui l'influenza notevole deve essere il riflesso di intese dirette al realizzo di finalità comuni, mediante una politica societaria convergente e l'utilizzo di risorse patrimoniali attinte da ciascuna delle società partecipanti al gruppo, senza che sia risolutiva la posizione dominante pur accertata con riguardo ad un socio.

7.7 Società cooperative.

La doppia valenza delle posizioni del socio di una cooperativa, beneficiario del servizio reso da quest'ultima oltre che parte del rapporto associativo, implica – secondo la sentenza **n. 18724** pronunciata con riguardo a cooperative esercenti il credito – che ogni operazione (tra cui il versamento su libretto di risparmio) instaurativa di obblighi negoziali diversi da quelli nascenti dal vincolo sociale, può essere considerata fonte di responsabilità a carico degli amministratori se compiuta in spregio al divieto di compiere nuove operazioni sociali in presenza di una causa di scioglimento dell'ente. Facendo applicazione di tale principio alle **cooperative edilizie**, in particolare la sentenza **n. 7646** ha precisato che l'acquisto, da parte dei soci, della proprietà dell'alloggio per la cui realizzazione l'ente sia stato costituito, passa attraverso la stipulazione di un contratto di scambio, la cui causa è del tutto omogenea a quella della compravendita, per cui, con riferimento al corrispettivo dovuto, la misura e le modalità di pagamento non possono essere modificate dagli organi sociali, in assenza di un'esplicita previsione contrattuale.

Il principio dell'intrasmissibilità *mortis causa* della posizione del socio e del conseguente scioglimento del rapporto sociale, nelle società cooperative discende dall'art. 2528 cod. civ. - nel testo anteriore alla riforma del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 - il quale consente - secondo la sentenza **n. 11311** - che la continuazione del rapporto

con gli eredi possa essere deferita, per previsione dell'atto costitutivo, al discrezionale e insindacabile giudizio degli organi sociali, anche se l'erede possieda i requisiti previsti dallo statuto per l'ammissione alla società.

La categoria dell'inesistenza della **delibera assembleare** è stata ribadita, dalla sentenza **n. 16390**, anche per le cooperative, potendo essere impugnata e conseguentemente dichiarata invalida la delibera societaria inesistente quando vi sia un atto scrutinabile o comunque possa valutarsi la palese difformità dal modello legale o l'assenza di requisiti essenziali; al contrario, non può configurarsi alcun atto impugnabile se una richiesta del socio non sia stata presa in considerazione dal presidente dell'assemblea e conseguentemente né discussa né approvata.

Lo statuto delle società contiene le norme relative al loro funzionamento e forma parte integrante dell'atto costitutivo (art. 2518 cod. civ. nel testo anteriore alla riforma introdotta con il d.lgs. n. 6 del 2003), ma non per questo può ritenersi in contrasto con la disciplina statutaria qualunque disposizione organizzativa interna che la società si sia data: così, la sentenza **n. 14791** ha statuito la compatibilità con tale principio della previsione attributiva agli organi sociali di specifiche competenze non previste dallo statuto o dalla legge, ove non sia derogata la ripartizione delle attribuzioni dei vari organi ivi stabilita.

In forza del rinvio operato (nel sistema previgente al d.lgs. n. 5 del 2003) dall'art. 2516 cod. civ. alle norme dettate per la liquidazione delle società per azioni, trova applicazione anche per le società cooperative l'art. 2449 cod. civ., che sancisce il divieto di nuove operazioni quando si sia verificata una causa di scioglimento e afferma la responsabilità illimitata e solidale degli amministratori per gli affari intrapresi in violazione di tale divieto; tale norma, per la sentenza **n. 3694**, si applica altresì alla gestione del **commissario governativo**.

7.8 Diritto processuale societario.

Secondo quanto stabilito nella sentenza **n. 19039**, l'immediata esecutività delle delibere assembleari spiega perché *ex art. 2378*, primo comma, cod. civ. (richiamato espressamente dall'art. 2486 cod. civ. nel testo anteriore al d.lgs. n. 6 del 2003), il **tribunale territorialmente competente** per l'impugnazione di delibera di una s.r.l.

sia, in via esclusiva e inderogabile, quello del luogo in cui la società aveva la propria sede legale, determinata al momento dell'introduzione del giudizio.

In tema di **poteri di rappresentanza**, la procura alle liti stesa a margine o in calce all'atto di impugnazione e rilasciata, in nome e per conto della società di capitali, da soggetto che si qualifichi come "procuratore speciale" senza la produzione dell'atto di investitura e nonostante la mancata eccezione della parte avversaria ha fondato, per la sentenza **n. 19922**, l'inammissibilità dell'appello proposto. Con la sentenza **n. 19162** è stato specificato il principio per cui la persona fisica che riveste la qualità di organo della persona giuridica non ha l'onere di dimostrare tale veste, spettando invece alla parte che ne contesta la sussistenza l'onere di formulare tempestiva eccezione e fornire la relativa prova negativa, regola applicata anche al caso in cui la persona giuridica si sia costituita in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante, se tale potestà deriva dall'atto costitutivo o dallo statuto.

In tema di opponibilità delle limitazioni del potere rappresentativo degli amministratori di una s.p.a. nei confronti dei terzi che non versino in situazione di dolo, per aver intenzionalmente stipulato un atto con il rappresentante sfornito di poteri in danno della società, trova applicazione l'art.2384 cod. civ. per cui tale potere - secondo la sentenza **n. 18574** - sussiste perché previsto dall'atto costitutivo o dalla delibera di nomina o derivante dalla stessa carica di amministratore: eventuali limitazioni del potere rappresentativo, anche se pubblicate, non possono essere opposte al terzo contraente, per cui non vi sarebbe ragione di distinguere le limitazioni contenute nell'atto costitutivo e nello statuto, da quelle risultanti in atti sociali, per i quali è prevista, dall'art. 29 della legge n. 266 del 1997, la pubblicazione mediante iscrizione o deposito nel registro delle imprese.

Anche nella società cooperativa a responsabilità limitata l'autorizzazione dell'assemblea al promovimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, richiesta dall'art. 2393 c.c., costituisce una **condizione dell'azione**, la cui esistenza va verificata d'ufficio dal giudice: per la sentenza **n. 18939** è sufficiente, peraltro, che tale autorizzazione sussista nel momento della pronuncia della sentenza che definisce il giudizio.

I creditori sociali perdono, per effetto della dichiarazione di fallimento della società di capitali debitrice, la legittimazione - spettante in via esclusiva al curatore durante il

corso della procedura concorsuale - ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società, ai sensi dell'art. 2394 cod. civ., e la riacquistano a seguito della chiusura del fallimento; tuttavia, chiarisce la sentenza **n. 14961**, essi sono soggetti agli effetti della prescrizione maturata *medio tempore*, atteso che la perdita della legittimazione attiva non è causa di sospensione della prescrizione. La trasformazione di un'impresa individuale in società di capitali, nel corso del processo, integra un'ipotesi di **successione a titolo particolare**, secondo la previsione dell'art. 111 cod. proc. civ., con la conseguenza – per la sentenza **n. 6945** - che il titolare resta legittimato alla continuazione del processo ed all'esercizio del diritto d'impugnazione.

In materia di **irregolarità nella gestione di una società**, i provvedimenti dati ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., anche se comportino la nomina di un ispettore o di un amministratore previa revoca di quello prescelto dall'assemblea ovvero decidano questioni inerenti alla regolarità del relativo procedimento, sono privi di decisorietà, si risolvono in misure cautelari e provvisorie, e, pur coinvolgendo diritti soggettivi, non statuiscano su di essi a definizione di un conflitto tra parti contrapposte, nè hanno attitudine ad acquistare autorità di giudicato sostanziale: ciò motiva, per la sentenza **n. 6805**, la loro non impugnabilità con il ricorso per cassazione ai sensi dell'**art. 111 Cost.**, salvo la condanna alle spese, negandosi poi tale natura al provvedimento di fissazione di una cauzione.

La Corte inizia a svolgere la propria funzione nomofilattica nel campo della struttura e degli effetti, del novellato **procedimento cautelare**, partendo dal processo societario, essendo stata questa la prima riforma processuale ad aver introdotto per i provvedimenti cautelari non conservativi la cd. strumentalità attenuata, mediante l'adozione di un modello successivamente introdotto con la l.n. 80 del 2005, per tutti i provvedimenti cautelari. Lo fa con le prime pronunce riguardanti provvedimenti emessi in materia societaria, sollecitata, come è accaduto all'esito dell'introduzione del procedimento cautelare uniforme, con la L. n. 353 del 1990, dai ricorsi *ex art. 111 Cost.* A tale riguardo si segnala in primo luogo la sentenza **n. 13360** con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità dell'art. 111 Cost. avverso un provvedimento di reclamo con il quale era stato negato un provvedimento cautelare di sospensione dell'esecutività di una delibera assembleare in corso di giudizio, sul rilievo che anche i

provvedimenti cautelari a strumentalità non necessaria possono determinare l'instaurazione di un giudizio a cognizione piena, non potendo mai passare in giudicato. Così decidendo la Corte introduce due significativi punti fermi nel dibattito seguito all'introduzione dei due nuovi modelli di provvedimento cautelare: il primo riguarda la espressa indicazione relativa all'assenza di definitività e decisorietà del provvedimento ancorché emesso in sede di reclamo sulla base dell'astratta eventualità dell'instaurazione del giudizio di merito; la seconda concerne il collegamento inscindibile tra tale caratteristica di limitata stabilità temporale e l'inefficacia al passaggio in giudicato. Ma nella stessa ordinanza la Corte stabilisce altri due principi di estrema rilevanza : il primo ha ad oggetto la espressa qualificazione del provvedimento di sospensione degli effetti esecutivi della delibera assembleare (art. 2378 cod. civ.) tra i provvedimenti a strumentalità attenuata e non necessaria e si segnala proprio è una delle prime prese di posizione della Corte sulla qualificazione giuridica dei provvedimenti cd. *extravagantes* rinvenibili nel codice civile e nelle leggi speciali, a causa dei quali ampio e diversificato è stato il dibattito in dottrina; la seconda riguarda la differenza tra estinzione del giudizio e estinzione dell'azione. La Corte precisa, infatti, che anche quando il giudizio si è estinto e il provvedimento cautelare è divenuto stabile, la mancata estinzione del diritto di azione abilita le parti a introdurre un nuovo giudizio sulla *causa petendi* e il *petitum* costituenti il *fumus* del provvedimento cautelare. Infine la Corte sottolinea la differenza tra provvedimento di accoglimento e provvedimento di rigetto, rilevando che in quest'ultimo caso non c'è la produzione di alcun effetto rispetto alla situazione giuridica soggettiva esercitabile nel giudizio a cognizione piena.

Da queste premesse la Corte fa derivare l'inammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost. In un'altra ordinanza, la **n. 5335**, viene enunciato un principio nuovo in materia di competenza del giudice del merito. La Corte stabilisce che la competenza non contestata della fase cautelare radica definitivamente quella del merito. La conclusione, è tutt'altro che univoca. Se nel giudizio a cognizione piena può essere dichiarata l'incompetenza per materia o territorio del giudice adito sul diritto costituente il *fumus* della domanda cautelare, tale pronuncia, secondo una parte della dottrina travolge anche il provvedimento cautelare, a differenza delle pronunce impedienti estranee ai presupposti della cautela. Inoltre specie nelle cause aventi ad

oggetto rapporti obbligatori, è ammessa la possibilità d'instaurare il giudizio di merito presso un foro diverso da quello della misura cautelare ma pur sempre rientrante tra quelli alternativi.

7.9 Procedura fallimentare.

Ai fini della **dichiarazione di fallimento**, per la sentenza **n. 14064** è da escludere che le disposizioni di cui agli artt. 214 e segg. cod. proc. civ., sul riconoscimento e la verifica della scrittura privata, siano applicabili in sede di istruttoria prefallimentare, tenuto conto che tale procedimento ha carattere sommario e camerale, investe materia sottratta al potere dispositivo delle parti, tende al riscontro dei presupposti per l'instaurazione della procedura concorsuale senza un preciso accertamento delle obbligazioni facenti carico all'imprenditore. Sempre in ambito processuale, la sentenza **n. 17388** si segnala perché individua tutte le azioni rientranti nella **competenza funzionale** del tribunale fallimentare chiarendo che per azioni derivanti dal fallimento ai sensi dell'art. 24 l.f., devono intendersi quelle che comunque incidono sul patrimonio del fallito, compresi gli accertamenti che costituiscono la premessa di una pretesa nei confronti della massa, anche quando siano diretti a porre in essere il presupposto di una successiva sentenza di condanna. Ne consegue che rientrano nella competenza **inderogabile** del foro fallimentare la domanda di compensazione riguardante un maggior credito nei confronti del fallito da insinuare al passivo, le azioni revocatorie fallimentari, le azioni dirette a far valere diritti verso il fallito, le azioni di annullamento seguite da quelle di restituzione e quelle volte ad accertare la simulazione.

Viene ribadito dalla sentenza **n. 19096** che il decreto con cui la Corte d'appello accoglie, ai sensi degli artt. 22 terzo comma e 147 l.f., il **reclamo** avverso il provvedimento di rigetto di estensione del fallimento alla società di fatto ed ai soci, non ha alcuna autonomia rispetto alla dichiarazione di fallimento, di cui costituisce un momento del relativo complesso procedimento. Ne consegue che esso non è impugnabile con ricorso per cassazione nemmeno a seguito della modifica dell'art. 360 cod. proc. civ., di cui all'art. 2 del d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, difettando i requisiti, pur sempre necessari, della definitività e della decisorietà,

La cessazione dell'attività dell'impresa, per la sentenza **n. 9897**, postula che – ai fini della decorrenza del termine annuale entro il quale può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore, ex art. 10 l.f. – essa non sia stata seguita da operazioni economiche o commerciali intrinsecamente identiche a quelle normalmente poste in essere nell'esercizio dell'impresa stessa.

Il fallimento della società può essere dichiarato entro un anno dalla fusione ai sensi degli artt. 10 e 11 l.f. applicabili in via analogica, essendo stato ritenuto dalla sentenza n. 2210 irrilevante - in una fattispecie relativa a fusione di società di persone ed anteriore all'entrata in vigore della riforma del diritto societario introdotta con d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 - che i debiti siano stati, con la fusione, assunti dalla società incorporante; che la fusione non sia stata contrastata dai creditori; che sia mancato il fallimento della società incorporante; che sia mancata qualsiasi richiesta di pagamento rivolta dai creditori dell'incorporata alla società incorporante. Con riguardo al fallimento del socio receduto, la sentenza **n. 9445** ha chiarito che tale pronuncia non deve avvenire necessariamente con la procedura di estensione ex art. 147, secondo comma, l.f., poiché se la sua esistenza è già nota prima della dichiarazione del fallimento societario, questo, ai sensi del primo comma, produce il fallimento di tutti i soci illimitatamente responsabili. Significativa la posizione assunta, in ordine alla legittimazione al reclamo avverso i decreti di rigetto, dalla sentenza **n. 5220** che, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 22 l.f., ha riconosciuto al P.M., nelle ipotesi disciplinate dall'art. 7 l.f., la legittimazione a proporre il predetto reclamo avanti alla corte d'appello. L'art. 91 cod. proc. civ. trova applicazione anche nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, per cui, in caso di rigetto dell'istanza di fallimento, la condanna alle spese può seguire anche in assenza di esplicite domande, essendo una conseguenza legale della decisione della lite, né rileva a tal fine – per la sentenza **n. 4774** - che le ragioni dei creditori fossero fondate e gli stessi avessero di fatto conseguito il risultato di riscuotere i crediti vantati, non essendo il procedimento di fallimento diretto ad accertare inadempienze bensì lo stato di insolvenza. In parallelo la responsabilità del creditore istante per il fallimento del proprio debitore per i danni derivati dalla dichiarazione di fallimento di quest'ultimo configura –per la sentenza **n. 4096** - una particolare applicazione, al processo fallimentare, dell'istituto della responsabilità aggravata di cui all'art. 96 cod. proc. civ

In tema di **pagamenti** spettanti al fallito, la sentenza **n. 19165** ha negato valore al principio di tutela del pagamento effettuato presso il creditore apparente ribadendone invece l'inefficacia, per la circostanza oggettiva della sua posteriorità alla dichiarazione di fallimento ed a soggetti diversi dalla curatela; tale conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del fallito, valevole *erga omnes*, nemmeno permette rilevanza allo stato soggettivo del *solvens*. La stessa inefficacia ha fondato l'attrazione al foro fallimentare, *ex art. 24 l.f.*, perchè i pagamenti sono eseguiti dopo l'apertura del concorso e pur se riferibili a lavori pubblici effettuati dall'impresa fallita in epoca anteriore.

Nell'ambito della **revocatoria fallimentare**, ancora regolata dalla disciplina anteriore al d.l. 35/05, con la pronuncia **n. 22014** si è ritenuto che la cessione *pro solvendo* di un credito verso terzi, effettuata nell'ambito di un contratto di sconto ed al fine di ottenere dalla banca cessionaria l'anticipazione, previa deduzione degli interessi, dell'importo del credito stesso, non costituisce un mezzo anormale di pagamento posto che la cessione viene stipulata a scopo di garanzia, non già per estinguere un debito preesistente e scaduto ed è funzionalmente contestuale al sorgere del credito garantito. A sua volta, per escludere che l'estinzione di un'obbligazione da parte del debitore mediante una prestazione diversa dal denaro costituisca una *datio in solutum*, cioè mezzo anormale di pagamento (revocabile ai sensi dell'art. 67, secondo comma, l.f.), non è però sufficiente – per la sentenza **n. 11850** - l'accertamento di tale possibilità come previsione contrattuale, anche alla stregua obbligazione alternativa o con facoltà alternativa; occorre invece considerare anche la funzione della clausola, dunque verificando, in base al comportamento delle parti, se tale pattuizione sia stata da esse voluta a tutela dell'interesse del debitore, che non può normalmente liberarsi se non effettuando il pagamento ovvero di un apprezzabile interesse del creditore, indipendente dal soddisfacimento del credito vantato, dovendo altrimenti ritenersi che essa costituisca uno strumento contrattuale preordinato ad assicurare al creditore la possibilità di sottrarsi alla legge del concorso. In ogni caso, la sentenza **n. 267**, ha escluso l'applicazione retroattiva della nuova formulazione dell'art. 67 l.f., introdotta dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, così interpretando l'art. 150 del medesimo decreto, ritenendo inoltre che l'assunto manifestamente non contrasta con l'art. 3 Cost.

Una prima importante applicazione dell'art. 2467 cod. civ. – per cui il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito – è stata chiarita dalla sentenza **n. 16393** secondo la quale, in base al secondo comma della disposizione, si fa riferimento non ad ogni forma di finanziamento da parte dei soci, ma esclusivamente alla figura dei cosiddetti prestiti anomali o sostitutivi del capitale al fine di porre rimedio alla sottocapitalizzazione nominale; in caso di impugnazione della delibera assembleare di rimborso di finanziamenti ritenuti anomali, la parte impugnante deve dunque provare che la deliberazione sia stata adottata in presenza di un eccesso di indebitamento rispetto al patrimonio netto della società o di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento ovvero in una fase in cui la società, in relazione all'attività in concreto esercitata, aveva la necessità delle risorse messe a disposizione dai soci finanziatori e non sarebbe stata in grado di rimborsarli.

Quanto alla revoca di compravendita immobiliare, se risulti che l'atto pubblico trascritto, ricadente nell'ambito del “periodo sospetto” stabilito dall'art. 67 l.f., assolve al solo compito di rendere il trasferimento della proprietà opponibile ai terzi (con la trascrizione), essendosi l'effetto traslativo del diritto già verificato in virtù di una precedente scrittura privata avente data certa anteriore al periodo predetto, ai fini della collocazione cronologica dell'atto per la sentenza **n. 5270** è alla data di tale scrittura che deve farsi riferimento.

Con riguardo alle **rimesse in conto corrente bancario**, la Corte, proseguendo nel proprio indirizzo specificativo della differenza tra saldo scoperto e saldo passivo ha rilevato con la sentenza **n. 14676** che qualora risultino compiute plurime operazioni di segno opposto nell'arco di una stessa giornata in cui appaia uno scoperto di conto, incombe sul fallimento l'onere di provare la cronologia dei singoli movimenti, non essendo idoneo a tal fine né l'ordine dell'estratto conto della banca, né l'indicazione delle schede contabili; ma tale onere può essere adempiuto anche mediante la prova logica, in base all'assunto, favorevole alla banca, che computando prioritariamente tutti i versamenti e le rimesse, costituiscano ancora atti solutori i versamenti compresi tra lo scoperto di apertura ed il limite del fido; il ricorso alla prova logica è peraltro necessario soltanto quando i versamenti sono preceduti o intervallati da operazioni di

prelievo allo scoperto e l'ordine logico delle operazioni compiute nell'ambito della stessa giornata non assume rilievo quando il conto abbia saldo scoperto sia all'inizio che al termine delle operazioni giornaliere e le rimesse in conto della giornata non siano di entità tale da fare mai abbassare il saldo entro il limite del fido, dovendosi in tal caso riconoscere alle rimesse stesse comunque e sempre effetto estintivo del credito della banca. In termini ulteriormente specificativi, approfondendo l'ambito delle rimesse revocabili con riguardo alla determinazione del saldo del conto corrente cui riferire i pagamenti, la sentenza **n. 4762**, ha identificato il criterio applicabile nella disponibilità sul conto da parte del correntista al momento della rimessa, che però non coincide necessariamente nè con il saldo per valuta, nè con quello contabile delle operazioni risultanti dall'estratto conto, offrendosi così tre metodologie di indagine; la precisazione riguarda l'emersione di sole operazioni di rimesse di titoli all'ordine o di carte commerciali, per le quali può legittimamente presumersi la coincidenza del saldo disponibile con il saldo per valuta, salva la prova da parte della banca dell'antiorità del pagamento da parte del terzo rispetto alla valuta, o comunque dell'antiorità disponibilità da parte del cliente; quando, invece, nel periodo considerato emergano solo operazioni implicanti disponibilità immediata da parte del correntista, il dato contabile coincide con quello di disponibilità; quando, infine, nel periodo appaiano sul conto sia operazioni su titoli, sia movimenti per i quali la disponibilità coincide con la data dell'operazione (prelievi o versamenti in contanti, emissione di assegni da parte del correntista), il saldo disponibile deve essere ricostruito secondo un'interpolazione tra i dati per valuta e quelli contabili, a seconda del tipo di operazione.

Quanto all'elemento soggettivo, in rapporto alla sentenza penale di assoluzione (disciplinata dall'art. 652 cod. proc. pen. - sull'efficacia del giudicato penale nel giudizio civile di danno, cui è equiparabile l'azione revocatoria), che, se pronunciata in seguito a dibattimento e divenuta definitiva, ha efficacia di giudicato nei confronti del danneggiato che si sia costituito o sia stato posto in condizioni di costituirsi parte civile nel processo penale, la sentenza n. 5625 ha escluso tale efficacia, nel giudizio di revoca di pagamenti intrapreso dal curatore fallimentare nei confronti di una banca, del giudicato penale di assoluzione di un dipendente della stessa banca per esclusione del carattere fraudolento dell'operazione - allegato dalla convenuta a dimostrazione della

sua *inscientia decoctionis* - non essendosi il curatore costituito parte civile nel giudizio penale.

Quanto alle **esenzioni dalla revocatoria fallimentare** previste dal terzo comma dell'art. 67 l.f., come modificato dall'art. 2, comma 1, d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (conv., con modif., nella legge 14 maggio 2005, n. 80), la sentenza **n. 5346** ha ritenuto che non si applichino, ai sensi del comma 2 dell'art. 2 d.l. cit., alle azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate prima della data di entrata in vigore del medesimo decreto, negando altresì che tale regime manifestamente contrasti con il principio costituzionale di uguaglianza, trattandosi di scelta legislativa che incide in modo identico per tutti i rapporti sorti dopo la riforma.

Relativamente al contenuto condannatorio dell'azione revocatoria, la sentenza **n. 2883** ha puntualizzato che oggetto della domanda non è il bene in sè, ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettabilità ad esecuzione e, quindi, la liquidazione di un bene che, rispetto all'interesse dei creditori, viene in considerazione soltanto per il suo valore; per tale ragione la condanna al pagamento dell'equivalente monetario del bene oggetto dell'atto revocato ben può essere pronunciata, anche d'ufficio dal giudice in ogni caso in cui risulti impossibile la restituzione del bene stesso.

Le Sezioni Unite, con la sentenza **n. 2692**, hanno poi affermato l'applicabilità della legge italiana, con il criterio del *lex fori concursus*, all'azione revocatoria promossa da un fallimento, dichiarato in Italia, nei confronti di un soggetto residente in uno Stato extracomunitario, poiché il rapporto inscindibile di questo tipo di azione con la procedura fallimentare comporta che la legge da cui è retta quella procedura debba essere la stessa da applicare all'azione che da essa promana, in questo modo evitandosi disparità di trattamento tra creditori diversi; la giurisdizione del giudice italiano sussiste poiché, a norma dell'art. 3, secondo comma, ultima parte, della legge 31 maggio 1995, n. 218, nelle materie escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, tra le quali ricade la materia fallimentare, si richiama ai criteri di collegamento stabiliti per la competenza per territorio, per l'azione revocatoria fallimentare in relazione al luogo di apertura del fallimento.

Con riguardo all'**accertamento del passivo** il riscontro della sussistenza di un'ipotesi di appalto di mano d'opera vietato, *ex art. 1* della legge n. 1369 del 1960, non può costituire il presupposto della domanda di condanna nei confronti dell'imprenditore che assume la veste di intermediario fittizio (o interposto), in quanto un siffatto accertamento implica la negazione di una sua reale titolarità del rapporto di lavoro; per cui se tale soggetto fallisce, la domanda del lavoratore volta all'accertamento dell'interposizione fittizia, proposta anche nei confronti della impresa utilizzatrice delle prestazioni lavorative, quale litisconsorte necessario dell'imprenditore interposto, non viene attratta nella cognizione del giudice fallimentare, ma resta – secondo l'ordinanza **n. 21224** – di competenza del giudice del lavoro, difettando il collegamento strumentale ad una domanda di condanna dello stesso imprenditore intermediario fallito.

In materia di **sanzioni amministrative** per pregresse violazioni dell'imprenditore fallito, secondo la sentenza **n. 18729** il perdurante potere dell'ente impositore di determinare l'ammontare della sanzione pecuniaria, non esonera il relativo credito dall'assoggettamento alle regole concorsuali e dunque dall'obbligatoria **insinuazione al passivo** fallimentare, esulando l'accertamento dell'ordinanza-ingiunzione a norma dell'art.18 della legge n.689/81, la quale se emessa è priva di efficacia ai fini del concorso collettivo.

Con l'ordinanza **n. 19290** ed in tema di rapporto fra giudizio di cognizione promosso o proseguito dal fallimento ed accertamento del credito concorsuale di terzi è stato ribadito, ulteriormente specificando la rispettiva autonomia ai sensi dell'art. 36 cod. proc. civ., l'indirizzo per cui, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, il fallimento del creditore opposto, nei cui confronti sia stata proposta dall'opponente domanda riconvenzionale, non comporta l'improcedibilità del giudizio di opposizione e la rimessione dell'intera controversia al giudice fallimentare, dovendo il giudice dell'opposizione trattenere questa e su di essa decidere, e disporre la remissione della sola domanda riconvenzionale dinanzi al giudice delegato al fallimento, previa separazione dei due procedimenti, e salva la possibilità di sospensione del giudizio di opposizione qualora la definizione della riconvenzionale si presenti come pregiudiziale rispetto alla decisione dell'opposizione medesima: è stato così negato fondamento al *simultaneus processus* tra la opposizione a decreto ingiuntivo in sede ordinaria e la

controversia di natura fallimentare, sia che quest'ultima sia già pendente presso il giudice del fallimento, sia che insorga nell'ambito dello stesso processo di opposizione. Una importante precisazione è stata recata con la sentenza **n. 18088**, ove il tema del rapporto con il giudizio ordinario di cognizione ha trovato trattazione in virtù di un'interpretazione estensiva dell'art. 95, comma terzo, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ritenuta applicabile anche nel caso di sentenza, non ancora passata in giudicato, che abbia rigettato (anche solo in parte) la domanda del creditore, con la conseguenza che, intervenuto il fallimento successivamente a tale decisione, il creditore per evitare gli effetti preclusivi derivanti dal passaggio in giudicato della medesima deve proporre impugnazione in via ordinaria nei confronti del curatore del fallimento, legittimato non solo a proporre l'impugnazione ma anche passivamente a subirla; ciò ha permesso di affermare che, in ragione della competenza del giudice dell'impugnazione, se in una controversia del lavoro si intenda far valere una domanda volta ad una pronuncia di accertamento (per es. la esistenza del rapporto di lavoro) o costitutiva (per es. l'annullamento del licenziamento o la reintegrazione sul posto di lavoro) unitamente ad una domanda diretta alla condanna al pagamento di somma di denaro, va riconosciuta al giudice del lavoro, quale giudice dell'impugnazione, la competenza funzionale su tutte le domande spiegate, non potendo operare per quanto riguarda la (sola) domanda di condanna la *vis attractiva* del giudice fallimentare.

Ad ulteriore focalizzazione del possibile oggetto del giudizio avanti al giudice dell'opposizione allo stato passivo è pervenuta la sentenza **n. 11850**, per la quale la proposizione di una **domanda riconvenzionale** da parte **del curatore** non dà luogo ad una questione di competenza, ma solo di rito: il tribunale fallimentare, competente a conoscere dell'opposizione allo stato passivo, non è infatti un giudice diverso dal tribunale ordinario, competente in ordine alla domanda riconvenzionale, posto che, ai sensi dell'art. 23 della l.f., il tribunale fallimentare è il tribunale che ha dichiarato il fallimento, competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, ai sensi dell'art. 24 della stessa legge: ove non sussistano ragioni di competenza inderogabile del giudice che sarebbe altrimenti competente a conoscere della domanda da trattarsi con il rito ordinario, è allora sempre possibile il *simultaneus processus* dinanzi al giudice dell'opposizione e, ai fini dell'accettazione del contraddittorio da parte dell'opponente in ordine alla predetta domanda, costituisce comportamento processuale valutabile dal

giudice anche la formulazione di difese in diritto, ove le stesse non siano rivolte esclusivamente a far valere l'inammissibilità della domanda, ma anche l'infondatezza della stessa. La possibilità di introdurre, nel procedimento di opposizione allo stato passivo, domande riconvenzionali è preclusa a quelle che – per la sentenza **n. 9904** - siano solo genericamente o indirettamente ricollegabili al rapporto sul quale il creditore ha fondato la propria richiesta di insinuazione al passivo e non invece rigorosamente dipendenti dal medesimo fatto dal quale trae origine detta pretesa creditoria.

Innovativa è la sentenza **n. 19097**, con riguardo alla **surroga del fideiussore**, ritenuta sufficiente per assicurare a tale soggetto la medesima posizione del creditore principale già in precedenza ammesso al passivo, statuendo la Cassazione per la prima volta **l'invarianza dello stato passivo**: infatti il credito sorto antecedentemente al fallimento e azionato dal fideiussore che ha pagato riveste natura concorsuale, in quanto essendo già insinuato per opera del creditore principale, continua ad esserlo per iniziativa del fideiussore surrogatosi, anche quando questi non abbia provveduto in precedenza all'insinuazione del credito in via condizionale, nè tale successione è di pregiudizio ai creditori concorrenti.

In tema di **chiamata in causa di terzo** che introduca una domanda di garanzia, fondata su un distinto rapporto giuridico fra chiamante e chiamato, la dichiarazione di fallimento del chiamato comporta l'improcedibilità di tale domanda di garanzia, ai sensi degli artt. 24 e 52 l.f., principio affermato dalla sentenza **n. 5309** anche con riguardo al testo sostituito dagli artt. 21 e 49, d.lgs. 9 gennaio 2006 n.5 con decorrenza 16 luglio 2006, ma tale improcedibilità non si riflette sull'autonoma controversia relativa alla domanda principale dell'attore contro il convenuto.

La natura giurisdizionale della fase di **liquidazione dell'attivo** ha trovato riscontro nel principio, fissato dalla sentenza **n. 10925**, dell'inammissibilità del reclamo ai sensi dell'art. 26 l.f. proposto avverso un atto del notaio che sia stato delegato dal giudice fallimentare alla vendita di immobili, ai sensi dell'art. 591 bis cod. proc. civ., posto che il rimedio è consentito esclusivamente avverso atti del magistrato, cui l'interessato può rivolgere reclamo ai sensi dell'art. 591 ter cod. proc. civ. contro gli atti del notaio e, quindi, eventualmente reclamare, ai sensi dell'art. 26 cit., il provvedimento in tale sede emesso dal giudice.

Con riguardo alla figura dell'**associazione temporanea** in cui siano riunite due imprese, con stipula di **appalto di opere pubbliche**, qualora intervenga il fallimento della società costituita capogruppo come mandataria dell'altra, ai sensi del d.lgs. 19 dicembre 1991 n. 406 (non derogato dall'art.81 l.f.), il contratto si intende risolto, senza che rilevi una diversa volontà della stazione appaltante, che potrebbe solo proseguire il rapporto con altra impresa di gradimento ed in alternativa al recesso; secondo la sentenza **n. 19165** l'irrevocabilità del mandato, prevista all'art.23 del d.lgs. 406 del 1991, è invero stabilita non nell'interesse del mandatario bensì della stazione appaltante pubblica ed è regola che, *ex art.1723*, secondo comma, cod. civ., si applica al mandato *in rem propriam* ma solo al caso del fallimento del mandante.

Una rilevante distinzione è stata operata dalla sentenza **n. 16214**, secondo cui l'azione di risarcimento dei danni nei confronti del curatore del fallimento, derivante da fatti illeciti che non incidano sul patrimonio fallimentare, ma danneggino direttamente beni del fallito rimasti estranei alla procedura concorsuale, in quanto fondata sull'art. 2043 cod. civ. ed esercitabile anche dal fallito, si distingue dall'azione di responsabilità prevista dall'art. 38 della l.f., ricollegabile invece alla violazione degli obblighi posti dalla legge a carico del curatore e spettante esclusivamente alla massa dei creditori; la prima non è pertanto subordinata alla revoca dell'incarico ed alla presentazione del rendiconto, ma soggiace alla disciplina generale dell'azione aquiliana, anche per la prescrizione, decorrente dalla produzione del danno e non soggetta a sospensione ai sensi dell'art. 2941 n. 6 cod. civ.

Così, innovativamente, la sentenza **n. 15677** ha ritenuto che la legittimazione all'esercizio dell'azione revocatoria di atti di disposizione patrimoniale compiuti a titolo personale dal socio illimitatamente responsabile compete anche al **curatore della società**, poichè l'effetto recuperatorio utilmente perseguito va a vantaggio dell'intero ceto creditorio e non dei soli creditori personali.

La sentenza **n. 15669** ha poi riassunto ed inquadrato anche alla luce delle norme sui rapporti bancari la complessa tematica del **diritto all'informazione del curatore**, statuendo che in materia di esecuzione del contratto di conto corrente bancario, il suo scioglimento ai sensi dell'art. 78 l.f., per effetto del fallimento del cliente, non estingue subito ogni rapporto obbligatorio fra le parti, sussistendo anche per l'epoca successiva una serie di obbligazioni, ancora di derivazione contrattuale e corrispondenti posizioni

di diritto soggettivo; in particolare la pretesa del curatore, che subentra nell'amministrazione del patrimonio fallimentare ai sensi degli artt.31 e 42 l.f., è un diritto che promana dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, declinandosi in prestazioni imposte dalla legge (ai sensi dell'art. 1374 cod.civ.), secondo una regola di esecuzione in buona fede (*ex art. 1375 cod.civ.*) che aggiunge tali obblighi a quelli convenzionali quale impegno di solidarietà (*ex art. 2 Cost.*), così imponendosi a ciascuna parte l'adozione di comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte; ciò giustifica che tra i doveri di comportamento scaturenti dall'obbligo di buona fede vi è anche quello di fornire alla controparte la documentazione relativa al rapporto obbligatorio ed al suo svolgimento, per cui il diritto alla documentazione trova fondamento e regolazione inoltre nell'art. 8 legge 17 febbraio 1992, n. 154 e compiutamente nell'art. 119 del T.U.L.B., che già pone a carico della banca l'obbligo di periodica comunicazione di un prospetto inerente allo svolgimento del rapporto ed attribuisce al cliente ovvero a chi gli succeda anche solo nell'amministrazione dei beni il diritto di ottenere la documentazione di singole operazioni registrate.

L'autonoma rilevanza del fallimento della parte, intervenuto nel corso del giudizio di primo grado senza che l'evento interruttivo sia dichiarato, ha per conseguenza che la sentenza - non espressamente limitata negli effetti al rientro *in bonis* del fallito - va notificata al curatore, essendo inidonea - per la sentenza **n. 11848** - una notifica al fallito personalmente a far decorrere il termine breve per impugnare, così potendo la curatela proporre appello nel termine di un anno dal deposito della decisione.

L'obbligatorietà del provvedimento con il quale il giudice delegato, adito con istanza di liquidazione del compenso da parte del difensore che ha assistito la curatela in giudizio, deve procedere alla determinazione del compenso, giustifica l'illegittimità - per la sentenza **n. 7782** - del decreto con cui, anziché accertare e liquidare il compenso dovuto, il giudice dichiara non luogo a provvedere per insufficienza dell'attivo, differendo la liquidazione "al momento di disponibilità di cassa della curatela".

Il rapporto fra prerogative del fallito e del curatore, eventualmente prescritte nel provvedimento di omologazione del **concordato fallimentare**, è precisato dalla sentenza **n. 10634**, ove si chiarisce che la legittimazione attiva alla ripetizione dei

pagamenti effettuati in eccedenza dal curatore nel corso della liquidazione postconcordataria deve essere riconosciuta all'ex fallito che, con il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato fallimentare comportante la chiusura del fallimento, viene reintegrato nell'amministrazione e disponibilità del suo patrimonio e da quel momento è l'unico titolare dell'obbligazione concordataria, tenuto come tale al suo adempimento, restando il curatore in carica solo al fine di sorvegliare, unitamente al giudice delegato e al comitato dei creditori, l'adempimento delle obbligazioni concordatarie, secondo le modalità stabilite dalla sentenza di omologazione; se anche il tribunale o il giudice delegato, fissando le modalità di pagamento delle somme dovute ai creditori, abbiano stabilito che a tanto provveda materialmente il curatore, questi diviene per tale incumbente un rappresentante *ex lege*, senza poteri, del fallito tornato *in bonis* o comunque un *adiectus solutionis causa* del fallito medesimo, cui oggettivamente fanno capo gli effetti dell'attività dell'organo concorsuale.

In tema di concordato con assunzione, contemplante anche la cessione delle azioni revocatorie, la chiusura del fallimento, con il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, non determina l'improcedibilità delle predette azioni, verificandosi una successione a titolo particolare dell'assuntore nel diritto controverso; tuttavia, per la sentenza **n. 4766**, non è consentita la prosecuzione del processo tra le parti originarie, ai sensi dell'art. 111, primo comma, cod. proc. civ., in quanto la chiusura della procedura, comportando il venir meno della legittimazione processuale del curatore, impone di far luogo all'interruzione del processo; se peraltro il trasferimento sia subordinato alla completa esecuzione del concordato, dandosi l'effetto traslativo solo a seguito del decreto di accertamento del giudice delegato, ai sensi dell'art. 136 della l.f., è a tale provvedimento che dev'essere ricollegata la perdita della legittimazione processuale del curatore, restando fino ad allora vincolate tutte le attività all'interesse dei creditori, e permanendo in carica gli organi del fallimento ai fini della sorveglianza sull'adempimento del concordato.

La decretazione del giudice delegato, ai sensi dell'art. 25 l.f., non confligge - per diversità di oggetto secondo la sentenza **n. 10095** - con la disposizione di cui agli artt. 2 ter secondo e terzo comma della legge n. 575 del 1965, contenente disposizioni contro la mafia relative al **sequestro e alla confisca dei beni delle persone sottoposte**

a misure di prevenzione, la quale concerne il diritto di proprietà sui beni oggetto della misura e, se si tratta di sequestro di quote societarie, la titolarità dei diritti dei singoli soci da essa colpiti; il decreto del giudice delegato ha invece la funzione di provvedere alla conservazione del patrimonio sociale, essendo volto ad acquisire e conservare le sopravvenienze attive in favore del fallito o del coniuge o di altri soggetti che ne contestino la spettanza al fallimento e non a disporre l'acquisizione di beni sui quali un terzo vanta un diritto incompatibile con la loro inclusione nell'attivo fallimentare.

7.10 Procedure concorsuali giurisdizionali diverse dal fallimento (concordato preventivo e amministrazione controllata).

Quanto all'elemento oggettivo, nel caso di dichiarazione di fallimento nel corso della procedura di **concordato preventivo**, ai sensi dell'art. 173 l.f., la sentenza **n. 16215** ha chiarito – con riguardo alla disciplina anteriore al d.lgs. n. 5 del 2006 - che non è necessaria una nuova indagine ai fini dell'accertamento dell'insolvenza, in quanto già contenuto nel provvedimento di ammissione al concordato e non diverso da quello preteso per il fallimento, se non sotto il profilo che nel primo l'insolvenza non deve essere tale da impedire una prognosi favorevole in ordine al pagamento dei creditori almeno nei tempi e nelle misure minime previste dalla legge. Inoltre la medesima pronuncia enuncia il principio, nel concordato con cessione di beni, della necessità di un accertamento particolarmente rigoroso in ordine alla sufficienza del patrimonio offerto dal debitore per assicurare il soddisfacimento dei crediti nella misura prevista dalla legge. Il principio si correla all'ulteriore affermazione, propria della sentenza **n. 13357**, per cui nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento pronunciata in seguito alla risoluzione del concordato preventivo non va più rimessa in discussione la sussistenza della qualità di imprenditore commerciale del debitore, né del suo stato di insolvenza, atteso che nei confronti di tali presupposti la sentenza irrevocabile di omologazione esercita autorità di cosa giudicata.

In tema di concordato preventivo, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, previsto dall'art. 168, primo comma, l.f., con sentenza **n. 14738** è stato ritenuto implicare che i debiti sorti prima dell'apertura della procedura non possono essere estinti fuori dall'esecuzione concorsuale, anche nel caso in cui un

creditore abbia iniziato l'espropriazione presso terzi avente ad oggetto un credito tributario, per cui l'Agenzia delle Entrate, terzo pignorato, che sia stata portata a conoscenza del concordato, non deve sottostare al precetto intimato dal creditore assegnatario delle somme, ma, essendo venuto meno il presupposto dell'esecuzione individuale, deve opporsi all'atto di precetto ex art. 615 cod. proc. civ., allegando il venir meno dell'obbligo di pagare.

Ancora nell'ambito del concordato preventivo ed in tema di pagamenti lesivi della *par condicio creditorum*, la sentenza **n. 578** ha ritenuto non consentiti tali atti nemmeno se realizzati attraverso compensazione di debiti sorti anteriormente con crediti realizzati in pendenza della procedura concordataria, come occorre desumere dal sistema normativo degli artt.167,168 e 184 l.f.

In tema di **concordato con cessione di beni**, la sentenza **n. 17637** ha escluso l'insorgenza posteriore al decreto di apertura del procedimento di concordato, e dunque l'eseguibilità in forma coattiva sul patrimonio del debitore, di un credito che trovi il proprio fondamento in un fatto costitutivo verificatosi in epoca anteriore, per la sola circostanza che la sentenza che accerti il relativo diritto fatto valere in giudizio sia passata in giudicato in data successiva a tale decreto: così, in seguito alla pronuncia di accoglimento della domanda di esecuzione specifica di un preliminare avente per oggetto il trasferimento di quote societarie, il credito del venditore doveva essere estinto in moneta concordataria. Coerentemente, anche la nozione di prededuzione, ritenuta dalla sentenza **n. 16426** ammissibile anche nel concordato preventivo, deve corrispondere ai debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e della gestione della procedura, nell'interesse dei creditori, escludendosi però tale natura al credito per il prezzo di una vendita coattiva, nel caso in cui la citazione per la esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, in relazione al preliminare stipulato quando le parti erano *in bonis*, sia stata notificata al debitore anteriormente all'apertura del concordato, mentre la sentenza costitutiva sia sopravvenuta quando il concordato era già stato omologato e si era aperta la fase della liquidazione. Infine merita di essere segnalata la sentenza **n. 14503** con la quale viene stabilito un nesso di cosneguenzialità necessaria tra il decreto d'inammissibilità del concordato e la dichiarazione di fallimento del debitore. Ne conseguen che qualora la data di deliberazione e deposito dei due provvedimenti sia la medesima, l'esistenza del

rapporto di consequenzialità deve ritenersi soddisfatto quando dai contenuti dei provvedimenti risulti inequivocabilmente che il decreto d'inammissibilità è stato deliberato prima della sentenza dichiarativa di fallimento.

In materia di **amministrazione controllata** il debitore - secondo la disciplina del vecchio art. 191 del r.d. n. 267 del 1942 - non è da considerarsi privato della titolarità della propria impresa, conservando invero la capacità processuale attiva e passiva in relazione ai giudizi già iniziati, mentre il commissario giudiziale non ha poteri dispositivi, nemmeno in via sostitutiva, del patrimonio di detto debitore; ne consegue - per la sentenza **n. 12953** - che in relazione ad una controversia per il pagamento di crediti riguardanti l'esecuzione di contratti di trasporto internazionali, è stata ritenuta corretta l'applicabilità della prescrizione annuale di cui all'art. 2951 cod. civ. e non quella quinquennale di cui all'art. 2 del d.l. n. 82 del 1993, conv. nella legge n. 162 del 1993 (escludendo le cosiddette tariffe a forcella), né assumendo valore ai fini interruttivi la messa in mora inviata al commissario giudiziale ovvero, per la ricognizione del debito o la rinuncia a far valere la prescrizione, le dichiarazioni provenienti dallo stesso commissario, sprovvisto della legittimazione.

Quanto alla liquidazione dei compensi al **commissario giudiziale**, per il concordato preventivo ed anche l'amministrazione controllata, il decreto con il quale il tribunale provvede ha natura decisoria e carattere definitivo, non essendo soggetto a reclamo; ne conseguono, secondo la sentenza **n. 22010**, la sua l'impugnabilità ai sensi dell'art. 111 Cost. ma anche la non revocabilità da parte dell'autorità giudiziaria che lo ha emesso, che infatti, con l'adozione dell'atto, ha consumato il proprio potere decisionale al riguardo.

La veste di ausiliario del tribunale propria del commissario giudiziale è stata chiarita dalla sentenza **n. 10632** che nel giudizio di omologazione del concordato preventivo qualifica la partecipazione necessaria al procedimento di tale organo senza che egli divenga parte in senso sostanziale, non essendo portatore di specifici interessi da far valere, in sede giurisdizionale, in nome proprio o in veste di sostituto processuale: respinta dal tribunale la proposta di omologazione del concordato e dichiarato il fallimento, se la sentenza viene appellata ai sensi dell'art. 183 l.f. e riformata dalla corte di appello che omologa, invece, il concordato, il commissario giudiziale è privo di legittimazione ad impugnare per cassazione la sentenza di appello.

7.11 Procedure concorsuali speciali non giurisdizionali (liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria).

Con riguardo alla disciplina della legge n. 89 del 2001 in materia di equa ripartizione da durata irragionevole del processo è stato precisato (con sentenza **n. 17048**) che la natura non giurisdizionale della procedura concorsuale della **liquidazione coatta amministrativa** ne preclude l'applicabilità, se non per le fasi ed i procedimenti in cui si innestino procedimenti di carattere giurisdizionale, come la dichiarazione dello stato di insolvenza, le eventuali impugnazioni, le azioni revocatorie, le opposizioni allo stato passivo e le insinuazioni tardive di credito.

Stante la previsione di cui all'art. 209, terzo comma, l.f., secondo la quale, in materia di l.c.a., si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui agli artt. 98-103 della l.f., i termini abbreviati per proporre l'opposizione allo stato passivo fallimentare e per l'impugnazione delle relative sentenze sono – per la sentenza n.4237 – integralmente applicabili anche nella liquidazione coatta amministrativa dell'**Efim** regolata per vari profili dal d.l. n. 487 del 1992, convertito in legge n. 33 del 1993, che all'art. 5 sexies ribadisce l'applicabilità, delle disposizioni del titolo V della l.f. (tra le quali rientra l'art. 209).

La competenza del tribunale concorsuale, ai sensi dell'art.24 l.f., in caso di sottoposizione della società datrice di lavoro ad **amministrazione straordinaria**, in base al disposto dell'art. 13 del d.lgs. n.270 del 1999, va attribuita per l'ordinanza **n. 15964** al tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza, chiamato a conoscere tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore, comprese quelle relative ai crediti di lavoro o a quelli agli stessi assimilabili e fatta eccezione soltanto per le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza.

È stato poi approfondito l'indirizzo che, sottoposta al vaglio della disciplina comunitaria sul divieto degli aiuti di Stato, ha ritenuto non incorrere in tale violazione la procedura dell'amministrazione straordinaria delle **grandi imprese in crisi**, come regolata dalla legge 3 aprile 1979, n. 95, ove prevede la revocatoria fallimentare (**n. 10208**) che può anzi essere normalmente esercitabile poiché priva del carattere selettivo, postulato ai sensi dell'art. 87 (già art. 92) del Trattato CE, senza che abbia a tal fine alcun significato la distinzione tra fase conservativa e fase liquidatoria, atteso

che tale azione - secondo l'ulteriore sentenza **n. 12313** – anche nella fase conservativa è diretta a produrre risorse da destinare alla espropriazione forzata a fini satisfattori, di tutela degli interessi dei creditori. A completamento del predetto principio, la sentenza **n. 10208** ha precisato che la predetta pregiudiziale comunitaria è rilevabile **d'ufficio**, occorrendo però distinguere a seconda che l'incompatibilità comporti o meno accertamenti di fatto: nel caso in cui sia dedotta l'incompatibilità dell'intera disciplina della legge n. 95 cit. ovvero di una o più sue norme, prospettando che la prima, ovvero le seconde, costituiscano di per sé aiuti di Stato, non occorre alcun accertamento in fatto e, quindi, nessun impedimento si frappone all'esame della questione d'ufficio, rilevabile in ogni stato e grado; nel caso, invece, in cui l'incompatibilità della citata disciplina sia dedotta in relazione all'applicazione concreta ed alla concreta fruizione di un aiuto di Stato, il giudice non può conoscere dell'eccezione se non sono allegati e provati i fatti su cui essa si fonda.

8. DIRITTO DEL LAVORO

8.1 Diritti sindacali

Nella materia dei diritti e delle libertà sindacali va segnalato l'intervento della sentenza **n. 9250**, che, nel definire le condotte obiettivamente idonee a limitare la libertà sindacale, ha confermato l'orientamento secondo cui la definizione della **condotta antisindacale** ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori non può essere considerata "analitica" ma "teleologica", in quanto tesa ad individuare il comportamento illegittimo non in base a caratteristiche strutturali, ma in base alla sua attitudine alla lesione dei "beni" protetti. In questo contesto, ai fini della qualificazione della condotta antisindacale, è stato considerato sufficiente un comportamento obbiettivamente lesivo degli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, senza alcuna necessità di rinvenire uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro. Nel ribadire questi principi, la sentenza in oggetto, ha precisato che la sussistenza di un intento lesivo degli interessi sindacalmente protetti, da parte del datore di lavoro, non può per converso di per sé qualificare come antisindacale una condotta che obbiettivamente non abbia alcuna attitudine a limitare la libertà sindacale.

Con specifico riferimento al tema dei **permessi retribuiti** per lo svolgimento dell'attività sindacale, la sentenza **n. 8585** ha ritenuto che per l'ammissione al beneficio è necessario che l'organizzazione sindacale di appartenenza sia firmataria di un contratto collettivo di lavoro applicato nell'unità produttiva di riferimento, in conformità all'interpretazione che la Corte costituzionale ha dato dell'art 19, della legge n. 300 del 1970. Tale lettura impone che non si tratti della stipulazione di un contratto qualsiasi, ma di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro almeno per un settore o un istituto rilevante della loro disciplina. Con questa decisione è stata collocata la confederazione nazionale trasporti autoferrotranvieri nel novero delle associazioni alle quali competevano i permessi retribuiti.

8.2 Costituzione del rapporto di lavoro.

L'accesso al lavoro ha costituito oggetto d'interesse per la Corte anche sotto il profilo risarcitorio. Con la sentenza **n. 21014** è stato riconosciuto al lavoratore, in caso di perdita totale della capacità lavorativa specifica, il risarcimento del danno derivante dalla **mancata assunzione** con contratto a termine da parte dello stesso datore di lavoro responsabile di quelle lesioni.

Con riferimento alla costituzione del rapporto di lavoro la sentenza **n. 23562** ha ravvisato, nella previsione di una **statura minima**, per l'assunzione, identica per uomini e donne, la violazione dei parametri costituzionali, demandando al giudice ordinario l'apprezzamento, in via incidentale, della legittimità, ai fini della disapplicazione, della disposizione di rango normativo secondario che stabilisca i limiti minimi di altezza e l'accertamento delle mansioni cui la lavoratrice possa adeguatamente attendere nonostante l'altezza fisica inferiore a quella minima richiesta. Per l'assunzione con **contratto di formazione e lavoro** di cui all'art. 3 d.l. n. 726 del 1984 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 863 del 1984), per il quale è previsto espressamente l'onere della forma scritta *ad substantiam*, ai sensi dell'art. 8, comma 7, della legge n. 407 del 1990, tale forma è richiesta soltanto per il profilo di specialità che connota e qualifica detto contratto e cioè per la clausola concernente il progetto formativo e non per l'insorgenza stessa del vincolo contrattuale. La sentenza **n. 17895** ha precisato che l'esigenza di protezione sottesa alla prescrizione di forma può ritenersi soddisfatta ove l'assunzione sia effettuata per iscritto e la lettera di

assunzione sia consegnata al dipendente, mentre deve ritenersi del tutto insufficiente a surrogare tale requisito formale la mera comunicazione dell'assunzione del lavoratore all'ufficio del collocamento.

Sempre in tema di assunzione la Corte ha ribadito, con la sentenza **n. 17933**, che nei settori per i quali la legge prevede la possibilità di assunzione a termine per intensificazione dell'attività lavorativa, la preventiva autorizzazione dell'ispettorato del lavoro non conferisce al datore di lavoro facoltà di proroga nell'ambito del periodo preventivamente autorizzato e che tale facoltà non può ritenersi incondizionata, dal momento che devono comunque sussistere i requisiti di cui all'art. 2 della legge n. 230 del 1962.

Ancora, con riferimento alla costituzione del rapporto di lavoro mediante **bando di concorso**, la sentenza **n. 13273**, ribadendo la qualificazione dell'atto come offerta al pubblico e non come promessa al pubblico, ha precisato che siffatta offerta può essere relativa sia ad un contratto di lavoro definitivo, che si perfeziona con l'accettazione del lavoratore che risulti utilmente inserito nella graduatoria dei candidati idonei, sia ad una contratto preliminare, che si perfeziona con la semplice accettazione del candidato che chiede di partecipare al concorso ed a per oggetto l'obbligo per entrambe le parti o per il suo offerente, nel caso di preliminare unilaterale, della stipulazione del contratto definitivo con chi risulti vincitore.

Sempre in materia di pubblico impiego privatizzato la sentenza **n. 4012** ha precisato che l'art. 24 comma 1-bis del d.l. n. 341 del 2000 convertito in legge n. 4 del 2001, laddove ha previsto che l'amministrazione giudiziaria provvede alla copertura della metà dei posti vacanti della carriera dirigenziale attingendo alle **graduatorie di merito** dei precedenti concorsi, ha attribuito all'amministrazione, attraverso un istituto di carattere eccezionale, un potere ampiamente discrezionale da riferire alla metà di tutti i posti vacanti. Allorché l'amministrazione abbia esercitato tale potere individuando il numero dei posti da coprire, risulta illegittimo il provvedimento amministrativo di annullamento e riforma della precedente determinazione numerica per mancata detrazione della percentuale da riservare ai corsi concorsi banditi dalla Scuola superiore della P.A., poiché il potere discrezionale conferito all'amministrazione aveva portata derogatoria del quadro normativo vigente, con il vincolo del solo limite massimo fissato, senza che la decisione sulla copertura dei posti fosse ulteriormente

limitata dall'obbligo di tener conto della riserva di posti per il corso-concorso. La conseguenza di un tale accertamento ha condotto la Corte a ritenere efficace il primo provvedimento, attributivo del diritto all'assunzione, con conseguente inadempimento dell'amministrazione e la condanna al risarcimento dei danni arrecati dalla mancata assunzione.

8.3 Intermediazione di manodopera.

In tema di divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro (di cui all'art. 1 legge 23 ottobre 1960, n.1369), in riferimento agli **appalti "endoaziendali"**, caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di tutte le attività, anche se strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, la Corte ha in varie occasioni affermato l'operatività del divieto tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore - datore di lavoro - i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo. Nel ribadire tale principio, la sentenza **n. 16016** ha escluso che l'operatività di un tale generale divieto incontri alcuna limitazione negli appalti concessi dalle Ferrovie dello Stato successivamente all'entrata in vigore della legge 17 maggio 1985, n. 210, la quale, pur conferendo ampio rilievo alle finalità di economicità ed efficienza dell'organizzazione delle Ferrovie e alle conseguenti esigenze di elasticità e flessibilità nella dislocazione dei servizi e del personale, non ha, tuttavia, inteso consentire all'Ente Ferrovie dello Stato più di quanto non fosse consentito all'imprenditore privato in tema di appalti di mano d'opera.

Sempre in tema di divieto di intermediazione di mano d'opera, sia pure con riferimento ad una normativa non più in vigore, merita di essere segnalata la sentenza **n. 1104**, la quale ha affrontato in particolare la portata dei principi affermati dalla Corte di giustizia della Comunità Europea in tema di monopolio che il codice della navigazione riservava alle compagnie dei lavoratori portuali (sentenze CGCE n.179 del 1991 e n.163 del 1998) prima della riforma introdotta con la legge n.81 del 1994. In tale contesto la Corte ha affermato che dai principi espressi dalla Corte europea non è dato

evincere che nei porti viga un indiscriminato divieto di intermediazione di mano d'opera o di fornitura di lavoro temporaneo, quanto piuttosto che tali forme di fornitura di mano d'opera siano lecite. Ciò che al legislatore nazionale risulta pertanto vietato è la costituzione di un monopolio in favore di compagnie portuali, per cui l'effetto nell'ordinamento interno delle sentenze deve essere rinvenuto nel principio secondo cui il diritto alla libera concorrenza e alla libera prestazione di servizi non deve essere salvaguardato vietando per tutti l'appalto di mano d'opera all'interno dei porti, bensì assicurando la relativa attività a tutti gli operatori del settore.

8.4 Modalità di svolgimento del rapporto.

In materia di pubblico impiego, ed in particolare di trasferimento di dirigente, va ricordata la sentenza **n. 17888**, che ha affrontato il tema del collocamento in altra sede del dirigente addetto ad ufficio giudiziario soppresso (cd. dirigente “**perdente posto**”). L'art. 40, comma 2, del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, nel caso della soppressione del posto, dispone il trasferimento d'ufficio allorché non sia possibile attribuire al “perdente posto” un incarico di funzione dirigenziale di pari livello in uffici giudiziari della stessa sede ovvero quando egli non abbia chiesto di essere adibito ad incarichi di livello inferiore in sede da lui indicata. Si è tuttavia escluso che la citata disposizione assicuri, in tale ultimo caso, la salvaguardia della posizione retributiva precedentemente coperta. Conseguentemente, a fini ermeneutici, al fine di stabilire se l'ordinamento abbia apprestato per il dirigente la garanzia del mantenimento della pregressa retribuzione di posizione, la decisione in commento ha fatto riferimento ai principi generali in tema di retribuzione dirigenziale, i quali escludono l'attribuzione di detta garanzia, anche alla luce dell'art. 19, comma 1, ultima parte, del d.lgs. n. 165 del 2001, che sottrae il passaggio ad incarichi diversi all'applicazione dell'art. 2103 cod. civ..

Ancora nell'ambito del lavoro pubblico, la sentenza **n. 14624** ha affermato che, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 104 del 1992, il diritto alla scelta prioritaria nell'assegnazione di sede spetta a chi sia già portatore di **handicap** al momento in cui venga assunto, mentre chi lo è divenuto successivamente all'assunzione può semmai far valere il diverso diritto di essere trasferito con precedenza a domanda. La Corte ha dunque precisato che un tale principio vale a maggior ragione con riferimento alle posizioni

dirigenziali, per le quali il conferimento dell'incarico può essere collegato proprio alla situazione particolare della sede di destinazione, là dove il diritto alla scelta prioritaria nel caso di handicap sopravvenuto vanificherebbe il contenuto dell'incarico stesso.

Sotto il diverso profilo dell'applicazione dell'art. 1, comma 5, della legge n. 100 del 1987, che consente al dipendente della P.A. di essere trasferito in ufficio sito nella stessa sede o in sedi vicine a quella in cui è trasferito di autorità il coniuge militare, la sentenza **n. 15488** ha affermato che, a tal fine, è necessario lo svolgimento del rapporto di servizio nello stesso luogo e la esistenza della convivenza all'atto dell'instaurazione del rapporto di servizio del dipendente che chiede l'applicazione del beneficio.

In materia di trasferimento del lavoratore per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 cod. civ., assume rilievo il caso del trasferimento del dipendente dovuto ad incompatibilità aziendale. La Corte, con la sentenza **n. 4265** ha precisato che allorché il trasferimento trovi la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, esso deve essere ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, di cui all'art. 2103 cod. civ., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. In questo caso, il controllo giurisdizionale sulle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, deve essere diretto ad accertare soltanto se vi sia corrispondenza tra il provvedimento datoriale e le finalità tipiche dell'impresa. Nel rispetto del principio di libertà dell'iniziativa economica privata (garantita dall'art. 41 Cost.), il controllo giurisdizionale non può quindi essere esteso al merito della scelta imprenditoriale, né questa deve presentare necessariamente i caratteri della inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una tra le scelte ragionevoli che il datore di lavoro possa adottare.

In tema di **distacco** del lavoratore presso altro datore di lavoro, la sentenza **n. 7049** ha ribadito il principio secondo cui, mentre il datore, beneficiario delle prestazioni lavorative, dispone dei poteri funzionali all'inserimento del lavoratore distaccato nella

propria struttura aziendale, persistono fra distaccante e lavoratore i vincoli obbligatori e di potere-soggezione, mantenendo il distaccante, fra l'altro, il potere di licenziare.

Quanto poi all'**interferenza tra vicende concernenti la titolarità dell'azienda e rapporto lavorativo** dei dipendenti dell'azienda medesima, la sentenza **n. 22067** ha esaminato il caso della requisizione d'azienda o di una parte di essa e del dipendente dell'azienda requisita che prosegue ininterrottamente lo svolgimento della propria prestazione con l'imprenditore che gestisce l'azienda requisita e poi, senza soluzione di continuità, nuovamente con l'originario datore (cui sia stato "ritrasferito"), asserendo che, in detta ipotesi, è configurabile, in applicazione dell'art. 2112, primo comma, cod. civ., un unitario ininterrotto rapporto lavorativo. La Corte ha poi precisato che, nell'ambito di siffatto unitario rapporto, la responsabilità solidale, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., del gestore dell'azienda requisita ha per oggetto i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento (nonché gli eventuali crediti maturati nel periodo della gestione) e l'accantonamento del T.F.R., sicché, al momento del "ritrasferimento" del lavoratore all'originario datore, un obbligo del predetto gestore al pagamento del T.F.R. (maturato nel periodo della sua gestione) non è ipotizzabile. Per altro verso, ove a seguito di "ritrasferimento" del lavoratore all'originario datore il rapporto naturalmente prosegue, siffatto "ritrasferimento", non determinando cessazione del rapporto di lavoro, non integra un licenziamento e non può ipotizzarsi la sussistenza del diritto ad un'indennità per recesso *ad nutum*.

8.5 Diritto alla qualifica e mansioni.

Sotto il profilo più generale dell'approccio al tema del **diritto alla qualifica** del lavoratore subordinato, la Corte ribadisce (con le sentenze **n. 17896** e **n. 5128**) la necessità che il procedimento logico-giuridico, tramite il quale pervenire alla determinazione dell'inquadramento, si articoli in tre fasi distinte: accertamento in fatto delle attività lavorative in concreto svolte, individuazione delle qualifiche e gradi previsti dal contratto collettivo di categoria, raffronto dei risultati di tali due indagini.

Sempre in tale più ampia prospettiva, trova, altresì, riaffermazione (sentenza **n. 16015**) l'orientamento il quale esclude che, nel nostro ordinamento, possa desumersi, in base agli artt. 3 e 36 Cost., un principio che imponga al datore di lavoro, nell'ambito dei rapporti privatistici, di garantire parità di retribuzione e/o di inquadramento a tutti i

lavoratori svolgenti le medesime mansioni. Peraltro, con la sentenza **n. 1421**, si è ritenuto che, comunque, il **principio di irriducibilità della retribuzione**, dettato dall'art. 2103 cod. civ., opera anche in relazione a fattispecie in cui il lavoratore percepisca una retribuzione superiore a quella prevista dal C.C.N.L. rispetto alle mansioni in concreto svolte e rimaste invariate anche nelle modalità del loro espletamento, qualora il rapporto sia regolato anche dal contratto individuale, se più favorevole; sicché, per ritenere annullabile quest'ultimo occorre che sia dedotto ed accertato, con relativo onere incombente sul datore di lavoro, che lo stesso sia stato determinato da errore e venga specificato l'oggetto dell'erronea rappresentazione dei fatti con i necessari connotati per renderla rilevante, con la conseguenza che, in difetto di tale rappresentazione, non può che valere la suddetta regola generale della irriducibilità della retribuzione.

Con la sentenza **n. 7731**, si è precisato che, ai fini dell'inquadramento nella qualifica superiore (nella specie, quella di capo ufficio del ruolo legale di azienda privata), la violazione dei principi della correttezza (art. 1175 cod. civ.) e della buona fede (art. 1375 cod. civ.) può configurarsi solo nell'ipotesi in cui vengano lesi diritti soggettivi già riconosciuti in base a norme di legge, riguardando le modalità di adempimento degli obblighi a tali diritti correlati; mentre le stesse regole non sono suscettibili di determinare obblighi aggiuntivi che non trovino, ai sensi dell'art. 1173 cod. civ., la loro fonte nel contratto, nel fatto illecito o in ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico. Analogamente, in fattispecie relativa a pretesa qualifica superiore in forza di indicazione contenuta in bando di concorso per l'accesso al posto, poi abolita dal contratto collettivo integrativo stipulato successivamente alla pubblicazione del bando medesimo, la sentenza **n. 15039** ha affermato che, ove sussista un obbligo (previsto, appunto, dal contratto collettivo) sulla cui portata non sorgono incertezze, e tale obbligo venga adempiuto, non vi è ragione di invocare i principi di buona fede e di correttezza che non operano come fonti autonome ed ulteriori di diritti se non nei limiti della previsione contrattuale.

La Corte, poi, con la sentenza **n. 8596**, riprende la linea interpretativa tracciata dalle Sezioni Unite del 2006 (n. 25033), consolidando, anzitutto, l'indirizzo secondo cui l'art. 2103 cod. civ., quanto alla regolamentazione delle mansioni del lavoratore ed al divieto del declassamento di dette mansioni, consente un bilanciamento del diritto del

datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente con quello del lavoratore al mantenimento del posto; sicché, in costanza di scelte imprenditoriali legittime (come quelle di esternalizzazione dei servizi o di loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali), l'adibizione del lavoratore a **mansioni** anche **inferiori** a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con la predetta norma, se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. E sempre nel solco delle Sezioni Unite innanzi richiamate si collocano le sentenze **n. 16190** e **n. 6043**, che riaffermano la possibilità da parte della contrattazione collettiva (nella specie, quella relativa ai dipendenti postali), entro i limiti segnati dalla conformità all'art. 2103 cod. civ. (e cioè al divieto di indiscriminata fungibilità di mansioni che esprimano in concreto una diversa professionalità), di porre meccanismi convenzionali di **mobilità orizzontale** che consentano la fungibilità funzionale tra le mansioni al fine di sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica.

Lo stesso principio è stato affermato dalla sentenza **n. 5285**, anche in riferimento ai dipendenti assunti sotto il precedente regime pubblicistico dell'Amministrazione Postale.

In tema, poi, di assegnazione definitiva delle **mansioni superiori** a un dipendente postale con funzioni di direzione di un ufficio classificato come unità di media rilevanza, che non aveva ultimato il periodo necessario, a causa del declassamento dell'ufficio dopo il decorso di cinque dei sei mesi previsti dalla contrattazione collettiva, la sentenza **n. 9263** ha precisato che, nel caso di ristrutturazioni o riconversioni produttive, si esprime con la massima ampiezza la libertà dell'imprenditore, tutelata dall'art. 41 Cost., che garantisce allo stesso, tra l'altro, un'autonoma scelta sulla collocazione territoriale delle strutture produttive della sua impresa, nonché sulla distribuzione del personale tra dette strutture, scelte che egli può liberamente effettuare senza subire alcun sindacato sulla loro "razionalità" e "adeguatezza economica".

Peraltro, con la sentenza **n. 251**, si è ritenuto che, ove il datore di lavoro abbia natura giuridica privata, l'art. 2103 cod. civ. consenta in ogni caso il **diritto alla promozione**

alla categoria superiore, anche se, in base a norme regolamentari o convenzionali, l'ente datore di lavoro sia tenuto a ricoprire i posti vacanti mediante procedure selettive interne (in ipotesi, per anzianità e merito), giacché le dette norme, proprio perché convenzionali, non sono tali da poter costituire idonea fonte derogatrice rispetto all'art. 2103 cod. civ. Nell'ipotesi, poi, di bando per la qualificazione professionale dei dipendenti (nella specie, della S.p.A. Ferrovie dello Stato), ai fini del passaggio ad un livello superiore, si è affermato (sentenza **n. 20729**) che l'eventuale violazione da parte del datore di lavoro di un obbligo di comunicare l'esclusione dalla selezione non incide sulla validità ed efficacia del provvedimento di esclusione, ma rileva soltanto ai fini della diversa domanda di risarcimento dell'eventuale danno.

Sotto il correlato profilo del danno da perdita di *chance* in relazione a procedura finalizzata all'acquisizione, da parte del lavoratore, della superiore qualifica professionale, la sentenza **n. 14820** è tornata sul tema dell'individuazione della *chance*, ribadendo che essa consiste nella mera possibilità di conseguire la promozione a seguito della positiva partecipazione al concorso e va considerata come un'entità patrimoniale a sé stante, suscettibile di autonoma valutazione giuridica ed economica, sicché è onere del preteso creditore dimostrare, pur se solo in modo presuntivo, il danno conseguente alla lesione di tale *chance*, tramite il ricorso ad un calcolo delle probabilità che evidenzia i margini di possibile raggiungimento del risultato sperato, mentre è legittima, da parte del giudice di merito, una valutazione equitativa di tale danno, commisurata al grado di probabilità del risultato favorevole.

In riferimento all'ipotesi di reiterata assegnazione del lavoratore (nella specie, dipendente postale) a **mansioni superiori** per periodi inferiori singolarmente considerati al termine previsto dall'art. 2103 cod. civ., ma superiori per cumulo di più di esse, si è precisato (sentenza **n. 9550**), che siffatta modalità di adibizione può rivelare un intento del datore di lavoro meramente elusivo della disposizione finalizzata alla cosiddetta promozione automatica; intento elusivo che può essere escluso in forza della prova, il cui onere è a carico dello stesso datore di lavoro, che ad analoghe modalità si è fatto ricorso nella gestione delle assegnazioni provvisorie per assicurare la vacanza del posto da coprire obbligatoriamente per il tramite della procedura concorsuale o selettiva, e per il periodo necessario alla definizione di essa. Si è così puntualizzato che la presunzione di preordinazione utilitaristica intesa ad

evitare la promozione non opera allorchè le applicazioni siano concomitanti allo svolgimento di una procedura concorsuale per la copertura del posto, circostanza che costituisce anzi presunzione di sussistenza di una esigenza organizzativa reale, idonea ad evitare il maturare del diritto al superiore inquadramento.

Non di rado, nel corso di quest'anno, la Corte ha avuto modo, poi, di soffermarsi su problematiche riguardanti la qualifica dirigenziale, sia in relazione al settore del lavoro privato, che, segnatamente, di quello pubblico.

Quanto al **dirigente privato**, viene ribadita la portata dei contenuti propri di siffatta qualifica, la quale, essendo caratterizzata dall'esercizio di un potere ampiamente discrezionale che incide sull'andamento dell'intera azienda o che attiene ad un autonomo settore produttivo della stessa, pur non essendo necessaria la preposizione all'intera azienda (sentenza **n. 15489**), implica lo svolgimento di compiti coordinati e non già subordinati a quelli di altri dirigenti, di qualsiasi livello (sentenza **n. 16015**).

In riferimento al **dirigente pubblico**, con la sentenza **n. 3929** si è affermato che, nel sistema del lavoro pubblico c.d. "privatizzato", la qualifica dirigenziale non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una "carriera" e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del dipendente, che tale qualifica ha conseguito mediante il contratto di lavoro stipulato all'esito della prevista procedura concorsuale; sicché, il dirigente svolge le funzioni inerenti alla qualifica solo per effetto del conferimento, a termine, di un incarico dirigenziale attraverso un provvedimento al quale accede un contratto individuale abilitato a definire il corrispondente trattamento economico, il tutto in vista di determinati obiettivi.

Peraltro, la sentenza **n. 9328** ha puntualizzato che la rilevanza delle specifiche attribuzioni regolate dal contratto di incarico non impedisce, ove vi sia la prova della pienezza, quantitativa e qualitativa, dello svolgimento delle mansioni assegnate, l'applicazione della disciplina relativa all'esercizio dell'espletamento di fatto di mansioni superiori.

8.6 Tutela delle condizioni di lavoro.

Preliminarmente va segnalata la pronuncia **n. 18262** con la quale la Corte ha attribuito al datore di lavoro la responsabilità per danno da **mobbing** per non essersi impegnato

ad impedire la prosecuzione di comportamenti scorretti nei confronti di propri dipendenti, ancorché non direttamente da lui provocati o diretti, attribuendogli un obbligo di conservazione di condizioni di lavoro adeguate anche sotto il profilo psico-sociale. Sul tema della tutela delle condizioni di lavoro e della connessa responsabilità datoriale ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., la sentenza **n. 11622** ha ribadito che il dovere di sicurezza imposto dalla citata norma codicistica va assolto con l'adozione di tutte le cautele necessarie ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso ed anche con l'adozione di misure relative all'organizzazione del lavoro, tali da non permettere che lavoratori inesperti siano coinvolti in lavorazioni pericolose, atteggiandosi in maniera particolarmente intensa nei confronti dei lavoratori di giovane età e professionalmente inesperti ed esaltandosi in presenza di apprendisti nei cui confronti la legge pone precisi obblighi di formazione e addestramento, tra i quali primeggia l'educazione alla sicurezza del lavoro (art.11 legge n. 25 del 1955). Ne consegue, pertanto, che l'accertato rispetto delle norme antinfortunistiche di cui agli artt. 47 e 48 del d.p.r. n. 626 del 1994 e dell'allegato VI a tale decreto, non esonera il datore di lavoro, dall'onere di provare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi dell'evento, con particolare riguardo all'assetto organizzativo del lavoro, specie quanto ai compiti dell'apprendista, alle istruzioni impartitegli, all'informazione e formazione sui rischi nelle lavorazioni, senza che in contrario possa assumere rilievo l'imprudenza dell'infortunato nell'assumere, come nella specie, un'iniziativa di collaborazione nel cui ambito l'infortunio si sia verificato.

Peraltro, merita di essere segnalata anche la sentenza **n. 5221**, la quale ha puntualizzato che la responsabilità *ex art. 2087 cod. civ* è configurabile quando la lesione del bene tutelato derivi dalla violazione dell'obbligo che incombe al datore di lavoro di adottare idonee misure a tutela della salute del lavoratore subordinato e della sua personalità morale, e di controllare e vigilare che esse siano osservate da parte dei lavoratori, trattandosi, pur sempre, di misure antinfortunistiche, richieste dalle oggettive caratteristiche dell'attività di lavoro e dalle condizioni dei singoli lavoratori, non riscontrabili ove la violazione dedotta attenga a doveri di contenuto diverso e niente affatto riferibili alla tutela delle condizioni fisiche e della personalità morale dei dipendenti. Sulla scorta di siffatto principio la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva escluso la responsabilità datoriale, *ex art. 2087 cod. civ.*, per asserita

violazione dell'obbligo di mantenere comportamenti atti a tutelare la dignità e la personalità morale della lavoratrice, affetta da astenia a causa della condotta omissiva datoriale per non aver dato seguito, e neppure risposto, alla domanda di trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time*.

Infine, è da rammentare la sentenza **n. 16003**, la quale ha consolidato l'orientamento che, più di recente, risulta prevalere in tema di **ripartizione dell'onere probatorio** quanto all'azione promossa dal lavoratore, nei confronti del datore di lavoro, per il risarcimento integrale del danno patito a seguito di infortunio sul lavoro. La Corte ha, infatti, ribadito che spetta al lavoratore provare il fatto costituente l'inadempimento e il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento e il danno, ma non anche la colpa del datore di lavoro, nei cui confronti opera la presunzione posta dall'art. 1218 cod. civ., il superamento della quale comporta la prova di aver adottato tutte le cautele necessarie ad evitare il danno, in relazione alle specificità del caso ossia al tipo di operazione effettuata ed ai rischi intrinseci alla stessa, potendo al riguardo non risultare sufficiente la mera osservanza delle misure di protezione individuale imposte dalla legge.

8.7 Estinzione del rapporto.

Con la sentenza **n. 7880**, le Sezioni Unite hanno risolto il primo contrasto nel senso dell'applicabilità, nell'ipotesi di **licenziamento di dirigente**, delle garanzie dettate dall'art. 7, commi secondo e terzo, della legge 20 marzo 1970, n. 300, a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa, sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente (o, in senso lato, colpevole) sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia. Si è, quindi, precisato che dalla violazione di dette garanzie, che si traduce in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi, oltre che giuridici, logico-sistematici assegnare all'inosservanza delle garanzie procedurali effetti differenti da quelli che la stessa contrattazione fa scaturire dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare o di fatti in altro modo giustificativi del recesso. Tali principi sono stati ulteriormente puntualizzati, con riferimento alla tutela reale avverso l'atto risolutorio illegittimo, escludendo l'omologazione dei dirigenti ai

lavoratori con qualifica operaia od impiegatizia, sia per ragioni sistematiche sia per il più intenso vincolo fiduciario con il datore di lavoro, connaturato al rapporto dirigenziale, che mal si concilia con il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro (sent. n. 24246).

In riferimento ancora al tema più generale inerente alla **commisurazione del danno da licenziamento illegittimo** nell'area della tutela reale, si è affermato, con la sentenza n. 18146, che l'indennità prevista dall'art. 18, quarto comma, della legge n. 300 del 1970, nel testo sostituito dall'art. 1 della legge n. 108 del 1990, nel suo minimo ammontare di cinque mensilità, costituisce una presunzione *iuris et de iure* del pregiudizio di specie, assimilabile ad una sorta di penale connaturata al rischio di impresa; la corresponsione, invece, dell'indennità commisurata alla retribuzione effettivamente non percepita costituisce una presunzione *iuris tantum* di lucro cessante, costituendo onere del datore provare che il danno ulteriore non sussiste. La Corte ha, quindi, reputato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della citata norma, sia in riferimento all'art. 36 Cost., poiché essa, non conferisce al lavoratore un diritto per un lavoro non svolto, ma fissa solo una presunzione fondata sulla difficoltà di ricostituire un altro rapporto di lavoro a tempo indeterminato; sia in riferimento all'art. 3 Cost., perché l'illegittimità del licenziamento pone il datore di lavoro, che tale illegittimità ha determinato, in posizione ben diversa dal lavoratore, che la subisce *ab inizio*.

In relazione poi all'atteggiarsi delle **garanzie difensive** nel caso di **contestazione** di addebiti di natura disciplinare, con la sentenza n. 18288 è stato puntualizzato che l'art. 7 della legge n. 300 del 1970 non prevede l'obbligo per il datore di lavoro di mettere a disposizione del lavoratore incolpato la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati, restando salva la possibilità per il lavoratore medesimo di ottenere, nel corso del giudizio ordinario di impugnazione del licenziamento irrogato all'esito del procedimento suddetto, l'ordine di esibizione della documentazione stessa. Inoltre, la stessa sentenza n. 18288 ha affermato che il quinto comma del citato art. 7 non prevede, in favore del lavoratore, un prolungamento del termine a difesa in ragione della maggiore complessità dell'attività difensiva, sicché non può incidere sulla validità del recesso la mancata concessione al lavoratore medesimo di un termine difensivo più lungo di quello stabilito dalla suddetta norma.

Peraltro, con la sentenza **n. 19343**, si è ritenuto che, in ipotesi di licenziamento disciplinare per una pluralità di addebiti, la nullità della contestazione di alcuni di questi per mancato rispetto del termine a difesa del lavoratore si estende all'atto di recesso nel suo complesso soltanto nel caso in cui risulti provato, ed accertato, che gli addebiti ritualmente contestati, siano di per sé insufficienti a giustificare il licenziamento.

In tema di contestazione disciplinare è stato ancora ribadito, con la sentenza **n. 22066**, che il requisito dell'**immediatezza** di detta contestazione nel licenziamento per giusta causa va intesa in senso relativo e può, nei casi concreti, esser compatibile con un intervallo di tempo necessario per l'accertamento e la valutazione di tali fatti, specie quando il comportamento del lavoratore consista in una serie di atti convergenti in un'unica condotta, ed implichi pertanto una valutazione globale ed unitaria, ovvero quando la complessità dell'organizzazione aziendale e della relativa scala gerarchica comportino la mancanza di un diretto contatto del dipendente con la persona titolare dell'organo abilitato ad esprimere la volontà imprenditoriale di recedere, sicché risultano ritardati i tempi di percezione e di accertamento dei fatti.

In particolare, la sentenza **n. 1101** ha precisato che la valutazione dell'immediatezza della contestazione implica la ponderazione dei contrapposti interessi del datore di lavoro a non avviare procedimenti senza aver acquisito i dati essenziali della vicenda e del lavoratore a vedersi contestati i fatti in un ragionevole lasso di tempo dalla loro commissione. Sicché, ove sia stata presentata denuncia contro il lavoratore per un fatto penalmente rilevante connesso con la prestazione di lavoro, il datore non può attendere gli esiti del processo penale sino alla sentenza irrevocabile prima di procedere alla contestazione dell'addebito, dovendosi valutare la tempestività di tale contestazione in relazione al momento in cui i fatti a carico del lavoratore appaiano ragionevolmente sussistenti.

Con specifico riferimento alla posizione di dirigente pubblico, assume peculiare rilievo la sentenza **n. 2233**, la quale ha ritenuto, alla luce dell'interpretazione dell'art. 51, secondo comma, del d.lgs. n.165 del 2001, doversi applicare, nel caso di illegittimo recesso della P.A. nei confronti di un proprio dirigente, la disciplina reintegratoria di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, mentre all'incarico dirigenziale rimane applicabile la disciplina del rapporto a termine sua propria.

Sempre in relazione alla dirigenza del settore pubblico, la sentenza **n. 3929** ha affermato che, in ipotesi di contestazione del **mancato raggiungimento degli obiettivi** ovvero **dell'inosservanza delle direttive** (nella specie, quale addebiti mossi al Comandante della Polizia Municipale), il potere di intimazione del licenziamento per giusta causa è condizionato, costituendone un indefettibile presupposto, dall'emissione del parere obbligatorio e vincolante del comitato dei garanti, previsto dall'art. 21 del d. lgs. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 14 del d. lgs. n. 80 del 1998 (successivamente recepito nell'art. 22 del d. lgs. n. 165 del 2001) in funzione di garanzia ed a tutela del lavoratore contro la discrezionalità assoluta degli organi politici. Conseguentemente, in assenza di siffatto presupposto, deve ritenersi che il provvedimento di licenziamento risulta adottato in carenza di potere, donde la sua nullità ed inefficacia con la correlata prosecuzione *de iure* del rapporto di lavoro dirigenziale e il derivante obbligo, in capo all'ente datore di lavoro, di corrispondere, sino all'effettiva reintegrazione del dipendente, le retribuzioni dovute sia in relazione al rapporto di impiego che in ordine all'incarico dirigenziale (queste ultime, ovviamente, sino all'originaria scadenza dell'incarico stesso).

In materia **di licenziamenti collettivi**, la Corte, con la sentenza **n. 13297**, ha affermato che, nel caso in cui il giudice dichiari inefficace il recesso per essere stato irrogato in violazione delle disposizioni dell'art. 4, commi 3 e 9, e dell'art. 5 della legge 23 luglio 1991 n. 223, ma, al tempo stesso, riscontri che il datore di lavoro abbia cessato l'attività aziendale, non può disporre la reintegrazione nel posto di lavoro ma deve limitarsi ad accogliere la sola domanda di risarcimento del danno. Si è difatti puntualizzato che anche l'estensione, ai sensi dell'art. 24, comma secondo, della legge n. 223 del 1991, della disciplina prevista in materia di mobilità ai licenziamenti collettivi conseguenti alla chiusura dell'insediamento produttivo deve essere intesa nei limiti della compatibilità di tale disciplina con i risultati in concreto perseguibili in relazione alla cessazione dell'attività aziendale, e cioè in modo da assicurare ai lavoratori la tutela previdenziale e sociale, in accordo con la *ratio* della estensione dei detti meccanismi della legge n. 223 del 1991 ai casi di cessazione di attività, sottolineata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 21 gennaio 1999.

Deve, infine, rilevarsi che in tema di natura del **preavviso di recesso** dal rapporto di lavoro si è originato un divergente orientamento, tra la sentenza **n. 11094** e la sentenza

n. 11740. La prima ha affermato che il contenuto dell'obbligazione prevista per la parte recedente dall'art. 2118 cod. civ., di pagare, in mancanza di preavviso lavorato, un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, attribuisce rilevanza agli aumenti retributivi intervenuti nel corso del preavviso, anche se non lavorato, ai fini della determinazione sia dell'indennità sostitutiva del preavviso, sia dell'indennità supplementare per i dirigenti. La seconda ha escluso che il preavviso abbia efficacia reale – la quale comporta, in mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto alla prosecuzione del rapporto stesso e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine – dovendosi attribuire ad esso efficacia obbligatoria, con la conseguenza che nel caso in cui una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve altrettanto immediatamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva e senza che da tale momento possano avere influenza eventuali avvenimenti sopravvenuti, salvo che la parte recedente, nell'esercizio di un suo diritto potestativo, acconsenta, avendone interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo, protraendone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso.

8.8 Tutela dei diritti sociali.

Nella rilevante materia dell'assistenza sociale dei **soggetti invalidi**, degna di particolare notazione è la sentenza **n. 2270** per il riconoscimento del diritto alla prestazione assistenziale in favore di una giovane donna (e per lei al padre e tutore), in stato di coma profondo da decerebrazione, continuativamente e gratuitamente ricoverata in ospedale. La decisione ha riconosciuto il diritto dell'invalido grave all'indennità di accompagnamento anche durante il ricovero in ospedale, ove le prestazioni assicurate dall'ospedale medesimo non esauriscano tutte le forme di assistenza di cui il paziente necessita per la vita quotidiana, denegandolo solo in caso di ricovero presso una struttura in cui, oltre alle cure mediche, venga garantita al paziente, totalmente invalido e non autosufficiente, un'assistenza completa, anche di carattere personale, continuativa ed efficiente in ordine a tutti gli atti quotidiani della vita cui l'indennità in parola è destinata a far fronte, tale da rendere superflua la presenza di familiari o di terze persone.

Particolare attenzione ai **minori invalidi stranieri** ha rivolto, invece, la sentenza **n. 12605**, che ha riconosciuto **l'indennità di frequenza** (prevista dalla legge n.289 del 1990 per i minori invalidi), tra i benefici attribuiti, a norma dell'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, agli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, ritenendo non ostativo il sopravvenuto art. 80, comma diciannovesimo, della legge n. 388 del 2000 che, limitando agli stranieri titolari della carta di soggiorno il diritto all'assegno sociale e alle altre provvidenze economiche in materia di servizi sociali, ha omesso qualsiasi previsione in ordine alla sorte delle provvidenze già concesse alla stregua della normativa precedente.

Quanto ai **figli maggiorenni inabili**, è meritevole di notazione la decisione **n. 14996** che, intervenendo in tema di **pensione di reversibilità** per i superstiti inabili, ha statuito dover essere ritenuti a carico, per ragioni di certezza giuridica, di parità di trattamento, di tutela di valori costituzionalmente protetti (artt. 3 e 38 Cost.), i figli maggiorenni inabili con reddito non superiore a quello richiesto dalla legge per il diritto alla pensione di invalido civile totale, pari, nell'anno 2007, all'importo di 1187,73 euro mensili. La Cassazione, nella sua funzione nomofilattica, ha ancorato la determinazione quantitativa del criterio di prevalenza del contributo economico continuativo del genitore nel mantenimento del figlio inabile a criteri di legge, certi e validi per tutti i figli maggiorenni inabili, con soluzione provvista di intrinseca razionalità per il riferimento ad un dato normativo pertinente allo stato di inabilità del soggetto.

In tema di disciplina della **gestione pensionistica separata presso l'Inps** e in ordine alle regole concernenti la restituzione dei contributi versati alla gestione speciale in misura insufficiente alla costituzione cola' di autonoma pensione, le Sezioni Unite, con la sentenza **n. 879**, hanno risolto il contrasto di giurisprudenza, insorto nell'ambito della Sezione Lavoro in relazione all'interpretazione degli artt. 1 e 4 del d.m. n. 282 del 2 maggio 1996, valorizzando il carattere eccezionale della restituzione dei contributi, alla stregua del principio secondo il quale la restituzione di contributi debitamente versati e' concepibile soltanto ove detti contributi siano rimasti inutilizzati, circostanza che non si verifica allorquando l'assicurato tragga da essi il diritto a una pensione supplementare. Le sezioni unite hanno, pertanto, escluso il diritto alla restituzione potendo i contributi essere utilizzati per la formazione della pensione supplementare

che il pensionato ha facoltà di richiedere, solo in caso di soggetto non pensionato presso diversa gestione, dovendo farsi esclusiva applicazione dell'art. 4 secondo comma del d.m.cit., con diritto alla restituzione dei contributi, nel concorso delle ulteriori condizioni prescritte.

In tema di **perequazione automatica delle pensioni** per i lavoratori già pensionati al 31 dicembre 1990, con le ordinanze **nn. 21439 e 21440**, la Corte, dubitando, in particolare, della ragionevolezza del carattere retroattivo della disposizione di interpretazione autentica introdotta nel 2004, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 55, della legge n. 243 del 2004 per violazione degli artt. 3, 102 e 111 Cost., laddove ha disposto che “al fine di estinguere il contenzioso giudiziario relativo ai trattamenti corrisposti a talune categorie di pensionati già iscritti a regimi previdenziali sostitutivi ... l'art. 3 comma 1 lett. p) della legge 23/10/1992, n. 421 e l'art. 9 comma 2 del d.lgs. 30/12/1992, n. 503 devono intendersi nel senso che la perequazione automatica delle pensioni prevista dall'art. 11 del d.lgs. n. 503 si applica al complessivo trattamento percepito dai pensionati di cui all'art. 3 del d.lgs. 20/11/1990 n. 357.” E' noto che le Sezioni unite (sent. nn. 9023 e 9024 del 2001) avevano ritenuto che il sistema di perequazione delle pensioni vigente per i lavoratori già pensionati al 31 dicembre 1990 sopravvivesse alla legge n. 421 del 1992 ed al decreto legislativo n. 503 del 1992, dovendo le norme sopravvenute applicarsi solo ai lavoratori in servizio, e che la giurisprudenza successiva si era uniformata, costantemente, a tale *dictum* . In tale contesto é intervenuto il legislatore del 2004 con le norme ora sospettate di incostituzionalità.

Tornando al potere-dovere del giudice di sindacare la natura della norma di interpretazione autentica in funzione della sua possibile illegittimità costituzionale, si segnala, altresì, l'ordinanza interlocutoria **n. 5048** che, avuto riguardo all'assenza di contrasto di giurisprudenza in ordine al **regime dei contributi trasferiti in forza della Convenzione tra l'Italia e la Svizzera relativa alla sicurezza sociale** del 14 dicembre 1962 (e dei successivi Accordi aggiuntivi) e all'uniformità applicativa riconducibile al diritto vivente conseguente alla giurisprudenza della Corte in materia, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma sopravvenuta di cui all'art. 1, comma 277, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. legge finanziaria

2007) e della diversa *regula iuris* introdotta, qualificata come innovativa, con efficacia retroattiva, e non già di interpretazione autentica, recante l'introduzione di un nuovo criterio contabile nient'affatto ricavabile dalla disposizione interpretata, appalesandosi legittima, dal punto di vista costituzionale, una verifica della ragionevolezza della sua applicabilità retroattiva.

Con riferimento ai trattamenti previdenziali ai **superstiti** e, con particolare riguardo al **trattamento di reversibilità in caso di concorso fra coniuge divorziato e coniuge superstite**, aventi entrambi i requisiti per la relativa pensione, si profila meritevole di menzione la sentenza **n. 10669** secondo cui la ripartizione deve essere effettuata, oltre che sulla base del criterio della durata dei rispettivi matrimoni – coincidente con la durata legale dei medesimi (per il coniuge divorziato, fino alla sentenza di divorzio) –, ponderando, alla luce della sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale n. 419 del 1999, ulteriori elementi correlati alla finalità solidaristica sottesa al trattamento di reversibilità – quali, l'entità dell'assegno di mantenimento riconosciuto all'*ex* coniuge ed alle condizioni economiche dei due, la durata delle rispettive convivenze matrimoniali – elementi da non pretermettere per il solo fatto che sugli stessi non si sia aperto alcun contraddittorio.

Sul diverso tema dei **lavoratori socialmente utili**, per i quali la decisione **n. 3** delle Sezioni unite ha rimarcato che lo svolgimento della prestazione lavorativa per la realizzazione di un interesse di carattere generale connota il diritto agli emolumenti della natura previdenziale e non retributiva, la sentenza **n. 9344** ha riconosciuto la compatibilità tra il sussidio per lo svolgimento di lavori socialmente utili ed il compenso ricavato da diversa attività di lavoro subordinato, svolta a tempo parziale, con orario e modalità che non interferiscano con il lavoro socialmente utile.

Inoltre, sul rilevante tema della riduzione dell'area del **lavoro nero** e di effettiva destinazione a sostegno dei disoccupati, delle risorse disponibili, meritevole di menzione è la sentenza **n. 4004** secondo la quale l'attività lavorativa (autonoma o subordinata) svolta dal lavoratore cassintegrato comporta la decadenza dal diritto al globale trattamento salariale, senza che assuma alcuna rilevanza la collocazione temporale dell'attività espletata.

Si profila, inoltre, meritevole di cenno, con riferimento ai **lavoratori impiegati a tempo parziale**, la sentenza **n. 7298** che ha negato, per i lavoratori *part-time* secondo

il tipo cosiddetto verticale a base annua, **l'indennità di disoccupazione per i periodi di inattività**, valorizzando, nella soluzione interpretativa accolta, la volontà negoziale del lavoratore contraente che abbia preferito tale tipo contrattuale, ed escludendo l'estensione, in via analogica, in mancanza dell'*eadem ratio*, della disciplina della disoccupazione involontaria vigente per i contratti stagionali, la cui stipulazione è, per converso, resa necessaria dalle oggettive caratteristiche della prestazione.

In ordine al diverso tema del **rapporto assicurativo previdenziale nel periodo compreso fra il licenziamento illegittimo e l'ordine giudiziale di reintegrazione**, l'incertezza interpretativa in ordine all'**obbligazione contributiva** (nel regime antecedente alla novella allo statuto dei lavoratori, introdotta nel 1990) è stata superata dalle Sezioni unite (sentenza n. **15143**) commisurando l'obbligazione contributiva all'effettivo importo delle retribuzioni maturate, nel medesimo periodo, ancorché non coincidente con l'importo del danno liquidato in applicazione dei criteri di risarcimento fissati dalla legge. La decisione riveste una particolare importanza, anche dal punto di vista pratico, ove si consideri che le contestazioni relative alla regolarità della contribuzione previdenziale tendono a manifestarsi solo nel momento in cui il lavoratore si appresta ad accedere al pensionamento, quindi anche a distanza di decenni dall'epoca in cui l'omissione contributiva si sia verificata.

In materia di **assicurazione sociale contro gli infortuni sul lavoro**, e con particolare riferimento all'**infortunio in itinere**, è meritevole di segnalazione la sentenza n. **15973** che, ribadito il maggior rigore necessario nel valutare il rischio elettivo nell'infortunio *in itinere*, nozione più ampia rispetto all'infortunio nel corso dell'attività lavorativa vera e propria, in quanto comprensiva di comportamenti del lavoratore infortunato non abnormi, secondo il comune sentire, ma semplicemente contrari a norme di legge o di comune prudenza, ha riconosciuto al giudice del merito, nella valutazione delle circostanze di fatto dell'interruzione non necessitata, la possibilità di avvalersi delle indicazioni della giurisprudenza nazionale e, in via sussidiaria, anche delle indicazioni della giurisprudenza dei Paesi comunitari. Di qui l'affermazione del criterio sussidiario interpretativo secondo cui, alla stregua del canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, del **principio di armonizzazione dei sistemi di sicurezza sociale dei Paesi dell'Unione**, della formazione, in corso, di uno spazio giurisprudenziale europeo, in assenza di precedenti giurisprudenziali nazionali, ove la

legislazione di un Paese comunitario disciplini, in modo specifico, un elemento non disciplinato dalla legge nazionale, in conformità a precetti della Costituzione di quel Paese identici a quelli della nostra Costituzione, la disciplina legislativa o giurisprudenziale del Paese comunitario può costituire criterio sussidiario per la soluzione di casi non disciplinati, nel dettaglio, dalla legge italiana.

Quanto ai benefici contributivi per i **lavoratori esposti all'amianto**, si segnala la sentenza **n. 1179** per aver ritenuto pregnante, per il riconoscimento del diritto ai contributi figurativi, la sussistenza di un rischio morbigeno qualificato e l'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, ed irrilevante, per converso, la soggettività dell'ente gestore dell'assicurazione, così affermando l'irragionevolezza dell'esclusione dal beneficio dei **lavoratori marittimi**, la cui assicurazione contro le malattie professionali non è esercitata dall'INAIL.

Quanto alla *ratio* dell'art. 112 del d.p.r. n. 1124 del 1965, secondo cui non vi era responsabilità in mancanza di condanna penale, la sentenza **n. 20736** ha chiarito che **l'azione di regresso dell'INAIL, nel caso in cui in sede penale il datore di lavoro sia stato assolto**, è sottoposta a termine di prescrizione triennale di cui all'art. 112, quinto comma, seconda parte, d.p.r. cit., conseguendone che, *ex art. 2943 cod.civ.*, la prescrizione è interrotta non con il deposito bensì con la notificazione del ricorso con cui l'azione viene esercitata oppure da ogni atto idoneo alla costituzione in mora. La decisione **n. 21540** si segnala, inoltre, per l'affermazione dell'esperibilità dell'**azione di rivalsa dell'INAIL nei confronti del subappaltatore**, sulla base del rilievo che il subappaltatore, anche se attua lavori precedentemente appaltati ad altri, assume con l'autonoma gestione del lavoro la piena responsabilità di quanto si svolge nel luogo di lavoro, e pertanto risponde del danno causato a suoi dipendenti da fatti materialmente effettuati da terzi; l'eventuale ingerenza dell'appaltatore nel luogo di lavoro dell'impresa subappaltante esclude la responsabilità del subappaltatore soltanto se questi divenga un suo mero esecutore.

In tema di **sanzioni amministrative relative a violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatoria**, è meritevole di notazione, fra le altre, la sentenza **n. 65**, seguita da altre decisioni, per la quale si connotano come violazioni di carattere meramente formale, ai sensi dell'art.116, comma dodicesimo, della legge n. 388 del

2000, comportante l'abolizione delle sanzioni amministrative, quelle che non determinano una lesione alla sostanza del bene giuridico tutelato, quali le comunicazioni di assunzioni errate o incomplete che non incidono, di fatto, sull'essenziale funzione di controllo e monitoraggio, che caratterizza la materia del collocamento; e, di contro, si connotano di carattere sostanziale, non colpite dall'*abolitio*, tutte le violazioni relative, come nella vicenda all'esame della Corte, all'omessa o tardiva comunicazione di assunzione e cessazione del rapporto di lavoro, in quanto realmente incidenti sulla suddetta finalità.

9. DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

9.1 Il nuovo processo civile di cassazione.

Nel corso del 2007 hanno iniziato a prendere forma i primi orientamenti applicativi sul d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. La **decorrenza delle nuove disposizioni processuali** è stata stabilita dalla sentenza **n. 13067**, nel senso che in base all'art. 27, secondo comma d.lgs. cit., le nuove disposizioni si applicano solo ai ricorsi proposti avverso provvedimenti pubblicati con decorrenza 2 marzo 2006, senza che abbia alcun rilievo la data di notifica del provvedimento da impugnare.

Un rilevante gruppo di decisioni riguarda il “**quesito di diritto**”, previsto dall'art. 366 *bis*, introdotto dall'art. 6 d.lgs. n. 40.

La Cassazione ha ritenuto che la norma trovi **applicazione** con riferimento: a) ai **ricorsi per regolamento per competenza (ordinanze n. 4064, n. 4071, n. 6278, n. 7402, n. 13138 e n. 15584)**; b) alla **impugnazione dell'ordinanza di sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c.** (ordinanza **n. 15108**); c) ai **ricorsi per motivi attinenti alla giurisdizione** contro le decisioni dei giudici speciali. In particolare, la sentenza delle Sez. Unite **n. 7258** afferma che la prescrizione di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. “non incontra ostacolo nel rilievo che la norma in esame non contempli anche il caso previsto dall'art. 362 c.p.c., e cioè il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione contro le decisioni dei giudici speciali, non potendo ritenersi preclusa l'interpretazione estensiva di una norma che, per la sua formulazione, non consente di individuare le ragioni per le quali il ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione debba trovare una disciplina diversa se si rivolga contro una decisione

del giudice ordinario ovvero contro una decisione del giudice speciale, sicché il mancato richiamo all'art. 362 c.p.c. va considerato frutto di un difetto di coordinamento dovuto a mera dimenticanza del legislatore e non di una consapevole differenziazione nella disciplina di fattispecie simili le quali comportano, entrambe, la medesima richiesta rivolta alle sezioni unite della Corte di cassazione di individuare il giudice fornito di giurisdizione sulla controversia in corso"; d) ai **ricorsi per revocazione delle sentenze della Cassazione** (ordinanza n. 4640) e) ai **ricorsi in materia elettorale** (sentenza n. 14682) f) **al ricorso avverso una sentenza della Sezione disciplinare del CSM** (sent. n. 16615); g) alla **prospettazione di una questione di costituzionalità** (ordinanza n. 4072).

L'art. 366 *bis* c.p.c. è stato invece ritenuto **inapplicabile al ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione** (sentenza S.U. n. 22059) in considerazione della sua natura (non di mezzo di impugnazione ma) di strumento apprestato per consentire alle parti di ottenere, già nel corso del giudizio di primo grado, una pronuncia definitiva sulla giurisdizione, e per l'estraneità della disciplina dei motivi del ricorso al regolamento, in quanto incompatibile con l'essenza stessa dell'istituto.

Il quesito di diritto deve essere esplicito e inserito in una parte del ricorso a ciò deputata. Si afferma (S.U. n. 7258) che la norma di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. non possa essere interpretata nel senso che il quesito di diritto possa desumersi implicitamente dalla formulazione del motivo di ricorso, poiché una siffatta interpretazione si risolverebbe nell'abrogazione tacita della norma in questione (vedi anche sentenza n. 23153). Quanto alla collocazione del ricorso, prevalente è l'orientamento per il quale (sentenza n. 13329) il quesito può anche difettare di una particolare evidenza grafica o può anche essere collocato non al termine del motivo ma al suo inizio o nelle conclusioni del ricorso (se pur con richiamo al motivo al quale esso è pertinente), ma deve risultare come frutto di una intenzionale articolazione di interpello alla Corte di legittimità sulla sintesi dialettica illustrata nel singolo motivo. La novità della riforma, infatti, sta nel porre a requisito fondamentale di ciascuna censura di violazione di legge la sintesi logico-giuridica della questione onerando l'avvocato (patrocinante in Cassazione) di una formulazione consapevole quanto espressa e diretta di tale sintesi. Da ciò l'impossibilità di accettare un'ipotesi di quesito implicito o "mascherato" nella trattazione delle censure. Infatti il quesito deve svolgere una propria funzione di

individuazione della questione di diritto posta alla Corte, sicché è necessario che tale individuazione sia assolta da una parte apposita del **ricorso**, a ciò deputata attraverso espressioni specifiche che siano idonee ad evidenziare alla Corte la questione stessa, restando invece escluso che la questione possa risultare da un'operazione di individuazione delle implicazioni della esposizione del motivo di **ricorso** come prospettato affidata al lettore, e non rivelata direttamente dal **ricorso** stesso. Infatti, se il legislatore avesse voluto ammettere tale possibilità, non avrebbe previsto che detta esposizione si concludesse con la formulazione del quesito, espressione che implica palesemente un *quid* che non può coincidere con essa, ma avrebbe previsto solo che quest'ultima deve proporre un quesito di diritto (ordinanza **n. 16002**). D'altra parte, deve escludersi che la formulazione dei quesiti di diritto e la chiara indicazione del fatto controverso con le caratteristiche indicate dall'art. 366 *bis* cod. proc. civ. possano reputarsi sussistenti per il fatto che la parte resistente abbia controdedotto, giacché l'espressa previsione del requisito a pena di inammissibilità palesa non solo che l'interesse tutelato dalla norma non è disponibile ed è tutelato dalla rilevabilità d'ufficio (come sempre accade quando il legislatore **ricorre** alla categoria della inammissibilità, che non a caso è accompagnata dall'espressione preliminare evocativa della sanzione "a pena di"), ma esclude anche che possa assumere alcun rilievo in funzione di superamento del vizio l'atteggiamento della controparte (ordinanza **n. 16002**).

Quanto ai caratteri positivi del quesito, si richiede l'enunciazione, ad opera del **ricorrente**, di un principio di diritto diverso da quello posto a base del provvedimento impugnato e perciò tale da implicare un ribaltamento della decisione adottata dal giudice *a quo*, mentre non è ammissibile un motivo di **ricorso** che si concluda con l'esposizione di un quesito meramente ripetitivo del contenuto della norma applicata dal giudice del merito (sentenza **n. 14682**) o che "si risolva in una generica istanza di decisione sull'esistenza della violazione di legge denunciata nel motivo" (ordinanza **n. 19892**).

Riguardo allo specifico collegamento alla fattispecie si è ritenuto inammissibile il motivo del ricorso per cassazione che si concluda con la formulazione di un quesito di diritto in alcun modo riferibile alla fattispecie o che sia comunque assolutamente generico, in un caso in cui il ricorrente si era limitato a chiedere la riaffermazione del principio dell'inviolabilità del diritto di difesa. (sentenza S.U. **n. 36**).

Emerge la necessità di **attinenza al *decisum***: le Sezioni Unite con sentenza **n. 14385**, cit. hanno affermato che il caso di quesito di diritto inconferente va assimilato all'ipotesi di mancanza di quesito con conseguente inammissibilità del motivo, applicando lo stesso principio già affermato da questa Corte in tema di motivi non attinenti al *decisum*.

Al rilievo officioso dell'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 366 *bis* c.p.c. si applica l'art. 384, terzo comma c.p.c.. Al riguardo, la sentenza **n. 13138** dà atto che la questione dell'inammissibilità per mancanza del quesito è stata illustrata nella relazione depositata, che il ricorrente ha presentato memoria sul punto e che è stato sentito il difensore; la sentenza **n. 14385** afferma che l'eccezione di inammissibilità, essendo stata sollevata dal PG all'udienza di discussione, la sottrae alla sfera di operatività dell'art. 384, terzo comma, c.p.c., come sostituito dall'art. 12 d.lgs. n. 40 del 2006, escludendo ogni necessità di riservare la decisione con assegnazione di un termine alle parti per osservazioni; la sentenza **n. 7258** rileva che l'eccezione sollevata in memoria dal controricorrente ha l'effetto di sottoporre validamente la questione all'esame di questa corte trattandosi di questione rilevabile d'ufficio e la sottrae alla sfera di operatività dell'art. 84, terzo comma cod.proc.civ., escludendo ogni necessità di riservare la decisione con assegnazione di un termine alle parti per osservazioni.

Quanto alla **formulazione dei motivi nel caso previsto dall'art. 360 n. 5 c.p.c.**, la censura di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione deve contenere un momento di sintesi (omologo del quesito di diritto) che ne circoscriva puntualmente i limiti, in maniera da non ingenerare incertezze in sede di formulazione del **ricorso** e di valutazione della sua ammissibilità (sentenza S.U. **n. 20603**) e deve consistere in una parte del motivo che si presenti a ciò specificamente e riassuntivamente destinata, di modo che non è possibile ritenerlo rispettato quando solo la completa lettura della complessiva illustrazione del motivo riveli, all'esito di un'attività di interpretazione svolta dal lettore e non di una indicazione da parte del **ricorrente**, deputata all'osservanza del requisito del citato art. 366 *bis*, che il motivo stesso concerne un determinato fatto controverso, riguardo al quale si assuma omessa, contraddittoria od insufficiente la motivazione e si indichino quali sono le ragioni per cui la motivazione è conseguentemente inidonea sorreggere la decisione (ordinanza **n. 16002**)

Il decreto legislativo in esame ha previsto l'estensione della facoltà di impugnare con ricorso per cassazione per tutte le tipologie di vizi di cui all'art. 360, primo comma c.p.c. a tutte le decisioni per le quali in precedenza la legge ammetteva il solo ricorso per cassazione per violazione di legge. Le Sezioni unite (sentenza n. 5394) hanno dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006 in riferimento all'art. 360, ult. co., cod. proc. civ. nel testo modificato dall'art. 2 d.lgs. citato, nella parte in cui prevede che tale facoltà operi solo per le sentenze pubblicate dopo la sua entrata in vigore, in quanto infatti, in materia di successione di leggi, il legislatore ha ampia discrezionalità di modulare nel tempo la disciplina introdotta con il solo limite della ragionevolezza, il quale non è superato se una facoltà processuale viene attribuita solo per il futuro in coerenza col principio *tempus regit actum*.

In tema di **rinuncia al ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 390 c.p.c.**, si è affermato che la previsione di cui a tale norma - che esclude che il **ricorso per cassazione** possa essere rinunciato dopo la notifica delle richieste del P.M. - “si deve intendere riferito esclusivamente al caso in cui la decisione venga adottata con il rito di cui all'art. 380-ter cod. proc. civ., mentre, allorquando tale decisione abbia luogo con il rito di cui all'art. 380-bis cod. proc. civ., il termine ultimo per la rinuncia è quello del passaggio in decisione del ricorso, non potendosi istituire un'analogia tra la notificazione delle conclusioni del P.M. e la notificazione della relazione di cui al medesimo art. 380-bis cod. proc. civ.” (ordinanza n. 19255).

La **relazione prevista dall'art. 380-bis cod. proc. civ.** non costituisce un segmento di decisione sottoposto all'approvazione del collegio, ma rappresenta una mera proposta di definizione processuale accelerata, che indica alle parti e al collegio la possibile ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 375 cod. proc. civ., in quanto viene offerta al contraddittorio e alla connessa considerazione critica delle parti e, pertanto, può essere utilizzata o meno (in tutto in parte) come elemento di formazione della decisione, ferma restando la possibilità di rinviare la causa alla pubblica udienza, ove non sia ravvisata la sussistenza delle predette condizioni (sentenza n. 20965).

Il d.lgs n. 40 del 2006 ha introdotto il nuovo istituto dell'accertamento pregiudiziale sull'**efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi** di cui all'art. 420 bis c.p.c. La Corte con la sentenza n. 3770 ha affermato, sul piano

contenutistico, che il nuovo istituto presuppone che la controversia devoluta alla cognizione del giudice di merito ponga una questione interpretativa, sull'efficacia o validità della contrattazione collettiva nazionale, rilevante nel giudizio e di non agevole soluzione, potendo mutuarci il *decisum* della Corte costituzionale (Corte cost., n. 233 del 2002) in riferimento all'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2005 - cui il legislatore delegato del 2006 si è ispirato sulla scia delle innovazioni processuali preordinate a valorizzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione nella contigua area delle controversie di lavoro pubblico privatizzato -, secondo il quale presupposto per l'applicazione della procedura in esame è, come evidente, l'esistenza di un reale dubbio interpretativo, concernente la clausola contrattuale della quale il giudice deve fare applicazione nella controversia. Anche la procedura in esame può, quindi, essere utilizzata solo nei casi in cui la clausola contrattuale sia di contenuto oscuro e possa prestarsi a diverse e contrastanti letture interpretative, oppure sia sospettabile di nullità o inefficacia. Sul piano del procedimento, la norma trova applicazione solo nel giudizio di primo grado e non anche in quello d'appello con la conseguenza che la sentenza di accertamento pregiudiziale sull'interpretazione di un contratto collettivo, ove resa in grado di appello, non essendo riconducibile nel paradigma dell'art. 420 *bis* cod. proc. civ., non incorre in un vizio che inficia la pronuncia, bensì nel rimedio impugnatorio proprio, che non è quello del ricorso immediato per cassazione quello generale risultante dal combinato disposto dell'art. 360, terzo comma, e 361, primo comma, cod. proc. civ.

Sempre in tema di funzione nomofilattica della Corte, va segnalata la sentenza **n. 27197** delle S.U. con la quale è stata fornita la prima interpretazione del nuovo strumento indicato nell'art. 363 terzo comma c.p.c. **principio di diritto nell'interesse della legge**. Al riguardo quando le parti non possono nel loro interesse e sulla base della normativa vigente, investire la Corte di questioni di particolare importanza in rapporto a provvedimenti giurisdizionali non impugnabili e il P.G. presso la stessa Corte non chieda l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, le Sezioni Unite – chiamate comunque a pronunciarsi su tali questioni su disposizione del Primo presidente – dichiarata l'inammissibilità del ricorso, possono esercitare d'ufficio il potere discrezionale di formulare il principio di diritto concretamente applicabile. Tale potere può esercitarsi su questioni di particolare importanza desumibili non solo

dal contesto normativo ma anche da elementi di fatto e si manifesta nella pronuncia di una regola di giudizio che, sebbene non influente sulla concreta vicenda processuale, serve tuttavia come criterio di decisione di casi simili.

9.2 Regolamento di giurisdizione e decisione sulla giurisdizione.

Con riferimento alle **condizioni di ammissibilità** del regolamento di giurisdizione, le Sezioni unite hanno, innanzitutto, ribadito (sentenza **n. 14952**) che tale mezzo è inammissibile dopo che il giudice di merito abbia emesso una sentenza, anche se solo limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale, poiché in tal caso la decisione sul punto va rimessa al giudice di grado superiore; il ricorso erroneamente proposto come regolamento preventivo, peraltro, può essere convertito in ricorso per cassazione per violazione di legge – e, quindi, per motivi attinenti alla giurisdizione – ove ne ricorrano i presupposti. In particolar modo, poi, è stato sottolineato che tale regolamento si prospetta altrettanto inammissibile (ordinanza **n. 14389**) allorquando sia proposto successivamente alla reiezione di un'istanza cautelare per difetto di giurisdizione del giudice ordinario non seguita dall'instaurazione di una causa di merito, non potendo proporsi il regolamento in relazione ad una vertenza ipotetica. Di contro si è ribadito, in linea con la pregressa giurisprudenza di legittimità, che (ordinanza **n. 10941**) il provvedimento di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, ai sensi dell'art. 648 cod. proc. civ., non ha carattere definitivo e decisorio ed è inidoneo a contenere una statuizione sulla giurisdizione su cui possa formarsi il giudicato; esso, pertanto non preclude la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione; alla stregua dello stesso fondamento è stato riconfermato anche che (ordinanza **n. 1144**) la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dall'emanazione di un provvedimento cautelare in corso di causa, poiché esso non costituisce sentenza neppure qualora sia stata contestualmente risolta una questione di giurisdizione, salvo risulti inequivocabilmente che la questione di giurisdizione è stata riferita al solo procedimento cautelare e il regolamento sia stato proposto per ragioni che attengono ad esso in via esclusiva. Con la sentenza **n. 23030** è stato chiarito che il regolamento preventivo di giurisdizione non è formulabile nemmeno avverso i provvedimenti

emessi in materia di esercizio della potestà sul figlio minore riconosciuto, siccome attinenti alla giurisdizione volontaria e, pertanto, privi di decisorietà e definitività.

Nell'arco del 2007 le Sezioni unite hanno avuto modo di evidenziare l'estensione del **principio della litispendenza** di cui all'art. 39 cod. proc. civ. anche in tema di regolamento di giurisdizione, statuendo (con l'ordinanza **n. 8527**) che, ove in relazione alla stessa controversia, siano state presentati in tempi diversi due ricorsi contenenti istanza per regolamento preventivo di giurisdizione e uno dei due sia stato definito con pronuncia della Corte di cassazione, il ricorso esaminato per secondo deve essere dichiarato improcedibile, poiché si applica in tal caso il principio *ne bis in idem*, affermato dal citato art. 39 cod. proc. civ. e rispondente a irrinunciabili esigenze di ordine pubblico processuale.

La svolta principale sul piano delle pronunce attinenti alla giurisdizione, nel panorama giurisprudenziale del 2007 è stata quella manifestatasi con la sentenza **n. 4109**, con la quale le Sezioni unite, per la prima volta, hanno affermato l'applicabilità a tali decisioni del **principio della *translatio iudicii*** (tema sul quale, dopo pochi giorni, si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 77, in virtù della quale si è proceduto effettivamente alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 30 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione). Con la sentenza n. 4109 le Sezioni unite hanno rilevato che sia nel caso di ricorso ordinario *ex art. 360*, primo comma, n. 1, cod. proc. civ. – previsto per il solo giudizio ordinario e poi esteso ai sensi dell'art. 111 Cost. a tutte le decisioni, assumendo la veste di ricorso per contestare innanzi alle Sezioni unite la giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza impugnata – sia nel caso di regolamento preventivo di giurisdizione proponibile dinanzi al giudice ordinario, ma anche innanzi al giudice amministrativo, contabile o tributario, opera la *translatio iudicii*, così consentendosi al processo, iniziato erroneamente davanti ad un giudice che non ha la giurisdizione indicata, di poter continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente il servizio giustizia, costituzionalmente rilevante.

Con l'ordinanza **n. 17954** le Sezioni unite hanno, ancora una volta, posto in risalto che **il difetto assoluto di giurisdizione** è ravvisabile solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere.

Con riguardo alla formulabilità del ricorso per cassazione nei confronti delle decisioni dei giudici speciali, riconfermandosi l'indirizzo della pregressa giurisprudenza, è stato statuito che (ordinanza **n. 3615**), anche dopo l'inserimento della garanzia del giusto processo nella formulazione dell'art. 111 Cost., il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni della **Corte dei conti** in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dell'eventuale violazione dei limiti **esterni** della giurisdizione del giudice contabile, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale e non si estende al modo del suo esercizio. In particolare, con la sentenza **n. 753** è stato deciso che, con riguardo a decisione resa dall'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato** in sede giurisdizionale, l'asserita irregolarità della composizione del collegio – sotto il profilo della partecipazione al collegio stesso, oltre al presidente dell'organo, anche di tre presidenti di sezione e non soltanto di consiglieri di stato – non può essere dedotta con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione per difetto di giurisdizione, atteso che tale ricorso è esperibile solo per violazioni dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali di detto Giudice amministrativo, e che siffatta violazione è ravvisabile, rispetto ai vizi di costituzione dell'organo giudicante, esclusivamente quando i vizi medesimi si traducano nella non coincidenza di tale organo con quello delineato dalla legge, per effetto di alterazione della sua struttura ovvero di totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti, condizione che non si può ravvisare nella formazione del collegio giudicante con la partecipazione di componenti muniti dello *status* di magistrati del Consiglio.

9.3 Competenza e regolamento di competenza.

Riconfermato, in generale, (sentenza **n. 10875**) il principio secondo cui l'art. 5 cod. proc. civ., alla stregua del quale la **competenza** si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che regola la **competenza** è dichiarata costituzionalmente illegittima, data l'efficacia

retroattiva delle pronunce di illegittimità della Corte costituzionale, salve l'avvenuta formazione del giudicato e la presenza di preclusioni processuali già verificatesi, la Cassazione ha evidenziato innanzitutto, con riguardo al regime di operatività dell'**incompetenza territoriale** in conseguenza della ritualità della proposizione della relativa eccezione, che (sentenza n. **17399**) l'indicazione del foro ritenuto competente da parte del convenuto che eccepisce l'incompetenza per territorio del giudice adito è imposta dall'art. 38, secondo comma, cod. proc. civ. in funzione dell'eventuale adesione dell'attore, dalla quale deriva la cancellazione della causa dal ruolo. Ne consegue che l'erronea indicazione di detto foro non rende per ciò stesso irrituale l'eccezione, comportando soltanto che il giudice adito, in difetto di adesione della controparte alla indicazione stessa, provvede alla individuazione del giudice competente in base ai criteri di collegamento previsti dalla legge. In altri termini, una volta che la parte ha correttamente e tempestivamente eccepito l'incompetenza territoriale del giudice adito sulla base dei vari criteri di collegamento da applicare per individuare tale **competenza** territoriale, l'erronea indicazione del giudice competente non rende irrituale l'eccezione, provvedendo il giudice della decisione ad individuare sulla base del criterio esatto di collegamento, indicato dal convenuto, il giudice esatto.

In ordine alla disciplina attinente alla **tempestività** dell'eccezione di parte o del rilievo d'ufficio dell'incompetenza territoriale inderogabile (così come di quella per materia e per valore) è stato asserito, in un'ottica generale, che (ordinanza n. **1167**), ai sensi dell'art. 38 cod. proc. civ., sost. dall'art. 4 legge 26 novembre 1990, n. 353, la suddetta incompetenza è rilevata, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di trattazione, la quale, nel rito ordinario, si identifica con l'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., e, nel processo del lavoro, corrisponde alla (prima) udienza di discussione fissata con il decreto giudiziale disciplinato dall'art. 415 cod. proc. civ.; pertanto, alla stregua del nuovo assetto attribuito dal riformato art. 38 cod. proc. civ. al rilievo dell'incompetenza, anche la disposizione del primo comma dell'art. 428 cod. proc. civ. (secondo la quale nei processi davanti al giudice del lavoro l'incompetenza territoriale può essere rilevata d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'art. 420 cod. proc. civ.) va intesa nel significato che detta incompetenza può essere rilevata non oltre il termine dell'udienza fissata con il predetto decreto contemplato dal citato art. 415, con la conseguente inammissibilità del regolamento di **competenza** d'ufficio che dovesse

essere sollevato superandosi tale preclusione. Con specifico riferimento al procedimento dinanzi al giudice di pace si è precisato che (sentenza **n. 2306**) che, qualora, alla prima udienza, detto giudice abbia dichiarato la contumacia del convenuto, procedendo alla celebrazione di una seconda e di una terza udienza, al convenuto che si costituisca tardivamente è preclusa la facoltà di eccepire l'incompetenza per territorio derogabile, in quanto la relativa eccezione, in siffatto giudizio - la struttura del quale è articolata in una tendenziale unica udienza di trattazione - non può essere proposta oltre la prima udienza. Né rileva che il giudice di pace, ai sensi del quarto comma dell'art. 320 cod. proc. civ., possa fissare una sola volta una nuova udienza per ulteriori produzioni e richieste di prova, atteso che detta disposizione non consente di esperire attività contrastanti con la struttura della udienza prevista nel citato articolo, nella quale si deve concentrare l'attività della trattazione preliminare della causa, l'attività istruttoria e quella conclusiva, senza che si possa scindere l'udienza di prima comparizione da quella di trattazione.

Con riferimento alla disciplina riguardante la **tutela del consumatore** è stato messo in luce (ordinanza **n. 18743**) che, in tema di controversie tra consumatore (a cui è, a questo fine, assimilabile quella del terzo beneficiario di una polizza assicurativa: cfr. ordinanza **n. 369**) e professionista, per la determinazione del foro competente si applica la disposizione dettata dall'art. 1469 *bis*, terzo comma, numero 19, cod. civ., che, avendo natura di norma processuale, estende la sua efficacia anche alle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore (con legge n. 52 del 1996) ma relative a contratti stipulati prima (tuttavia – come sottolineato con la sentenza **n. 385** - l'eccezione di incompetenza territoriale deve essere tempestivamente sollevata, ex art. 38, primo comma, cod. proc. civ., entro la prima udienza di trattazione, potendo altrimenti la Corte di cassazione, investita da ricorso sulla questione di **competenza**, rilevare d'ufficio l'avvenuto consolidamento della **competenza** territoriale del giudice adito); la **competenza** territoriale ivi stabilita, esclusiva ma derogabile, del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, introduce una presunzione di vessatorietà di una diversa clausola che preveda un'altra località come sede del foro competente, salva la dimostrazione, a carico del professionista e secondo l'eccezione di cui all'art. 1469 *ter* cod. civ., di preesistenza alla stipula di una trattativa individuale. Di natura incontestatamente inderogabile è invece la competenza territoriale per le

azioni disciplinate dall'art. 152 del Codice della *privacy*. Nella prima pronuncia relativa alla problematica della competenza territoriale in caso di pluralità di parti convenute alle quali viene contestato l'illegittimo trattamento di dati personali, la Corte, con l'ordinanza **n. 23280**, ha stabilito che dall'inderogabilità indicata dalla legge discende la necessità di radicare ciascuna delle controversie davanti al giudice del luogo di residenza del titolare dei dati, precisando che tale foro è prevalente anche sul foro erariale, nel caso in cui sia parte anche il garante (per effetto dell'impugnazione di un provvedimento emesso dall'*Authority*).

In relazione alle **azioni aventi ad oggetto obbligazioni pecuniarie esercitate nei confronti di una P.A.** si è sottolineato (sentenza **n. 17399**) che, in tal caso, la competenza per territorio è attribuita - in virtù del combinato disposto degli artt. 1182, comma quarto cod. civ., 54 r.d. n. 2440 del 1923, 278 lett. d), 287 e 407 r.d. n. 827 del 1924 - all'autorità giudiziaria del luogo in cui ha sede la sezione di Tesoreria della provincia in cui il creditore è domiciliato. In proposito è stato, peraltro, stabilito (sentenza **n. 2758**) che le norme di contabilità degli enti pubblici, che fissano il luogo di adempimento delle obbligazioni in quello della sede di tesoreria dell'ente, valgono ad individuare il *forum destinatae solutionis* eventualmente in deroga all'art. 1182 cod. civ., ma non rendono detto foro né esclusivo, né inderogabile. Pertanto, la P.A. convenuta che intenda eccepire la incompetenza del giudice adito, diverso da quello della sede della tesoreria, ha l'onere di contestare specificamente tutti i possibili fori, indicando le ragioni giustificative dell'esclusione di ogni momento di collegamento idoneo a radicare la **competenza**.

Quanto alle problematiche concernenti la **competenza territoriale in tema di responsabilità extracontrattuale**, la Cassazione, in una particolare ipotesi di azione risarcitoria per lesione del diritto alla reputazione conseguente alla pubblicazione di un articolo su stampa periodica, ha affermato (ordinanza **n. 12234**) che il *forum commissi delicti* si identifica con il luogo in cui il quotidiano è stampato perché in esso la notizia diviene per la prima volta pubblica, e, quindi, idonea a pregiudicare l'altrui diritto. A tal fine non ha rilevanza che il quotidiano sia stampato in edizioni diverse appositamente teletrasmesse nelle varie zone del territorio nazionale, in quanto il *forum commissi delicti* è quello in cui ha sede la redazione centrale del quotidiano e non quello delle trasmissioni in facsimile delle copie a diffusione regionale, dovendosi

seguire un criterio oggettivo unico, quale appunto il luogo in cui è commesso il fatto dannoso e non quello in cui viene percepito dall'interessato il contenuto diffamatorio della notizia e si verifica in concreto il danno. Né rileva, per la diversità del mezzo di diffusione, la differente previsione normativa posta dall'art. 30 della legge n. 223 del 1990, che concerne la diffamazione attuata con il mezzo radiotelevisivo. Pertanto, attesa l'irrilevanza del luogo di stampa e di prima diffusione del supplemento regionale, il convenuto che eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice adito ha l'onere di provare unicamente il luogo di stampa del quotidiano ed eventualmente di teletrasmissione del supplemento.

Sotto il profilo della **tempistica concernente il rilievo dell'incompetenza per materia**, è stato sottolineato (sentenza n. **5829**), sul presupposto che le questioni relative ai rapporti tra il tribunale in composizione ordinaria e la sezione specializzata agraria sono di **competenza** e non di giurisdizione, che anche nel caso della eventuale incompetenza per materia di detta sezione specializzata trova applicazione la disciplina dell'art. 38 cod. proc. civ., alla stregua della quale essa non può essere eccepita dalle parti o rilevata d'ufficio dopo la prima udienza di trattazione, per cui la **competenza** rimane definitivamente radicata presso il giudice adito anche se in relazione alla natura della controversia si debba disporre il mutamento del rito (da lavoristico ad ordinario o viceversa), in quanto il relativo provvedimento non incide sulla preclusione già verificatasi spostando il termine per l'eccezione o il rilievo d'ufficio; con riferimento specifico alla dinamica dello sviluppo del procedimento avanti al giudice di pace non si è mancato di puntualizzare (sentenza n. **10032**) che in detto giudizio - nel quale non è configurabile una distinzione tra udienza di prima comparizione e prima udienza di trattazione, ed il cui rito è tuttavia caratterizzato dal regime di preclusioni che assiste il procedimento dinanzi al tribunale - le preclusioni sono collegate allo svolgimento della prima udienza effettiva: ne consegue che se la prima udienza sia stata di mero rinvio, avendo il giudice soltanto rimesso alcuni procedimenti pendenti tra le stesse parti al coordinatore del suo ufficio per i provvedimenti del caso, l'incompetenza per materia può essere rilevata, dalla parte che ne ha interesse o anche d'ufficio, anche alla udienza immediatamente successiva, in cui la causa ha avuto effettiva trattazione.

In tema di **competenza per valore**, si profila particolarmente importante la segnalazione della sentenza n. **19014** delle Sezioni unite, le quali, pronunciandosi sulla

questione oggetto di contrasto della determinazione del valore della controversia in funzione della liquidazione delle tariffe forensi, hanno stabilito che siffatto valore, al fine per l'appunto del rimborso delle spese di lite a carico della parte soccombente, va fissato sulla base del criterio del *quid disputatum* (ossia di quanto richiesto dalla parte attrice nell'atto introduttivo del giudizio), tenendo però presente che, in caso di accoglimento solo parziale della domanda, il giudice deve considerare il contenuto effettivo della sua decisione (criterio del *decisum*), salvo che la riduzione della somma o del bene attribuito non consegua ad un adempimento intervenuto, nel corso del processo, ad opera della parte debitrice, convenuta in giudizio, nel qual caso il giudice, richiestone dalla parte interessata, terrà conto non di meno del *disputatum*, ove riconosca la fondatezza dell'intera domanda.

Degna di rilievo è anche l'ordinanza **n. 22943**, con la quale è stato affermato che l'insuscettibilità di sottoporre, in particolare, a stima economica **i diritti della personalità** può giustificare l'applicazione del criterio dell'ineterminabilità del valore al fine di individuare il giudice competente nel tribunale, soltanto se la domanda stessa abbia ad oggetto l'accertamento dell'esistenza del diritto come tale, a prescindere dalla richiesta di una somma di danaro. Quando, invece, l'accertamento del diritto alla personalità viene richiesto con una domanda intesa ad ottenere il risarcimento per equivalente delle conseguenze derivanti dalla sua lesione, la domanda è certamente riconducibile all'ambito dell'art. 14 c.p.c. ed ai criteri di stima in esso indicati. Infine, avuto riguardo al **regime di impugnabilità delle decisioni del giudice di pace**, con la sentenza **n. 4890** è stato riconfermato che, in base al combinato disposto dagli artt. 339, terzo comma, e 113, secondo comma, cod. proc. civ. sono da ritenersi inappellabili (e perciò immediatamente ricorribili per cassazione) tutte le sentenze pronunciate dal giudice di pace in controversie non eccedenti il valore di euro 1.100,00, a prescindere dal fatto che esse siano pronunciate secondo diritto o secondo equità, a tal fine dovendo considerarsi non il contenuto della decisione ma, appunto, solamente il valore della controversia, da determinarsi applicando analogicamente le norme di cui agli art. 10 e segg. cod. proc. civ. in tema di **competenza**. Ne consegue che, quando la controversia abbia ad oggetto un bene mobile, il valore della causa va determinato secondo le previsioni dell'art. 14 cod. proc. civ., e, in mancanza della indicazione di essa da parte dell'attore, si presume di valore pari al limite massimo

della **competenza** del giudice adito, limite entro il quale la pronuncia di condanna va contenuta per non incorrere nel vizio d'ultrapetizione, rimanendo escluso che essa possa considerarsi resa in base ad equità.

La pronuncia più rilevante sull'aspetto concernente l'individuazione dei provvedimenti sottoponibili al rimedio del **regolamento di competenza** è senza dubbio quella coincidente con la sentenza delle Sezioni unite **n. 21858**, con la quale – risolvendosi un contrasto profilatosi in seno alle sezioni semplici sul quale si erano già, precedentemente, pronunciate le stesse Sezioni unite con la sentenza n. 764 del 1999 – è stato stabilito che con il regolamento di competenza è ammissibile che vengano sollevate anche le questioni che riguardano la corretta applicazione delle norme processuali che disciplinano i tempi di rilievo dell'incompetenza, come quella prevista dall'art. 38 c.p.c. Su tale premessa si è, perciò puntualizzato che la Corte di cassazione, quando è investita con il regolamento necessario avverso una sentenza declinatoria della competenza, emessa in violazione delle suddette regole attinenti alla tempestività dell'eccezione o del rilievo, deve dichiarare la tardività dell'eccezione o del rilievo, negando la configurazione di una diversa competenza del giudice adito.

In relazione alle sentenze non definitive la Cassazione ha evidenziato (sentenza **n. 8354**) che la sentenza non definitiva con la quale il giudice si sia limitato ad affermare la propria **competenza** (o abbia escluso la sussistenza di litispendenza o continenza) è impugnabile unicamente con il regolamento di **competenza** nei modi e nei termini di cui all'art. 47 cod. proc. civ., non essendo contro detta decisione ammessa riserva d'impugnazione differita, che è prevista soltanto per l'appello e per il ricorso ordinario in Cassazione. Con la stessa pronuncia si è, peraltro, voluto chiarire che, qualora una sentenza non definitiva contenga una statuizione sulla litispendenza o sulla **competenza** e la decisione di una questione preliminare di merito (come, ad es., la legittimazione), la parte può alternativamente proporre regolamento facoltativo di **competenza** o impugnare con appello insieme alla sentenza definitiva, essendo esclusa la possibilità di differimento del regolamento all'esito della sentenza definitiva, che non abbia più affrontato il problema della litispendenza, già risolto da quella non definitiva. Sotto altro profilo, riferito però alla statuizioni del giudice di pace, si è inteso sottolineare (v. ordinanze **nn. 2303, 7742 e 14831**) che la sentenza non definitiva contenente solo statuizioni sulla **competenza**, pronunciata dal giudice di

pace in cause di valore non superiore a millecento euro, non solo non è impugnabile con istanza di regolamento di **competenza**, per essere tale impugnazione preclusa dal disposto dell'articolo 46 cod. proc. civ., ma non è neppure soggetta all'immediato ricorso per cassazione, potendo proporsi l'impugnazione nei confronti della pronuncia sulla **competenza** solo insieme all'impugnazione della sentenza definitiva. E' stato, inoltre, ribadito (ordinanza **n. 825**) che si prospetta inammissibile il regolamento di **competenza** proposto avverso un provvedimento che non ha carattere definitivo e decisorio, quale deve ritenersi il provvedimento che autorizza il sequestro conservativo, osservando, peraltro, (sentenza **n. 8354**) che il regolamento necessario di **competenza** è ammesso soltanto contro l'ordinanza di sospensione necessaria del processo e non contro il provvedimento che abbia negato la sospensione medesima, disponendo la prosecuzione del processo.

In tema di provvedimenti attinenti al procedimento di esecuzione forzata – e, precisamente, a quelli di carattere sospensivo adottabili in sede di opposizioni esecutive – la Cassazione ha statuito (ordinanza **n. 7923**) che, sia nella vigenza dell'art. 624 cod. proc. civ. nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 3, lett. e), del d.l. n. 35 del 2005, convertito con modificazioni nella legge n. 80 del 2005 (e successivamente modificato dall'art. 18 della legge n. 52 del 2006), sia nella vigenza successiva a tali modifiche, il regolamento di **competenza** avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione abbia disposto la sospensione del processo esecutivo deve ritenersi inammissibile, in quanto tale provvedimento era suscettibile di opposizione agli atti esecutivi vigente il vecchio testo ed è ora suscettibile di reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies cod. proc. civ. vigente il nuovo testo. Le Sezioni unite (con la sentenza **n. 21860**) hanno ulteriormente aggiunto che, a differenza della sospensione del processo di cognizione, l'ordinanza di sospensione del processo esecutivo non è suscettibile di impugnazione ex art. 295 cod. proc. civ., con regolamento di competenza, neppure in via analogica.

Con l'ordinanza **n. 2154** è stato, infine, riaffermato il principio alla stregua del quale la sezione stralcio istituita presso i tribunali dalla legge 22 luglio 1997, n. 276, per la definizione delle cause che non presentino riserva di collegialità, non costituisce, nell'ambito del predetto ufficio giudiziario, un diverso organo giurisdizionale, con la conseguenza che la questione se una controversia spetti ad una sezione ordinaria

ovvero ad una sezione stralcio non configura una questione di **competenza**, con derivante inammissibilità dell'eventuale regolamento di **competenza** d'ufficio che sia sollevato.

9.4 Cosa giudicata.

Con la sentenza **n. 24664**, le Sezioni Unite hanno statuito – risolvendo un contrasto di giurisprudenza – che il giudice di legittimità può direttamente accertare l'esistenza e la portata del **giudicato esterno**, con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo ed alla diretta valutazione e interpretazione degli atti processuali.

Con la sentenza **n. 19090** la Cassazione ha reiterato l'assunto alla stregua del quale il principio della **rilevabilità d'ufficio** del **giudicato** (anche) esterno, risultante da atti comunque prodotti nel giudizio di merito, si giustifica nel particolare carattere della sentenza del giudice e nella natura pubblicistica dell'interesse al suo rispetto, puntualizzando che esso non opera, però, con riferimento al lodo arbitrale, essendo questo un atto negoziale riconducibile al *dictum* di soggetti privati, che non muta la propria originaria natura per l'attribuzione *a posteriori* degli effetti della sentenza.

In tema di giudicato risulta, inoltre, ribadito (sentenza **n. 2438**) che, ai fini dell'accertamento della preclusione derivante dall'esistenza di un **giudicato** esterno (la cui rilevanza è comunque condizionata dalla presenza in atti della sentenza che si intenda far valere, munita dell'attestazione dell'intervenuto passaggio in **giudicato**: sentenza **n. 11889**), fondamentale ed imprescindibile risulta, oltre all'identificazione della statuizione contenuta nella precedente decisione, il raffronto della stessa con l'oggetto specifico del processo nell'ambito del quale il **giudicato** dovrebbe fare stato, e quindi il riscontro dell'esistenza di una relazione giuridica tra i diritti dedotti nei due giudizi: la preclusione dev'essere pertanto esclusa qualora il giudizio abbia ad oggetto un rapporto giuridico diverso da quello deciso con la sentenza passata in **giudicato**.

E' stata, altresì, riconfermata (sentenza **n. 1829**) la rilevabilità del giudicato in sede di giudizio di legittimità anche se esso si sia formato successivamente alla sentenza impugnata, con la conseguenza che il ricorso per cassazione, il cui oggetto è colpito dagli effetti di tale **giudicato**, è da qualificarsi inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse, giacché l'interesse ad impugnare con siffatto ricorso discende dalla

possibilità di conseguire, attraverso il richiesto annullamento della sentenza impugnata, un risultato pratico favorevole alla parte.

In ordine agli effetti sostanziali del giudicato, va osservato che il **giudicato** implicito può ritenersi formato solo quando tra la questione risolta espressamente e quella considerata implicitamente decisa sussista non soltanto un rapporto di causa ad effetto, ma un nesso di dipendenza così indissolubile che l'una non possa essere decisa senza la preventiva decisione dell'altra, poiché, diversamente, ne risulterebbero illegittimamente pregiudicati i diritti delle parti. In proposito si è aggiunto (sentenza **n. 9486**) che il **giudicato** sostanziale di cui all'art. 2909 cod. civ. - il quale, come riflesso di quello formale previsto dall'art. 324 cod. proc. civ., fa stato ad ogni effetto tra le parti quanto all'accertamento di merito, positivo o negativo, del diritto controverso - si forma soltanto su ciò che ha costituito oggetto della decisione (o che avrebbe potuto costituirne oggetto, come nelle ipotesi di procedimenti speciali a cognizione eventuale), ricomprendendosi in esso anche gli accertamenti di fatto che abbiano rappresentato le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico, oltre che funzionale, per l'emanazione della pronuncia, con effetto preclusivo dell'esame degli stessi elementi in un successivo giudizio, quando l'azione in esso dispiegata abbia identici elementi costitutivi.

Un importante principio in tema di giudicato interno è contenuto nella sentenza **n. 4109**, già richiamata. E' stato, infatti affermato che quando il T.A.R. abbia positivamente statuito sulla propria giurisdizione, decidendo nel merito, la mancata riproposizione, in sede di appello davanti al Consiglio di Stato, della relativa questione determina la formazione del giudicato interno sulla giurisdizione.

Si è, inoltre, stabilito (sentenza **n. 6293**) che la pronuncia dichiarativa del difetto di giurisdizione del giudice ordinario non può spiegare autorità di **giudicato** in un diverso giudizio tra le stesse parti in ordine al medesimo rapporto, operando soltanto entro i rigorosi limiti degli elementi costitutivi dell'azione.

Infine, sotto il profilo soggettivo, è stato asserito (sentenza **n. 145**) che, ai fini dell'opponibilità, ai sensi dell'art. 2909 cod. civ., del **giudicato** agli aventi causa dagli originari contendenti, non è necessaria la trascrizione della domanda introduttiva del giudizio.

9.5 Legittimazione, capacità processuale e rappresentanza processuale.

E' stato, innanzitutto, ricordato (sentenza **n. 14776**) che, secondo un inquadramento generale, il potere di **rappresentanza processuale**, con la connessa facoltà di conferire la procura alle liti al difensore, non può mai essere attribuito disgiuntamente dal potere di rappresentanza sostanziale; il conferimento di tale potere di rappresentanza sostanziale, tuttavia, non esige la previa individuazione dei rapporti controversi che ne formano l'oggetto, ma può validamente essere attribuito con riferimento ad un coacervo di rapporti omogenei e litigiosi. Da un'angolazione più strettamente processuale, con riguardo all'aspetto probatorio, è stato messo in luce (sentenze **nn. 19162** e **13381**) che, qualora sia parte del processo una società, la persona fisica che, nella qualità di organo della stessa, ha conferito il mandato al difensore, non ha l'onere di dimostrare tale sua qualità, gravando invece, sulla parte che la contesti l'onere di fornire la relativa prova negativa, anche nell'ipotesi in cui la società sia costituita in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante, sempre che l'organo che ha conferito il potere di rappresentanza **processuale** derivi tale potestà dall'atto costitutivo o dallo statuto della società medesima.

Con riferimento al **nuovo ordinamento delle autonomie locali** è stato posto in risalto (sentenze **nn. 3454** e **4212**) che l'autorizzazione necessaria perché un ente pubblico possa agire o resistere in giudizio, emessa dall'organo collegiale competente, e della quale l'organo rappresentante l'ente pubblico deve essere munito, attiene alla *legitimatio ad processum*, ossia all'efficacia e non alla validità della costituzione stessa, sicché essa può intervenire ed essere prodotta in causa anche dopo che sia scaduto il termine per l'impugnazione o per l'opposizione a decreto ingiuntivo, con efficacia convalidante dell'attività **processuale** svolta in precedenza, sempre che il giudice di merito non abbia già rilevato il difetto di legittimazione **processuale**, ossia l'irregolarità della costituzione del rappresentante dell'ente pubblico, traendone come conseguenza l'invalidità degli atti compiuti. In ordine alla condizione giuridica dei Comuni è stato ribadito (sentenza **n. 10099**) che compete esclusivamente al Sindaco il potere di conferire al difensore del comune la procura alle liti, senza necessità di autorizzazione della giunta municipale, salvo che una disposizione statutaria la richieda espressamente, essendo attribuita al sindaco l'esclusiva titolarità del potere di

rappresentanza **processuale** del comune. Né ove lo statuto preveda che il Sindaco propone alla Giunta la costituzione in giudizio del Comune, viene sottratto all'organo monocratico il potere conferitogli dalla legge, configurandosi soltanto un controllo di merito dell'organo collegiale.

9.6 Domanda, eccezione, riconvenzionale, preclusioni.

Posto che (v. sentenze **nn. 12402 e 14751**) al giudice compete soltanto il potere-dovere di qualificare giuridicamente l'azione e di attribuire, anche in difformità rispetto alla qualificazione della fattispecie operata dalle parti, il *nomen iuris* al rapporto dedotto in giudizio, con la conseguenza che il giudice stesso può interpretare il titolo su cui si fonda la controversia e anche applicare una norma di legge diversa da quella invocata dalla parte interessata, ma, onde evitare di incorrere nel vizio di ultrapetizione, deve lasciare inalterati sia il *petitum* che la *causa petendi*, senza attribuire un bene diverso da quello domandato e senza introdurre nel tema controverso nuovi elementi di fatto, la Cassazione (sentenza **n. 11108**) ha sottolineato che tutte le ragioni che possono condurre al rigetto della domanda per difetto delle sue condizioni di fondatezza, o per la successiva caducazione del diritto con essa fatto valere, possono essere rilevate anche d'ufficio, in base alle risultanze *rite et recte* acquisite al processo, nei limiti in cui tale rilievo non sia impedito o precluso in dipendenza di apposite regole processuali, con l'effetto che la verifica attribuita al giudice in ordine alla sussistenza del titolo - che rappresenta la funzione propria della sua giurisdizione - deve essere compiuta, di norma, *ex officio*, in ogni stato e grado del processo, nell'ambito proprio di ognuna delle sue fasi. Si è evidenziato in proposito che detto principio trova il suo principale limite - in relazione al disposto dell'art. 112 cod. proc. civ. - nell'inammissibilità della pronuncia d'ufficio sulle **eccezioni**, perciò denominate “proprie” e specificamente previste normativamente, che possono essere proposte soltanto dalle parti, ricadendo, in virtù di una scelta proveniente dalla legge sostanziale e giustificatesi in ragione della tutela di particolari interessi di merito, nella sola loro disponibilità (ed esse si identificano, nel processo del lavoro, con quelle richiamate negli artt. 416, secondo comma, e 437, secondo comma, cod. proc. civ., rispettivamente per il giudizio di primo grado e per quello di appello). Peraltro, tale limitazione si estende anche a quelle ipotesi di **eccezioni** in cui l'iniziativa necessaria

della parte, a prescindere dall'espressa previsione di legge, è richiesta “strutturalmente”, perché il fatto integratore dell'**eccezione** corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio, come si verifica con riguardo a tipiche azioni costitutive, nelle quali la scelta del debitore di eccepire o meno il fatto o la situazione giuridica impeditiva o estintiva discende dalla tutela di un interesse di merito dello stesso debitore di adempiere comunque alla pretesa attorea. Sulla stessa lunghezza d'onda è stato riaffermato (sentenza **n. 14581**) che le **eccezioni** in senso lato, ovvero rilevabili anche d'ufficio, qualora coinvolgano un interesse pubblico in campo processuale (quali le **eccezioni** di giudicato) possono essere rilevate addirittura in ogni stato e grado del processo, ma se sono relative ad un diritto di carattere sostanziale il cui esercizio in campo processuale non incide in alcun modo su interessi pubblici, quand'anche siano qualificabili come **eccezioni** in senso lato, hanno una rilevanza condizionata al rispetto del principio dispositivo e del contraddittorio. Ne consegue che (fatti salvi casi particolari) è vietato al giudice porre alla base della propria decisione fatti che non rispondano ad una tempestiva allegazione delle parti, ovvero il giudice non può basare la propria decisione su un fatto, ritenuto estintivo, modificativo o impeditivo, che non sia mai stato dedotto o allegato dalla parte o comunque non sia risultante dagli atti di causa, e che tale allegazione non solo è necessaria ma deve essere tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il *thema decidendum* ed il *thema probandum*, ovvero entro il termine perentorio eventualmente fissato dal giudice *ex art. 183*, quinto comma (ora sesto), cod. proc. civ. Quanto alla disciplina della continenza, le Sezioni unite (ordinanza **n. 20596**) hanno ribadito che, ai sensi dell'art. 39, comma secondo, cod. proc. civ., la **continenza di cause** ricorre non solo quando due cause siano caratterizzate da identità di soggetti (identità non esclusa, peraltro, dalla circostanza che in uno dei due giudizi sia presente anche un soggetto diverso) e di titolo e da una differenza quantitativa dell'oggetto, ma anche quando fra le cause stesse sussista un rapporto di interdipendenza, come nel caso in cui sono prospettate, con riferimento ad un unico rapporto negoziale, domande contrapposte o in relazione di alternatività e caratterizzate da una coincidenza soltanto parziale della *causae petendi*, nonché quando le questioni dedotte con la domanda anteriormente proposta costituiscano il necessario presupposto (alla stregua della

sussistenza di un nesso di pregiudizialità logico-giuridica) per la definizione del giudizio successivo, come nell'ipotesi in cui le contrapposte domande concernano il riconoscimento e la tutela di diritti derivanti dallo stesso rapporto e il loro esito dipenda dalla soluzione di una o più questioni comuni.

Con riguardo alla **domanda riconvenzionale** è stato ribadito (sentenza n. 6520) che la relazione di dipendenza della **domanda riconvenzionale** dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, che comporta la trattazione simultanea delle cause, si configura non già come identità della *causa petendi* (richiedendo, appunto, l'art. 36 cod. proc. civ. un rapporto di mera dipendenza), ma come comunanza della situazione o del rapporto giuridico dal quale traggono fondamento le contrapposte pretese delle parti, ovvero come comunanza della situazione, o del rapporto giuridico sul quale si fonda la **riconvenzionale**, con quello posto a base di un'eccezione, sì da delinearsi una connessione oggettiva qualificata della **domanda riconvenzionale** con l'azione o l'eccezione proposta. In proposito è stato specificato (sentenza n. 13512) che l'art. 36 cod. proc. civ. consente lo svolgimento del processo simultaneo sulla **domanda principale** e sulla **domanda riconvenzionale** avanti al giudice adito con la prima, ma ove il giudice adito con la **domanda principale** dichiara la propria incompetenza per territorio sulla **domanda principale**, e comunque si pronuncia sulla **riconvenzionale** rigettandola, e conseguentemente separi le cause, al giudice d'appello investito del gravame sulla sola decisione attinente la **riconvenzionale** è preclusa ogni determinazione, anche di carattere processuale, sulla prima, della quale non è investito, spettandogli pronunciarsi sull'appello concernente la decisione in ordine alla **riconvenzionale**. E' stato, altresì, precisato (sentenza n. 6520) che al giudice di pace non è consentita l'applicazione dell'art. 36 cod. proc. civ., e cioè separare una **domanda riconvenzionale** eccedente la sua competenza per valore e rimettere le parti per la decisione soltanto su di essa dinanzi al giudice superiore perché l'art. 40, settimo comma, cod. proc. civ. lo obbliga, in caso di connessione, a rimettere a quest'ultimo tutta la causa, e perciò sia la **domanda principale** sia la **domanda riconvenzionale**.

In tema di eccezioni si prospetta rilevante ricordare la riaffermazione (sentenza n. 9053) del principio in base al quale l'**eccezione** di interruzione della prescrizione (come quella di rinuncia alla prescrizione: v. sentenza n. 4804), in quanto **eccezione** in

senso lato, può essere rilevata d'ufficio dal giudice in qualunque stato e grado del processo sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti in atti.

9.7 Pluralità di parti nel processo.

Il **litisconsorzio necessario** è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, ma il giudice, al fine di decidere se sia necessario disporre l'integrazione del contraddittorio, deve avere riguardo alla domanda, poiché è questa che fissa e delimita l'ambito della controversia. Ne consegue che, ove la ricorrenza di tale litisconsorzio non sia rilevata d'ufficio, è onere della parte dimostrare, in relazione alla domanda, i presupposti che giustificano l'integrazione del contraddittorio e, se tale **eccezione** viene posta per la prima volta nel giudizio di cassazione, la relativa prova deve emergere dagli atti (sentenza **n. 14820**).

Con riferimento ai requisiti legittimanti la partecipazione di un terzo al processo, si è evidenziato che (sentenza **n. 14844**) ai fini dell'ammissibilità dell'**intervento principale** o dell'**intervento litisconsortile** nel processo, è sufficiente la circostanza che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento con quella di altre parti relative allo stesso oggetto sostanziale, tali da giustificare un simultaneo processo. E' stato, poi, in particolare, affermato dalla Sezioni unite (sentenza **n. 15756**) che il principio dell'automatica estensione delle domande al **terzo** che il convenuto abbia chiamato in causa, indicandolo come effettivo e diretto obbligato, non opera quando il **terzo** non abbia partecipato al giudizio in tale veste, ma sia in esso intervenuto per far affermare la propria qualità di titolare del diritto fatto valere dall'attore a fondamento della domanda di risarcimento del danno. Incorre, pertanto, nel vizio di ultrapetizione il giudice che condanni, in questo caso, il **terzo** intervenuto al risarcimento del danno in solido con il convenuto. Con riguardo, poi, alle modalità procedurali di evocazione del terzo in giudizio è stato statuito (sentenza **n. 12490**) che il convenuto per poter legittimamente formulare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 167, comma **terzo**, e 269 cod. proc. civ., l'istanza di chiamata in causa di un **terzo** deve necessariamente costituirsi tempestivamente, ovvero nel rispetto del termine fissato dall'art. 166 dello stesso codice di rito, di modo che in caso di tardività della costituzione deve conseguire la declaratoria di inammissibilità della predetta richiesta. Ai fini dell'osservanza di detto termine, stante

l'esplicita previsione contenuta nello stesso art. 166 cod. proc. civ., per il suo computo a ritroso deve aversi riguardo (in via esclusiva) all'udienza indicata nell'atto di citazione e non (anche) a quella eventualmente successiva, cui la causa sia stata rinviata d'ufficio, ai sensi dell'art. 168 bis, comma quarto, cod. proc. civ., in ragione del calendario delle udienze del giudice designato.

9.8 Successione nel processo.

Il **successore a titolo particolare** nel diritto controverso non è **terzo**, bensì l'effettivo titolare del diritto in contestazione, tanto da poter essere destinatario dell'impugnazione proposta dall'avversario del cedente e da poter resistere alla medesima senza che tale suo diritto possa essere condizionato dal mancato **intervento** nelle fasi pregresse del giudizio, così com'è legittimato a proporre impugnazione avverso la sentenza, anche pronunciata nei confronti del dante causa non estromesso, assumendo la stessa posizione di quest'ultimo, mentre è esclusa l'esperibilità da parte sua dell'opposizione ordinaria di **terzo** ex art. 404, primo comma cod.proc.civ. (sentenza n. **10876**). In proposito si è aggiunto (sentenza n. **10955**) che, in caso di **successione** a titolo particolare nel diritto controverso, la mancata notificazione dell'appello al dante causa nei confronti del quale sia stata pronunciata la sentenza di primo grado non comporta l'invalidità del giudizio di impugnazione promosso dal successore, qualora tale giudizio, consapevolmente disertato dall'alienante, si sia svolto senza che alcuna delle parti presenti reclamasse l'integrazione del contraddittorio, e la relativa sentenza sia stata pronunciata soltanto nei confronti dell'avente causa. Nell'ipotesi di **successione** a titolo particolare tra enti con trasferimento *ex lege* di una parte di beni e rapporti ad un nuovo ente senza estinzione di quello i cui beni e rapporti sono in parte trasferiti (nella specie subingresso dell'Ente Poste nei rapporti attivi e passivi già facenti capo alla Amministrazione PP.TT. senza soppressione del Ministero in precedenza titolare di essi), la **successione** nel **processo** è disciplinata dall'art. 111 cod. proc. civ., a norma del quale, se nel corso del **processo** si trasferisce il diritto controverso a titolo particolare, il **processo** prosegue tra le parti originarie (sentenza n. **6521**). Con riguardo agli effetti conseguenti all'entrata in vigore del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300, con il quale è stata operata la riforma del Ministero delle Finanze e dell'Amministrazione fiscale mediante la soppressione di un

complesso di uffici ministeriali centrali e periferici e l'istituzione delle agenzie fiscali alle quali è stata affidata la gestione delle funzioni esercitate dai soppressi uffici, con conseguente trasferimento alle medesime dei relativi rapporti giuridici, poteri e competenze, si è precisato (sentenza n. **2608**) che, nei rapporti processuali pendenti fra il predetto Ministero e suoi organi periferici ed i loro contraddittori, si è venuto a verificare un peculiare e generalizzato fenomeno di **successione** a titolo particolare, ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ., delle indicate agenzie fiscali ai suddetti uffici statuali, con la conseguenza che le stesse agenzie, le quali possono continuare ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, sono legittimate a proporre - nei **processi** in cui il menzionato Ministero era originariamente individuato come legittimato passivo - impugnazione pur non essendo state parte nel grado di giudizio conclusosi come la sentenza gravata.

9.9 Sospensione del processo.

Posto il principio (sentenza n. **8354**) che il regolamento necessario di **competenza** è ammesso soltanto contro l'ordinanza di sospensione necessaria del processo e non contro il provvedimento che abbia negato la sospensione medesima, disponendo la prosecuzione del processo, è stato, a più riprese, riconfermato che (ordinanze nn. **6159** e **12233** nonché sentenza n. **8055**) presupposto della **sospensione** necessaria del giudizio a norma dell'art. 295 cod. proc. civ. è il rapporto di pregiudizialità giuridica, il quale ricorre solo quando la previa definizione di altra controversia, pendente davanti allo stesso o ad altro giudice, costituisca l'indispensabile antecedente logico - giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata e il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato. E' stato, peraltro, specificato (ordinanza n. **10185**) che, poiché l'art. 295 cod. proc. civ., la cui ragione fondante è quella di evitare il rischio di un conflitto tra giudicati, fa esclusivo riferimento all'ipotesi in cui fra due cause pendenti davanti allo stesso giudice o a due giudici diversi esista un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico e non già in senso meramente logico, la **sospensione** necessaria del **processo** non può essere disposta nell'ipotesi di contemporanea pendenza davanti a due giudici diversi del giudizio sull'*an debeat* e di quello sul quantum, fra i quali esiste un rapporto di pregiudizialità solamente in senso logico, essendo in tal caso applicabile l'art. 337, secondo comma, cod. proc. civ.,

il quale, in caso di impugnazione di una sentenza la cui autorità sia stata invocata in un separato **processo**, prevede soltanto la possibilità della **sospensione** facoltativa di tale **processo**, e tenuto conto altresì del fatto che, a norma dell'art. 336, secondo comma, cod. proc. civ., la riforma o la Cassazione della sentenza sull'*an debeat* determina l'automatica caducazione della sentenza sul *quantum* anche se su quest'ultima si sia formato un giudicato apparente, con conseguente esclusione del conflitto di giudicati. Successivamente tale principio è stato ulteriormente integrato (ordinanza n. **22944**) stabilendosi che, nel rapporto fra il giudizio di impugnazione di una sentenza parziale e quello che sia proseguito avanti al giudice che ha pronunciato detta sentenza, l'unica possibilità di sospensione di tale giudizio è quella a richiesta concorde delle parti, prevista dal terzo inciso del quarto comma dell'art. 279 cod. proc. civ. (ipotesi che trova applicazione anche nel caso di sentenza parziale sul solo *an debeat*), restando esclusa sia la sospensione ai sensi dell'art. 295, sia la sospensione ai sensi del secondo comma dell'art. 337, per l'assorbente ragione che il giudizio è unico e che per tale motivo la sentenza resa in via definitiva è sempre soggetta alle conseguenze di una decisione incompatibile sulla statuizione oggetto della sentenza parziale.

Il rapporto di pregiudizialità che, ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., impone al giudice la **sospensione** del **processo**, non può configurarsi nell'ipotesi di cause pendenti tra soggetti diversi, perché la pronuncia di ciascun giudizio, non potendo far stato nei confronti delle parti di altro giudizio, non può per ciò stesso costituire il necessario antecedente logico - giuridico della relativa decisione (sentenza n. **8701**).

In tema di **sospensione** del giudizio per pregiudizialità ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., allorché il giudizio pregiudicato presenti una questione pregiudiziale di rito idonea alla sua definizione, il giudice di tale giudizio non può adottare il provvedimento di **sospensione** senza avere prima esaminato e deciso tale questione, poiché l'eventuale fondatezza di essa rende irrilevante il vincolo di pregiudizialità, impedendo che la questione oggetto del giudizio pregiudicante possa essere decisa. D'altro canto, si deve escludere che in contrario possa rilevare la possibilità, prevista dal terzo comma dell'art. 187 cod. proc. civ., che egli possa disporre la decisione di tale questione unitamente al merito, atteso che il principio della c.d. ragionevole durata del **processo** preclude che possa esercitarsi tale potere e nel contempo farsi luogo alla **sospensione** per la pregiudizialità dell'altro procedimento (ordinanza n. **7410**).

9.10 Interruzione del processo.

Con sentenza **n. 18306** è stato riaffermato il principio secondo cui la circostanza che un ente pubblico, parte in un procedimento civile, venga soppresso *ex lege* e le sue funzioni trasferite ad altro ente costituisce una causa di interruzione del processo.

In tema di fusione per incorporazione, avvenuta nella vigenza dell'art. 2504 *bis* cod. civ. anteriore alla modifica di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, con sentenza **n. 17855** la Corte ha precisato che si applicano le norme disciplinanti l'interruzione del processo in ragione dell'estinzione del soggetto incorporato e della successione dell'incorporante nei rapporti sostanziali e processuali dell'incorporato. Tale regola (peraltro non più applicabile dopo le modifiche apportate al suddetto articolo) era preordinata a tutela della parte nei cui confronti intervenivano determinati eventi idonei a pregiudicarla, per cui solo tale parte era legittimata a dolersi dell'irrituale continuazione del processo.

È stato poi affermato con sentenza **n. 4766** che in tema di concordato fallimentare con assunzione, qualora la relativa proposta contempra la cessione delle azioni revocatorie, la chiusura del fallimento, conseguente al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, non determina l'improcedibilità delle predette azioni, verificandosi una successione a titolo particolare dell'assuntore nel diritto controverso; in tal caso, tuttavia, non è consentita la prosecuzione del processo tra le parti originarie, ai sensi dell'art. 111, primo comma, cod. proc. civ., in quanto la chiusura della procedura, comportando il venir meno della legittimazione processuale del curatore, impone di far luogo all'interruzione del processo. In ogni caso, perché abbia luogo l'interruzione, è necessario che l'evento sia dichiarato dal procuratore costituito o risulti negli altri modi previsti dall'art. 300 cod. proc. civ., proseguendo altrimenti il processo legittimamente nei confronti del curatore.

Con la sentenza **n. 9900** è stato riaffermato che la dichiarazione resa, ai sensi dell'art. 300 cod. proc. civ., dal procuratore della parte costituita, sebbene strutturata come dichiarazione di scienza, riveste carattere strettamente negoziale, e postula la esistenza di una volontà del dichiarante di provocare l'interruzione del processo; tale effetto, pertanto, non si realizza quando la causa interruttiva (nella specie, la fusione per incorporazione) risulti semplicemente comunicata (attraverso il deposito dell'atto di fusione), con contestuale precisazione delle conclusioni, in quanto tale condotta

processuale rivela una volontà opposta a quella di provocare l'interruzione e rende incomprensibili le ragioni della comunicazione. Con sentenza **n. 3351** è stato ribadito il principio secondo cui qualora uno degli eventi idonei a determinare l'interruzione del processo (nella specie, la chiusura del fallimento con perdita della capacità processuale da parte del curatore e riacquisto della stessa da parte del fallito) si verifichi nel corso del giudizio di secondo grado, prima della chiusura della discussione, e tale evento non venga dichiarato né notificato dal procuratore della parte cui esso si riferisce a norma dell'art. 300 cod. proc. civ., il ricorso per cassazione deve essere instaurato da e contro i soggetti effettivamente legittimati, alla luce dell'art. 328 cod. proc. civ., dal quale si desume la volontà del legislatore di adeguare il processo di impugnazione alle variazioni intervenute nelle posizioni delle parti, sia ai fini della notifica della sentenza che dell'impugnazione, con piena parificazione, a tali effetti, tra l'evento verificatosi dopo la sentenza e quello intervenuto durante la fase attiva del giudizio e non dichiarato né notificato. Pertanto, l'impugnazione effettuata alla parte non più legittimata è affetta da nullità rilevabile d'ufficio e, limitatamente ai processi pendenti alla data del 30 aprile 1995, suscettibile di sanatoria con efficacia solo *ex nunc*, con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione.

Con sentenza **n. 13395** è stato pure ribadito che quando, successivamente alla pubblicazione di una sentenza di merito (e quindi nel periodo intercorrente tra la fase processuale del relativo giudizio e quella dell'eventuale giudizio di impugnazione), si verifica la morte (o la perdita della capacità di agire) della persona fisica oppure l'estinzione della persona giuridica, l'evento potenzialmente interruttivo incide non più sul processo (determinandone l'interruzione), ma sul termine per la proposizione dell'impugnazione. Quest'ultima va proposta nei confronti del successore e, se rivolta alla parte originaria, è affetta da nullità rilevabile d'ufficio a norma dell'art. 164, comma primo, cod. proc. civ. (errata identificazione del soggetto passivo della *vocatio in ius*), suscettibile di sanatoria in conseguenza della costituzione in giudizio del successore universale (o del soggetto comunque legittimato), con effetti *ex nunc* (cioè con salvezza dei diritti quesiti dalla controparte), a norma dell'art. 164 vecchio testo, per i procedimenti pendenti alla data del 30 aprile 1995, e con efficacia sanante piena, sul piano sostanziale e processuale, per le controversie iniziate successivamente, a

norma del nuovo testo del medesimo articolo, come sostituito dall'art. 9 della legge n. 353 del 1990).

Con ordinanza **n. 4733** é stato evidenziato che il provvedimento che dichiara l'interruzione del processo ha non soltanto la forma, ma anche il contenuto intrinseco di ordinanza, in quanto non pronunzia sulla pretesa sostanziale fatta valere in giudizio, né definisce il processo, ma importa soltanto un temporaneo stato di quiescenza dello stesso fino alla riassunzione, o, in mancanza di questa, fino all'estinzione, ed ha quindi carattere ordinatorio e preparatorio. Conseguentemente avverso detto provvedimento, anche se emesso irritualmente nella forma di sentenza, è inammissibile sia l'appello, sia il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost..

Con sentenza **n. 3459** é stato ribadito che **la morte, la radiazione o la sospensione dall'albo dell'unico difensore** a mezzo del quale la parte è costituita nel giudizio di merito (o, come nella specie, di avvocato personalmente costituito) determina automaticamente l'interruzione del processo anche se il giudice e le altre parti non ne hanno avuto conoscenza (e senza, quindi, che occorra, perché si perfezioni la fattispecie interruttiva, la dichiarazione o la notificazione dell'evento), con preclusione di ogni ulteriore attività processuale.

Le Sezioni Unite con sentenza **n. 15142** hanno stabilito – come pure già precedentemente evidenziato - che nel caso di trattazione unitaria o di riunione di più procedimenti relativi a **cause connesse e scindibili**, che comporta di regola un litisconsorzio facoltativo tra le parti dei singoli procedimenti confluiti in un unico processo, l'evento interruttivo relativo ad una delle parti di una o più delle cause connesse opera di regola solo in riferimento al procedimento (o ai procedimenti) di cui é parte il soggetto colpito dall'evento. In tal caso non é necessaria o automatica la contestuale separazione del processo interrotto dagli altri riuniti o trattati unitariamente, salvo sempre il potere attribuito al giudice dall'art. 103, comma 2, cod. proc. civ. di provvedere alla separazione dei procedimenti.

Così decidendo le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto insorto nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla questione della riferibilità o meno a tutte le parti dell'evento interruttivo concernente una di esse, nel caso di riunione di cause connesse.

Le Sezioni Unite della Corte con sentenza n. **14385** hanno ribadito che nel giudizio di cassazione, che è dominato dall'impulso d'ufficio, non trova applicazione l'istituto della interruzione del processo per uno degli eventi previsti dagli artt. 299 e segg. cod. proc. civ., sicché, una volta instauratosi il giudizio, il decesso di uno dei ricorrenti, comunicato dal suo difensore, non produce l'interruzione del giudizio.

Con sentenza n. **21142**, la Corte, dopo aver ribadito che nel processo di cassazione il decesso dell'unico difensore del ricorrente, avvenuto dopo il deposito del ricorso e prima dell'udienza di discussione, non determina l'interruzione del processo bensì attiva il potere della Corte - posto al fine di assicurare il diritto di difesa nella fase finale della trattazione - di differire l'udienza disponendone la comunicazione alla parte personalmente, ha stabilito la necessità che il decesso sia attestato nella forma legale della relata di notifica dell'avviso di udienza, non essendo il domiciliatario abilitato a produrre in udienza una certificazione di morte del difensore né a chiedere differimenti dell'udienza.

9.11 Estinzione e riassunzione del processo.

Al fine della valida riassunzione del processo interrotto, le Sezioni unite hanno da ultimo stabilito come non sia influente che la parte istante vi abbia provveduto, anziché con ricorso al giudice per la fissazione dell'udienza di prosecuzione, con citazione della parte ad udienza fissa, ove questa possieda tutti i requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo - nel senso che sia stato compiuto un atto di parte prima che sia trascorso il termine perentorio entro il quale va promossa la prosecuzione del giudizio - non rilevando che il successivo deposito dell'atto notificato sia avvenuto oltre detto termine (sentenza n. **27183**).

9.12 Notificazioni.

Nella materia della disciplina delle notificazioni sono, in primo luogo, meritevoli di segnalazioni due importanti pronunce delle Sezioni unite. Con la prima di esse è stato stabilito (sentenza n. **14294**) che, ove non venga esibita la ricevuta di cui all'art. 109 DPR 15 dicembre 1959, n. 129, **la prova della tempestiva consegna all'ufficiale giudiziario dell'atto da notificare può essere ricavata dal timbro apposto su tale atto recante il numero cronologico e la data;** solo in caso di contestazione della

tempestività, l'interessato dovrà farsi carico di esibire idonea certificazione dell'ufficiale giudiziario, la quale, essendo diretta a provare l'ammissibilità del ricorso, potrà essere esibita secondo quanto stabilito nell'art. 372 cod. proc. civ. Con l'altra (sentenza n. 20845) è stato affermato che ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934 - non abrogato neanche per implicito dagli artt. 1 e 6 della legge n. 27 del 1997 ed applicabile anche al rito del lavoro - il procuratore che eserciti il suo ministero fuori della circoscrizione del tribunale cui è assegnato deve **eleggere domicilio**, all'atto di costituirsi in giudizio, nel luogo dove ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale è in corso il processo, intendendosi, in difetto, che egli abbia eletto domicilio presso la cancelleria della stessa autorità giudiziaria, con la conseguenza che tale domicilio assume rilievo ai fini della notifica della sentenza per il decorso del termine breve per l'impugnazione, nonché per la notifica dell'atto di impugnazione, rimanendo irrilevante l'indicazione della residenza o anche l'elezione del domicilio fatta dalla parte stessa nella procura alle liti.

In ordine alle **notificazioni da effettuarsi a persone giuridiche** è stato sottolineato, per un verso, che (sentenza n. 4785) la notifica eseguita a mani proprie del legale rappresentante, deve considerarsi validamente effettuata, in virtù del principio della validità della notifica a mani proprie del destinatario, fissato dall'art. 138 cod. proc. civ. in riferimento alle persone fisiche ma estensibile anche alle persone giuridiche, per effetto dell'immedesimazione organica tra la società e le persone che la rappresentano, o ne realizzano esecutivamente le finalità. Con riferimento alla **notificazione ai sensi dell'art. 140 cod. proc. civ.** si è statuito (sentenza n. 2919) che il mancato rinvenimento di soggetto idoneo a ricevere l'atto, presso il comune di residenza del destinatario, e presso la casa di abitazione ovvero nel luogo di svolgimento dell'attività lavorativa, legittima la **notificazione** ai sensi dell'art. 140 cod. proc. civ., senza necessità di ricerca del destinatario in uno degli altri luoghi indicati alternativamente dall'art. 139. Con riguardo alla individuazione delle condizioni di legittimità della **notificazione di cui all'art. 143 cod. proc. civ.** risulta, innanzitutto, ribadito (sentenza n. 8077) che è insufficiente la mera ignoranza soggettiva, da parte del richiedente o dell'ufficiale giudiziario, sulla residenza, dimora o domicilio del destinatario dell'atto, nè è idoneo il possesso del solo certificato anagrafico dal quale risulti che il destinatario si è trasferito per ignota destinazione,

essendo richiesto, altresì, che tale ignoranza, indipendentemente dalla colpa del destinatario della notifica per l'inosservanza dell'onere di denuncia, nei registri anagrafici del luogo di sua nuova residenza, sia oggettivamente incolpevole, perchè non superabile con diligenti indagini; si è, peraltro, sostenuto (sentenza n. **15228**) che è rituale la notifica eseguita ai sensi dell'art. 143 cod. proc. civ. se il notificante, pur facendo uso della normale diligenza che il caso suggerisce, non sia in grado di conoscere la residenza, la dimora o il domicilio effettivi del destinatario, né rileva che il notificante sia a conoscenza di un mero recapito del predetto. Nella particolare fattispecie della notificazione a cittadini italiani trasferitisi all'estero è stato sancito (sentenza n. **18717**) che ai fini della **notificazione** di cui all'art. 143 cod. proc. civ. ai predetti cittadini, è necessaria la verifica dei distinti obblighi che incombono rispettivamente al notificante ed al destinatario della notifica; conseguentemente non è sufficiente l'inerzia del destinatario, che abbia omesso di comunicare la nuova residenza all'ufficio dell'anagrafe per l'annotazione nei registri dell'AIRE, ma è necessario che il notificante abbia eseguito, con l'impiego dell'ordinaria diligenza, ulteriori ricerche presso l'Ufficio consolare ai sensi dell'art. 6 della legge 27 ottobre 1988, n. 470. In relazione alla possibilità di **notificazione agli eredi della parte deceduta nel corso del giudizio** si è evidenziato che (sentenza n. **15123**) le due previsioni dell'art. 286 e 328, secondo comma, cod. proc. civ., per un'evidente esigenza di parità di trattamento fra chi vuole provocare il decorso del termine breve di impugnazione attraverso la **notificazione** della sentenza e chi deve esercitare l'impugnazione, implicano che la regola della possibilità della **notificazione** agli eredi collettivamente ed impersonalmente debba valere anche per chi esercita il diritto di impugnazione. Ne consegue che, in caso di morte della parte dopo la chiusura dell'istruzione e, quindi, anche quando la parte muoia dopo la pubblicazione della sentenza, l'impugnazione, anche in assenza di **notificazione** della sentenza, può essere notificata oltre che personalmente agli eredi, anche agli eredi collettivamente ed impersonalmente nell'ultimo domicilio del defunto. Quanto alle **modalità attinenti alla notificazione dell'atto di citazione** è stato posto in luce (sentenza n. **7514**) che l'omessa, incompleta o inesatta indicazione, nella relata di notifica di tale atto, del nominativo di una delle parti in causa, è motivo di nullità soltanto ove abbia determinato un'irregolare costituzione del contraddittorio od abbia ingenerato

incertezza circa i soggetti ai quali l'atto era stato notificato, mentre l'irregolarità formale o l'incompletezza nella **notificazione** del nome di una delle parti non è motivo di nullità se dal contesto dell'atto notificato risulti con sufficiente chiarezza l'identificazione di tutte le parti e la consegna dell'atto alle giuste parti; in tal caso, infatti, la **notificazione** è idonea a raggiungere, nei confronti di tutte le parti, i fini ai quali tende e l'apparente vizio va considerato come un mero errore materiale che può essere agevolmente percepito dall'effettivo destinatario, la cui mancata costituzione in giudizio non è l'effetto di tale errore ma di una scelta cosciente e volontaria.. E' stato, altresì, specificato (sentenza n. 621) che la **notificazione** è inesistente quando manchi del tutto ovvero sia stata effettuata in un luogo o con riguardo a persona che non abbiano alcun riferimento con il destinatario della **notificazione** stessa, risultando a costui del tutto estranea, mentre è affetta da nullità (sanabile con effetto *ex tunc* attraverso la costituzione del convenuto, ovvero attraverso la rinnovazione della notifica cui la parte istante provveda spontaneamente o in esecuzione dell'ordine impartito dal giudice), quando, pur eseguita mediante consegna a persona o in luogo diversi da quello stabilito dalla legge, un collegamento risulti tuttavia ravvisabile, così da rendere possibile che l'atto, pervenuto a persona non del tutto estranea al processo, giunga a conoscenza del destinatario. Nell'ipotesi di discordanza tra il tenore testuale del documento e la sua copia notificata, vale la regola della prevalenza della copia, in modo che l'interessato può far valere eventuali nullità dell'atto a lui destinato semplicemente producendolo, senza necessità di impugnare per falso la relata di conformità dell'ufficiale giudiziario apposta sull'originale(sentenza n. 14686).

9.13 Prova civile.

La **violazione del principio del contraddittorio** con riferimento al provvedimento ammissivo di una prova è ravvisabile quando sia stata assunta una prova relativa a una circostanza di fatto decisiva non dedotta neppure genericamente da una parte o quando il giudice, valendosi dei poteri discrezionali previsti dal codice di rito, abbia ammesso una prova di fronte alla quale una delle parti sia stata privata di ogni possibilità di concreta difesa istruttoria. In tutti gli altri casi, l'ammissione, e successiva assunzione, di una prova inammissibile rileva sul piano della formazione del convincimento del

giudice e unica sanzione che ne consegue è l'impossibilità di tenerne conto ai fini del giudizio (sentenza n. 2201).

In relazione alla **prova documentale**, la Cassazione ha avuto modo, in primo luogo, di sottolineare (sentenza n. 11460) che **la fattispecie del riconoscimento tacito della scrittura privata, secondo il modello previsto dall'art. 215 cod. proc. civ., opera esclusivamente nel processo in cui essa viene a realizzarsi**, esauendo i suoi effetti nell'ammissione della scrittura come mezzo di prova, con la conseguenza che la parte interessata, qualora il documento sia prodotto in altro giudizio per farne derivare effetti diversi, può legittimamente disconoscerlo, non operando al riguardo alcuna preclusione. L'efficacia *erga omnes* può scaturire solo se si sia provveduto all'accertamento specifico con valore di giudicato dell'autenticità della scrittura privata prodotta in precedente giudizio, attraverso il riconoscimento espresso della scrittura medesima ovvero mediante il giudizio di verifica dell'autenticità all'esito di formale disconoscimento.

E' stato, inoltre, ribadito (sentenza n. 1789) che alla parte nei cui confronti venga prodotta una scrittura privata deve ritenersi consentita, oltre alla facoltà di disconoscerla, anche la possibilità alternativa di proporre, senza con ciò riconoscere né espressamente né tacitamente la scrittura medesima, querela di falso al fine di contestare la genuinità del documento stesso.

Molto importante si è dimostrata la sentenza n. 1820 delle Sezioni unite con la quale è stato specificato che, in caso di avvenuta **produzione di scrittura privata in giudizio nei confronti di parte rimasta contumace**, l'avvenuta costituzione di quest'ultima senza il disconoscimento della scrittura privata a sua firma (con riferimento sia all'ipotesi in cui il documento sia stato offerto in comunicazione con la notificazione dell'atto di citazione, che nell'ipotesi in cui alla relativa produzione si sia proceduto successivamente), comporta che il documento, ai sensi dell'art. 293 cod. proc. civ., resta a buon diritto acquisito al processo, con l'effetto che l'eventuale originaria irrivalenza della sua produzione è da ritenersi superata ed assorbita dal successivo omesso disconoscimento della parte interessata.

La sentenza che decide sulla querela di falso non è una sentenza parziale (cioè non definitiva), ma rappresenta l'epilogo di un procedimento che - pur se attivato in via incidentale - è comunque autonomo ed ha per oggetto l'accertamento della falsità o

meno di un atto avente fede privilegiata (sentenza n. **12399**). Occorre, infine, ricordare che le Sezioni unite (con la sentenza n. **16402**) hanno rilevato che nel giudizio di cassazione non può essere proposta querela di falso concernente un verbale di udienza del giudizio di merito, sia perché la querela di falso può essere proposta solo quando concerna documenti relativi al giudizio di legittimità, sia perché nel giudizio di cassazione possono essere prodotti documenti direttamente incidenti sulla nullità della sentenza impugnata, sia infine perché la querela di falso civile presuppone che il documento impugnato sia stato prodotto dalla parte, che ne conservi la disponibilità.

In ordine alla **prova testimoniale**, ed in particolare in relazione alle deposizioni testimoniali di persone che hanno solo una conoscenza indiretta di un fatto controverso, occorre distinguere i testimoni *de relato actoris* e quelli *de relato* in genere: i primi depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal soggetto medesimo che ha proposto il giudizio, e conseguentemente riferiscono su un convincimento di parte e non su un fatto storico, mentre gli altri testi, quelli *de relato* in genere, depongono su circostanze che hanno appreso da persone estranee al giudizio per cui la rilevanza delle loro deposizioni si presenta attenuata perché indiretta, ma, ciononostante, può assumere rilievo ai fini del convincimento del giudice, nel concorso di altri elementi oggettivi e concordanti che ne suffragano la credibilità (sentenza n. **8358**).

Con la sentenza n. **15219** è stato ribadito che **la consulenza tecnica d'ufficio** è mezzo istruttorio (e non una prova vera e propria) sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità.

E' stato, inoltre, precisato che (sentenza n. **13428**) rientra nel potere del consulente tecnico d'ufficio attingere *aliunde* notizie e dati, non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli. Dette indagini, quando siano indicate le fonti in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il dovuto controllo, possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice. In tema di consulenza tecnica, eventuali irritualità dell'espletamento (come la partecipazione a un sopralluogo, senza autorizzazione, in luogo del consulente d'ufficio, di un collaboratore) determinano la nullità del mezzo istruttorio, solo ove

procurino una violazione in concreto del diritto di difesa, con la conseguenza che è onere del ricorrente specificare quali lesioni di tale diritto siano conseguite alla denunciata irregolarità.

9.14 Provvedimenti anticipatori di condanna.

Nell'ambito del panorama delle ordinanze anticipatorie adottabili nel corso del giudizio è degna di essere segnalata soprattutto la sentenza **n. 1820** delle Sezioni unite, con la quale è stato sottolineato che la disciplina contenuta nell'art. **186 ter cod. proc. civ.**, con riferimento all'ordinanza-ingiunzione di pagamento o di consegna in corso di causa, non contempla l'apertura di una fase autonoma di opposizione, svincolata dal giudizio di merito pendente nel quale è stata emessa, né la sua definitività con gli effetti del giudicato in caso di omessa opposizione, prevedendo piuttosto che il processo debba proseguire regolarmente, affinché la condanna provvisoria venga revocata, modificata o confermata dalla sentenza conclusiva, dalla quale è necessariamente destinata ad essere sostituita o assorbita. Di conseguenza, poiché gli eventuali vizi di tale ordinanza devono essere fatti valere nel giudizio di merito, la costituzione in giudizio del contumace seguita alla **notificazione** del provvedimento anticipatorio integra l'accettazione del contraddittorio in ordine alla controversia nel suo complesso

9.15 Sentenza.

Con riferimento al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, si è evidenziato (ordinanza **n. 16304**) che ove il giudice abbia ordinato la discussione orale della causa e abbia pronunciato sentenza solo sulla **competenza**, al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto della decisione, la sentenza - a norma del comma secondo dell'art. 281 sexies - si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria. Poiché la lettura del provvedimento in udienza e la sottoscrizione del verbale che lo contiene da parte del giudice, non solo, equivalgono alla pubblicazione prescritta nei casi ordinari dall'art. 133 cod. proc. civ., ma esonerano la cancelleria dall'onere della comunicazione, non è prevista alcuna ulteriore comunicazione di esso ad opera del cancelliere.

In relazione al requisito della **motivazione** si è avuto modo di sottolineare (sentenza **n. 7943**) che quando la motivazione richiama un orientamento giurisprudenziale consolidato - riportando le massime in cui esso si è espresso - la motivazione deve ritenersi correttamente espressa da tale richiamo, in evidente ossequio al principio di economia **processuale**, di modo che il dovere costituzionale di motivazione risulta adempiuto *per relationem*, mediante il rinvio a provvedimenti il cui contenuto è conoscibile. Si è, in particolare, messo in risalto (sentenza **n. 4797**) che è affetta da vizio di motivazione la **sentenza** con la quale il giudice di merito, a fronte di precise e circostanziate critiche mosse dal consulente tecnico di parte alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, non le abbia in alcun modo prese in considerazione e si sia invece limitato a far proprie le conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio, giacché il potere di detto giudice di apprezzare il fatto non equivale ad affermare che egli possa farlo immotivatamente e non lo esime, in presenza delle riferite contestazioni, dalla spiegazione delle ragioni – tra le quali evidentemente non si annovera il maggior credito che egli eventualmente tenda a conferire al consulente d'ufficio quale proprio ausiliare – per le quali abbia adottato una conclusione anziché ad un'altra. Ad integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia, non basta la mancanza di una espressa statuizione del giudice, essendo necessario la totale pretermissione del provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto; tale vizio, pertanto, non ricorre quando la decisione, adottata in contrasto con la pretesa fatta valere dalla parte, ne comporti il rigetto o la non esaminabilità pur in assenza di una specifica argomentazione (sentenze **nn. 5351 e 10636**).

Nell'ordinario giudizio di cognizione, l'esatto contenuto della pronuncia va individuato non alla stregua del solo **dispositivo**, bensì integrando questo con la **motivazione** nella parte in cui la medesima rivela l'effettiva volontà del giudice. Ne consegue che, in assenza di un vero e proprio contrasto tra dispositivo e motivazione, è da ritenere prevalente la statuizione contenuta in una di tali parti del provvedimento che va, quindi, interpretato in base all'unica statuizione che, in realtà, esso contiene (sentenza **n. 15585**). Sullo stesso problema si è sottolineato (sentenza **n. 14966**) che sussiste un contrasto insanabile tra dispositivo e motivazione, che determina la nullità della **sentenza**, ai sensi degli artt. 156 e 360 n. 4 cod. proc. civ., nel caso in cui il provvedimento risulti inidoneo a consentire l'individuazione del concreto comando

giudiziale, non essendo possibile ricostruire la statuizione del giudice attraverso il confronto tra motivazione e dispositivo, attraverso valutazioni di prevalenza di una delle affermazioni contenute nella **prima** su altre di segno opposto presenti nel secondo.

9.16 Spese giudiziali.

La Suprema Corte ha stabilito (sentenza **n. 4213**) che é soccombente rispetto alla parte vincitrice, e può perciò essere condannata al rimborso delle spese del processo, non solo la parte che propone domande, ma anche quella che interviene nel processo per sostenere le ragioni di una parte o che, chiamata nel processo da una delle parti, ne sostiene le ragioni contro l'altra.

Con le sentenze **nn. 4958 e 18205** è stato ribadito che le spese sostenute dal terzo chiamato in giudizio a titolo di garanzia impropria sono legittimamente poste a carico della parte che, rimasta soccombente, abbia provocato e giustificato la chiamata in garanzia.

È stato altresì affermato con la sentenza **n. 22251** che la disciplina del **procedimento divorzile**, configurata dalla legge n. 88 del 1970 e successive modifiche, é strutturata con le caratteristiche del procedimento **contenzioso** destinato a concludersi con sentenza, con conseguente applicabilità della normativa sulle spese processuali di cui agli artt. 91 e ss. cod. proc. civ..

Nella sentenza **n. 13430** la Cassazione ha evidenziato che l'obbligo del rimborso delle spese processuali risponde all'esigenza di ristorare la parte vittoriosa dagli oneri inerenti al dispendio di attività processuale cui è stata costretta dall'iniziativa dell'avversario, ovvero del soggetto che abbia causato la lite. Ne consegue che anche quando il procedimento non sia giunto a conclusione con sentenza, la parte evocata in giudizio, che abbia svolto attività processuale, ha in ogni caso diritto al rimborso delle spese per l'attività svolta nei confronti della parte che le ha causate. L'obbligo di rimborso non sorge invece quando la parte soccombente in primo grado, nell'impugnare la sentenza, abbia manifestato inequivocabilmente e *per facta concludentia* la volontà di non evocare in giudizio l'altra parte, notificandole l'appello al solo fine di manifestare la volontà di rinunciare a qualsiasi pretesa nei suoi confronti. Con sentenza **n. 10636** é stato riaffermato che il regolamento necessario di

competenza comporta la devoluzione alla Suprema Corte anche della decisione sul capo concernente le spese di lite.

Le Sezioni Unite della Corte, con sentenza n. **19014** hanno stabilito che, ai fini del rimborso delle spese di lite a carico della parte soccombente, il **valore** della controversia va fissato - in armonia con il principio generale di proporzionalità ed adeguatezza degli onorari di avvocato nell'opera professionale effettivamente prestata, quale desumibile dall'interpretazione sistematica dell'art. 6, primo e secondo comma, della Tariffa per le prestazioni giudiziali in materia civile, amministrativa e tributaria, contenuta nella delibera del Consiglio nazionale forense del 12 giugno 1993, approvata con d.m. 5 ottobre 1994, n. 585 del Ministro di grazia e giustizia, avente natura subprimaria regolamentare e, quindi, soggetta al sindacato di legittimità *ex art.* 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ. - sulla base del criterio del *disputatum* (ossia di quanto richiesto nell'atto introduttivo del giudizio ovvero nell'atto di impugnazione parziale della sentenza), tenendo però conto che, in caso di accoglimento solo in parte della domanda ovvero di parziale accoglimento dell'impugnazione, il giudice deve considerare il contenuto effettivo della sua decisione (criterio del *decisum*), salvo che la riduzione della somma o del bene attribuito non consegua ad un adempimento intervenuto, nel corso del processo, ad opera della parte debitrice, convenuta in giudizio, nel quale caso il giudice, richiestone dalla parte interessata, terrà conto non di meno del *disputatum*, ove riconosca la fondatezza dell'intera pretesa. La stessa sentenza ha pure precisato, risolvendo così il contrasto al riguardo sussistente nella giurisprudenza di legittimità, che ove il giudizio prosegua in un grado di impugnazione soltanto per la determinazione del rimborso delle spese di lite a carico della parte soccombente, il differenziale tra la somma attribuita dalla sentenza impugnata e quella ritenuta corretta secondo l'atto di impugnazione costituisce il *disputatum* della controversia sulla base del quale, integrato parimenti dal criterio del *decisum*, vanno determinate le ulteriori spese di lite riferite all'attività difensiva svolta nel grado.

Con sentenza n. **6301** la Cassazione ha affermato che viola l'art. 91 cod. proc. civ. la disposizione del giudice che pone parzialmente a carico della parte totalmente vittoriosa il compenso liquidato a favore del c.t.u. perché neppure in parte essa deve sopportare le spese di causa, né rileva che siano state compensate tra le parti le spese giudiziali.

La Corte, con sentenza **n. 5061** ha precisato che nel procedimento esecutivo l'onere delle spese non segue il principio della soccombenza, ma quello della soggezione del debitore all'esecuzione e che nei procedimenti di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, strutturati come giudizi di cognizione, trova, invece, applicazione l'ordinario principio della soccombenza, con la conseguenza che le spese vanno poste a carico del soccombente che, con il comportamento tenuto fuori del processo, ovvero con il darvi inizio o resistervi in forma e con argomenti non rispondenti a diritto, ha dato causa al processo o al suo protrarsi.

Secondo quanto affermato nella sentenza **n. 6635**, in materia di spese processuali, al criterio della soccombenza può derogarsi solo quando la parte risultata vincitrice sia venuta meno ai **doveri di lealtà e probità**, imposti dall'art. 88 cod. proc. civ.. Tale violazione, inoltre, è rilevante unicamente nel contesto processuale, restando estranee circostanze che, sia pur riconducibili ad un comportamento commendevole della parte, si siano esaurite esclusivamente in un contesto extraprocessuale, le quali circostanze possono, al più, giustificare una compensazione delle spese.

Con la sentenza **n. 22106** la Cassazione ha affermato che la condanna alle spese di lite, pronuncia accessoria e consequenziale alla definizione del giudizio, può essere emessa a carico della soccombente (pure virtuale) anche d'ufficio e in difetto di esplicita richiesta della parte vittoriosa, a meno che vi sia un'espressa volontà contraria di quest'ultima che ne chieda la compensazione; in tal caso il giudice che condanni comunque la parte soccombente alla rifusione delle spese viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato di cui all'art. 112 cod. proc. civ..

Con le sentenze **n. 4500**, **n. 15882** e **n. 21841** la Suprema Corte ha stabilito, confermando l'orientamento già espresso in relazione a tale questione nel 2006, che la modifica dell'art. 92, comma secondo, cod. proc. civ., da parte della legge 28 dicembre 2005, n. 263, il cui art. 2 ha introdotto l'obbligo del giudice di indicare i motivi della compensazione delle spese di lite, vale soltanto nei procedimenti instaurati dopo la sua entrata in vigore. Per i giudizi instaurati precedentemente è ammissibile la compensazione per giusti motivi senza obbligo di specificazione degli stessi e tale decisione non è censurabile in sede di legittimità, salvo i casi di violazione dell'art. 91 cod. proc. civ., ovvero nei casi in cui detta decisione sia accompagnata da ragioni palesemente o macroscopicamente illogiche, tali da inficiare, per la loro inconsistenza

o evidente erroneità, lo stesso processo formativo della volontà decisionale espressa sul punto dal giudice di merito.

É stato pure precisato con la sentenza **n. 2212** che rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, ex art. 92 cod. proc. civ., la valutazione dell'opportunità di compensare in tutto o in parte le spese di lite e ciò anche nell'ipotesi di tardiva produzione di un documento da parte dell'appellante ex art. 345, 2 comma, cod. proc. civ., (nel testo anteriore alla novella) dal momento che tale norma si limitava a fare rinvio all'art. 92.

Con sentenza **n. 2634**, in tema di liquidazione delle spese, per la ipotesi di cassazione della sentenza, é stato ribadito che il giudice del rinvio, cui la causa sia stata rimessa anche per provvedere sulle spese del giudizio di legittimità, deve attenersi al principio della soccombenza applicato all'esito globale del processo, piuttosto che ai diversi gradi del giudizio e al loro risultato, con la conseguenza che la parte vittoriosa nel giudizio di cassazione e tuttavia soccombente in rapporto all'esito finale della lite, può essere legittimamente condannata al rimborso delle spese in favore dell'altra parte anche per il grado di cassazione.

Anche nel corso dell'anno 2007 (v. sentenza **n. 5318**) é stato ribadito il consolidato principio secondo cui **la liquidazione** delle spese processuali **non può essere compiuta in modo globale** per spese, competenze di procuratore e avvocato, dovendo invece essere eseguita in modo tale da mettere la parte interessata in grado di controllare se il giudice abbia rispettato i limiti delle relative tabelle e così darle la possibilità di denunciare le specifiche violazioni della legge o delle tariffe, pur peraltro evidenziandosi che non è tuttavia ammissibile, per carenza di interesse, censurare tale liquidazione ove non sia stato specificamente comprovato che la liquidazione globale arreca un pregiudizio alla parte vittoriosa, in quanto attributiva di una somma inferiore ai minimi inderogabili, essendo quindi irrilevante la mera allegazione della violazione dei criteri per la liquidazione delle spese.

Inoltre (sentenza **n. 2748**) é stato riaffermato che, qualora la parte abbia presentato nota specifica con l'indicazione delle spese vive sostenute e dei diritti ed onorari spettanti, il giudice non può procedere ad una liquidazione globale al di sotto delle somme richieste, ma è tenuto ad indicare dettagliatamente le singole voci che riduce, perchè chieste in misura eccessiva, o che elimina, perchè non dovute, in modo da

consentire l'accertamento della conformità della liquidazione a quanto risulta dagli atti ed alle tariffe in relazione all'inderogabilità dei minimi.

Parimenti é stato confermato (sentenza **n. 3651**) l'altro consolidato principio secondo cui la parte che intende impugnare per cassazione la sentenza di merito nella parte relativa alla liquidazione dei diritti di procuratore e degli onorari di avvocato ha l'onere dell'analitica specificazione delle voci della tariffa professionale che si assumono violate e degli importi considerati.

La Suprema Corte ha poi affermato con sentenza **n. 4258** che in tema di liquidazione dei diritti di procuratore é computabile, nel **processo del lavoro**, la voce "precisazione delle conclusioni" essendo tale adempimento previsto, dopo la discussione della causa, dall'art. 429, primo comma, cod. proc. civ., attesa l'autonomia e rilevanza, processuale e sostanziale, delle conclusioni, rispetto alle conclusioni degli atti introduttivi e alla discussione della causa, a nulla rilevando che, per il principio della concentrazione processuale, i due adempimenti si svolgano nella stessa udienza, e considerata la particolare importanza rivestita dalla definitiva precisazione dell'oggetto della controversia e della pronuncia che viene domandata ed ha pertanto cassato la decisione della corte territoriale che aveva escluso il riconoscimento del diritto per essersi limitati, entrambi i procuratori, a confermare le conclusioni già rassegnate negli atti introduttivi.

In tema di responsabilità aggravata le sezioni unite con sentenza **n. 23726** hanno precisato che la domanda di condanna della controparte al risarcimento dei danni per malafede nel comportamento processuale deve qualificarsi come domanda di condanna per **lite temeraria** ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. e, pertanto, attiene esclusivamente al profilo del regolamento delle spese processuali senza incidere sul valore della controversia.

É stato poi ribadito con la sentenza **n. 15882** che la domanda di danni ex art. 96 cod. proc. civ., deve essere fatta valere nel giudizio in cui gli stessi sono stati causati (v. pure sentenza **n. 12952** e, in relazione a provvedimenti cautelari adottati nel corso del giudizio di primo grado, sentenza **n. 10993**) e non in sede di ricorso per cassazione, rientrando il relativo potere nella competenza funzionale e inderogabile di quel giudice.

La domanda di cui all'art. 96 cod. proc. civ. (v. sentenze **n. 13395** e **n. 3388**) é invece proponibile per la prima volta in sede di legittimità se concerne i danni che si riconnettono esclusivamente al giudizio di cassazione e comunque richiede la prova, il cui onere grava sulla parte istante, sia dell'*an* che del *quantum* ovvero richiede che, pur essendo la liquidazione effettuabile d'ufficio, tali elementi siano in concreto desumibili dagli atti di causa.

É stato riaffermato anche (v. ordinanza delle sezioni unite **n. 1140**) il principio secondo cui la domanda di risarcimento dei danni ex art. 96 cod. proc. civ. non può trovare accoglimento tutte le volte in cui la parte istante non abbia assolto all'onere di allegare (almeno) gli **elementi di fatto** necessari alla liquidazione, pur equitativa, del danno lamentato.

La sentenza **n. 14789** ha precisato che il ricorso per cassazione può considerarsi temerario solo se, oltre ad essere erroneo in diritto, riveli la consapevolezza della non spettanza della prestazione richiesta o evidenzi un grado di imprudenza, imperizia o negligenza accentuatamente anormali.

In materia esecutiva é stato affermato, con la sentenza **n. 18533**, che, nell'ipotesi di pignoramento eseguito in modo da sottoporvi i beni di valore eccedente il credito per cui si procede, non si ha un caso di esercizio dell'azione esecutiva per un credito inesistente, sicché non é configurabile una responsabilità processuale aggravata per colpa in base all'art. 96 cod. proc. civ.; tuttavia, in presenza di un **eccesso nell'impiego del mezzo esecutivo connotato da dolo o colpa grave**, é giustificata non solo l'esclusione dall'esecuzione dei beni sottoposti in eccesso, ma anche la condanna del creditore procedente per responsabilità aggravata, che può essere pronunciata dallo stesso giudice con il provvedimento che, riguardo ai beni liberati dal pignoramento, chiude il processo esecutivo.

Con le sentenze **n. 16308** e **n. 10299** é stato affermato che nel caso in cui il creditore iscriva ipoteca su beni il cui valore complessivo ecceda di gran lunga l'importo del credito garantito é ipotizzabile una responsabilità ex art. 96 cod. proc. civ. del creditore soltanto nel caso in cui egli resista con mala fede o colpa grave nel giudizio per la riduzione delle ipoteche proposto dal debitore.

Con sentenza **n. 22658** la Suprema Corte ha ritenuto che non configura ipotesi di colpa grave, tale da legittimare l'irrogazione, a carico del soccombente, della condanna al

pagamento dell'ulteriore somma di cui all'art. 385, quarto comma, cod. proc. civ., introdotto dall'art. 13 del d. lgs. n. 40 del 2006, l'aver proposto come motivo di ricorso, peraltro non esaminato dal collegio giudicante, una questione che presenta nella giurisprudenza della Corte di cassazione aspetti problematici, avendo trovato soluzioni diverse in varie pronunce.

9.17 Impugnazioni in generale.

Vanno segnalate alcune pronunce in tema di poteri di “**qualificazione**” del giudice dell'impugnazione, tanto quanto al rapporto in contestazione quanto all'identificazione del mezzo di impugnazione.

Sotto il primo profilo si è affermato che il giudice d'appello può conferire al rapporto in contestazione una qualificazione giuridica diversa da quella data dal giudice di primo grado o prospettata dalle parti, avendo egli il potere-dovere di inquadrare nell'esatta disciplina giuridica gli atti e i fatti che formano oggetto della controversia, anche in mancanza di una specifica impugnazione e indipendentemente dalle argomentazioni delle parti, purchè nell'ambito delle questioni riproposte col gravame e con il limite di lasciare inalterati il *petitum* e la *causa petendi* e di non introdurre nel tema controverso nuovi elementi di fatto (sentenza **n. 19090**)

Sotto il secondo profilo, ritiene la SC che l'**identificazione** del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale deve essere fatta in base al principio dell'apparenza, e cioè con riferimento esclusivo alla qualificazione dell'azione proposta effettuata dal giudice *a quo*, sia essa corretta o meno, e a prescindere dalla qualificazione che ne abbiano dato le parti; tuttavia, occorre altresì verificare se il giudice *a quo* abbia inteso effettivamente qualificare l'azione proposta, o se abbia inteso compiere con riferimento ad essa, una affermazione meramente generica. In tal caso, ove si ritenga che il potere di qualificazione non sia stato esercitato dal giudice *a quo*, esso può essere legittimamente esercitato dal giudice *ad quem*, e ciò non solo ai fini del merito, ma anche dell'ammissibilità stessa dell'impugnazione (sentenza **n. 11012**).

In materia di impugnazione in cause inscindibili, le S.U. (sentenza **n. 3840**) hanno affermato che è valido, benché tardivo, l'appello proposto dal litisconsorte necessario

pretermessi, equivalendo il relativo atto ad una anticipata e spontanea integrazione del contraddittorio.

In tema di **decadenza** dal diritto di impugnare, si è affermato (sentenza **n. 19225**) che, affinché il contumace possa evitare la decadenza dal diritto di proporre impugnazione per decorso del termine annuale, non è sufficiente, ai sensi dell'art. 327, secondo comma, cod. proc. civ., la sola nullità della notificazione, ma occorre anche la prova della mancata conoscenza del processo a causa di tale nullità, prova che spetta al contumace fornire e che può essere data anche tramite il **ricorso** a presunzioni.

In tema di **sospensione dell'efficacia esecutiva** della sentenza d'appello resa dai giudici speciali, impugnata con **ricorso** alle S.U., si è affermato (sentenza **n. 4112**) che deve ritenersi applicabile, salvo che sia diversamente disposto da specifiche disposizioni, la disciplina di cui all'art. 373 cod. proc. civ., poiché nulla prevede al riguardo l'art. 111 Cost. sul **ricorso** per **cassazione** avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, con la conseguenza che è inammissibile un'istanza “cautelare” contenuta nel **ricorso** per **cassazione**.

In tema di **revocazione**, si è affermato (sentenza SU **n. 16402**) che il carattere di impugnazione eccezionale della stessa, per i soli motivi tassativamente indicati nell'art. 395 cod. proc. civ., comporta l'inammissibilità di ogni censura non compresa in detta tassativa elencazione ed esclude di conseguenza anche la deduzione di vizi e di nullità afferenti alle pregresse fasi processuali che restano deducibili con le ordinarie impugnazioni, se e nei modi in cui possano essere ancora proposte. In particolare, il presupposto della domanda di revocazione di cui all'art. 395, comma 3, cod. proc. civ., è che il documento decisivo, non potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, preesista alla sentenza impugnata.

9.18 Ricorso per cassazione.

Con riferimento al **ricorso per il motivo di cui all'art. 360 n. 5 c.p.c.**, si è ribadito (sentenza **n. 17477**) che la deduzione di un vizio di motivazione della sentenza impugnata con **ricorso** per **cassazione** conferisce al giudice di legittimità non il potere di riesaminare il merito della intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì la sola facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito, al quale spetta, in

via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, 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 esse sottesi, dando, così, liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge.

In tema di **rilievo d'ufficio delle questioni attinenti alla proponibilità dell'azione**, la Corte (sentenza n. 9297) ha statuito che tali questioni sono rilevabili d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo. In grado d'appello tale potere d'iniziativa del giudice sussiste ogni qualvolta tali questioni, come ogni altra il cui oggetto non è disponibile dalle parti, non siano state proposte e decise in primo grado. In tale ultima ipotesi, ossia quando tali questioni siano state decise dal giudice di primo grado, il potere del giudice dell'impugnazione trova un limite nella preclusione determinata dall'acquiescenza della parte soccombente o di quella, che, pur non avendo l'onere della impugnazione perché praticamente vittoriosa, per altre ragioni, non abbia riproposto al giudice d'appello la relativa eccezione, incorrendo nella decadenza di cui all'art 346 cod. proc. civ. Qualora la questione di proponibilità non sia stata decisa in primo grado e non sia stata rilevata in appello nemmeno dal giudice, essa, ove non implichi un nuovo accertamento od apprezzamento di fatto, può essere prospettata in **Cassazione**, in quanto non integra una nuova questione di diritto inammissibile.

9.19 Ricorso straordinario.

Il tema dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. continua ad essere cruciale nella giurisprudenza della Cassazione; nel corso dell'anno hanno trovato ulteriore consolidamento gli orientamenti tradizionali in materia, fondati sull'inammissibilità del ricorso per cassazione avverso provvedimenti non decisori né definitivi per violazione delle norme processuali o per pretesa abnormità da queste dipendente.

E' stato ritenuto ammissibile il ricorso ex art. 111 Cost. avverso **l'ordinanza che dichiara improcedibile il ricorso in appello** (nella specie avverso una sentenza di separazione), per omessa notifica nel termine assegnato col decreto di fissazione dell'udienza e omessa tempestiva richiesta di proroga di detto termine; tale ordinanza è, infatti, decisoria, determinando il passaggio in giudicato della sentenza di primo

grado, e definitiva, non essendo propedeutica ad ulteriori atti dello stesso o di altri giudici (sentenza n. 7790)

E' ammissibile il ricorso avverso il provvedimento camerale ex art. 26 l.f., con cui il tribunale rigetta il reclamo contro il decreto del giudice delegato relativo alla **liquidazione del compenso** al difensore, per l'assistenza in giudizio prestata alla curatela fallimentare (sentenza n. 7782)

E' ammissibile il ricorso avverso l'ordinanza resa (prima del d.lgs. n. 40 del 2006) dal presidente del tribunale sull'istanza di **ricusazione di un arbitro internazionale** (sentenza n. 2774)

E' stato dichiarato inammissibile il ricorso avverso **l'ordinanza con la quale la corte d'appello, investita dell'appello in una causa di rito locativo, rigetti ai sensi dell'art. 447-bis, ultimo comma, cod. proc. civ. l'istanza di sospensione dell'esecutività** della sentenza di primo grado, poiché il provvedimento ha natura cautelare e non decisoria ed effetti provvisori fino alla decisione definitiva sull'appello (ordinanza n. 5558, la quale sottolinea che il ricorso non è ammissibile neppure sotto il profilo dell'abnormità del provvedimento per violazione di regole processuali),

E' pure inammissibile il ricorso avverso il decreto con cui la Corte d'appello accoglie, ai sensi degli artt. 2, 3° comma e 147 l.f., il reclamo avverso il **provvedimento di rigetto di estensione del fallimento alla società di fatto ed ai soci**, in quanto l'incidenza sui diritti soggettivi delle parti coinvolte, deriva dalla successiva dichiarazione di fallimento, di cui il provvedimento della Corte d'appello costituisce un momento del relativo complesso procedimento (sentenza n. 19096). Così anche riguardo ai provvedimenti emessi in sede di volontaria giurisdizione, che disciplinano, limitano, escludano o ripristinano **la potestà dei genitori naturali** ai sensi degli artt. 317 bis, 330, 332, 333 cod.civ. (sentenza n. 16984).

Così anche riguardo ai **provvedimenti di natura interinale** e privi dei caratteri della decisorietà e definitività con la conseguenza che è inammissibile il **ricorso** con il quale si lamenti l'inosservanza, mediante l'adozione di provvedimenti abnormi, dell'iter processuale previsto dall'art. 369 cod. proc. civ. per la trasmissione degli atti alla Corte di **cassazione** in caso di impugnazione in sede di legittimità (sentenza n. 12252); all'ordinanza che dichiara l'**estinzione del processo** (ordinanza n. 14574): al provvedimento che ammette la **consulenza tecnica preventiva** così come gli altri

provvedimenti di istruzione preventiva, di cui condivide la natura (ordinanza **n. 14301**); all'**ordinanza emanata in sede di reclamo contro un provvedimento cautelare**, perché priva dei caratteri della definitività e della decisorietà, e ciò anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003 e dell'introduzione del nuovo rito societario (sentenza **n. 13360**); alle **ordinanze collegiali di rimessione della causa in istruttoria** per acquisizione della procura speciale e per rinnovazione della notifica della citazione non contenente l'avvertimento ex art. 163, settimo comma, cod. proc. Civ (sentenza **n. 10886**); al decreto motivato emesso dal tribunale, in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari nei casi di cui all'art. 342-bis cod. civ., in sede di reclamo con cui si accolga o si rigetti l'istanza di concessione della **misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare** (sentenza **n. 625**). Da ultimo, la sentenza **n. 27197** delle Sezioni Unite ha ribadito che anche nel sistema processuale delineatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui all'art. 2, comma 3, lettera e - bis, del d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge n. 80 del 2005, contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi *ante causam* ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto detti provvedimenti sono privi di stabilità e inidonei al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito; tale ricorso non può valutarsi, benché il ricorrente lo richieda, neppure come istanza di regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ., da qualificare anch'essa inammissibile finché l'istante non abbia iniziato il giudizio di merito per il quale sorge l'oggetto del procedimento, unitamente all'interesse concreto e attuale a conoscere il giudice dinanzi al quale lo stesso deve eventualmente proseguire.

9.20 Il ricorso avverso le decisioni della Sezione disciplinare del CSM.

Occorre segnalare che una rilevante questione si è posta per il procedimento disciplinare contro magistrati, in relazione alla **disciplina applicabile all'impugnazione della sentenza della Sezione disciplinare del CSM innanzi alle Sezioni Unite della Cassazione**. In merito la Corte ha affermato che il ricorso proposto sotto la vigenza della disciplina anteriore al d.lgs. n. 109 del 2006 ed

indirizzato alle Sezioni unite penali anziché a quelle civili, non è da qualificare come improponibile, in quanto sia i giudici penali che quelli civili appartengono alla magistratura ordinaria ed esercitano la medesima *potestas iudicandi*; ad esso, tuttavia, individuandosi appunto nelle Sezioni unite civili il giudice competente a conoscere della relativa impugnazione, si applicano, in virtù di un rinvio generalizzato, le norme che disciplinano il processo civile, donde, oltre alla verifica della prospettazione di uno o più motivi riconducibili all'art. 360 cod. proc. civ., alla Cassazione, in detta composizione, è devoluto il controllo circa la sussistenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge per l'ammissibilità e la procedibilità del ricorso secondo il codice di rito civile (sentenza n. 16615).

Al fine di vagliare l'ammissibilità del ricorso per cassazione previsto avverso le sentenze della Sezione disciplinare del Cons. Sup. Magistratura, occorre aver riguardo alla **disciplina vigente non già al tempo della formulata impugnazione, bensì nel momento in cui si è completato il procedimento di emissione della sentenza impugnata** ed è, perciò, sorto e divenuto attuale il diritto della parte interessata ad impugnarla, non potendo la nuova legge processuale travolgere gli effetti dell'atto che si sono già prodotti al momento della sua entrata in vigore né regolare diversamente gli effetti futuri dell'atto stesso. Pertanto, il ricorso proposto avverso una sentenza depositata successivamente al 19 giugno 2006 - data di entrata in vigore del nuovo d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 - deve essere considerato ammissibile, senza alcuna incidenza al riguardo della circostanza che lo stesso sia stato indirizzato, ancor prima delle modifiche intervenute con la legge n. 269 del 2006, alle Sezioni unite civili (sentenza S.U. n. 16627; si vedano anche le sentenze S.U. n. 20601 e n. 20603 secondo cui alle sentenze emesse nei procedimenti instaurati prima del 19 giugno 2006 non si applica la disciplina transitoria i cui all'art. 32 bis del d.lgs. n. 109 del 2006).

Le sentenze della Sezione disciplinare del CSM, emesse nei **procedimenti disciplinari promossi successivamente al 19 giugno** (data di entrata in vigore del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, ai sensi del suo art. 32), sono impugnabili secondo la disciplina a regime introdotta dall'art. 24 del citato d.lgs. n. 109 del 2006, come modificato dall'art. 1, comma terzo, della legge n. 269 del 2006, dall'incolpato, dal Ministero della Giustizia, nonché dal P.G. presso la Corte di cassazione, mediante ricorso per cassazione nei termini e con le forme previsti dal codice di procedura

penale (come sancito dal primo comma) e, tuttavia, il **ricorso** deve essere deciso, entro sei mesi dalla data di proposizione, non più dalle Sezioni unite penali come stabilito dall'originario testo del secondo comma, bensì dalle Sezioni unite civili, di cui l'art. 1, comma, lett. o), della predetta legge n. 269 del 2006 ha ripristinato la competenza (con la successiva trasmissione ad esse dei **ricorsi** ancora pendenti dinanzi alle Sezioni unite penali, come successivamente disposto dall'art. 32 bis del medesimo d.lgs. n. 109 del 2006, aggiunto dall'art. 1, comma terzo, lett. q), della menzionata legge n. 269 del 2006). In virtù di questo assetto normativo, dovendosi applicare per la fase introduttiva le norme processuali penali e per quella attinente al giudizio quelle processuali civili, non potendo trovare spazio queste ultime norme con riferimento alla disciplina della notificazione dell'impugnazione e all'instaurazione del contraddittorio (con particolare riguardo agli artt. 330 e 331 cod. proc. civ.), una volta che il processo è pervenuto alla fase del giudizio, essendo necessario garantire a tutte le parti legittimate il diritto di difesa, è indispensabile che quest'ultimo diritto venga assicurato mediante le apposite attività partecipative previste negli artt. 377, 378 e 379 del codice di rito civile, onde consentire la verifica della ritualità dell'avviso alle anzidette parti per prendere parte alla pubblica udienza e l'esercizio della facoltà di presentare eventualmente memorie illustrative, ai fini della rituale celebrazione di detta udienza in funzione della conseguente decisione (ordinanza interlocutoria S.U. **n. 16873**).

9.21 Esecuzione forzata.

Con riguardo all'**efficacia del precetto** la sentenza **n. 19228** ha fatto diretta applicazione dei principi posti a garanzia del diritto di difesa dalle sentenze della Corte costituzionale 15 dicembre 1967 n. 139 e 6 luglio 1971 n. 159, oltre che 4 marzo 1970 n. 34, quanto alla individuazione della ripresa di decorrenza del **termine di cd. perenzione di cui all'art. 481 cod. proc. civ.**, fissandolo nella comunicazione e non nella pubblicazione dell'ordinanza con cui il giudice dell'**esecuzione**, a seguito di opposizione agli atti esecutivi, abbia disposto (art. 618, primo comma, cod. proc. civ.) dapprima che il decreto di trasferimento non potesse essere eseguito sino all'udienza fissata per la comparizione delle parti e poi, in detta sede, che dovesse essere revocato il provvedimento reso *inaudita altera parte*. In tema di **conversione del pignoramento**, per la sentenza **n. 17644** il non completamento di tale procedura, a

causa di versamenti solo parziali rispetto a quelli ordinati dal giudice dell'**esecuzione**, determina la loro apprensione tra le somme assoggettate ai sensi dell'art.495 cod. proc. civ. al vincolo del pignoramento, senza però che essi divengano altresì gravati del diverso vincolo ipotecario esistente sui beni immobili pignorati.

In tema di **vendita forzata immobiliare**, per la sentenza **n. 1512** si è stabilito che qualora il giudice dell'esecuzione disponga l'aggiudicazione dei beni posti in vendita e pronunci il decreto di trasferimento dell'immobile nonostante sia stata in precedenza dichiarata l'estinzione della procedura esecutiva, il vizio deve essere fatto valere nel procedimento di espropriazione immobiliare in cui si è verificato, mediante lo strumento dell'opposizione contro l'aggiudicazione ed il trasferimento dei beni e non già nel giudizio di opposizione all'esecuzione per rilascio: infatti la liquidazione dell'espropriazione immobiliare determina la formazione di un titolo esecutivo che consente all'aggiudicatario di azionare la pretesa al rilascio del bene conseguito, senza che possano essere rimessi in discussione i presupposti della formazione del titolo esecutivo.

Con riguardo ai **limiti di partecipazione alla procedura di vendita immobiliare**, la previsione contenuta nell'art. 579 cod. proc. civ. (che inibisce al debitore esecutato la legittimazione di fare offerte all'incanto), costituisce norma eccezionale e non può trovare applicazione analogica rispetto ad altri soggetti in essa non considerati, a meno che non ricorra un'ipotesi di interposizione fittizia o si configuri, in caso di accordo fra debitore esecutato e terzo da lui incaricato di acquistare per suo conto l'immobile, un negozio in frode alla legge: così la sentenza **n. 11258** ha negato che il divieto si applichi ove l'offerta provenga da una società di capitali, avuto riguardo alla struttura di organizzazione che la caratterizza, agli effetti che la pubblicità legale persegue e considerati autonomia patrimoniale e distinta personalità giuridica della società rispetto ai soci.

In una fattispecie soggetta al testo dell'art. 591 anteriore alla sostituzione disposta dall'art. 39-*quater* del d.l. n. 273 del 2005, convertito con modificazioni nella legge n. 51 del 2006, secondo la sentenza **n. 27148** **l'amministrazione giudiziaria dell'immobile**, prevista dall'art. 591 cod. proc. civ. come alternativa rispetto ad un incanto successivo al ribasso, è rimessa alla decisione del giudice dell'**esecuzione**, a prescindere da una espressa domanda dei creditori precedenti e non rappresenta una

forma autonoma di **esecuzione**, costituendo invece una fase incidentale del procedimento di espropriazione, eventuale e sussidiaria, che ha la funzione di sospenderlo in presenza di una contingenza negativa in attesa di tempi in cui il mercato sia più favorevole, allo scopo di mantenere il valore stimato dei beni e di evitare la diminuzione che ne comporterebbe il ricorso ad un nuovo incanto.

Di particolare valore orientativo, in tema di esecuzione forzata degli **obblighi di fare o non fare**, la sentenza **n. 13071**, per l'ipotesi che la realizzazione del risultato attuativo del titolo esecutivo richieda il rilascio di autorizzazioni, concessioni o altri provvedimenti strumentali da parte della P.A, precisa che il giudice dell'esecuzione ha il potere di richiederli, collocandosi tale richiesta nella fase esecutiva dell'attuazione del diritto sostanziale riconosciuto con il titolo esecutivo, mentre solo nel caso in cui, se richiesta, la P.A. non rilasci il provvedimento necessario, il diritto dell'esecutante si converte in quello ad essere risarcito del correlativo danno. Con riguardo ai **rapporti tra processo di esecuzione e giudizio di cognizione attinente al titolo esecutivo**, la sospensione disposta dal giudice dell'**esecuzione** a seguito della sospensione *ab externo* della esecutorietà del titolo esecutivo da parte del giudice avanti al quale lo stesso è impugnato costituisce, per la sentenza **n. 18539**, una mera presa d'atto, per cui il termine per la riassunzione del processo esecutivo comincia a decorrere da quando sono cessati gli effetti della sospensione disposta dal giudice della cognizione, al contrario della sospensione del processo esecutivo in senso proprio, cui si riferisce l'art. 627 cod. proc. civ., la quale viene meno dopo il rigetto dell'opposizione.

In tema di opposizione all'esecuzione, sul presupposto che l'esistenza del titolo esecutivo costituisce la condizione necessaria dell'esercizio dell'azione esecutiva e deve, perciò, preesistere alla minacciata o intrapresa esecuzione, la sentenza **n. 9494** ha consolidato l'indirizzo per cui il creditore procedente, da un lato è legittimato a proporre eventualmente una domanda riconvenzionale diretta a costituire un nuovo titolo esecutivo che si aggiunga a quello per cui si procede o che ad esso si debba sostituire, ma deve tuttavia, dall'altro, intraprendere un'esecuzione diversa da quella iniziata se intenda far valere il titolo di nuova formazione, che non può sostituire - con efficacia sanante - quello invalido, opposto con la domanda *ex art. 615* cod. proc. civ.

Con riguardo all'**oggetto dell'opposizione all'esecuzione**, trattandosi di azione di accertamento negativo della sussistenza del diritto posto a base dell'esecuzione

minacciata od iniziata, secondo la sentenza **n. 12239** il giudice dell'opposizione può non solo riconoscere l'infondatezza dell'opposizione e, quindi, rigettarla *in toto* (se accerti l'esistenza dei fatti costitutivi della pretesa esecutiva nella loro interezza) ovvero accoglierla, nel presupposto del riconoscimento della loro totale inesistenza (dunque negando il diritto di procedere esecutivamente nella sua interezza), ma può anche riconoscere la **sussistenza solo parziale dei fatti costitutivi del diritto di procedere**, se il diritto per cui è prospettata l'esecuzione concerna un oggetto divisibile, con rigetto per la parte restante, con la conseguenza che quel diritto resta accertato come esistente in parte e come inesistente per il residuo.

In tema di **limiti al pignoramento**, l'opposizione con cui il debitore faccia valere la disposizione di cui all'art. 2911 cod. civ., per la mancata esecuzione innanzitutto su beni costituiti in pegno da un terzo, deve qualificarsi come opposizione agli atti esecutivi, poiché con essa non viene denunciato un limite legale all'esecuzione: infatti, per la sentenza **n. 1033**, l'art. 2911 cod. civ. non si applica al caso in cui il pegno sia costituito da un terzo, sicché l'esecuzione non incontra il limite della necessaria sottoposizione a pignoramento dei beni gravati da pegno.

Con riguardo alla **qualificazione esatta del provvedimento adottato dal giudice dell'esecuzione in esito ad un'opposizione agli atti esecutivi**, con la sentenza **n. 19228** è stato ritenuto che disporre che il decreto di trasferimento non possa essere eseguito sino all'udienza fissata per la comparizione delle parti, è in realtà un provvedimento di sospensione adottato a seguito di impugnazione del titolo esecutivo e dal giudice di tale impugnazione (art. 623 cod. proc. civ.) più che provvedimento ritenuto opportuno (art. 618, primo comma, cod. proc. civ.) spiegando perciò i suoi effetti sia sul diritto a procedere ad **esecuzione forzata**, sia sul processo esecutivo dal cui giudice è stato emanato.

In tema di **forma del pignoramento** l'esecuzione che abbia per oggetto un titolo di credito è regolata dall'art. 1997 cod. civ., per cui, secondo la sentenza **n. 4653**, il vincolo ivi previsto va attuato sul titolo, ma non quando quest'ultimo sia in possesso di un terzo in forza di un rapporto che non gli attribuisca altresì la titolarità del credito, ma solo la legittimazione ad esercitare per conto del titolare i diritti nascenti dal titolo, come accade nel caso di deposito di titoli in amministrazione ed in particolare in relazione ai titoli che, in base al d.lgs. n. 213 del 1998, sono assoggettati alla disciplina

della dematerializzazione: in tali casi il pignoramento si può eseguire presso il terzo, essendo il titolo una cosa del debitore posseduta dal terzo stesso, da eseguirsi con le forme dell'espropriazione presso terzi, anziché in quelle dell'espropriazione presso il debitore.

In tema di **espropriazione forzata di crediti presso terzi**, il *debitor debitoris* che, nel rendere la prescritta dichiarazione, abbia omissso di riferire - come prescrive l'art. 550, primo comma, cod. proc. civ. - che il credito e' stato nel frattempo pignorato una seconda volta, è legittimato per la sentenza **n. 3958** a dedurre con l'opposizione agli atti esecutivi che tale omissione (dell'esistenza dell'altro pignoramento) e' dipesa da errore di fatto, al fine di ottenere la rimozione dell'ordinanza di assegnazione, poiché l'assegnazione e' inefficace come fatto estintivo del credito nei confronti dell'altro creditore pignorante e considerato che anche una dichiarazione confessoria può essere revocata per errore di fatto.

Facendo applicazione della sentenza 4 dicembre 2002, n.506 della Corte costituzionale, è stato ribadito (sentenza **n. 963**) che non sussiste più **l'impignorabilità assoluta dei trattamenti pensionistici a carico dello Stato** e che essi sono impignorabili (con le sole eccezioni previste dalla legge sui crediti qualificati) per la sola parte delle pensioni, indennita' od altri trattamenti di quiescenza necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle sue esigenze di vita, mentre sono pignorabili nei limiti del quinto della restante parte. A sua volta, facendo applicazione estensiva dell'art. 545 cod. proc. civ. la sentenza **n. 14842** ha statuito che il limite dell'impignorabilità della retribuzione oltre il quinto non opera con riferimento all'**esecuzione** promossa dal creditore per **contributo al mantenimento della prole**, avendo questo funzione alimentare.

Quanto all'attuazione dell'**ordinanza di assegnazione di un credito**, la pronuncia **n. 18714**, in tema di rapporto tra esecuzione forzata e sopravvenuto **fallimento del debitore**, ha ribadito la prevalenza della norma speciale di cui all'art. 44 l.f., con la preclusione al debitore del diritto di disporre del proprio patrimonio e dunque di effettuare un qualunque pagamento anche non volontario, dovendosi perciò non attuare le ordinanze di assegnazione del giudice dell'**esecuzione** pur emesse prima, in difetto realizzandosi un pagamento viziato da inefficacia. In materia di sentenza con **ordine di rilascio dell'immobile**, emesso nei confronti del convenuto, il titolo -

secondo la sentenza **n. 3087** - può essere eseguito **anche nei confronti del terzo occupante abusivo**, il quale potrà a sua volta fare valere eventualmente le proprie ragioni ai sensi dell'art. 615 cod. proc. civ., se sostiene di detenere l'immobile in virtù di un titolo autonomo e perciò non pregiudicato da detta sentenza o ai sensi dell'art. 404, comma secondo, cod. proc. civ., se invece deduce la derivazione del suo titolo da quello del convenuto ed essere la sentenza frutto di collusione tra le parti.

Quanto al **rapporto fra esecuzione forzata e procedimento di prevenzione antimafia**, l'emanazione del provvedimento di confisca pronunciato ai sensi dell'art. 2 ter della legge n. 575 del 1965 nei confronti di un indiziato di appartenenza a consorceria mafiosa, camorristica o simile, secondo la sentenza **n. 845** non può pregiudicare i diritti reali di garanzia costituiti, in epoca anteriore all'instaurazione del procedimento di prevenzione, sui beni oggetto del provvedimento ablativo ed in favore di terzi estranei ai fatti che abbiano dato luogo al procedimento medesimo, senza che possa farsi distinzione in punto di competenza del giudice adito, tra giudice penale e giudice civile; è stato ribadito che tale diritto reale limitato si estingue per le sole cause indicate dall'art. 2878 cod. civ. e che identica tutela davanti al giudice civile va riconosciuta all'aggiudicatario - che divenga acquirente di un bene in sede di procedura esecutiva forzata immobiliare. La vigenza del principio della tassatività delle ipotesi di **estinzione del processo esecutivo** ha fondato, per la sentenza **n. 27148 del 2006**, la dichiarazione di non legittimità del provvedimento di **estinzione atipica** fondato sulla improseguibilità per "stallo" della procedura di vendita **forzata** e, quindi, sulla inutilità o non economicità sopravvenuta del processo esecutivo. Con riguardo all'**equa riparazione**, di cui alla legge n. 89 del 24 marzo 2001, la sentenza **n. 25529 del 2006** ha precisato l'autonomia e le differenze tra il processo di cognizione e quello successivo di **esecuzione forzata**, per cui è in relazione a ciascuno di essi che va computato l'eventuale periodo di irragionevole protrazione, senza possibilità di sommatoria, a tal fine, dei tempi per la rispettiva definizione; ne è conseguito il principio per cui all'interno di ciascuno di essi devono essere individuati l'atto conclusivo e, con esso, il momento di assunzione della citata definitività, al quale l'art. 4 della legge collega il *dies a quo* di decorrenza del termine semestrale per la proposizione della domanda di equa riparazione.

9.22 Procedimenti sommari.

Con la sentenza **n. 14572** è stato statuito che, ai fini della legittimità dell'**opposizione tardiva a decreto ingiuntivo**, non è sufficiente l'accertamento dell'irregolarità della notificazione del provvedimento monitorio, ma occorre, altresì, la prova – il cui onere incombe sull'opponente – che a causa di detta irregolarità egli, nella qualità di ingiunto, non abbia avuto tempestiva conoscenza del suddetto decreto e non sia stato in grado di proporre una tempestiva opposizione.

Con l'ordinanza **n. 20596** delle Sezioni Unite – in sede di composizione di contrasto – è stato affermato che nel caso in cui la parte nei cui confronti è stata chiesta l'emissione di decreto ingiuntivo abbia proposto domanda di accertamento negativo del credito davanti ad un diverso giudice prima che il ricorso ed il decreto ingiuntivo le siano stati notificati, se, in virtù del **rapporto di continenza** tra le due cause, quella di accertamento negativo si presti ad essere riunita a quella di opposizione, la continenza deve operare in questo senso, retroagendo gli effetti della pendenza della controversia introdotta con la domanda di ingiunzione al momento del deposito del relativo ricorso, sempre che, naturalmente, la domanda monitoria sia stata formulata davanti a giudice che, alla data della sua presentazione, era competente a conoscerla.

Sotto un profilo generale è stato ricordato che (sentenza **n. 6514**) il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non è ristretto alla verifica delle condizioni di ammissibilità e di validità del decreto stesso, ma si estende all'accertamento dei fatti costitutivi del diritto in contestazione, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza, e non già a quello dell'emissione del provvedimento opposto. Pertanto, il giudice, qualora riconosca fondata, anche solo parzialmente, l'**eccezione** di pagamento formulata dall'opponente con l'atto di opposizione o nel corso del giudizio, deve comunque revocare totalmente il decreto opposto, senza che rilevi, in contrario, l'eventuale posteriorità dell'accertato fatto estintivo rispetto al momento di emissione del decreto, sostituendosi all'originario decreto ingiuntivo, la sentenza di condanna al pagamento di residui importi del credito. Con la sentenza **n. 7249** risulta statuito che dal principio di economia processuale consegue l'ammissibilità di un unico atto di opposizione avverso più ingiunzioni emesse su ricorso del medesimo creditore nei confronti dello stesso debitore, precisandosi, inoltre, con la sentenza **n. 13671**, che, in caso di discordanza tra

l'originale del decreto ingiuntivo e la copia notificata all'ingiunto, nel senso che il primo rechi l'indicazione di un termine ridotto ai sensi dell'art. 641, secondo comma, cod. proc. civ., mentre la seconda contenga quella del termine ordinario, l'ingiunto ha diritto di proporre l'opposizione nel termine più ampio indicato nella copia notificatagli, corrispondente al tenore dell'ingiunzione da lui effettivamente ricevuta e dalla quale è dunque chiamato a difendersi. Il principio secondo cui l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico, trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda (sentenza n. 18725).

In tema di rapporti tra giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ed esecuzione, qualora, sospesa la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto in base alla quale era stata iniziata l'azione esecutiva, il giudizio di primo grado si concluda con il rigetto dell'opposizione, cessano gli effetti della sospensione disposta dal giudice della cognizione e, perciò, della sospensione dell'esecuzione nel frattempo disposta dal giudice, in quanto il decreto ingiuntivo riprende forza di titolo esecutivo, con il consequenziale effetto della possibile riassunzione del procedimento esecutivo precedentemente sospeso. Lo stesso principio si applica se il successivo giudizio di appello, durante il quale sia stata disposta la sospensione della sentenza di rigetto dell'opposizione avverso il decreto ingiuntivo, con conseguente nuova sospensione del processo esecutivo, si sia concluso con il rigetto dell'appello, poiché, anche in questo caso, ai fini della riassunzione del processo esecutivo sospeso, non è necessario attendere il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto dell'opposizione contro il decreto ingiuntivo (sentenza n. 18539).

Nel rapporto tra giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto per la riscossione dei contributi condominiali derivanti da delibera di approvazione del riparto delle spese condominiali, e giudizio d'impugnazione della delibera assembleare deve essere segnalato il superamento del contrasto preesistente mediante la pronuncia

delle S.U. **n. 4421** con la quale si è stabilito che non è consentito sospendere il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in attesa della definizione del diverso giudizio d'impugnazione, ex art. 1137 cod. civ., della deliberazione posta a base del provvedimento monitorio opposto.

In ordine al **procedimento di convalida di sfratto o di licenza**, degna di considerazione è la sentenza **n. 18686**, alla stregua della quale, in tema di intimazione di sfratto per morosità, qualora l'intimante chieda la condanna del conduttore al pagamento del canone per determinate mensilità e l'intimato proponga opposizione senza che sia emessa l'ordinanza provvisoria di rilascio, non è affetta dal **vizio di ultrapetizione** la sentenza che, all'esito del giudizio a cognizione piena susseguente alla conversione del rito, condanni il conduttore al pagamento dei canoni relativi anche alle mensilità maturate successivamente fino alla riconsegna del bene locato, dovendo ritenersi la relativa domanda implicitamente contenuta in quella originaria. Con la sentenza **n. 15593** è stato, poi, ripetuto che l'opposizione all'intimazione di licenza per finita locazione determina la trasformazione del procedimento sommario per convalida della licenza in giudizio ordinario di cognizione, volto ad accertare se la domanda di rilascio, comunque contenuta nell'istanza di intimazione, sia o meno fondata, dovendo derivarne la decisione sul mantenimento o sulla risoluzione del contratto sottostante all'intimazione, senza che ciò comporti la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Conseguentemente, la sentenza di appello che, in riforma di quella di primo grado, abbia rigettato la domanda dichiarando che la locazione principale era cessata prima dell'intimazione della licenza e che questa circostanza si ripercuoteva sul contratto di sublocazione, non viola il combinato disposto degli artt. 342 e 163, comma 2, n. 4, cod. proc. civ.. Particolarmente interessanti sono state due pronunce che hanno affrontato la questione delle spese correlate al procedimento per convalida:

Con la sentenza **n. 11197** è stato riconfermato che il principio secondo cui **la pronuncia sulle spese compete esclusivamente al giudice della causa**, il quale, ai sensi dell'art. 91 cod. proc. civ., deve provvedervi anche d'ufficio con il provvedimento che definisce il processo - con la conseguenza che, se tale statuizione non contenga il provvedimento stesso, essa deve essere impugnata dall'interessato, onde impedire il formarsi di un giudicato negativo sul relativo diritto al rimborso - trova applicazione

anche nel procedimento per convalida di sfratto, nel senso che l'ordinanza pronunciata a norma dell'art. 663, primo comma, cod. proc. civ., con cui lo sfratto è convalidato, deve contenere la condanna dell'intimato al rimborso delle spese sostenute dal locatore per gli atti del procedimento. Con la sentenza **n. 3969**, riprendendo qualche raro e risalente precedente, è stato affermato che **nel procedimento di convalida di licenza per finita locazione**, qualora intervenga la convalida ai sensi dell'art. 663 cod. proc. civ., il giudice non può disporre la condanna alle spese a carico del conduttore-intimato e a favore del locatore (con la configurabilità del diritto di quest'ultimo al relativo rimborso), non trovando applicazione in tal caso, oltre al principio della soccombenza, nemmeno quello di causalità, poiché il provvedimento di convalida non può considerarsi pronunciato in dipendenza di un fatto del convenuto, che renda necessario il ricorso alla tutela giurisdizionale, bensì di un interesse esclusivo dell'attore-intimante alla costituzione in via preventiva di un titolo esecutivo, da far valere successivamente alla scadenza del contratto. Con la sentenza **n. 9486** si è ricordato che il giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 cod. civ. - il quale, come riflesso di quello formale previsto dall'art. 324 cod. proc. civ., fa stato ad ogni effetto tra le parti quanto all'accertamento di merito, positivo o negativo, del diritto controverso - si forma soltanto su ciò che ha costituito oggetto della decisione (o che avrebbe potuto costituirne oggetto, come nelle ipotesi di procedimenti speciali a cognizione eventuale), ricomprendendosi in esso anche gli accertamenti di fatto che abbiano rappresentato le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico, oltre che funzionale, per l'emanazione della pronuncia, con effetto preclusivo dell'esame degli stessi elementi in un successivo giudizio, quando l'azione in esso dispiegata abbia identici elementi costitutivi.

9.23 Procedimenti cautelari e possessori.

In tema di sequestro è stato chiarito (sentenza **n. 18536**) che la conversione del sequestro conservativo in pignoramento opera *ipso iure* nel momento in cui il sequestrante ottiene sentenza di condanna esecutiva, iniziando in quello stesso momento il processo esecutivo, di cui il sequestro stesso, una volta convertitosi in pignoramento, costituisce il primo atto, mentre l'attività imposta al sequestrante dall'art. 156 disp. att. cod. proc. civ., da eseguirsi nel termine perentorio di sessanta

giorni dalla comunicazione della sentenza di condanna esecutiva, è attività di impulso processuale che il sequestrante, divenuto creditore pignorante, ha l'onere di compiere nel detto termine perentorio e la cui mancanza comporta l'inefficacia del pignoramento. Quest'ultima opera di diritto, ma deve essere eccepita dal debitore esecutato prima di ogni altra difesa (artt. 630 e 562 cod. proc. civ.) nell'ambito del processo esecutivo promosso dal creditore procedente. Alla stregua di tali principi si deduce che un soggetto estraneo alla procedura esecutiva non ha, di regola, interesse a chiedere al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'inefficacia del pignoramento derivata da quella del precedente sequestro, fatta salva l'ipotesi in cui il creditore procedente, avvalendosi della sentenza di condanna come titolo esecutivo, inizi un'azione esecutiva contro di lui oppure in una sede diversa come azione dichiarativa. Sotto altro profilo si è asserito (sentenza **n. 17778**) che il provvedimento **cautelare** (nella specie un sequestro conservativo) non perde efficacia nel caso in cui il successivo giudizio di merito sia definito da una sentenza che dichiari nullo il ricorso, essendo prevista la caducazione del provvedimento nelle sole ipotesi tassative di cui all'art. 669 *novies* cod. proc. civ. (che nella specie trova applicazione nel sistema di efficacia dei provvedimenti **cautelari** anteriore all'introduzione dell'art. 669 *octies*, commi sesto e settimo, cod. proc. civ.). Si è prospettata interessante, inoltre, la sentenza **n. 15585**, con la quale si è evidenziato che il diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla illegittima concessione del sequestro giudiziario non può ritenersi sussistente *in re ipsa* e deve essere allegato e provato da parte dell'interessato, il quale è tenuto a dimostrare che la lamentata indisponibilità del bene si è tradotta in una ipotesi di danno risarcibile. Si è specificato (ordinanza **n. 5335**), sul **procedimento cautelare in generale**, che ai sensi dell'art. 669 *ter* cod. proc. civ., prima dell'inizio del giudizio di merito la domanda si propone al giudice competente, in base agli ordinari criteri, a conoscere del merito; in mancanza di proposizione, nel corso del **procedimento cautelare**, di eccezioni in ordine alla competenza del giudice adito, questa si radica in capo allo stesso e vi permane anche con riferimento al giudizio di merito; atteso che quest'ultimo è diretto alla conferma o alla riforma del provvedimento adottato in sede **cautelare**, in un rapporto di strumentalità tra i due **procedimenti** che, con riferimento alla materia societaria, non viene meno neppure a seguito della riforma di cui al d.lgs. n. 5 del 2003, che ha previsto la stabilità del provvedimento **cautelare** in caso di

mancata instaurazione del giudizio di merito. E' stato, altresì, sottolineato (ordinanza **n. 7922**) che, al di fuori del caso di provvedimento avente ad oggetto il pagamento di danaro, l'attuazione dei provvedimenti **cautelari**, nel sistema del **procedimento cautelare** uniforme antecedente le modifiche apportata dal d.l. n. 35 del 2005, convertito nella legge n. 80 del 2005, non dà luogo ad un processo esecutivo e, conseguentemente, l'ordinanza che concede la **cautela** non può essere utilizzata per ottenere dal giudice che l'ha concessa un decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 614 cod. proc. civ., per le spese sostenute per l'attuazione della misura **cautelare**, dovendo invece il diritto al loro rimborso farsi valere nel giudizio di merito.

In relazione ai procedimenti possessori è stato messo in luce che (sentenza **n. 14281**) nell'ipotesi in cui il giudice adito con ricorso ai sensi dell'articolo 703 cod. proc. civ. - nella formulazione risultante dalla legge 26 novembre 1990 n. 353 ma prima delle modifiche apportate dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35 conv. nella legge 14 maggio 2005 n. 80 - concluda il **procedimento possessorio** con ordinanza, provvedendo anche al relativo regolamento delle spese processuali senza procedere alla fissazione dell'udienza di prosecuzione del giudizio di merito, il provvedimento ha natura sostanziale di sentenza ed è impugnabile con l'appello. Si è rilevato (sentenza **n. 14607**), inoltre, che, ai sensi dell'art. 704 cod. proc. civ., i provvedimenti **possessori** emessi dal giudice del petitorio, avendo carattere puramente incidentale, sono destinati a venire assorbiti dalla sentenza che, decidendo la controversia petitoria, costituisce l'unico titolo per regolare in via definitiva i rapporti di natura **possessoria** e petitoria in contestazione fra le parti. Significativa, infine, è stata la sentenza **n. 1795**, con cui si è precisato che, nelle azioni possessorie, l'eccezione *feci sed iure feci* sollevata dal convenuto che deduca di essere compossessore della cosa rende necessario l'esame del titolo, per stabilire, sia pure *ad colorandam possessionem*, l'esistenza e l'estensione del diritto che si allega. Pertanto, tale eccezione deve ritenersi ammissibile se il convenuto tenda a dimostrare di aver agito nell'ambito della sua relazione di fatto, esclusiva o comune, con il bene, mentre deve ritenersi inammissibile se il convenuto miri a fare accertare il suo diritto sul bene medesimo, non potendo la prova del possesso essere in sede di **procedimento possessorio** desunta dal regime legale o convenzionale del corrispondente diritto reale, occorrendo viceversa dimostrare l'esercizio di fatto del vantato possesso indipendentemente dal titolo.

9.24 Altri procedimenti speciali e camerale.

In ordine al procedimento camerale speciale previsto per la **liquidazione dei compensi dei legali** si è, innanzitutto, ribadito (sentenza **n. 2623**) che, ai sensi degli artt. 29 e 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794, tale **procedimento** si svolge in camera di consiglio e deve essere deciso con ordinanza non impugnabile con i mezzi ordinari, essendo ammesso soltanto il ricorso straordinario per cassazione alla stregua dell'art. 111 Cost., come desumibile dallo stesso art. 30 della legge citata, il quale prevede che l'opposizione formulata ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ. è decisa, appunto, con ordinanza non impugnabile secondo il rito **camerale**. Detto provvedimento conclusivo non muta la sua natura giuridica di ordinanza non impugnabile anche quando la decisione sia stata emessa in forma di sentenza senza l'adozione del rito **camerale**, poiché l'inosservanza delle disposizioni che regolano la disciplina di questo **procedimento** non determina la nullità della decisione, non essendo in alcun modo prevista tale sanzione, avuto riguardo all'applicazione del principio generale di tassatività delle nullità ricavabile dall'art. 156 del codice di rito. E' stato, inoltre, ulteriormente ricordato (sentenza **n. 13847**) che la menzionata procedura camerale è dettata solo per le prestazioni giudiziali civili, salvo essere ammessa anche per le prestazioni stragiudiziali, allorché esse siano in funzione strumentale o complementare all'attività propriamente processuale, con la conseguenza che ove la corte d'appello abbia dichiarato inammissibile il gravame avverso l'ordinanza di liquidazione emessa dal tribunale a seguito di opposizione dei debitori, il professionista non può dolersi di tale decisione limitandosi a dedurre la prestazione di duplice attività professionale, ma ha l'onere di specificare, nel ricorso per cassazione, le ragioni che ostano a siffatta strumentalità o complementarità.

Su un piano più generale, è stato rilevato (sentenza **n. 11859**) che, in tema di procedimento camerale, viola il principio del contraddittorio il provvedimento che, statuendo su posizioni di diritto soggettivo, sia stato emesso all'esito di un **procedimento** del quale il destinatario degli effetti non è stato informato e nel quale questi non ha potuto pertanto interloquire. In particolare si è puntualizzato (sentenza **n. 565**) che, nei procedimenti di natura contenziosa che si svolgono con il rito **camerale** (quale il giudizio di appello in materia di divorzio, ai sensi dell'art. 4, dodicesimo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e succ. modif.), deve essere assicurato il

diritto di difesa e , quindi, realizzato il principio del contraddittorio; tuttavia, trattandosi di **procedimenti** caratterizzati da particolare celerità e semplicità di forme, ad essi non sono applicabili le disposizioni proprie del processo di cognizione ordinaria e, segnatamente, quelle di cui agli artt. 189 e 190 cod. proc. civ. . Con riguardo ad una ipotesi particolare, si è aggiunto (sentenza **n. 1656**) che, nel procedimento in materia di **ricongiungimento familiare**, che si svolge secondo il rito **camerale**, l'acquisizione dei mezzi di prova, e segnatamente dei documenti, è ammissibile, anche in sede di reclamo, sino all'udienza di discussione in camera di consiglio, sempre che sulla produzione si possa considerare instaurato un pieno e completo contraddittorio, che costituisce esigenza irrinunciabile anche nei **procedimenti camerali**.

9.25 Procedimenti arbitrali.

E' stato evidenziato (sentenza **n. 14972**) che **sia l'arbitrato rituale che quello irrituale hanno natura privata**, per cui la differenza tra l'uno e l'altro tipo di arbitrato non può impersiarsi sul rilievo che con il primo le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ., con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà. Con la sentenza **n. 14788** è stato puntualizzato che se più parti hanno contrattualmente stabilito di devolvere la decisione di determinate controversie tra le stesse alla competenza di un collegio arbitrale costituito da tre arbitri, da nominare ai sensi dell'art. 809 cod. proc. civ., tale clausola compromissoria è valida se si accerta, a posteriori e in base al *petitum* e alla causa petendi, che i centri di interesse sono polarizzati in due soli gruppi omogenei, ossia sostanzialmente in due parti, sì da giustificare l'applicazione di un meccanismo binario per la nomina degli arbitri.

Particolarmente degna di considerazione è da ritenersi la sentenza **n. 10705**, in base alla quale si ha arbitrato irrituale quando le parti conferiscono all'arbitro il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possono insorgere tra loro in ordine a determinati rapporti giuridici mediante una composizione amichevole riconducibile alla loro volontà, mentre si ha perizia contrattuale quando le parti devolvono al terzo, scelto per la particolare competenza tecnica, non la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva. L'inquadramento del mandato conferito agli arbitri nell'una o nell'altra fattispecie non incide sul regime impugnatorio delle relative decisioni, restando nell'un caso e nell'altro la decisione degli arbitri sottratta all'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 828 cod. proc. civ.

Chiarito (sentenza **n. 16332**) che il requisito della forma scritta *ad substantiam* richiesto per la validità della clausola compromissoria non postula indefettibilmente che la volontà contrattuale sia espressa in un unico documento, avuto riguardo all'autonomia di detta clausola rispetto al contratto cui essa accede, è stato sottolineato (sentenza **n. 12736**) che il convenuto, il quale, dopo aver proposto eccezione di arbitrato, non si limiti a formulare semplici difese ed a sollevare eccezioni in senso proprio, ma proponga una domanda riconvenzionale, pone in essere una condotta processuale che, risolvendosi in una richiesta al giudice ordinario di emettere una statuizione relativa al rapporto processuale dedotto in giudizio, denota la sua volontà di rinuncia all'eccezione di compromesso. Quanto alle **modalità del procedimento** si è sottolineato (sentenza **n. 5274**) che esso è ispirato alla libertà delle forme, con la conseguenza che gli arbitri non sono tenuti all'osservanza delle norme del codice di procedura civile relative al giudizio ordinario di cognizione, a meno che le parti non vi abbiano fatto esplicito richiamo, nel conferimento dell'incarico arbitrale., precisandosi (sentenza **n. 2717**) che. nell'arbitrato rituale, ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle norme del codice di rito, è consentito alle medesime di modificare ed ampliare le iniziali domande, senza che trovino applicazione le preclusioni di cui all'art. 183 cod. proc. civ., salvo il rispetto del principio del contraddittorio. Va ricordato, comunque, che (sentenza **n. 2201**) anche nel giudizio arbitrale l'omessa osservanza del contraddittorio - il cui principio si riferisce non solo

agli atti ma a tutte quelle attività del processo che devono svolgersi su un piano di paritaria difesa delle parti - non è un vizio formale ma di attività; sicché la nullità che ne scaturisce ex art. 829, n. 9, cod. proc. civ. - e che determina, con l'invalidità dell'intero giudizio, quella derivata della pronuncia definitiva - implica una concreta compressione del diritto di difesa della parte processuale, soggiacendo, inoltre, alla regola della sanatoria per raggiungimento dello scopo. Come del tutto peculiare si segnala la sentenza **n. 13289**, ad avviso della quale, in tema di **liquidazione di compensi agli arbitri**, la competenza attribuita dall'art. 814 comma secondo cod. proc. civ. al presidente del tribunale quale organo monocratico è di natura funzionale, anche se dette funzioni possono essere esercitate, nei casi e nei modi determinati dalla legge, dal presidente di sezione o dal giudice che sostituisce il presidente. Pertanto, interpretando l'art. 104 dell'ordinamento giudiziario nell'ambito del cosiddetto "diritto tabellare", poiché in ossequio ai principi di imparzialità, di indipendenza, del giudice naturale, dell'efficiente organizzazione degli uffici e di ragionevole durata del processo, le circolari del Consiglio superiore della magistratura affermano la necessità di identificare le modalità della sostituzione secondo criteri oggettivi e predeterminati, risulta legittima la delega di funzioni presidenziali ove adottata in esecuzione di prescrizioni tabellari o comunque di provvedimenti generali, mentre non è consentita la delega disposta in via estemporanea a seguito di provvedimento presidenziale non ancorato ad una preventiva previsione di carattere generale.

Con riferimento al regime impugnatorio del lodo arbitrale, è stato evidenziato (sentenza **n. 6986**) che il difetto di motivazione, quale vizio riconducibile all'art. 829 n. 5 cod. proc. civ., in relazione all'art. 823 n. 3 stesso codice, è ravvisabile soltanto nell'ipotesi in cui la motivazione del lodo manchi del tutto ovvero sia a tal punto carente da non consentire l'individuazione della *ratio* della decisione adottata o, in altre parole, da denotare un *iter* argomentativo assolutamente inaccettabile sul piano dialettico, sì da risolversi in una non-motivazione, sottolineandosi (sentenza **n. 2201**) che la previsione di nullità del lodo per violazione del contraddittorio, di cui all'art. 829 n. 9 cod. proc. civ., ha un'autonoma valenza allorquando le parti, nella libertà di plasmare le forme di svolgimento dell'arbitrato, hanno posto un limite al rilievo giuridico delle nullità formali. Per l'inverso, non può farsi discorso di autonoma configurabilità del vizio in questione quando, nel fissare le regole processuali del

giudizio arbitrale con il compromesso, le parti hanno previsto l'applicazione delle rigorose forme del processo ordinario, essendo evidente ha rilievo, già da questa scelta delle forme attraverso cui condurre gli arbitri al giudizio, che, ai fini di una declaratoria di nullità del lodo, ha rilievo la violazione di tutte quelle prescrizioni formali del codice di rito civile che in varia guisa tutelano e garantiscono il principio del contraddittorio, venendo per tale via sanzionate da quel tipo di effetto. Infine, le Sezioni unite (sentenza n. 35) hanno chiarito che, in presenza di un compromesso o di una clausola compromissoria che prevedano il ricorso ad un **arbitrato estero**, si pone una questione non di giurisdizione ma di merito, inerente all'accertamento, da effettuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, che comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera.

10. PROCESSO DEL LAVORO

10.1 Competenza.

Secondo i principi generali (ribaditi dalla pronuncia n. 11415), la **determinazione della competenza** deve essere fatta in base al contenuto della domanda giudiziale, salvo che nei casi in cui la prospettazione ivi contenuta appaia *prima facie* artificiosa e finalizzata soltanto a sottrarre la cognizione della causa al giudice predeterminato per legge. Detto principio, valevole anche per la competenza per territorio, non può essere derogato dalle contestazioni del convenuto circa la sussistenza del rapporto, nè dalla domanda riconvenzionale, che, a norma dell'art. 36 cod. proc. civ., è conosciuta dal giudice competente per la causa principale, purchè non ecceda la sua competenza per materia o valore. Anche nell'ipotesi di connessione di cause ai sensi dell'art. 40 la proposizione di domanda riconvenzionale non può determinare lo spostamento di tutta la causa ad altro giudice per ragioni di competenza territoriale, in quanto la norma prevede soltanto che nei casi di cui agli artt. 31, 32, 34, 35 e 36, le cause cumulativamente proposte o successivamente riunite, siano trattate e decise con rito ordinario, salva l'applicazione del solo rito speciale quando una di esse rientri tra quelle indicate negli artt. 409 e 442 dello stesso codice.

In ordine alla **competenza per materia** del giudice del lavoro, si è stabilito (sentenza **n. 19248**) che le domande proposte dal lavoratore, una volta intervenuto il fallimento del datore di lavoro, per veder riconoscere il proprio credito e il relativo grado di prelazione, devono essere proposte, come insinuazione nello stato passivo, non dinanzi al giudice del lavoro, ma dinanzi al Tribunale fallimentare il cui accertamento è l'unico titolo idoneo per l'ammissione allo stato passivo e per il riconoscimento di eventuali diritti di prelazione, sopravvivendo la giurisdizione del lavoro nella sola ipotesi dell'impugnativa del licenziamento. Ancora, sempre sulla competenza per materia, si è affermato (sentenza **n. 9969**) che, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 241 del 2006, dell'art. 69, sesto comma, lett. a), della legge 26 luglio 1975, n. 374 (recante “Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”) che attribuiva al magistrato di sorveglianza la competenza a decidere sui reclami dei detenuti e degli internati relativi all'osservanza delle norme riguardanti “l'attribuzione della qualifica lavorativa, le questioni concernenti la mercede e la remunerazione, nonché lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro e le assicurazioni sociali dei detenuti”, le controversie inerenti queste ultime domande spettano ora alla competenza del giudice del lavoro e previdenziale, ai sensi degli artt. 409 e segg. e 442 e segg. cod. proc. civ.

Quanto alla **competenza territoriale**, ai fini della determinazione della stessa in ordine alla controversia instaurata da lavoratore marittimo iscritto al turno particolare, il quale chieda l'accertamento del suo diritto alla iscrizione nel turno di continuità di lavoro, luogo di conclusione del contratto rilevante ai sensi dell'art. 603 cod. nav. (da interpretare alla luce dei parametri costituzionali di cui agli articoli 24, 35 e 111 Cost. e nell'ambito del processo di graduale assimilazione del lavoro nautico al lavoro di diritto comune) è il domicilio del lavoratore nel quale egli, che offre la sua prestazione mediante iscrizione nel turno particolare, attende la chiamata dell'armatore (sentenza **n. 11085**).

In ordine al **rilievo dell'incompetenza**, ai sensi dell'art. 38 cod. proc. civ., sost. dall'art. 4 legge 26 novembre 1990, n. 353, l'incompetenza per materia, al pari di quella per valore e per territorio nei casi previsti dall'art. 28 del codice di rito, è rilevata, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di trattazione, la quale, nel rito

ordinario, si identifica con l'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ., e, nel processo del lavoro, corrisponde alla (prima) udienza di discussione fissata con il decreto giudiziale disciplinato dall'art. 415 cod. proc. civ.; pertanto, alla stregua del nuovo assetto attribuito dal riformato art. 38 cod. proc. civ. al rilievo dell'incompetenza, anche la disposizione del primo comma dell'art. 428 cod. proc. civ. (secondo la quale nei processi davanti al giudice del lavoro l'incompetenza territoriale può essere rilevata d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'art. 420 cod. proc. civ.) va intesa nel significato che detta incompetenza può essere rilevata non oltre il termine dell'udienza fissata con il predetto decreto contemplato dal citato art. 415, con la conseguente inammissibilità del regolamento di competenza d'ufficio che dovesse essere sollevato superandosi tale preclusione (sentenza n. 1167). La medesima pronuncia ha altresì messo in luce, quanto al regolamento d'ufficio, che la richiesta di regolamento di competenza d'ufficio, promuovibile ai sensi dell'art. 45 cod. proc. civ. esclusivamente dal giudice per l'immediato rilievo della propria incompetenza, non può essere riferita alla volontà delle parti, le quali, nella procedura speciale a carattere incidentale che ne consegue, restano in una identica posizione di partecipanti coatte, sicchè non possono incorrere in una soccombenza valutabile con limitato riguardo a tale fase processuale, con la conseguenza che nessuna statuizione va adottata in ordine alle spese da esse sostenute nella fase medesima, e ciò anche se una parte abbia rilevato l'inammissibilità del regolamento di competenza richiesto d'ufficio dal giudice.

10.2 Domanda.

In ordine alle **modalità di proposizione** della domanda, si è stabilito con una importante decisione (sentenza n. 21447) che nelle controversie di lavoro, la spedizione dell'atto introduttivo del giudizio a mezzo del servizio postale, pur se pervenuto nella cancelleria del giudice del lavoro nei termini di legge, integra una modalità non prevista in via generale (salva l'espressa eccezione rappresentata dall'art. 134 disp. att. cod. proc. civ.) ed è carente del requisito formale indispensabile (il deposito in cancelleria *ex* art. 415 cod. proc. civ.) per il raggiungimento dello scopo, cui è destinato dalla legge, conseguendone la nullità della prescelta modalità di proposizione del ricorso (nella specie in opposizione a decreto ingiuntivo), ai sensi dell'art. 156, secondo comma, cod. proc. civ. e la rilevabilità d'ufficio e l'insanabilità

del relativo vizio, ancorché il cancelliere abbia erroneamente proceduto all'iscrizione a ruolo della causa relativa.

Quanto al **contenuto minimo** della domanda, si è ribadito il principio (sentenza **n. 820**) secondo il quale nel rito del lavoro la valutazione di nullità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per omessa determinazione dell'oggetto della domanda o per mancata esposizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto su cui essa si fonda, ravvisabile solo quando attraverso l'esame complessivo dell'atto risulti impossibile l'individuazione esatta della pretesa del ricorrente ed il resistente non possa apprestare una compiuta difesa, implica un'interpretazione dell'atto introduttivo della controversia riservata al giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione, il che comporta l'esame non del ricorso introduttivo ma delle ragioni esposte nella sentenza impugnata per affermare se il ricorso stesso sia o meno affetto dal vizio denunciato.

In ogni caso, si è ricordato (sentenza **n. 17778**) che nel processo del lavoro, ove manca una disciplina specifica in ordine al regime delle nullità, è applicabile il generale principio di conservazione degli atti processuali, che consente la salvezza degli atti o anche di alcuni dei loro effetti in ragione del raggiungimento dello scopo degli stessi.

Particolarità del rito riguardano la modificazione della domanda: in proposito, si è affermato (sentenza **n. 21017**) che nel rito del lavoro, mentre è consentita - sia pure previa autorizzazione del giudice - la modificazione della domanda non è ammissibile la proposizione di una domanda nuova per mutamento della causa petendi o del *petitum*. La *mutatio libelli* non consentita dall'art. 420 cod. proc. civ. è solo quella che si traduce in una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, introducendo nel processo un tema di indagine completamente nuovo, in modo da determinare una spostamento dei termini della contestazione, con la conseguenza di disorientare la difesa predisposta dalla controparte, e, quindi, di alterare il regolare svolgimento del processo, sussistendo, invece, soltanto una *emendatio* quando la modifica della domanda iniziale incide sulla *causa petendi* unicamente nel senso di una diversa interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto e sul *petitum* nel solo senso di un ampliamento o di una limitazione di questo, al fine di renderlo più idoneo al concreto ed effettivo soddisfacimento della pretesa fatta valere in giudizio.

Il **divieto di proporre domande nuove** nel corso del giudizio di primo grado (sentenza **n. 15147**) è in funzione dell'accelerazione del procedimento e, in quanto rispondente ad esigenze di ordine pubblico, esorbita dalla tutela del privato interesse delle parti, sicchè la proposizione della nuova domanda non può essere sanata dall'accettazione del contraddittorio ad opera della controparte e la sua inammissibilità è rilevabile anche d'ufficio.

In tema di **effetti sostanziali** della domanda (sentenza **n. 18570**), la proposizione della domanda giudiziale ha efficacia interruttiva della prescrizione che si protrae fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio, ai sensi dell'art. 2945 cod. civ., con riguardo a tutti i diritti che si ricolleghino con stretto nesso di causalità a quel rapporto, senza che occorra che il loro titolare proponga, nello stesso o in altro giudizio, una specifica domanda diretta a farli valere, ed anche quando tale domanda non sia proponibile nel giudizio pendente, ove l'apprezzamento della consequenzialità logico-giuridica del diritto stipite, ai fini dell'individuazione del rapporto logico-giuridico tra diritti, è rimesso al giudice di merito. Conseguentemente, la domanda giudiziale di qualifica superiore interrompe la prescrizione del diritto alle differenze retributive consequenziali.

In tema di **notifica del ricorso**, meritevole di segnalazione è l'ordinanza interlocutoria (**n. 20271**) con la quale la Sezione lavoro ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per un riesame, da parte delle Sezioni Unite, del principio che consente il rinnovo di notifiche omesse, esteso, nella specie, al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ove il ritardo causato, per negligenza o intenzionalmente, dall'opponente, ricade sull'ingiungente che ha interesse ad una sollecita definizione del giudizio. L'ordinanza interlocutoria invita ad una rimediazione dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, con le sentenze nn. 6841, 9331 del 1996, e n. 4291 del 2001, onde pervenire all'affermazione, in applicazione del principio della durata ragionevole del processo, che, in caso di omessa notifica del ricorso in opposizione a decreto ingiuntivo o in appello, non possa essere concesso nuovo termine per l'adempimento. L'ordinanza richiama precedenti applicazioni del principio della durata ragionevole del processo (S.U. n. 761 del 2002; n. 8202 del 2005; n. 11353 del 2004) e ribadisce il principio, affermato, da ultimo, da S.U. n. 4636 del 2007, secondo cui la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo impone

all'interprete una sensibilità ed un approccio interpretativo nuovi, sicché ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni concernenti norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della coerenza concettuale, ma anche, e soprattutto, per il valore sistematico e per l'impatto operativo sulla realizzazione dell'obiettivo costituzionale.

10.3 Memoria di costituzione.

In ordine al **termine di costituzione in giudizio**, con consolidamento del nuovo indirizzo inaugurato lo scorso anno dalla Cassazione, si è ritenuto (sentenza **n. 14288**) che nelle controversie assoggettate al rito del lavoro, al fine di verificare il rispetto dei termini fissati (per il convenuto in primo grado ai sensi dell'art. 416 cod. proc. civ. e per l'appellato in virtù dell'art. 436 cod. proc. civ.) con riferimento alla “udienza di discussione”, non si deve aver riguardo a quella originariamente stabilita dal provvedimento del giudice, ma a quella fissata - ove, eventualmente, sopravvenga - in dipendenza del rinvio d'ufficio della stessa, che concreta una modifica del precedente provvedimento di fissazione, e che venga effettivamente tenuta in sostituzione della prima.

Varie pronunce hanno poi riguardato il **principio di non contestazione della domanda**, che si è puntualizzato come di seguito indicato.

L'onere di specifica contestazione, nelle controversie di lavoro, dei fatti allegati dall'attore, previsto dall'art. 416, comma terzo, cod. proc. civ., al cui mancato adempimento consegue l'effetto dell'inopponibilità della contestazione nelle successive fasi del processo e, sul piano probatorio, quello dell'acquisizione del fatto non contestato ove il giudice non sia in grado di escluderne l'esistenza in base alle risultanze ritualmente assunte nel processo, si riferisce ai fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, ovvero ai fatti materiali che integrano la pretesa sostanziale dedotta in giudizio, e non si estende, perciò, alle circostanze che implicano un'attività di giudizio. La non contestazione della domanda, che ha per oggetto i fatti costitutivi della domanda e non quelli dedotti in esclusiva funzione probatoria, scaturisce dalla non negazione fondata sulla volontà della parte oggettivamente risultante e deve essere pertanto inequivocabile, di talchè non può ravvisarsi nè in caso di contumacia del convenuto, nè in ipotesi di contestazione meramente generica e

formale. Peraltro la non contestazione del fatto, che è tendenzialmente irreversibile, non determina di per sè la decisione della controversia, dovendo il giudice di merito valutare se il fatto non contestato sia inquadrabile nell'astratto parametro normativo e, prima ancora, stabilire la sussistenza o l'insussistenza di una non contestazione (sentenza n. **10098**).

L'accertamento della sussistenza di una (pur generica) contestazione ovvero d'una non contestazione, quale contenuto della posizione processuale della parte, rientrando nel quadro dell'interpretazione del contenuto e dell'ampiezza dell'atto della parte, è funzione del giudice di merito, sindacabile solo per vizio di motivazione (sentenza n. **10182**).

Sono stati ribaditi i poteri del giudice del lavoro in ordine al **rilievo delle eccezioni**, in considerazione del regime delle stesse. Si è così precisato (sentenza n. **11108**) che, posto, in generale, il principio secondo cui tutte le ragioni che possono condurre al rigetto della domanda per difetto delle sue condizioni di fondatezza, o per la successiva caducazione del diritto con essa fatto valere, possono essere rilevate anche d'ufficio, in base alle risultanze *rite et recte* acquisite al processo, nei limiti in cui tale rilievo non sia impedito o precluso in dipendenza di apposite regole processuali, con l'effetto che la verifica attribuita al giudice in ordine alla sussistenza del titolo - che rappresenta la funzione propria della sua giurisdizione - deve essere compiuta, di norma, *ex officio*, in ogni stato e grado del processo, nell'ambito proprio di ognuna delle sue fasi, si deve affermare che detto principio trova il suo principale limite - in relazione al disposto dell'art. 112 cod. proc. civ. - nell'inaammissibilità della pronuncia d'ufficio sulle eccezioni, perciò denominate "proprie" e specificamente previste normativamente, che possono essere proposte soltanto dalle parti, ricadendo, in virtù di una scelta proveniente dalla legge sostanziale e giustificatesi in ragione della tutela di particolari interessi di merito, nella sola loro disponibilità, ed esse si identificano, nel processo del lavoro, con quelle richiamate negli artt. 416, comma secondo, e 437, comma secondo, cod. proc. civ., rispettivamente per il giudizio di primo grado e per quello di appello. Peraltro, tale limitazione si estende anche a quelle ipotesi di eccezioni in cui l'iniziativa necessaria della parte, a prescindere dall'espressa previsione di legge, è richiesta "strutturalmente", perchè il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio,

come si verifica con riguardo a tipiche azioni costitutive, nelle quali la scelta del debitore di eccepire o meno il fatto o la situazione giuridica impeditiva o estintiva discende dalla tutela di un interesse di merito dello stesso debitore di adempiere comunque alla pretesa attorea. Alla luce di ciò può asserirsi che è rilevabile d'ufficio quella inerente (come nella specie), nelle controversie di lavoro, alla deduzione di inapplicabilità di clausola contrattuale opposte dal lavoratore, per la cui proposizione, quindi, non si prospetta configurabile la decadenza stabilita dai richiamati artt. 416 e 437 del codice di rito.

Si è poi precisato (sentenza **n. 2571**) che tanto l'eccezione di estinzione del processo per tardiva riassunzione che quella relativa alla non tempestiva proposizione dell'eccezione stessa, sono eccezioni in senso stretto, come tali soggette alle preclusioni di cui all'art. 416 cod. proc. civ.

Quanto invece alla **domanda riconvenzionale**, meritevole di segnalazione anche per la sua novità è l'indirizzo (sentenza **n. 16955**) secondo il quale l'inosservanza da parte del convenuto, che abbia ritualmente proposto, ai sensi dell'art. 416 cod. proc. civ., domanda riconvenzionale, del disposto di cui al primo comma dell'art. 418 cod. proc. civ. - il quale impone, a pena di decadenza dalla domanda riconvenzionale medesima, di chiedere al giudice, con apposita istanza contenuta nella memoria di costituzione in giudizio, di emettere ulteriore decreto per la fissazione della nuova udienza - non determina la decadenza stabilita *ex lege* qualora l'attore ricorrente compaia all'udienza originariamente stabilita ex art. 415 cod. proc. civ. ovvero alla nuova udienza di cui all'art. 418 cod. proc. civ. eventualmente fissata d'ufficio dal giudice, senza eccepire l'irritualità degli atti successivi alla riconvenzione ed accettando il contraddittorio anche nel merito delle pretese avanzate con la stessa domanda riconvenzionale. Infatti, osta ad una declaratoria di decadenza sia la rilevanza da riconoscere, ai sensi dell'art. 156, terzo comma, cod. proc. civ., alla realizzazione della funzione dell'atto, sia il difetto di eccezione della sola parte che, in forza dell'art. 157, secondo comma, cod. proc. civ., sarebbe legittimata a far valere il vizio, essendo appunto quella nel cui interesse è stabilita la decadenza stessa, dovendosi inoltre escludere che l'istanza di fissazione dell'udienza rappresenti un elemento costitutivo della domanda riconvenzionale (tale che in suo difetto non possa neppure reputarsi proposta la domanda stessa), giacchè l'istanza di fissazione concerne la *vocatio in ius* ed è, perciò,

“esterna” rispetto alla proposizione della riconvenzionale, la quale, ai sensi dell'art. 416, secondo comma, cod. proc. civ., si realizza con la *editio actionis*.

10.4 Istruttoria: preclusioni e potere officioso.

I principali interventi del giudice di legittimità in materia di istruttoria hanno riguardato da un lato il regime delle preclusioni istruttorie per le parti, specie nei gradi di giudizio successivo al primo, e, sul fronte opposto, l'ambito di intervento officioso del giudice del lavoro alla ricerca della verità materiale.

Con riferimento all'istruttoria, si è stabilito (sentenza **n. 19247**) che, ove l'attore deduca la natura subordinata del rapporto di lavoro sulla base di determinati elementi di prova, non è vietato al giudice prendere in considerazione ulteriori fatti ed elementi che emergano dal **libero interrogatorio**, se essi non immutano il *petitum* e la *causa petendi*, e non è precluso, alla parte, indicare ulteriori elementi di contorno alla fattispecie senza che ciò serva a veicolare surrettiziamente fatti nuovi rispetto al ricorso introduttivo. Conseguentemente, il convincimento del giudice del merito circa la natura subordinata, anziché autonoma, del rapporto di lavoro intercorso fra le parti può essere fondato anche solo sulle dichiarazioni rese dal lavoratore in sede d'interrogatorio libero, ove le medesime, pur prive della forza propria della confessione, non siano contraddette da elementi probatori contrari.

In tema di produzione di **nuovi documenti**, si è ribadito (sentenza **n. 14696**) che, nel rito del lavoro, in base al combinato disposto degli artt. 416, terzo comma, cod. proc. civ., che stabilisce che il convenuto deve indicare a pena di decadenza i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed in particolar modo i documenti, che deve contestualmente depositare - onere probatorio gravante anche sull'attore per il principio di reciprocità fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 1977 - e 437, secondo comma, cod. proc. civ., che, a sua volta, pone il divieto di ammissione in grado di appello di nuovi mezzi di prova – fra i quali devono annoverarsi anche i documenti –, l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed

alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo); e la irreversibilità della estinzione del diritto di produrre i documenti, dovuta al mancato rispetto di termini perentori e decadenziali, rende il diritto stesso insuscettibile di preclusioni. Il contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della “verità materiale”, cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento – si rinviene nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi del citato art. 437, secondo comma, cod. proc. civ., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse.

Peraltro, come ritenuto dalla Terza sezione, ma con riferimento a fattispecie nella quale veniva in applicazione il rito del lavoro (sentenza **n. 209**), l'acquisizione di nuovi documenti o l'ammissione di nuove prove da parte del giudice di appello rientra tra i poteri discrezionali allo stesso riconosciuti dagli artt. 421 e 437 cod. proc. civ., e tale esercizio è insindacabile in sede di legittimità anche quando manchi un'espressa motivazione in ordine alla indispensabilità o necessità del mezzo istruttorio ammesso, dovendosi la motivazione ritenere implicita nel provvedimento adottato.

Sui **poteri officiosi del giudice**, si è precisato (sentenza **n. 15228**) che il rigoroso sistema delle preclusioni regola sia l'ammissione delle prove costituite che quelle costituende e trova un contemperamento nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'art. 437, secondo comma, cod. proc. civ., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio. Particolarmente significativa, ancora, sul tema (ricomprendendosi nell'applicazione del principio di seguito illustrato sia la materia del lavoro che quella previdenziale ed assistenziale) altra pronuncia (sentenza **n. 2379**), secondo la quale nella materia in discorso, caratterizzata dall'esigenza di contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale, allorchè le risultanze di causa offrono significativi dati di indagine, occorre che il giudice, anche in grado di appello, *ex art. 437 cod. proc. civ.*, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, eserciti il potere – dovere di provvedere di ufficio agli atti

istruttori sollecitati da tale materiale probatorio e idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, sempre che tali fatti siano stati puntualmente allegati nell'atto introduttivo; nè all'ammissione d'ufficio delle prove è di ostacolo il verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti interessate, atteso che il potere d'ufficio è diretto a vincere i dubbi residuati dalle risultanze istruttorie, intese come complessivo materiale probatorio (anche documentale) correttamente acquisito agli atti del giudizio di primo grado, con la conseguenza che, in tal caso, non si pone, propriamente, alcuna questione di preclusione o decadenza processuale a carico della parte, essendo la prova “nuova”, disposta d'ufficio, solo per l'approfondimento, ritenuto indispensabile, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo.

In ordine invece ai **provvedimenti istruttori** del giudice, la Sezione Lavoro ha osservato (sentenza **n. 10539**) che, a mente dell'art. 176 le ordinanze pronunciate dal giudice in udienza ed inserite nel processo verbale a norma dell'art. 134 cod.proc.civ. si reputano conosciute sia dalle parti presenti sia da quelle che avrebbero dovuto intervenire, e pertanto non devono essere comunicate a queste ultime dal cancelliere, restando irrilevante che il giudice (nella specie la Corte d'appello in una controversia celebrata con il rito del lavoro) si sia ritirato in camera di consiglio e abbia dato lettura dell'ordinanza al termine della stessa, in assenza dei legali dalle parti.

10.5 Pregiudiziale interpretativa.

Particolarmente significative le pronunce in relazione al nuovo istituto di cui all'**art. 420 bis cod.proc.civ.**. Il legislatore del d.lgs. 40 del 2006, all'art. 18 – anche a seguito della delega dettata dalla legge 80 del 2005 (sui rapporti con la quale, si fa rinvio a Corte Cost., ord. 17 luglio 2007, n. 298) – ha introdotto, come noto, nel codice di rito il nuovo articolo, estendendo in tal modo alla contrattazione privata l'istituto già previsto, con riferimento ai soli contratti collettivi del settore pubblico privatizzato, dall'art. 30 del d.lgs. 80 del 1998 che introduceva l'art.68-bis al d.lgs. n. 29 del 1993.

Allo stato, benché, come già accaduto con riferimento al pubblico impiego, per varie ragioni non si sia verificato neppure nel settore del lavoro privato un contenzioso seriale pari alle previsioni su questioni di interpretazione della contrattazione

collettiva, nell'anno, tuttavia, si sono registrate sull'istituto le prime pronunce della Suprema Corte.

Si è così detto (sentenze **nn. 3770 e 5230**) che, alla stregua del canone generale *tempus regit actum*, il nuovo istituto introdotto dall'art. 420-*bis* cod. proc. civ. è applicabile, dai giudici di merito, a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006, e dunque dal 2 marzo 2006. Il nuovo istituto introdotto dall'art. 420 *bis* cod. proc. civ. presuppone che la controversia devoluta alla cognizione del giudice di merito ponga una questione interpretativa, sull'efficacia o validità della contrattazione collettiva nazionale, rilevante nel giudizio e di non agevole soluzione, potendo mutuarsì il *decisum* della Corte costituzionale (Corte cost. n. 233 del 2002) in riferimento all'art. 64 del d.lgs. n.165 del 2005 – cui il legislatore delegato del 2006 si è ispirato sulla scia delle innovazioni processuali preordinate a valorizzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione nella contigua area delle controversie di lavoro pubblico privatizzato –, secondo il quale presupposto per l'applicazione della procedura in esame è, come evidente, l'esistenza di un reale **dubbio interpretativo**, concernente la clausola contrattuale della quale il giudice deve fare applicazione nella controversia. Anche la procedura in esame può, quindi, essere utilizzata solo nei casi in cui la clausola contrattuale sia di contenuto oscuro e possa prestarsi a diverse e contrastanti letture interpretative, oppure sia sospettabile di nullità o inefficacia.

Secondo altra pronuncia (sentenza **n. 19560**), l'applicazione dell'art. 420 *bis* cod. proc. civ. in materia di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi, non è impedita dalla circostanza che la pregiudiziale sulla portata della disciplina collettiva si accompagni o meno ad altre questioni, pregiudiziali, preliminari o che si presentino come logicamente antecedenti alla decisione finale, essendo richiesto unicamente che la suddetta pregiudiziale riguardi l'efficacia, la validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi e che sia suscettibile di sfociare in una soluzione definitiva e potenzialmente generale della questione posta, rimuovendo una situazione di incertezza attraverso uno strumento processuale volto a provocare una pronuncia capace di vincolare tendenzialmente tutti i giudici investiti, anche in futuro, della medesima questione.

La Cassazione ha, inoltre, affermato (sentenza **n. 19710**) che l'art. 420 *bis* c.p.c. è applicabile anche nel caso in cui sulla stessa questione che si presenti come

pregiudiziale nei termini indicati dalla suddetta norma si riscontrino precedenti arresti giurisprudenziali, stante l'autorità rafforzata, in termini di vincolatività per gli altri giudici, che la sentenza pronunciata all'esito dell'*iter* procedurale ex art. 420 *bis* citato presenta rispetto a tutte le restanti decisioni della Corte di cassazione.

Quanto al **giudizio ermeneutico** operato dalla Suprema Corte adita con ricorso *ex art.* 360 n. 3 avverso pronuncia resa dal giudice di merito all'esito dell'*iter* procedurale di cui all'art. 420 *bis* cod. proc. civ., la surrichiamata pronuncia (sentenza **n. 19560**) ha ritenuto inoltre che la Corte di legittimità, pur adottando i canoni di ermeneutica negoziale indicati dal codice civile, si muove secondo una metodica diversa da quelle adottate dal giudice di merito, non essendo vincolata dall'opzione ermeneutica adottata da quest'ultimo, pur fondata su motivazione congrua e corretta sul piano logico, potendo la stessa Corte, a seguito di propria ed autonoma scelta, pervenire ad una diversa decisione da quella del primo giudice non solo per quanto attiene alla validità ed efficacia del contratto collettivo, ma anche in relazione alla sua interpretazione, attraverso diversa valutazione degli elementi di fatto già vagliati nel diverso grado di giudizio; il rafforzamento della funzione nomofilattica, cui è volta la modifica normativa del d.lgs. n. 40 del 2006, si fonda, infatti, sulla certezza e stabilità delle statuizioni giurisprudenziali, regime questo incompatibile con la possibilità che possano darsi, di un'identica disposizione contrattuale, interpretazioni corrette ed al tempo stesso tra loro contrastanti.

Peraltro, si è rilevato che il canone costituzionale della ragionevole durata del processo, coniugato con quello dell'immediatezza della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), orienta l'interpretazione dell'art. 420 *bis* cod. proc. civ. nel senso, confortato anche da argomenti di interpretazione letterale, che tale disposizione trova applicazione solo **nel giudizio di primo grado** e non anche in quello d'appello (sent. **n. 5230**), in sintonia con le scelte del legislatore delegato (d.lgs. n. 40 del 2006) che, più in generale, ha limitato la possibilità di ricorso immediato per cassazione avverso sentenze non definitive rese in grado d'appello, lasciando invece inalterata la disciplina dell'impugnazione immediata delle sentenze non definitive rese in primo grado. Conseguentemente, la sentenza di accertamento pregiudiziale sull'interpretazione di un contratto collettivo, ove resa in grado di appello, non essendo riconducibile nel paradigma dell'art. 420 *bis* cod. proc. civ., non incorre in un vizio che inficia la

pronuncia, bensì nel rimedio impugnatorio proprio, che non è quello del ricorso immediato per cassazione, il quale ove proposto deve essere dichiarato inammissibile, ma, trattandosi di sentenza che non definisce, neppure parzialmente, il giudizio, è quello generale risultante dal combinato disposto dell'art. 360, terzo comma, e 361, primo comma, cod. proc. civ. Pertanto non viene in rilievo l'affidamento che le parti possono aver riposto nella decisione della Corte territoriale emessa nel contesto processuale dell'art. 420 *bis* cod. proc. civ., atteso che l'interesse ad un giudizio di impugnazione sulla sentenza resa dal giudice di appello è salvaguardato dall'applicabilità del secondo periodo del terzo comma dell'art. 360 cod. proc. civ., come novellato dall'art 2 del d.lgs. n. 40 del 2006, che prevede che avverso le sentenze che non definiscono il giudizio e non sono impugnabili con ricorso immediato per cassazione, può essere successivamente proposto il ricorso per cassazione, senza necessità di riserva, allorché sia impugnata la sentenza che definisce, anche parzialmente, il giudizio.

Proprio il parallelismo tra l'istituto processuale introdotto dall'art. 420 *bis* cod. proc. civ. con quello già disegnato dall'art. 64 del d.lgs. n.165 del 2005, derivante dalla previsione dell'applicazione, in quanto compatibile, del citato art. 64, commi 4, 6, 7 e 8, importa che (sentenza **n. 5230**), in pendenza del giudizio davanti alla Corte di cassazione, possono essere sospesi, trattandosi di **sospensione facoltativa** e non già necessaria, i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi.

10.6 Decisione.

In ordine alla decisione della controversia, si è precisato (sentenza **n. 13708**) che nel rito del lavoro ogni udienza, a cominciare dalla prima, è destinata alla discussione orale e, quindi, alla pronunzia della sentenza ed alla lettura del dispositivo sulle conclusioni proposte in ricorso, per l'attore, e nella memoria di costituzione per il convenuto, di modo che il giudice non è tenuto ad invitare le parti alla precisazione delle conclusioni prima delle pronunzia delle sentenze. Ne consegue che la disposizione dell'art. 281 *sexies* del cod. proc. civ. che prevede la possibilità per il giudice di esporre a verbale, subito dopo la lettura del dispositivo di sentenza, le ragioni di fatto e di diritto poste a base della decisione (c.d. sentenza con **motivazione**

contestuale), è applicabile al rito del lavoro a condizione del suo adattamento al rito speciale, nel quale non è prevista l'udienza di precisazione delle conclusioni. Ove peraltro, come spesso accade, la decisione della controversia sia resa mediante lettura in aula del dispositivo, essendo successivamente depositata la motivazione, secondo un orientamento ormai consolidato (e ribadito dalle sentenze **nn. 11020 e 18090**) solo il **contrasto insanabile tra dispositivo e motivazione** determina la nullità della sentenza. Tale insanabilità deve escludersi quando sussista una parziale coerenza tra dispositivo e motivazione, divergenti solo da un punto di vista quantitativo, e la seconda inoltre sia ancorata ad un elemento obiettivo che inequivocabilmente la sostenga (sì da potersi escludere l'ipotesi di un ripensamento del giudice); in tal caso è configurabile l'ipotesi legale del mero errore materiale, con la conseguenza che, da un lato, è consentito l'esperimento del relativo procedimento di correzione e, dall'altro, deve qualificarsi come inammissibile l'eventuale impugnazione diretta a far valere la nullità della sentenza asseritamente dipendente dal contrasto tra dispositivo e motivazione.

In ordine al **contenuto della decisione**, ed in particolare ai poteri del giudice del lavoro di sostituirsi al datore di lavoro nella determinazione (in via sostitutiva di quella illegittima posta da quest'ultimo) della sanzione applicabile al dipendente o del titolo del recesso), con riferimento alle controversie recanti impugnazione di sanzioni disciplinari irrogate al lavoratore dipendente, si è significativamente stabilito (sentenza **n. 8910**) che il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità dell'illecito rientra nel potere di organizzazione dell'impresa quale esercizio della libertà di iniziativa economica, onde è riservato esclusivamente al titolare di esso, ragion per cui non può essere esercitato dal giudice in conseguenza dell'opposizione del lavoratore, neppure con riferimento alla riduzione della gravità della sanzione, salvo il caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale. Tuttavia, ove il datore di lavoro, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, chieda, nell'atto di costituzione e senza che occorra, all'uopo, proporre domanda riconvenzionale, la riduzione della sanzione nell'eventualità che il giudice, in accoglimento della domanda del lavoratore, ritenga eccessiva la sanzione comminata, è legittima l'applicazione, all'esito del giudizio, di una sanzione minore, ciò non

implicando un vulnus all'autonomia dell'imprenditore e realizzando, piuttosto, l'economia di un nuovo ed eventuale giudizio valutativo.

Si è confermato inoltre, quanto ai poteri del giudice di **conversione del titolo del recesso**, l'indirizzo secondo il quale (sentenza **n. 17604**) la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo del licenziamento costituiscono qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro, l'uno con effetto immediato e l'altro con preavviso; ne consegue che deve ritenersi ammissibile, ad opera del giudice ed anche d'ufficio, la valutazione di un licenziamento intimato per giusta causa come licenziamento per giustificato motivo soggettivo qualora, fermo restando il principio dell'immutabilità della contestazione, e persistendo la volontà del datore di lavoro di risolvere il rapporto, al fatto addebitato al lavoratore venga attribuita la minore gravità propria di quest'ultimo tipo di licenziamento, atteso che la modificazione del titolo di recesso, basata non già sull'istituto della conversione degli atti giuridici nulli di cui all'art. 1424 cod. civ., bensì sul dovere di valutazione, sul piano oggettivo, del dedotto inadempimento colpevole del lavoratore, costituisce soltanto il risultato di una diversa qualificazione della situazione di fatto posta a fondamento del provvedimento espulsivo.

Varie decisioni hanno riguardato il capo della sentenza di merito relativo alle **spese di lite**, e sono stati esaminati aspetti diversi riguardanti la posizione del difensore e, per altro verso, le tariffe professionali.

Si è così evidenziato che, se la pronuncia di primo grado recante condanna a favore del lavoratore è non solo esecutiva *ex lege*, ma consente di azionare il credito sulla base del solo dispositivo, si è deciso (sentenza **n. 11804**) che il credito azionato *in executivis* dal difensore del lavoratore munito di procura nella sua veste di distrattario delle spese di lite, ancorché consacrato in un provvedimento del giudice del lavoro, non condivide la natura dell'eventuale credito fatto valere in giudizio, cui semplicemente accede, ma ha natura ordinaria, corrispondendo ad un diritto autonomo del difensore, che sorge direttamente in suo favore e nei confronti della parte dichiarata soccombente. Conseguentemente, tale diritto non può essere azionato sulla base del solo dispositivo della sentenza emessa dal giudice del lavoro e, se esercitato sulla scorta di questo solo provvedimento, si fonda, in effetti, su un titolo esecutivo inesistente. Tale principio non è inficiato dalla possibilità riconosciuta al lavoratore di

soddisfare il credito del difensore per poi agire esecutivamente, perchè in tal caso la agevolazione, prevista in favore del lavoratore (che ragionevolmente non può essere estesa ad altri soggetti) verrebbe fatta valere dal lavoratore avente titolo ad esigere il pagamento.

Infine, alcune pronunce hanno chiarito alcuni dubbi in ordine alle voci delle tariffe professionali applicabili in favore degli avvocati e procuratori (sentenza **nn. 8152 e 21841**).

Particolarmente rilevante è, da ultimo, la questione relativa all'entità del vincolo per il giudice in ordine all'applicazione delle tariffe professionali. La sentenza **n. 18829** ha chiarito in proposito che l'art. 60, comma 5 del r.d. n. 1578 del 1933, che consente al giudice di scendere sotto limiti minimi fissati dalle tariffe professionali quando la causa risulti di facile trattazione, purchè sia adottata espressa ed adeguata motivazione, va interpretato nel senso che tale facoltà è limitata alla sola voce dell'onorario e non anche a quelle dei diritti e delle spese cui non fa riferimento detta norma, dovendosi preferire tale interpretazione letterale della norma, in quanto limitativa del diritto della parte al rimborso delle spese processuali.

10.7 Impugnazioni.

Premesso che (sentenza **n. 21022**) nel rito del lavoro, la **tempestività dell'appello** va accertata in riferimento al momento del deposito del ricorso (che determina l'instaurazione del rapporto processuale ed esclude la decadenza dall'impugnazione), non rilevando la data della notifica di esso, si è precisato (sentenza **n. 5699**) che la eventuale nullità della notifica seguente non elimina gli effetti della litispendenza, e che in ogni caso la costituzione dell'appellato sana la irrituale notifica dell'atto di appello e del decreto mediante il raggiungimento dello scopo dell'atto.

In relazione ai termini di impugnazione (sentenza **n. 749**), l'esclusione delle controversie di lavoro dalla sospensione feriale dei termini processuali si applica anche con riferimento ai giudizi di cassazione; tale principio opera anche nel caso in cui il giudice del lavoro originariamente adito abbia escluso la giurisdizione del giudice ordinario e tale decisione sia impugnata con ricorso per cassazione; poichè il relativo giudizio rappresenta, un ulteriore grado di un processo promosso come causa di lavoro e assoggettato, nelle fasi di merito, al relativo rito.

Resta fermo (sentenza **n. 20845**) che, ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934 - non abrogato neanche per implicito dagli artt. 1 e 6 della legge n. 27 del 1997 ed applicabile anche al rito del lavoro - il procuratore che eserciti il suo ministero fuori della circoscrizione del tribunale cui è assegnato deve eleggere domicilio, all'atto di costituirsi in giudizio, nel luogo dove ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale è in corso il processo, intendendosi, in difetto, che egli abbia eletto domicilio presso la cancelleria della stessa autorità giudiziaria. Ne consegue che tale domicilio assume rilievo ai fini della **notifica della sentenza** per il decorso del termine breve per l'impugnazione, nonchè per la notifica dell'atto di impugnazione, rimanendo di contro irrilevante l'indicazione della residenza o anche l'elezione del domicilio fatta dalla parte stessa nella procura alle liti.

In tema di notificazione della sentenza, si è chiarito che (sentenza **n. 1215**) è onere del notificante effettuare le opportune ricerche per accertare la nuova sede del procuratore domiciliatario trasferitosi; ove la stessa parte, avuta certezza, dalla relata di notifica dell'ufficiale giudiziario, del trasferimento dello studio del procuratore domiciliatario, rinnovi la notifica, nulla per tale motivo, allo stesso indirizzo, la seconda notifica deve ritenersi inesistente, perché il notificante è consapevole dell'impossibilità di raggiungere lo scopo.

Si è poi precisato in ordine alla **mancata costituzione o comparizione dell'appellante** (sentenze **nn. 7586 e 5125**) che le disposizioni di cui all'art. 348 cod. proc. civ., applicabili anche alle controversie soggette al rito del lavoro (in cui la costituzione dell'appellante avviene mediante deposito del ricorso in appello), sono dirette esclusivamente ad evitare che l'appello venga dichiarato improcedibile senza che l'appellante sia posto in grado di comparire all'udienza successiva a quella disertata, ma non attribuiscono all'appellante il diritto di impedire, non comparendo, la decisione del gravame nel merito o anche solo in rito, ma per motivi diversi dalla sua mancata comparizione; pertanto, qualora la causa, nonostante l'assenza dell'appellante, sia stata decisa, anche in senso a lui sfavorevole, lo stesso non ha interesse a dolersi della mancata osservanza delle formalità prescritte dalla suddetta disposizione, quando tale inosservanza non sia stata seguita dalla dichiarazione di improcedibilità del gravame.

Quanto ai **provvedimenti impugnabili** (sentenze **nn. 5125 e 7586**), avverso il provvedimento con cui il giudice abbia deciso solo sulla competenza, respingendo istanze istruttorie tendenti, secondo la prospettazione della parte, a fornire la prova anche relativamente alla competenza, non è ammissibile l'appello, bensì solo il regolamento necessario di competenza. Tale principio è fondato sulla circostanza che l'utilizzazione di prove costituenti è estranea al sistema processuale con riferimento alla determinazione della competenza, posto che la decisione ai soli fini della competenza deve essere adottata in base a quanto risulta dagli atti, senza assunzione di prove orali ma, eventualmente, solo sulla scorta dell'esperimento di sommarie informazioni, ove necessario. Da ciò consegue, altresì, che, in sede di regolamento necessario di competenza, non è censurabile la mancata ammissione di prove costituenti, mentre sono suscettibili di valutazione le prove precostituite, essendo la Corte di cassazione, quando decide sulla competenza, giudice anche del fatto, nel senso che può conoscere e sindacare tutte le risultanze fattuali (influenti sulla competenza) rilevabili *ex actis*.

Resta fermo peraltro (sentenza **n. 9867**) che l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va fatta in base alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta, alla controversia e alla sua decisione, con il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua esattezza, restando irrilevante il tipo di procedimento adottato.

Particolarmente meritevoli di menzione sono le sentenze della sezione Lavoro che nell'anno hanno esaminato il **contenuto dell'atto di impugnazione** e, in particolare, puntualizzato le modalità di indicazione dei motivi di impugnazione ed i quesiti da sottoporre con essi alla Suprema Corte. Il principio della **specificità dei motivi** di impugnazione - richiesta dagli artt. 342 e 434 cod.proc.civ. per la individuazione dell'oggetto della domanda d'appello e per stabilire l'ambito entro il quale deve essere effettuato il riesame della sentenza impugnata - impone all'appellante di individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le censure in concreto mosse alla motivazione della sentenza di primo grado, accompagnandole con argomentazioni che confutino e contrastino le ragioni addotte dal primo giudice, così da incrinare il fondamento logico-giuridico.

Peraltro, la verifica dell'osservanza dell'onere di specificazione non è direttamente effettuabile dal giudice di legittimità, dacchè interpretare la domanda - e, dunque, anche la domanda di appello - è compito del giudice di merito e implica valutazioni di fatto che la Corte di cassazione - così come avviene per ogni operazione ermeneutica - ha il potere di controllare soltanto sotto il profilo della giuridica correttezza del relativo procedimento e della logicità del suo esito (sentenza **n. 2217**).

Il principio di **autosufficienza del ricorso** è applicato dalla Corte di cassazione anche con riferimento alle risultanze dell'attività istruttoria compiuta nei precedenti gradi di giudizio, tutte le volte in cui si censura la sentenza impugnata per vizio di motivazione del materiale probatorio acquisito. Si è infatti ritenuto che il ricorso per cassazione -in ragione del principio di "autosufficienza"- deve contenere in sé tutti gli elementi necessari a costituire le ragioni per cui si chiede la cassazione della sentenza di merito ed, altresì, a permettere la valutazione della fondatezza di tali ragioni, senza la necessità di far rinvio ed accedere a fonti esterne allo stesso ricorso e, quindi, ad elementi od atti attinenti al pregresso giudizio di merito. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui, con il ricorso per cassazione, venga dedotta l'incongruità, l'insufficienza o contraddittorietà della sentenza impugnata per l'asserita mancata valutazione di risultanze processuali, è necessario, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività della risultanza non valutata (o insufficientemente valutata), che il ricorrente precisi, mediante integrale trascrizione della medesima, la risultanza che egli asserisce decisiva e non valutata o insufficientemente valutata. Infatti, la omessa integrale trascrizione delle prove asseritamente omesse o non apprezzate con motivazione non idonea rende le censure del tutto irrilevanti poiché la Corte, alla quale è precluso l'esame diretto degli atti, non è in grado di valutarne la decisività prima ancora che il buon andamento. Tale principio va letto unitamente all'altro consolidato - del pari riportato in sentenza e più volte ribadito nel corso dell'anno da numerosissime pronunce - che, nel caso di impugnativa della decisione per **vizio di omessa o contraddittoria motivazione**, ritiene inammissibili le censure che si risolvano in un diverso apprezzamento delle prove e delle circostanze di fatto già valutate in modo contrario alle aspettative del ricorrente e si traducano nella richiesta di una nuova valutazione del materiale probatorio, e ciò in quanto non è conferito alla Cassazione il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale bensì solo

quello di controllare sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logica le argomentazioni del giudice di merito (sentenza **n. 24251**).

Si è chiarito poi (sentenza **n. 19560**) che, ove nel ricorso per cassazione si facciano valere vizi di violazione di legge o di contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, impugnata a norma dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., il ricorso deve contenere, in ossequio al disposto dell'art. 366 *bis* cod. proc. civ., almeno un quesito per ogni motivo o censura; tuttavia, la frammentazione di un unico motivo in una **pluralità di quesiti** non determina di per sè l'inammissibilità del ricorso, allorquando il giudice sia in grado di ridurre ad unità i quesiti formulati, attraverso una lettura che sia agevole ed univoca, per la chiarezza del dato testuale. Il rapporto corrente fra il motivo del ricorso ed il relativo quesito è assimilabile a quello che intercorre fra motivazione e dispositivo della sentenza, dovendo la decisione rapportarsi al motivo che sorregge il quesito, in termini analoghi a quelli che caratterizzano la valutazione della corrispondenza tra motivazione e dispositivo della sentenza.

È poi stato ribadito (sentenza **n. 1199**) – in materia soggetta all'applicazione del rito del lavoro – il principio ormai consolidato secondo il quale è ammissibile l'impugnazione con la quale l'appellante si limiti a dedurre soltanto i vizi di rito avverso una pronuncia che abbia deciso anche nel merito in senso a lui sfavorevole solo ove i vizi denunciati comporterebbero, se fondati, la rimessione al primo giudice; nelle ipotesi in cui, invece, il vizio denunciato non rientra in uno dei casi tassativamente previsti dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., è necessario che l'appellante deduca ritualmente anche le questioni di merito, con la conseguenza che, in tali ipotesi, l'appello fondato esclusivamente su vizi di rito, inammissibile, oltre che per difetto di interesse, anche per non rispondenza al modello legale di impugnazione.

Nel caso che il rapporto giuridico sia sottoposto a nuova regolazione legislativa nell'intervallo tra il giudizio di primo e secondo grado, non costituisce nuova eccezione in appello (vietata dall'art. 437 cod. proc. civ.) ma mera difesa la deduzione di infondatezza della domanda alla stregua del nuovo contesto normativo. Peraltro, la valutazione dello *ius superveniens* e della sua incidenza sulla controversia è operabile dal giudice d'ufficio, costituendo detta valutazione un suo preciso dovere, ed a prescindere dall'eccezione del convenuto (sentenza **n. 16673**).

Il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato come il principio del *tantum devolutum quantum appellatum*, che importano il divieto per il giudice di attribuire alla parte un bene della vita diverso da quello richiesto (*petitum* mediato) oppure di emettere una qualsiasi pronuncia su domanda nuova, non ostano (sentenza **n. 15496**) a che il giudice renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti, nonchè in base alla qualificazione giuridica dei fatti medesimi ed, in genere, all'applicazione di una norma giuridica diversa da quella invocata dalle parti. Non configurano una inammissibile domanda nuova le deduzioni di parte rese in appello, ove non comportino il mutamento del fatto costitutivo oppure del fatto impeditivo, estintivo o modificativo sul quale si fonda la domanda oppure l'eccezione, ma si limitino ad invocarne a sostegno norme giuridiche.

In ordine al **giudizio di rinvio**, se ne è precisato (sentenza **n. 13719**) l'ambito oggettivo, statuendosi che la riassunzione della causa - a seguito di cassazione con rinvio della sentenza dinanzi al giudice di rinvio instaura un processo chiuso, nel quale è preclusa alle parti, tra l'altro, ogni possibilità di proporre nuove domande, eccezioni, nonchè conclusioni diverse salvo che queste, intese nell'ampio senso di qualsiasi attività assertiva o probatoria, siano rese necessarie da statuizioni della sentenza della Cassazione - ed il giudice di rinvio ha gli stessi poteri del giudice di merito che ha pronunciato la sentenza annullata. Conseguentemente, nel giudizio di rinvio non possono essere proposti dalle parti, nè presi in esame dal giudice, motivi di impugnazione diversi da quelli che erano stati formulati nel giudizio di appello conclusosi con la sentenza cassata e che continuano a delimitare, da un lato, l'effetto devolutivo dello stesso gravame e, dall'altro, la formazione del giudicato interno.

Sempre con riferimento al giudizio di rinvio, si è deciso infine (sentenza **n. 11905**) che, in ordine agli effetti del giudizio di rinvio sul giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, qualora la sentenza di merito di accoglimento dell'opposizione sia stata cassata con rinvio e il processo non sia stato riassunto in termine, non trova applicazione il disposto dell'art. 653 cod. proc. civ., a mente del quale, a seguito dell'estinzione del processo di opposizione, il decreto che non ne sia munito acquista efficacia esecutiva, ma il disposto dell'art. 393 cod. proc. civ., alla stregua del quale

alla mancata riassunzione consegue l'estinzione dell'intero procedimento e, quindi, l'inefficacia anche del decreto ingiuntivo opposto.

11. DIRITTO E PROCESSO TRIBUTARIO

11.1 Principi generali.

In riferimento ai principi di valenza generale, suscettibili cioè di porsi quali *canoni interpretativi* alla stregua dei quali risolvere i casi dubbi o non espressamente disciplinati, occorre muovere dalla **struttura del processo**, nel cui ambito la sentenza **n. 11212** ha ribadito il principio - già comunque affermato in passato - che il processo tributario non è annoverabile tra quelli c.d. di impugnazione-annullamento, ma tra quelli c.d. di **impugnazione-merito**: con ciò intendendosi che esso non è diretto alla mera eliminazione dell'atto impugnato, ma alla pronuncia di una decisione di merito sostitutiva sia della dichiarazione resa dal contribuente sia dell'accertamento dell'amministrazione finanziaria. Pertanto il giudice, il quale ravvisi l'infondatezza parziale della pretesa dell'amministrazione, non deve limitarsi ad annullare l'atto impositivo, ma deve quantificare la pretesa tributaria entro i limiti posti dal *petitum* delle parti.

Tuttavia la struttura impugnatoria del processo tributario non comporta l'estensione ad esso del principio, tipico del processo civile, della c.d. consumazione del potere di impugnazione nel caso di declaratoria di inammissibilità od improponibilità del gravame, perché quel principio presuppone che sia stato impugnato un provvedimento suscettibile di acquistare efficacia di giudicato, e che la dichiarazione d'inammissibilità o improcedibilità abbia avuto luogo prima della riproposizione dell'impugnazione. Di conseguenza la rinuncia del contribuente al ricorso non comporta l'inammissibilità di altri ricorsi, tempestivamente proposti dal contribuente avverso il medesimo atto impositivo, in epoca successiva al primo ricorso ed in sostituzione dello stesso, salvo che il ricorrente non abbia inteso rinunciare all'azione (sentenza **n. 8182**).

Il processo tributario di impugnazione-merito è soggetto ovviamente ai principi generali che governano tutta l'attività giurisdizionale. Così, sul piano dei poteri dell'organo giudicante, è consentito al giudice disapplicare tutti gli atti amministrativi illegittimi costituenti presupposto per l'imposizione (e non soltanto quelli a contenuto

normativo o generale), in applicazione del principio generale contenuto nell'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E (e ciò anche prima dell'espresso riconoscimento, operato dall'art. 12, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, con l'introduzione del nuovo testo dell'art. 2 del d. lgs. n. 546 del 1992, di un generale potere di decidere *incidenter tantum* su questioni attribuite alla competenza di altre giurisdizioni: così la sentenza **n. 5929**).

Sul piano poi, delle modalità di svolgimento dell'attività giurisdizionale, anche il processo tributario è soggetto al principio costituzionale di **ragionevole durata**, a nulla rilevando l'inapplicabilità al processo tributario della disciplina in materia di equa riparazione. Tale applicabilità comporta che il suddetto principio deve costituire per il giudice un canone ermeneutico imprescindibile per una lettura costituzionalmente orientata delle norme che regolano il processo, nonché a tutti i protagonisti del giudizio, ivi comprese le parti, le quali, soprattutto nei processi caratterizzati dalla difesa tecnica, debbono responsabilmente collaborare a circoscrivere tempestivamente i fatti effettivamente controversi (sentenza **n. 1540**).

Al processo tributario, per il richiamo contenuto nel d.lgs. 546 del 1992, sono applicabili ove compatibili le norme dettate per il processo civile ordinario. Tale compatibilità è stata esclusa in materia di litisconsorzio necessario: hanno infatti stabilito le Sezioni Unite (sentenza **n. 1052**) che nel processo tributario la nozione di litisconsorzio necessario, quale emergente dalla norma dell'art. 14 del d. lgs. n. 546 del 1992, si configura come fattispecie autonoma rispetto a quella del litisconsorzio necessario, di cui all'art. 102 cod. proc. civ., poiché non detta come quest'ultima, una "norma in bianco", ma positivamente indica i presupposti nella inscindibilità della causa determinata dall'oggetto del ricorso. Sulla base di questi presupposti, un'ipotesi di litisconsorzio tributario, ai sensi del citato art. 14, si configura ogni volta che, per effetto della norma tributaria o per l'azione esercitata dall'amministrazione finanziaria, l'atto impositivo debba essere o sia unitario, coinvolgendo nella unicità della fattispecie costitutiva dell'obbligazione una pluralità di soggetti, ed il ricorso, pur proposto da uno o più degli obbligati, abbia ad oggetto non la singola posizione debitoria del o dei ricorrenti, bensì la posizione inscindibilmente comune a tutti i debitori rispetto all'obbligazione dedotta nell'atto autoritativo impugnato, cioè gli elementi comuni della fattispecie costitutiva dell'obbligazione.

È stato invece ritenuto compatibile ed applicabile al processo tributario il principio della sanatoria delle nullità relative per intempestività della relativa eccezione, *ex art. 157*, secondo comma, cod. proc. civ. (sentenza **n. 5957**).

La materia delle **notifiche** nel processo tributario è stata invece quella che, sul piano dei principi generali, ha fatto registrare qualche profilo di contrasto.

Tali contrasti hanno riguardato in particolare:

1) le modalità di **notifica della sentenza** del giudice tributario di I grado: secondo la sentenza **n. 5504**, tale notificazione può essere eseguita personalmente al contribuente anche quando questi sia stato in giudizio col patrocinio di un difensore (contrariamente a quanto ritenuto, in passato, dalla sentenza n. 1640 del 2004);

2) la validità della notificazione dell'atto di impugnazione presso il **difensore non domiciliatario**, ai sensi dell'art. 330 c.p.c., che è stata esclusa dalla sentenza **n. 12908** (in contrasto con quanto ritenuto in precedenza dalla sentenza n. 4040 del 2004), sul presupposto che l'art. 330 c.p.c. non è applicabile al processo tributario, in quanto le norme del codice di procedura civile sono a questo applicabili solo ove ricorrano congiuntamente due condizioni: la loro compatibilità logico-giuridica col processo tributario, e la mancanza di una specifica regolamentazione. Condizione, quest'ultima, ritenuta insussistente in tema di notificazioni, disciplinate dagli artt. 16 e 17 del d. lgs. 546 del 1991.

In materia di **procura alle liti**, la sentenza **n. 13208** ha dettato una importante indicazione processuale per le ipotesi in cui il giudice di primo grado ometta di fissare, alla parte che ne sia priva, un termine per dotarsi di difesa tecnica (così come prescritto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 189 del 2000). In questo caso, ove tale *error in procedendo* non sia rilevato dal giudice tributario d'appello, la causa dopo la cassazione da parte del giudice di legittimità va rimessa alla commissione tributaria provinciale e non a quella regionale, in quanto solo la prima è legittimata a fissare alla parte il suddetto termine per munirsi del difensore, e quindi - alternativamente - a procedere all'esame del merito ove tale termine venga rispettato, ovvero a dichiarare l'inammissibilità del ricorso in caso contrario (sentenza **n. 13208**).

Con la stessa decisione appena ricordata è stata affermata altresì la regola, che può anch'essa ritenersi espressione di un principio generale, desunto dalla analoga previsione vigente per il processo civile ordinario, della superfluità della apposizione

della procura alle liti, oltre che sull'originale del ricorso, anche sulla copia notificata alla controparte, nella quale è invece sufficiente che compaia una annotazione la quale attesti la presenza della procura sull'originale.

Come il processo civile, anche quello tributario è caratterizzato dalla esistenza di **preclusioni** sia per l'attività assertiva che per quella istruttoria.

Molto importante è stata l'affermazione esplicita della estensione al processo tributario del **principio di non contestazione**, tipico del processo civile ordinario, in virtù del quale non necessitano di prova i fatti non espressamente contestati, ma ancor più importante è stata la motivazione sulla quale la Corte ha fondato tale conclusione: e cioè il carattere dispositivo del processo (che comporta una struttura dialettica a catena); la sua generale organizzazione per preclusioni successive; il dovere di lealtà e di probità previsto dall'art. 88 cod. proc. civ., che impone alle parti di collaborare fin dall'inizio a circoscrivere la materia effettivamente controversa, e soprattutto il generale principio di economia che deve sempre informare il processo, alla luce dell'art. 111 Cost. (sentenza n. 1540).

Con riferimento alle ipotesi di **estinzione** del processo, non è infrequente nella prassi che giudici tributari di merito, nel dichiarare cessata la materia del contendere per effetto dell'annullamento dell'atto impugnato da parte dell'amministrazione in sede di autotutela, dichiarino la **compensazione delle spese**. Con la sentenza n. 1230 la Corte ha sanzionato come illegittima tale condotta, perché riserva alla parte pubblica un trattamento privilegiato privo di obbiettiva giustificazione, e soprattutto perché la compensazione delle spese nel caso di specie è irrispettosa dei principi costituzionali di ragionevolezza, di parità delle parti e del "giusto processo". Con la stessa sentenza si è perciò affermato, anche in tal caso sulla base dell'analogo principio vigente per il processo civile ordinario, che la decisione sulle spese deve avvenire in base al principio della "soccombenza virtuale".

In tema di **decisione della causa** si è invece esclusa l'estensione al processo tributario della regola che, nel processo civile, consente le sentenze non definitive (art. 279 c.p.c.), in virtù della espressa previsione di cui all'art. 35, comma 3, d. lgs. n. 546 del 1992, e ciò per evitare gli inconvenienti cui il frazionamento del giudizio dà generalmente luogo anche nel processo civile, avuto specifico riguardo alla struttura del processo tributario ed al sistema della riscossione frazionata dei tributi, con i quali

l'istituto della sentenza non definitiva, ed a maggior ragione quello dell'impugnazione differita che solitamente vi si accompagna, verrebbero inevitabilmente a configgere (sentenza **n. 7909**).

In riferimento alle **impugnazioni**, un principio generale in tema di **contenuto** dell'atto di gravame è stato fissato dalla sentenza **n. 1224**, secondo la quale nel processo tributario l'indicazione dei motivi specifici dell'impugnazione, richiesta dall'art. 53 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, non deve necessariamente consistere in una rigorosa e formalistica enunciazione delle ragioni invocate a sostegno dell'appello, ma è sufficiente una esposizione chiara ed univoca, anche se sommaria, sia della domanda rivolta al giudice del gravame, sia delle ragioni della doglianza. Tale esposizione non va desunta soltanto dalle conclusioni, ma va ricavata dalla interpretazione dell'atto nel suo complesso, così come avviene nel processo civile (sentenza **n. 687**).

Una delle questioni più ricorrenti nella pratica, e spesso fonte di incertezze, è quella della esatta individuazione dei **contraddittori del contribuente**: se, cioè, tale veste compete alla sola amministrazione finanziaria (od all'ente impositore), ovvero anche al soggetto incaricato della riscossione. Su tale questione ha apportato un contributo di chiarezza la sentenza **n. 10580**, stabilendo che anche nel processo tributario, come in quello civile, occorre distinguere tra cause inscindibili e cause scindibili: pertanto, ove la controversia abbia ad oggetto l'esistenza dell'obbligazione tributaria, la mancata proposizione dell'appello anche nei confronti del concessionario del servizio di riscossione, convenuto in primo grado unitamente all'Amministrazione finanziaria, non comporta l'obbligo di disporre la notificazione del ricorso in suo favore, quando sia ormai decorso il termine per l'impugnazione, essendo egli estraneo al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, con la conseguente scindibilità della causa nei suoi confronti, anche nel caso in cui non sia stato eccepito o rilevato il suo difetto di legittimazione.

A fronte di tali contributi di chiarezza, va per contro annotata l'insorgenza di un profilo di contrasto in tema di presupposti per la **revocazione** delle sentenze dei giudici tributari. La sentenza **n. 11596** infatti, ponendosi in contrasto con quanto in precedenza ritenuto dalla decisione n. 1538 del 2002, ha ritenuto ammissibile la revocazione delle sentenze pronunciate dal giudice tributario anche nel caso di contrasto con un precedente giudicato, ai sensi dell'art. 395, numero 5, cod. proc. civ.,

poiché, là dove l'art. 64, comma 1, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, menziona gli accertamenti di fatto, intende riferirsi anche allo specifico motivo di revocazione costituito dall'errore (revocatorio) sul “fatto” dell'esistenza di un precedente giudicato esterno formatosi tra le stesse parti.

11.2 Agevolazioni tributarie.

In tema di agevolazioni tributarie, particolare rilievo assumono alcune sentenze aventi ad oggetto l'individuazione delle condizioni cui è subordinata l'applicabilità alle **fondazioni bancarie** della riduzione a metà dell'aliquota IRPEG prevista dall'art. 6 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 e dell'esenzione dalla ritenuta d'acconto sui dividendi da partecipazioni azionarie prevista dall'art. 10-*bis* della legge 29 dicembre 1962, n. 1745.

A tal fine, la Corte, con le sentenze **n. 7883** e **n. 10253**, ha provveduto innanzitutto a chiarire i rapporti tra la normativa nazionale e la disciplina comunitaria in tema di aiuti di Stato, precisando che l'accertamento dei presupposti necessari per l'operatività dell'agevolazione dev'essere condotto in base alle norme interne, rispetto alle quali le norme comunitarie fungono non già da canone interpretativo, ma da limite esterno, nel senso che il problema del contrasto con il diritto comunitario si pone solo nel caso in cui il beneficio sia applicabile in base al diritto interno, con la conseguenza che la ricostruzione del sistema normativo nazionale contenuto in una sentenza della Corte di Giustizia non assume carattere vincolante ai fini dell'applicazione dell'agevolazione. Tanto premesso, si è affermato che il riconoscimento dei predetti benefici in favore delle fondazioni bancarie è subordinato all'effettivo perseguimento in via esclusiva da parte dell'ente di scopi di beneficenza, educazione, studio e ricerca, rispetto ai quali la gestione di partecipazioni in imprese bancarie deve assumere un ruolo non prevalente, e comunque strumentale alla provvista delle necessarie risorse economiche. Per l'accertamento di tale requisito (in mancanza del quale l'agevolazione si prospetta come aiuto di Stato, incompatibile con il principio comunitario di concorrenza), occorre verificare (sentenza **n. 10258**) che l'attività della fondazione non presenti in concreto i connotati propri dell'esercizio di un'impresa, i quali possono sussistere, indipendentemente dal carattere non lucrativo dell'ente e dalla destinazione dei suoi profitti a scopi di utilità sociale, anche nel caso in cui la fondazione si limiti a gestire la

partecipazione azionaria nella banca conferitaria, ovvero nel caso in cui, avendo dismesso tale partecipazione, essa abbia utilizzato i relativi proventi per acquisire partecipazioni in altre imprese, anche non bancarie.

In definitiva, secondo la Corte, la natura imprenditoriale dell'attività rimane esclusa soltanto in presenza di una norma, statutaria o legale, che preveda in via esclusiva il perseguimento di scopi di utilità sociale, nonché della prova, posta a carico del contribuente, che tali scopi sono stati effettivamente perseguiti, e che la fondazione non abbia alcuna possibilità d'influire, quale azionista maggioritario o non maggioritario o in virtù di accordi parasociali o di patti di sindacato, sulla gestione della banca conferitaria o di altre imprese da essa partecipate (sentenza n. 5740).

11.3 Imposte dirette.

Nel tentativo di tracciare un filo logico tra le diverse e variegate materie implicate, appare utile prendere le mosse dall'**accertamento dei redditi** e, segnatamente, dalla sentenza n. 11205, dettata in tema di onere della prova, con la quale si è affermato che spetta all'amministrazione finanziaria dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi della maggiore pretesa tributaria azionata, fornendo quindi la prova di elementi e circostanze rivelatori dell'esistenza di un maggiore imponibile, mentre grava sul contribuente l'onere della prova circa l'esistenza dei fatti che danno luogo ad oneri e/o a costi deducibili, ed in ordine al requisito dell'inerenza degli stessi all'attività professionale o d'impresa svolta. Il tema dell'onere della prova si collega – sia pure in senso lato – alla materia delle **presunzioni**, in cui la sentenza n. 10792 ha riconosciuto, sempre in tema di accertamento, che la circostanza per cui il reddito dichiarato da una società risulti inferiore alla somma di quelli che i singoli soci-lavoratori avrebbero potuto realizzare prestando lavoro alle dipendenze di terzi, non è sufficiente, sul piano logico-giuridico, a far presumere l'infedeltà della dichiarazione, in mancanza della prova che i soci avrebbero potuto facilmente trovare lavoro alle dipendenze altrui, e che il lavoro prestato per la società era assimilabile, per impegno orario, a quello svolto da un lavoratore subordinato.

Il criterio della presunzione, inoltre, viene applicato, in materia di società, dalla sentenza n. 7910, in base alla quale la pretesa erariale relativa al pagamento dell'imposta evasa e delle conseguenti sanzioni, rivolta nei confronti del socio

accomandatario di una società in accomandita semplice in conseguenza dell'accertamento di un maggior reddito a carico del socio medesimo, non è illegittima, stante la presunzione legale di avvenuta percezione dei maggiori utili (e salva la prova del contrario da parte del contribuente).

Secondo la sentenza **n. 1905**, invece, dettata in tema di reddito da lavoro dipendente, non sussiste alcuna presunzione nel regime di cui agli artt. 46 e 48 del d.P.R. n. 917 del 1986 (oggi divenuti gli artt. 49 e 51, dopo la nuova numerazione introdotta dal d.lgs. n. 344 del 2003): esso, infatti, non solo non può dirsi caratterizzato da una presunzione di appartenenza a tale categoria di tutte le somme corrisposte dal datore di lavoro al lavoratore, ma risulta ispirato ad una sola tendenziale onnicomprensività nella sfera reddituale delle erogazioni da questo percepite, essendo prevista un'ampia gamma di voci che il legislatore, pur prescindendo dalla validità e rilevanza della distinzione teorica fra "esenzioni" ed "esclusioni" dal reddito, considera, in tutto o in parte, sottratte all'ambito reddituale.

La materia dell'accertamento, poi, impone il richiamo a due sentenze in materia di c.d. **redditometro**: si tratta delle sentenze **n. 1294** e **n. 16284**. Nella prima delle due si afferma – a proposito dell'indicatore di reddito costituito dal possesso di automobili – che tale riferimento deve intendersi esteso anche alle auto storiche, rappresentando il possesso di simili mezzi di trasporto un idoneo indice di capacità contributiva; osserva la pronuncia che non è estraneo alla cultura dell'uomo medio il fatto che le predette autovetture formino oggetto di ricerca e collezionismo fra gli appassionati di tali beni e che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, la manutenzione di veicoli ormai da tempo fuori produzione comporti rilevanti costi. La seconda pronuncia – emessa in riferimento al testo dell'art. 2 del d.P.R. n. 600 del 1973 applicabile *ratione temporis* alla fattispecie – afferma che è indice di capacità contributiva, tra gli altri, specificamente la disponibilità in Italia o all'estero di autoveicoli, nonché di residenze principali o secondarie. Tale disponibilità costituisce, quindi, una presunzione di capacità contributiva da qualificare "legale" ai sensi dell'art. 2728 cod. civ., perché è la stessa legge che impone di ritenere conseguente al fatto (certo) di tale disponibilità l'esistenza della menzionata capacità.

Sempre in materia di accertamento è da segnalare la sentenza **n. 12290**, emessa in relazione alla particolare attività di intermediazione immobiliare. In base a questa

sentenza, l'esercizio di simile attività, addotto dal contribuente a giustificazione di movimenti effettuati sui propri conti correnti bancari, consente di escludere che, in applicazione della presunzione di cui all'art. 39, primo comma, lettera *d*), del d.P.R. n. 600 del 1973, i relativi versamenti corrispondano a ricavi non dichiarati, a condizione che si accerti che il contribuente ha versato sul proprio conto corrente denaro di terzi, che gli abbiano conferito il mandato di compiere operazioni sul mercato immobiliare; in mancanza di detta prova, la deduzione dal presunto reddito dei costi e delle spese sostenuti per l'acquisto degli immobili postula la dichiarazione di tale attività e l'annotazione dei relativi movimenti di somme nel registro di cui all'art. 19 del medesimo d.P.R. n. 600.

Di notevole interesse, inoltre, è anche la sentenza **n. 5746**, relativa all'accertamento delle imposte sui redditi in conseguenza dell'estinzione di un'associazione non riconosciuta a seguito della sua incorporazione in un'altra associazione del medesimo tipo. La pronuncia ora richiamata, infatti, muove dal presupposto (civilistico) secondo cui tale tipo di scioglimento non dà luogo ad una successione a titolo universale dell'organismo nato dall'unificazione nei rapporti dell'associazione estinta, non configurandosi tale operazione come una fusione o un'incorporazione nel senso tecnico di cui all'art. 2501 cod. civ.; ciò in quanto l'estraneità di tali enti al regime di pubblicità nel registro delle imprese esclude la possibilità di dar corso agli adempimenti inderogabilmente prescritti ai fini della salvaguardia delle ragioni dei terzi. Sono legittimi, quindi, tanto la verifica eseguita nei confronti della prima associazione (cioè quella estinta) quanto gli atti impositivi successivamente emessi sulla base di tale verifica nei confronti della medesima associazione, in persona del predetto rappresentante, ed a quest'ultimo notificati.

La sentenza **n. 9565**, occupandosi dell'art. 52 del d.P.R. n. 633 del 1972 – a norma del quale gli uffici dell'I.V.A. «possono disporre l'accesso di impiegati dell'Amministrazione finanziaria nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, agricole, artistiche o professionali per procedere ad ispezioni documentali, verificazioni e ricerche» – ha specificato che l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica necessaria, in base al citato art. 52, terzo comma, per l'apertura di pieghi, borse e cassaforti, non è richiesta quando l'attività di ricerca si svolga con la collaborazione del contribuente.

In materia di **liquidazione coatta amministrativa**, poi, la sentenza **n. 7161** ha stabilito – in riferimento all'accertamento delle imposte sui redditi – che la notifica di un avviso di liquidazione emesso nei confronti di una società posta in liquidazione coatta amministrativa deve essere effettuata, ai sensi dell'art. 145 cod. proc. civ., richiamato dall'art. 60 del d.P.R. n. 600 del 1973, nei confronti della società stessa, non già presso la sua sede legale, bensì presso il domicilio del commissario liquidatore. Ciò in quanto l'assoggettamento alla procedura concorsuale, pur non determinando la nascita di un soggetto nuovo e diverso, comporta l'immediata cessazione dell'attività d'impresa cui automaticamente fa seguito l'attribuzione della rappresentanza legale e della legittimazione processuale al commissario liquidatore.

Sempre collegata con la materia dell'accertamento è la sentenza **n. 10330**, dettata a proposito del c.d. **ravvedimento operoso**. Com'è noto, infatti, l'art. 9, ultimo comma, del d.P.R. n. 600 del 1973 – il cui testo è stato aggiunto dall'art. 14 della legge n. 408 del 1990 – consente al contribuente di presentare, anche dopo la scadenza dei termini per la dichiarazione dei redditi, una successiva dichiarazione entro il termine per la presentazione della dichiarazione per il secondo periodo d'imposta successivo. La sentenza citata chiarisce, a questo proposito, che tale facoltà non spiega alcun effetto preclusivo del potere di accertamento, da parte dell'Amministrazione, del rapporto giuridico tributario oggetto della dichiarazione. In altri termini, quindi, il ravvedimento operoso del contribuente ed il potere autonomo di accertamento da parte dell'ufficio si svolgono su piani diversi, sicché l'esistenza dell'uno non preclude l'esplicarsi dell'altro; se così non fosse, del resto – e la sentenza, opportunamente, lo sottolinea – vi sarebbe una sostanziale equiparazione della dichiarazione in parola ad una domanda di condono.

Quanto poi alle singole categorie di redditi previste dal sistema delle imposte dirette, rileva innanzitutto la sentenza **n. 2687** delle Sezioni Unite, relativa al **credito di imposta**, la quale si è occupata del problema dei termini entro i quali il contribuente può far valere il proprio credito nei confronti del fisco. L'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973 stabilisce, al riguardo, che il contribuente può presentare l'apposita istanza «entro il termine di decadenza di quarantotto mesi dalla data del versamento stesso, nel caso di errore materiale, duplicazione ed inesistenza totale o parziale dell'obbligo di versamento». Le Sezioni Unite affermano, con la sentenza in esame, che, qualora il

contribuente abbia evidenziato il proprio credito di imposta nella dichiarazione, il menzionato termine di decadenza non si applica, perché l'Amministrazione è stata già posta in condizioni di conoscere la pretesa creditoria con la dichiarazione effettuata, sicché non occorre più la presentazione della relativa istanza di rimborso; ne consegue, ovviamente, che la relativa azione – in ossequio alle regole generali – rimane sottoposta all'ordinario termine di prescrizione decennale. Com'è facile comprendere, la sentenza si colloca nella linea di una rafforzata tutela del contribuente, assoggettando il credito di imposta alle regole comuni.

Va richiamata ancora la già citata sentenza **n. 1905** in materia di **redditi da lavoro dipendente**. Questa pronuncia, nel ricostruire, alla luce degli artt. 46 e 48 del d.P.R. n. 917 del 1986, le diverse voci che costituiscono la categoria in questione, afferma che le somme aventi natura risarcitoria di danni emergenti sono estranee al concetto di reddito (art. 6, secondo comma, del medesimo testo unico). In sede di accertamento del reddito di lavoro dipendente, quindi, nell'emettere l'avviso con il quale contesti l'omessa dichiarazione di una somma percepita dal datore di lavoro, l'ufficio, salvo che abbia fatto ricorso a metodi induttivi o sintetici, non può limitarsi alla qualificazione della somma stessa come "emolumenti", senza ulteriori specificazioni, essendo viceversa tenuto ad indicare quello che, almeno ad avviso dello stesso ufficio, costituisce il "titolo", la "causale" dell'erogazione in questione. Solo in tal modo, infatti, questi è posto in condizione di valutare con pienezza di cognizione la fondatezza della pretesa fiscale e la conseguente condotta da adottare.

Numerose, e di notevole interesse, le pronunce in tema di **reddito d'impresa**, anche sotto forma di **reddito delle società**. Fra queste vanno richiamate la sentenza **n. 10801**, la quale, ricostruendo la categoria delle plusvalenze da avviamento commerciale – regolata dall'art. 54, terzo comma, del d.P.R. n. 917 del 1986 (oggi trasferito nell'art. 86 del medesimo decreto) – ha ritenuto che detta plusvalenza sia ravvisabile anche nel caso di cessione a titolo oneroso di un'azienda il cui corrispettivo sia rappresentato dalla costituzione di una rendita vitalizia. Ha osservato la Corte, in proposito, che il carattere aleatorio di quest'ultima non vale ad eliminarne il rilievo fiscale, senza che possa parlarsi di doppia imposizione. La sentenza **n. 11701**, richiamando l'art. 54, sesto comma, del d.P.R. n. 917 del 1986 (trasferito, come già detto, nell'art. 86), ha affermato che la cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo non

costituisce realizzo di alcuna plusvalenza, poiché risponde all'esigenza di ridurre l'onere fiscale delle operazioni compiute nel corso della liquidazione concordataria, al fine d'incentivare ed agevolare l'attuazione di tale procedura. Tale previsione, però, si riferisce non già alla cessione dei beni ai creditori propriamente intesa, bensì al trasferimento a terzi dei beni ceduti, effettuato dal liquidatore in esecuzione del concordato, al fine di ricavare le risorse necessarie a soddisfare i creditori secondo l'intesa concordataria.

Quanto, invece, al particolare trattamento fiscale delle **spese di pubblicità e propaganda** e di quelle **di rappresentanza** – le prime deducibili nell'esercizio in cui sono state sostenute o in quote costanti nell'esercizio stesso e nei quattro successivi, le seconde ammesse in deduzione, nella misura di un terzo del loro ammontare, per quote costanti nell'esercizio in cui sono state sostenute e nei quattro successivi (art. 74 del d.P.R. n. 917 del 1986, oggi divenuto art. 108) – la sentenza **n. 9567** si è occupata di chiarirne la diversità. Ha stabilito questa pronuncia che il criterio distintivo tra spese di pubblicità o propaganda e spese di rappresentanza va individuato nella diversità, anche strategica, dei rispettivi obiettivi, svincolati nel secondo caso da una diretta aspettativa di ritorno commerciale, e collegati nel primo ad un incremento più o meno immediato della vendita di quanto realizzato nei vari cicli produttivi ed in determinati contesti, anche temporali.

Sempre in tema di imposte dirette è opportuno fare un cenno, in chiusura, al trattamento fiscale dei **proventi illeciti**. Sono da richiamare, in proposito, le sentenze **n. 8990** e **n. 13575**. La sentenza **n. 8990** contiene un'importante precisazione in tema di classificazione dei redditi derivanti da illecito civile, penale o amministrativo. A questo proposito, infatti, l'art. 14, comma 4, della legge n. 537 del 1993 dispone che nelle categorie di reddito di cui all'art. 6, primo comma, del d.P.R. n. 917 del 1986 devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo, se non già sottoposti a sequestro o confisca penale; i relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria. La sentenza ora richiamata chiarisce che tale disposizione costituisce interpretazione autentica della normativa del citato d.P.R. e criterio ermeneutico decisivo per giungere ad identica conclusione anche in riferimento alla disciplina precedentemente vigente, ossia quella contenuta nel d.P.R. n. 597 del

1973; ne consegue, pertanto, che l'inquadramento dei proventi illeciti nelle diverse categorie di redditi potrà avvenire anche in relazione a controversie alle quali si applichi, *ratione temporis*, il citato decreto del 1973 anziché quello del 1986. La sentenza n. **13575** – occupandosi specificamente della materia penale e dei redditi provento di attività delittuosa – stabilisce che il reddito realizzato da una società di persone in conseguenza dell'attività delittuosa di taluni soci va imputato a tutti, in proporzione della rispettiva quota, a nulla rilevando che taluno di costoro non abbia concorso nel reato. Il criterio “oggettivo” dell'illecito, che naturalmente non può operare in sede penale, viene quindi recuperato ai fini dell'imposizione fiscale.

11.4 Imposte indirette.

Si segnalano solo tre interventi della Suprema Corte nel corso dell'anno.

La sentenza n. **2441**, con riguardo al beneficio della **registrazione a tassa fissa per l'acquisto di terreni destinati all'impianto di stabilimenti industriali nel Mezzogiorno**, previsto dall'art. 109 del d.p.r. 1523 del 1967, come modificato dall'art. 13 della l. 853 del 1971, ha stabilito che il termine di un anno per la presentazione dell'attestazione comprovante il raggiungimento del fine in vista del quale l'agevolazione è concessa - termine decorrente dalla scadenza del quinquennio entro il quale detta finalità deve essere conseguita - ha natura perentoria, con la conseguenza che la sua inosservanza determina decadenza dal beneficio.

Secondo la sentenza n. **2945**, **l'obbligazione del Fisco per gli interessi** scaturenti dal tardivo adempimento del credito da rimborso, vantato dal contribuente per il pagamento di somme non dovute o versate in eccesso, integra un'obbligazione autonoma rispetto a quella riguardante il capitale, onde le vicende dell'una sono autonome rispetto a quelle dell'altra. Ciò comporta che la prescrizione del credito per i detti interessi resta sganciata dalla prescrizione fissata per il credito dell'imposta ed è insensibile alle vicende interruttive riguardanti esclusivamente quest'ultima.

La sentenza n. **10796**, con riferimento all'**imposta di successione**, dovuta per una successione apertasi sotto la vigenza del r.d. 3270/23, ha stabilito che la sospensione dell'esazione del tributo per i crediti contestati giudizialmente, prevista dall'art. 32 della medesima legge, opera fino al momento del passaggio in giudicato della pronuncia giudiziale che, dirimendo la vertenza, liquida il credito, mentre il possibile

ritardo, in conseguenza di tempi burocratici, del versamento della somma dovuta *ex iudicato* non vale ad attrarre la fattispecie in una nuova vicenda di sospensione, ogni qualvolta debitrice sia una Pubblica Amministrazione.

11.5 Tributi locali.

In tema di **imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili**, la **n. 8630**, affrontando le questioni inerenti il relativo presupposto impositivo, che ricorda essere, ai sensi degli artt. 1 e 2 del d.p.r. 26-10-1972 n.643, l'incremento di valore dell'immobile oggetto di trasferimento, afferma che esso non viene meno, potendosi pertanto procedere alla riscossione dell'imposta senza per questo violarsi gli articoli della Costituzione 53 (capacità contributiva) e 3 (principio di uguaglianza, in rapporto, secondo la norma dell'art. 31 d.p.r. n. 643 del 1972, al caso di restituzione dell'imposta per nullità o annullamento del trasferimento), nell'ipotesi in cui le parti abbiano attuato un duplice trasferimento dell'immobile, per avere il venditore riacquistato il bene dal compratore (nella specie a distanza di circa un mese). Inoltre, secondo la **n. 13009**, è assoggettabile all'imposta, in quanto permuta, l'atto con cui i comproprietari di più immobili, acquistati in virtù di titoli diversi, abbiano proceduto a divisione mediante assegnazione a ciascuno di essi dell'intera proprietà di singoli beni senza conguaglio, non potendo peraltro trovare applicazione l'art. 34 del d.P.R. 26-4-1986 n.131 (imposta di registro), perchè questo contempla, al primo comma, le sole divisioni di una massa singola mentre detta, al quarto comma, una norma di carattere eccezionale insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica. Ancora, è assoggettabile all'imposta, secondo la pronuncia **n. 1718**, l'atto di alienazione del diritto, in quanto integrante una vera e propria proprietà "superficiaria", sia pure temporanea e peculiarmente regolamentata, del concessionario di uno stabilimento balneare che nell'ambito della concessione demaniale abbia ottenuto anche il riconoscimento della facoltà di edificare sulla spiaggia delle costruzioni del tipo "sale ristoranti, locali di intrattenimento, spogliato, docce" e simili, non potendosi escludere l'art. 2, 1° co., del d.p.r. n. 643 (applicazione dell'imposta), in relazione alla natura demaniale del bene oggetto della concessione. Qualora poi oggetto di trasferimento sia un suolo, secondo la **n. 10580**, la maggiorazione del valore iniziale con le spese sostenute dall'acquirente a causa di accessioni sul terreno acquistato, è subordinata

all'attestazione delle parti, risultante dal contratto, che tali spese costituivano parte del corrispettivo, ed al superamento della presunzione di trasferimento di tali accessioni posta dall'art. 24, primo comma, d.p.r. 26-4-1986, n.131 (con la prova che il fatto materiale dell'incorporazione è avvenuta successivamente al negozio traslativo del diritto reale sul suolo, ovvero, se anteriormente, che l'edificazione è stata preceduta o accompagnata da altro negozio, scritto di data certa, avente ad oggetto l'attribuzione da parte del cedente in favore del cessionario di un diritto di superficie sul suolo). Di cooperative edilizie per la costruzione ed acquisto di case popolari ed economiche a favore dei propri soci (art. 16 t. u. delle leggi sull'edilizia economica e popolare, di cui al r.d. 28-4-1938, n.1165) si è occupata la **n. 697**: in particolare, l'esenzione per esse preventivata dall'art. 25, secondo comma, lett. b), d.p.r. n. 643, riguarda le sole cooperative effettivamente in possesso dei requisiti mutualistici individuati dal d.lgs. C.P.S. 14-12-1947, n. 1577, art. 26 (in materia di cooperazione), ed obbligatoriamente iscritte nel registro prefettizio (art. 13); lo si spiega, per essere la sussistenza di tali condizioni necessaria in quanto connaturata al carattere di ente mutualistico di una cooperativa per la costruzione di alloggi economici e popolari, come definita, appunto, dal suddetto d.lgs. C.P.S. n.1577 del 1947; ciò trova conferma nell'estensione, disposta dall'art. 29, comma 5, d.l. 2/3/1989, n.69 conv. l. 27/4/1989, n. 154, delle agevolazioni previste dal d.p.r. n. 601 del 1973 a tutti gli enti mutualistici, i cui statuti siano conformi alle condizioni previste dal predetto art. 26 del d.lgs. C. P. S. n. 1577 del 1947.

Ancora in tema di agevolazioni, con riguardo alla lett. e) del primo comma dell'art. 25 del d. p.r. n. 643 del 1972 (che esenta dall'imposta gli incrementi di valore degli immobili trasferiti *mortis causa* il cui valore complessivo agli effetti dell'imposta sul valore globale dell'asse ereditario netto non sia superiore alla somma, secondo il testo applicabile nella specie *ratione temporis*, di lire 250.000.000), la **n. 1556** chiarisce che la norma non prevede una riduzione della base imponibile, bensì un'esenzione, e non è applicabile analogicamente alla ipotesi in cui il valore complessivo degli immobili relitti risulti superiore al predetto importo, di modo che in tale ultimo caso gli incrementi di valore sono assoggettati ad imposta per l'intero valore accertato e non già per la sola quota eccedente il limite indicato dalla predetta disposizione. Peraltro, sempre con riferimento alla causa di morte, secondo la **n. 1285**, qualora sia fatto uso

della valutazione automatica di cui all'art. 12 del d.l. 14/3/1988, n.70 conv. nella l. 13/5/1988 n. 154, le rendite catastali di cui al d.lgs. 28/12/1993, n. 568, più favorevoli per i contribuenti, sono suscettibili di applicazione retroattiva esclusivamente ai fini della determinazione della base imponibile dell'Invim, ai sensi dell'art. 74, co. 5, della legge n. 342 del 2000, che estende a detto tributo il disposto dell'art. 2 del d.l. 23/1/1993 n.16, conv. nella l. 24/3/1993 n. 75, mentre tale beneficio è escluso ai fini del calcolo dell'imposta di successione.

Con riferimento, ora, a termini, azioni e procedimenti, riguardo all'**Invim**, si segnala la **n. 4252**. Partendo dalla considerazione della natura erariale del tributo, quindi distinguendo tra le attribuzioni dello Stato, che provvede all'accertamento ed alla riscossione, le cui procedure sono interamente gestite dagli uffici statali, anche in ordine al relativo contenzioso davanti al giudice tributario, e quelle del Comune, che è beneficiario del gettito e non ha diritto di sindacare l'operato degli organi statali (nel senso che non è prevista la sua ingerenza nella procedura di accertamento e riscossione), vi si afferma la responsabilità dello Stato, soltanto, nel caso di mancato o ritardato versamento del riscosso nelle casse comunali, da cui la sussistenza della legittimazione del Comune ad agire nei confronti dello Stato per ottenere quanto questo abbia riscosso per tale titolo. In particolare, è affermata la legittimazione del Comune ad impugnare davanti il Giudice amministrativo, in ragione della lesione del proprio interesse legittimo causa il comportamento omissivo dell'erario, il provvedimento con cui gli uffici statali, non essendo in grado di provvedervi per insufficienza di somme da riversare al Comune, abbiano ordinato al medesimo di provvedere al rimborso dell'imposta in favore del contribuente.

In tema di **imposta comunale sugli immobili (Ici)** va segnalata la pronuncia che affronta e risolve una questione di giurisdizione, in virtù, peraltro, dell'ormai noto e consolidato principio del *petitum* sostanziale. Infatti, secondo la pronuncia **n. 14386**, qualora il contribuente, nell'impugnare il silenzio rifiuto del comune sulla sua istanza di rimborso, deduca l'illegittimità delle delibere comunali di fissazione delle aliquote, ma non ne chieda l'annullamento, è radicata la giurisdizione delle Commissioni tributarie in ordine all'oggetto, dedotto nel giudizio, della debenza o meno dell'imposta e della restituzione delle somme indebitamente pagate, rilevando la suddetta illegittimità ai fini della disapplicazione delle delibere. In tale caso, allora, la verifica

della legittimità di queste costituisce questione - non di giurisdizione - bensì di esercizio del potere che espressamente l'articolo 7 del d.lgs. 31-12-1992 n.546 attribuisce al giudice adito.

Altra significativa sentenza è la **n. 6192**. Vi si afferma che con il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa di abitazione, in sede di separazione personale dei coniugi o di divorzio, viene riconosciuto al coniuge un atipico diritto personale di godimento e non un diritto reale, non diversamente rilevando il disposto degli artt. 217 e 218 cod. civ.. Di conseguenza, non ravvisandosi in suo favore la titolarità di un diritto reale di godimento, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. 30-12-1992 n.504, che identifica il soggetto tenuto al pagamento dell'Ici, il coniuge affidatario dei figli al quale sia assegnata la casa di abitazione posta nell'immobile di proprietà, anche in parte, dell'altro coniuge, non è soggetto passivo dell'imposta per la quota dell'immobile medesimo sulla quale non vanta un tale diritto reale di godimento.

In tema di **Ilor** si segnala la pronuncia **n. 4248**: ai fini dell'esenzione da imposta dei redditi dell'agente o rappresentante di commercio, l'accertamento con sentenza passata in giudicato della prevalenza della componente lavoro sull'apporto di capitali, da cui l'esclusione di un'organizzazione imprenditoriale, non spiega efficacia vincolante nel giudizio riguardante periodi di imposta diversi, giacché può mutare l'organizzazione nei successivi periodi d'imposta.

In tema di **tassa per lo smaltimento di rifiuti solidi urbani (Tarsu)**, soggetti passivi del tributo sono anche gli occupanti o i detentori dell'immobile che producono rifiuti. Lo ha chiarito, con riferimento alle norme accertative (art. 277) del testo unico per la finanza locale, r.d. 14/9/1931 n.1175, la pronuncia **n. 1927**, a proposito della non ravvisata necessità della notifica di un avviso di accertamento per una iscrizione a ruolo del tributo successiva alla prima, in assenza di variazioni, richieste di esenzioni o riduzioni dell'imposta. La fattispecie è stata riscontrata con riguardo alla prima denuncia presentata dal coniuge del contribuente proprietario del bene, denuncia che, dunque, rimane certamente legittima.

Di questioni intertemporali, legate all'applicazione della tassa rifiuti, si occupano la pronuncia **n. 10791** secondo cui l'art. 79, 3° co., del d.lgs. 15/11/1993 n. 507 nella parte in cui differiva, al fine di evitare brusche variazioni di flussi finanziari o per assicurare un periodo di "rodaggio", l'applicabilità del precedente art. 66 ("tariffe per

particolari condizioni d'uso”), presupponeva l'esistenza al riguardo di regolamenti comunali, mancando i quali riprendeva vigore la disciplina generale dettata dal successivo art. 81, che fissava al 1°-1-1994 l'entrata in vigore delle nuove disposizioni; e la pronuncia **n. 5722**, secondo cui la mancata approvazione del nuovo regolamento e delle relative tariffe nei termini, prorogati, dell'art. 79, 2° co., del d.lgs. 15/11/1993 n. 507, non comporta l'illegittimità delle delibere tariffarie adottate in epoca anteriore all'entrata in vigore della medesima nuova disciplina, perchè i predetti termini non hanno carattere perentorio e non sussiste quindi obbligo di adeguamento a carico delle amministrazioni comunali: trovava dunque ancora applicazione, ai sensi dell'art. 69, 1° co., dello stesso d.lgs. 23/12/1994 n. 724, la tariffa precedentemente in vigore che non liberava pertanto il contribuente dall'obbligo qualsiasi del pagamento del servizio raccolta rifiuti.

In tema di **imposta comunale sulla pubblicità** è chiaramente precisato che oggetto del tributo - alla stregua degli artt. 1-5 d.lgs. 15/11/1993 n. 507 - sono i comportamenti pubblicitari, visivi o acustici, realizzati per il tramite di affissione su appositi impianti o di altri mezzi e consistenti non tanto nell'attività di diffusione del messaggio quanto riferiti al mezzo pubblicitario ed alla sua potenzialità di uso (si veda la **n. 552**); gli “impianti pubblicitari” e gli “impianti per pubbliche affissioni” - chiamati agli artt. 3, comma terzo, e 4 d.lgs. 15/11/1993 n. 507 - sono soggetti all'imposta di pubblicità e non alla tassa di occupazione di suolo pubblico, perchè occupano, necessariamente, una parte di suolo pubblico (v. la **n. 1306**); l'intermediario che raccoglie la pubblicità qualora abbia la disponibilità di un impianto pubblicitario in virtù di un contratto con il proprietario di questo, diviene, al pari del proprietario, soggetto passivo di imposta, ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 15-11-1993, n.507, che non fa differenze in ordine al titolo - “a qualsiasi titolo”, dunque anche di natura obbligatoria - da cui dipende la disponibilità dell'impianto (v. la **n. 1916**).

In tema di Tosap e Cosap, nella pronuncia **n. 1611**, con riferimento al canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (Cosap: art. 63 d.lgs. 15/12/1997, n. 446), le Sezioni Unite affermano che l'acquisto da parte del comune dell'area circostante il perimetro di un fabbricato, in cui vi sono griglie ed intercapedini per la circolazione dell'area ed il passaggio della luce per i locali sotterranei dell'edificio, non fa sorgere a carico del condominio di quell'edificio l'obbligo di corrispondere il suddetto canone,

qualora il prezzo pattuito per la cessione sia stato ridotto proprio a causa dell'esistenza delle intercapedini. Viene infatti a mancare il presupposto della relativa obbligazione, costituito dall'occupazione di suolo pubblico, perchè la suddetta riduzione si giustifica con la volontà delle parti di escludere dal trasferimento le porzioni di suolo in cui sono state realizzate le intercapedini ovvero con la contestuale costituzione in favore del condominio di un diritto reale sul suolo trasferito.

In tema di **imposta regionale sulle attività produttive** è risultata centrale l'analisi sul requisito della autonoma organizzazione che, per i soggetti esercenti arti o professioni indicati nell' art.49, 1° co., d.P.R. 22/12/1986 n. 917 - redditi di lavoro autonomo, poi divenuto, nella nuova stesura, l'art. 53 del T.U.I.R. - costituisce il presupposto per l'assoggettamento alla imposta (**n. 5011**).

La questione può essere invero delineata sulla base di quanto affermato dalla pronuncia **n. 8177** (pronunciata in fattispecie riguardante l'attività di promotore finanziario), secondo cui, al fine sopra indicato, anche alla stregua dell'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla sentenza della Corte Costituzionale nr. 156 del 2001 che ha disatteso le eccezioni di incostituzionalità del d.lgs. 15/12/1997 n. 446 istitutivo dell'Irap, occorre una valutazione complessiva dell'attività svolta dal contribuente, perchè questa può riguardare: la figura del lavoro subordinato dipendente, che è esente da imposta; quella dell'attività di impresa, pacificamente sottoposta ad imposizione; quella del lavoro autonomo, assoggettabile ad imposta solo in presenza di un'autonoma organizzazione.

11.6 Il processo tributario.

Continua anche negli orientamenti di quest'anno la riflessione della Corte sull'ambito ed i limiti dell'integrazione nel processo tributario delle norme processuali ordinarie in virtù del rinvio generale contenuto nel secondo comma dell'art. 1 d.lgs. n. 546 del 1992 e degli altri espressi richiami rinvenibili, per quanto riguarda il sistema delle impugnazioni, nell'art. 49 del d.lgs. n. 546 del 1992, e in numerose altre disposizioni della disciplina processuale speciale.

L'esame delle pronunce più recenti non evidenzia una perfetta omogeneità di orientamenti. Nella sentenza **n. 5504** viene sottolineata la **specialità** delle norme processuali anche per quanto riguarda il modello processuale delle impugnazioni in

quanto l'art. 49 del d.lgs n. 546 del 1992 esclude che si possano applicare disposizioni processuali civili quando vi sia una normativa processuale *ad hoc* di tipo speciale. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto che anche in materia d'impugnazioni dovesse trovare applicazione la generale disciplina delle comunicazioni e notificazioni nel processo tributario stabilita agli artt. 16 e 17 del citato decreto legislativo, invece che l'art. 330 c.p.c. relativo all'individuazione dei luoghi di notificazione dell'impugnazione nel procedimento civile. In applicazione del principio richiamato, la Corte ha ritenuto sempre valida ed efficace la notificazione effettuata a mani proprie della parte, perché espressamente prevista nell'art. 17 d.lgs n. 546/1992, nonostante la diversa previsione dell'art. 330 c.p.c.

L'inapplicabilità dell'art. 330 c.p.c. è stata ribadita dalla sentenza **n. 12908** del 2007 con la quale la Corte si preoccupa anche di definire in generale il criterio di compatibilità sulla base del quale operare il rinvio generale previsto nell'art. 1, comma secondo e quello relativo alle impugnazioni stabilito all'art. 49. In particolare, la Corte individua nell'inapplicabilità della norma processuale generale alle fattispecie tributarie e nell'esistenza di una disposizione speciale espressa, i due canoni sulla base dei quali valutare la compatibilità applicativa di una disposizione processuale, escludendo all'esito del processo ermeneutico sopra descritto, come la precedente **n. 5504**, che l'art. 330 c.p.c. possa applicarsi al procedimento tributario per la completezza del sistema delle notificazioni previsto dal decreto legislativo e per l'espressa previsione della conservazione dell'elezione di domicilio e della dichiarazione di residenza effettuata in primo grado, nei successivi gradi del giudizio. In modo apertamente difforme, la sentenza **n. 13812** ha invece ritenuto applicabile l'art. 330 c.p.c. e, conseguentemente, valida ed efficace la notificazione dell'impugnazione effettuata al procuratore costituito, ritenendo che il rinvio contenuto nell'art. 49 del dlgs. n. 546 del 1992 all'intera disciplina ordinaria delle impugnazioni potesse estendersi anche al regime giuridico delle impugnazioni. La questione dell'applicabilità del sistema di notificazioni stabilito nell'art. 330 c.p.c. al processo tributario, è stata rimessa all'esame delle sezioni Unite, essendo stata ritenuta di massima di particolare importanza con l'ordinanza **n. 14355**.

Non sembra incontrare ostacoli interpretativi l'**integrazione dei principi generali del processo civile** nel processo tributario. Un'applicazione indiretta del principio può

riscontrarsi nella sentenza **n. 9222** che ha ritenuto ammissibile la conciliazione abbreviata, prevista nell'art. 48 del d.lgs. n. 546 del 1992 anche oltre la prima udienza di trattazione, attesa la finalità deflattiva che lo strumento di composizione alternativa della lite persegue. La pronuncia di maggior rilievo al riguardo è la **n. 1540** la quale ha chiarito che anche nel processo tributario debba perseguirsi l'obiettivo, costituzionalizzato all'art. 111 Cost., della **ragionevole durata del processo**, senza che assuma rilievo, in contrario, l'inapplicabilità della disciplina dell'equa riparazione. Secondo la Corte, il principio deve guidare il giudice nell'interpretazione della norma processuale. Partendo da questa premessa è stato ritenuto applicabile anche al processo tributario il principio di non contestazione secondo il quale il giudice ha il dovere di ritenere provati i fatti principali non contestati nel termine di decadenza ad essi applicabile. Correlativamente anche nel processo tributario è stato ritenuto operante il dovere delle parti di collaborare fin dall'inizio a circoscrivere la materia effettivamente controversa ai sensi dell'art. 88 cod. proc. civ. L'applicazione dei principi sopra indicati non è ostacolata dalle peculiarità del processo tributario e, in particolare, dalla natura solo documentale dell'istruttoria.

La limitazione dei mezzi istruttori che costituisce un fattore di reale alterità del processo tributario non conduce ad escludere **l'ammissibilità e la rilevanza di mezzi di prova diversi dalla prova documentale**. Con la pronuncia **n. 12271** è stato ritenuto che le dichiarazioni del direttore tecnico, il quale abbia operato per conto dell'impresa, possono essere qualificate come vera e propria confessione stragiudiziale e non come mero elemento indiziario. Hanno invece valore indiziario e possono in concorso con altre circostanze di fatto integrare la prova presuntiva, le dichiarazioni di terzi rese alla Guardia di finanza nel corso di un'ispezione cui è seguita la notificazione di un verbale (**n. 9402**). Tali dichiarazioni non possono essere qualificabili come "prove documentali" ma devono essere valutate dal giudice unitamente ad altri indizi disponibili, quali i riscontri bancari. Ma l'attuazione del "giusto processo" è stata perseguita dalla Corte anche mediante la definizione dei modelli processuali relativi alle singole fasi del processo tributario in modo da evitare incertezze interpretative nella determinazione delle preclusioni e delle decadenze proprie di questo tipo di controversie. L'attenzione della Corte per l'anno in corso ha riguardato in modo particolare il giudizio d'appello, ritenuto da Cass. **n. 11212** non

un'impugnazione annullamento ma un'impugnazione sul merito. La conseguenza principale della scelta di campo, consolidata dalla Corte con la sentenza che si esamina riguarda la piena ammissibilità di pronunce aventi ad oggetto la quantificazione della pretesa tributaria, nei limiti del *petitum* e non solo limitate all'annullamento dell'atto impositivo invalido. Nella stessa linea interpretativa si colloca la sentenza **n. 1224** secondo la quale l'indicazione dei motivi specifici dell'impugnazione, richiesti dall'art. 53 d.lgs. n. 546 del 1992, non deve consistere in una rigorosa e formalistica enunciazione delle ragioni invocate a sostegno dell'appello essendo sufficiente l'esposizione chiara ed univoca, anche se sommaria, sia della domanda che delle ragioni dell'impugnazione. L'effetto devolutivo dell'appello non esclude però l'operatività delle preclusioni espressamente prevista dalla disciplina processuale speciale. Al riguardo, nella pronuncia **n. 1915** la Corte ha stabilito che nel procedimento d'appello è possibile produrre nuovi documenti, ma nel termine stabilito per il primo grado del giudizio all'art. 32, primo comma, d.lgs. n. 546 del 1992 (venti giorni liberi prima della trattazione), e nella pronuncia **n. 11212** che, nell'ambito del divieto dei *nova* in appello, deve ritenersi domanda nuova quella avente ad oggetto il riconoscimento del maggior danno *ex art.* 1224 c.c. secondo comma, non potendo essere liquidata d'ufficio la svalutazione monetaria senza un'apposita domanda formulata fin dal primo grado del giudizio. Il divieto di domande nuove condiziona anche la facoltà processuale di produrre documenti che in precedenza è stato impossibile produrre, in quanto il principio della rimessione in termini è applicabile solo all'interno del *petitum* già introdotto. Lo ha stabilito in ordine al giudizio di rinvio la sentenza **n. 9224**. L'applicazione del principio della **rimessione in termini** per causa non imputabile alla parte, con riferimento agli effetti di una pronuncia della Corte Costituzionale, è stato affrontato, tra le altre nella pronuncia **n. 3681** in merito alla debenza dell'imposta Irap. Al riguardo nel caso in cui la parte nel giudizio di secondo grado si sia limitata a dedurre l'illegittimità costituzionale dell'imposta allo scopo di escludere il proprio assoggettamento all'imposta senza indicare gli elementi fattuali posti a base dell'inesistenza dell'autonoma organizzazione, la corte ha qualificato tale prospettazione come domanda nuova ed inammissibile. Partendo dalla stessa premessa, fondata sulla necessità di allegare e provare il fatto costituito dall'inesistenza di un'autonoma organizzazione, è stata ritenuta insufficiente anche in

primo grado la mera deduzione dell'illegittimità costituzionale della disciplina sostanziale dell'imposta. Si può cogliere negli orientamenti della Corte un'applicazione rigorosa del sistema delle preclusioni proprie della disciplina processuale speciale, integrato, però dai principi generali di diritto processuale comune quali la strumentalità delle regole del processo e la rilevanza del raggiungimento dello scopo che devono informare, secondo quanto emerso, anche il processo tributario. A tale riguardo si segnala la sentenza **n. 16921** con la quale la Corte afferma la vigenza del principio del raggiungimento dello scopo in tema di corretta indicazione degli estremi della sentenza appellata come requisito di ammissibilità dell'impugnazione, reputando sufficiente la possibilità di riscontrare dall'esame del documento contenente la pronuncia, le indicazioni necessarie ad identificare la statuizione effettivamente impugnata.

Roma, gennaio 2008

Il Direttore
(Giovanni Canzio)